



MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica

Subdirección General de
Política Legislativa

04-08-2021

MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO

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)

4 de agosto de 2021

Índice

| | |
|--|-----------|
| 0. FICHA DEL RESUMEN EJECUTIVO | 3 |
| 1. OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA..... | 14 |
| 1.1 FINES Y OBJETIVOS PERSEGUIDOS..... | 15 |
| 1.2 ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN | 17 |
| 1.3 ANÁLISIS DE ALTERNATIVAS | 18 |
| 1.4 INCLUSIÓN EN EL PLAN ANUAL NORMATIVO 2018 | 18 |
| 2. CONTENIDO Y ANÁLISIS JURÍDICO..... | 18 |
| 2.1 NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA PROPUESTA DE NORMA | 18 |
| 2.2 VIGENCIA DE LA NORMA | 77 |
| 2.3 RANGO NORMATIVO | 77 |
| 3. ANÁLISIS DE IMPACTOS..... | 78 |
| 3.1 ADECUACIÓN AL ORDEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS..... | 78 |
| 3.2 IMPACTO ECONÓMICO..... | 79 |
| 3.3 IMPACTO PRESUPUESTARIO. | 82 |
| 3.4 CARGAS ADMINISTRATIVAS. | 89 |
| 3.5 IMPACTO POR RAZÓN DE GÉNERO..... | 89 |
| 3.6 OTROS IMPACTOS | 90 |
| 4. DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN Y CONSULTAS | 90 |
| 4.1 TRÁMITE DE CONSULTA PÚBLICA..... | 91 |
| 4.2 TRÁMITE DE AUDIENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA | 91 |
| 4.3 INFORMES EVACUADOS..... | 91 |
| 5. EVALUACIÓN <i>EX POST</i> | 92 |
| ANEXO | 93 |

Memoria del análisis de impacto normativo del 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).

0. FICHA DEL RESUMEN EJECUTIVO

| | | | |
|--------------------------------|---|--------------|---------------------|
| Ministerios proponentes | Ministerio de Justicia Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital | Fecha | 2 de agosto de 2021 |
| Título de la norma | 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). | | |
| Tipo de Memoria | Normal <input checked="" type="checkbox"/> Abreviada <input type="checkbox"/> | | |

| OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA | |
|--|---|
| Situación que se regula | Se transpone parcialmente al ordenamiento jurídico interno español la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio, 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. |
| Objetivos que se persiguen | Cumplir el mandato de transposición y garantizar que los empresarios y personas naturales sujetas a deudas ajenas al ejercicio empresarial, todos ellos de buena fe, insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad, y que se mejore la eficacia de los procedimientos insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración. |
| Principales alternativas consideradas | La Directiva (UE) 2019/1023, debe ser necesariamente incorporada a la legislación concursal española por lo que no existe alternativa a la aprobación de la presente norma. |
| CONTENIDO Y ANÁLISIS JURÍDICO | |
| Tipo de norma | Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo. 1/2020 de 5 de mayo). |
| Estructura de la Norma | El anteproyecto de ley tiene un artículo único que modifica el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y se estructura |

en 181 apartados. Asimismo, consta de 11 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias y doce disposiciones finales.

Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Uno. Modificación art. 2.3

Dos. Supresión art. 4

Tres. Modificación art. 6.2

Cuatro. Modificación art. 7

Cinco. Modificación art. 10.1

Seis. Modificación art. 11.1

Siete. Modificación art. 14.1 y 4

Ocho. Modificación art. 20.2

Nueve. Modificación art. 23.2

Diez. Modificación art. 24.2

Doce. Modificación art. 28.1

Once. Modificación art. 31

Trece. Adición art. 33.3

Catorce. Modificación art. 35.1

Quince. Adición al capítulo V del título I del libro primero de una nueva sección 4.^a (arts. 37 bis a 37 quinquies)

Dieciséis. Modificación art. 44

Diecisiete. Modificación art. 46.1 y supresión art. 46.3

Dieciocho. Modificación art. 47.2

Diecinueve. Modificación art. 49.2

Veinte. Modificación art. 51.3

Veintiuno. Modificación art. 52

Veintidós. Modificación art. 60.2

Veintitrés. Modificación art. 61

Veinticuatro. Modificación art. 62

Veinticinco. Modificación art. 65

Veintiséis. Adición art. 67.5

Veintisiete. Supresión art. 75.2

Veintiocho. Supresión art. 76

Veintinueve. Modificación art. 80

Treinta. Modificación art. 86.1

Treinta y uno. Modificación art. 100.2

Treinta y dos. Modificación art. 102

Treinta y tres. Modificación art. 149.1

Treinta y cuatro. Modificación art. 156

Treinta y cinco. Modificación art. 163

Treinta y seis. Modificación art. 164

Treinta y siete. Modificación art. 165.3

Treinta y ocho. Modificación art. 197.1

Treinta y nueve. Modificación art. 198.1 y 2

Cuarenta. Modificación art. 202

Cuarenta y uno. Modificación art. 203

Cuarenta y dos. Modificación art. 204
Cuarenta y tres. Modificación art. 205
Cuarenta y cuatro. Adición art. 206.3
Cuarenta y cinco. Modificación art. 209
Cuarenta y seis. Modificación art. 215
Cuarenta y siete. Modificación art. 216.1
Cuarenta y ocho. Modificación art. 221
Cuarenta y nueve. Adición art. 224 bis
Cincuenta. Modificación de numeración: la subsección 4.^a de la sección 2.^a del capítulo III del título IV del libro primero pasa a ser subsección 5.^a.
Cincuenta y uno. Adición de subsección 4.^a a la sección 2.^a del capítulo III del título IV del libro primero (arts. 224 ter a 224 octies)
Cincuenta y dos. Modificación art. 226
Cincuenta y tres. Modificación art. 230.2.^o
Cincuenta y cuatro. Modificación art. 237
Cincuenta y cinco. Modificación art. 242
Cincuenta y seis. Modificación art. 249
Cincuenta y siete. Modificación art. 250
Cincuenta y ocho. Modificación art. 272.1
Cincuenta y nueve. Modificación art. 280
Sesenta. Supresión art. 289.3
Sesenta y uno. Modificación art. 293.3
Sesenta y dos. Modificación arts. 294.1 y 2
Sesenta y tres. Supresión art. 295
Sesenta y cuatro. Adición de sección 3.^a al capítulo I del título VI del libro primero (art. 296 bis)
Sesenta y cinco. Modificación art. 297.2
Sesenta y seis. Supresión art. 301
Sesenta y siete. Modificación del capítulo III del título VI del libro primero (art. 304)
Sesenta y ocho. Supresión art. 306
Sesenta y nueve. Supresión art. 307
Setenta. Modificación art. 318
Setenta y uno. Supresión de la subsección 1.^a de la sección 1.^a del capítulo II del título VII del libro primero
Setenta y dos. Supresión art. 333
Setenta y tres. Supresión art. 334
Setenta y cuatro. Supresión art. 335.
Setenta y cinco. Supresión art. 336.
Setenta y seis. Supresión de la subsección 2.^a de la sección 1.^a del capítulo II del título VII del libro primero
Setenta y siete. Supresión 340.
Setenta y ocho. Modificación de la sección 1.^a del capítulo II del título VII del libro primero (arts. 337, 338 y 339)
Setenta y nueve. Supresión art. 344.2
Ochenta. Modificación art. 345
Ochenta y uno. Supresión art. 347.2

| | |
|--|--|
| | <p>Ochenta y dos. Modificación rúbrica del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Ochenta y tres. Supresión sección 1.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Ochenta y cuatro. Supresión sección 2.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Ochenta y cinco. Supresión sección 3.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Ochenta y seis. Supresión sección 4.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Ochenta y siete. Modificación de la sección 1.^a del capítulo IV del título VII del libro primero (arts. 351 a 361)</p> <p>Ochenta y ocho. Modificación de la numeración y el contenido de la sección 5.^a del capítulo IV del título VII del libro primero, que pasa a ser la sección 2.^a (arts. 376 a 378)</p> <p>Ochenta y nueve. Supresión sección 6.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Noventa. Supresión sección 7.^a del capítulo IV del título VII del libro primero</p> <p>Noventa y uno. Modificación sección 3.^a del capítulo IV del título VII del libro primero (arts. 379 y 380)</p> <p>Noventa y dos. Modificación art. 382</p> <p>Noventa y tres. Modificación art. 383</p> <p>Noventa y cuatro. Modificación art. 391</p> <p>Noventa y cinco. Modificación art. 392</p> <p>Noventa y seis. Modificación art. 396</p> <p>Noventa y siete. Modificación art. 397.1</p> <p>Noventa y ocho. Adición de art. 399 bis (capítulo VI del título VII del libro primero)</p> <p>Noventa y nueve. Adición de sección 2.^a al capítulo VII del título VII del libro primero (art. 401 bis)</p> <p>Cien. Modificación de la numeración de la sección 2.^a del capítulo VII del título VII del libro primero, que pasa a ser la sección 3.^a</p> <p>Ciento uno. Modificación art. 404</p> <p>Ciento dos. Modificación art. 405</p> <p>Ciento tres. Modificación art. 407</p> <p>Ciento cuatro. Modificación art. 409</p> <p>Ciento cinco. Modificación art. 413</p> <p>Ciento seis. Adición de art. 414 bis (capítulo II del título VIII del libro primero)</p> <p>Ciento siete. Modificación sección 1.^a del capítulo III del título VIII del libro primero (arts. 415 y 415 bis)</p> <p>Ciento ocho. Supresión art. 416</p> <p>Ciento nueve. Supresión art. 417</p> <p>Ciento diez. Supresión art. 418</p> <p>Ciento once. Supresión art. 419</p> <p>Ciento doce. Supresión art. 420</p> |
|--|--|

Ciento trece. Modificación de la sección 3.^a del capítulo III del título VIII del libro primero, que pasa a ser la sección 2.^a (arts. 421, 422, 423 y 423 bis)

Ciento catorce. Supresión capítulo IV del título VIII del libro primero

Ciento quince. Modificación de la numeración del capítulo V del título VIII del libro primero, que pasa a ser el capítulo IV (modificación art. 424.2 y adición art. 424.3)

Ciento dieciséis. Modificación de la numeración del capítulo VI del título VIII del libro primero, que pasa a ser el capítulo V.

Ciento diecisiete. Modificación de la numeración del capítulo VII del título VIII del libro primero, que pasa a ser el capítulo VI.

Ciento dieciocho. Modificación art. 445

Ciento diecinueve. Adición art. 445 bis (capítulo I del título X del libro primero)

Ciento veinte. Modificación art. 446

Ciento veintiuno. Modificación art. 447

Ciento veintidós. Modificación art. 448

Ciento veintitrés. Modificación art. 449

Ciento veinticuatro. Modificación art. 450

Ciento veinticinco. Adición art. 450 bis (subsección 1.^a de la sección 1.^a del capítulo II del título X del libro primero)

Ciento veintiséis. Adición art. 450 ter (subsección 1.^a de la sección 1.^a del capítulo II del título X del libro primero)

Ciento veintisiete. Adición art. 451 bis (subsección 1.^a de la sección 1.^a del capítulo II del título X del libro primero)

Ciento veintiocho. Modificación art. 452

Ciento veintinueve. Modificación art. 453

Ciento treinta. Modificación art. 454

Ciento treinta y uno. Adición art. 455.3 y 4

Ciento treinta y dos. Modificación art. 462

Ciento treinta y tres. Modificación art. 463.2

Ciento treinta y cuatro. Modificación art. 465

Ciento treinta y cinco. Supresión rúbrica de la subsección 4.^a de la sección 2.^a del capítulo I del título XI del libro primero

Ciento treinta y seis. Supresión art. 470

Ciento treinta y siete. Supresión art. 471

Ciento treinta y ocho. Supresión art. 472

Ciento treinta y nueve. Modificación art. 473

Ciento cuarenta. Modificación art. 474

Ciento cuarenta y uno. Modificación art. 475

Ciento cuarenta y dos. Modificación art. 478

Ciento cuarenta y tres. Modificación art. 485

Ciento cuarenta y cuatro. Modificación del capítulo II del título XI del libro primero (arts. 486 a 502)

Ciento cuarenta y cinco. Modificación art. 508

Ciento cuarenta y seis. Modificación art. 509

Ciento cuarenta y siete. Modificación art. 511
Ciento cuarenta y ocho. Modificación art. 512
Ciento cuarenta y nueve. Supresión de la rúbrica del capítulo II del título XII del libro primero
Ciento cincuenta. Supresión de la rúbrica de la sección 1.^a del capítulo II del título XII del libro primero
Ciento cincuenta y uno. Supresión art. 522
Ciento cincuenta y dos. Supresión art. 523
Ciento cincuenta y tres. Supresión art. 524
Ciento cincuenta y cuatro. Supresión de la rúbrica de la sección 2.^a del capítulo II del título XII del libro primero
Ciento cincuenta y cinco. Supresión art. 525
Ciento cincuenta y seis. Supresión art. 526
Ciento cincuenta y siete. Supresión art. 527
Ciento cincuenta y ocho. Supresión art. 528
Ciento cincuenta y nueve. Supresión art. 529
Ciento sesenta. Supresión art. 530
Ciento sesenta y uno. Supresión art. 531
Ciento sesenta y dos. Modificación art. 546
Ciento sesenta y tres. Modificación art. 547
Ciento sesenta y cuatro. Modificación art. 548
Ciento sesenta y cinco. Modificación art. 552
Ciento sesenta y seis. Modificación art. 556
Ciento sesenta y siete. Modificación art. 557
Ciento sesenta y ocho. Modificación art. 558
Ciento sesenta y nueve. Modificación art. 559
Ciento setenta. Modificación art. 560.1
Ciento sesenta y uno. Modificación art. 561
Ciento setenta y dos. Supresión art. 562
Ciento setenta y tres. Modificación art. 563
Ciento setenta y cuatro. Modificación art. 564
Ciento setenta y cinco. Modificación art. 566
Ciento setenta y seis. Modificación art. 579
Ciento setenta y siete. Modificación del libro segundo (arts. 583 – 686)
Ciento setenta y ocho. Modificación de numeración del libro tercero, que pasa a ser el cuarto. Adición de libro tercero (arts. 687 – 720)
Ciento setenta y nueve. Adición art. 735 bis (capítulo II del título II del libro cuarto)
Ciento ochenta. Adición art. 745 bis (título III del libro cuarto)
Ciento ochenta y uno. Adición de título V al libro cuarto (arts. 753 – 755)

Disposición adicional primera. Reglamento de la administración concursal.
Disposición adicional segunda. Reglamento del Registro Público Concursal.
Disposición adicional tercera. Estadística concursal.

| | |
|----------------------------------|--|
| | <p>Disposición adicional cuarta. Modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores.</p> <p>Disposición adicional quinta. Plataforma electrónica de liquidación de bienes.</p> <p>Disposición adicional sexta. Programa de cálculo.</p> <p>Disposición adicional séptima. Formularios del procedimiento especial de microempresas.</p> <p>Disposición adicional octava. Web para el autodiagnóstico de salud empresarial.</p> <p>Disposición adicional novena. Portal de liquidaciones en el Registro público concursal.</p> <p>Disposición adicional décima. Información por los Registradores Mercantiles.</p> <p>Disposición adicional décimo primera. Régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 julio.</p> <p>Disposición transitoria primera.</p> <p>Disposición transitoria segunda.</p> <p>Disposición transitoria tercera.</p> <p>Disposición transitoria cuarta.</p> <p>Disposición final primera. Supresión arts. 6 – 12 Código de Comercio.</p> <p>Disposición final segunda. Modificación art. 1365 Código civil.</p> <p>Disposición final tercera. Modificación art. 589.3 Ley de Enjuiciamiento civil.</p> <p>Disposición final cuarta. Modificación arts. 3 y 82.primero Ley Hipotecaria.</p> <p>Disposición final quinta. Modificación arts. 365 y 367 Ley de Sociedades de Capital.</p> <p>Disposición final sexta. Asesoramiento a empresas en dificultades.</p> <p>Disposición final séptima. Modificación art. 4 Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.</p> <p>Disposición final octava. Sistema de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social.</p> <p>Disposición final novena. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.</p> <p>Disposición final décima. Título competencial.</p> <p>Disposición final décimo primera. Entrada en vigor.</p> |
| <p>Informes recabados</p> | <p>- La propuesta debe ser informada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Económicos y</p> |

| | |
|---|--|
| | <p>Transformación Digital, por el Consejo General del Poder Judicial, por el Consejo Económico y Social y por el Consejo Fiscal.</p> <p>- Se debe solicitar asimismo informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (dependiente del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática), del Ministerio de Hacienda, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, del Ministerio de Trabajo y Economía Social, así como de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y del Banco de España, así como la aprobación previa del Ministerio de Política Territorial y Función Pública.</p> <p>- Debe dictaminarse por el Pleno del Consejo de Estado.</p> |
| <p>Trámite de audiencia</p> | <p>La consulta pública previa ha sido celebrada de conformidad con el artículo 26.2 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, del Gobierno del 29/11/2019 al 16/12/2019.</p> <p>Asimismo, se realizará información pública conforme al artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, tras la elevación del anteproyecto al Consejo de Ministros para el trámite previsto en el artículo 26.4 de la misma ley.</p> |
| <p>ANÁLISIS DE IMPACTOS</p> | |
| <p>ADECUACIÓN AL ORDEN DE COMPETENCIAS</p> | <p>Esta ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación mercantil» y de «legislación procesal».</p> |

| | | |
|--------------------------------------|--|--|
| <p>IMPACTO ECONÓMICO</p> | <p>Impacto positivo porque la Directiva que se transpone contiene medidas cuyo efecto en la economía general se estima será favorable. En concreto la pretensión seminal de la Directiva es eliminar los obstáculos a las libertades que protege el acervo comunitario, sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.</p> | |
| <p>IMPACTO PRESUPUESTARIO</p> | <p>No supondrá un incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.</p> | |
| <p>CARGAS ADMINISTRATIVAS</p> | <p>Desde el punto de vista de las cargas administrativas</p> | <p><input type="checkbox"/> Supone una reducción de cargas administrativas.</p> <p><input type="checkbox"/> Incorpora nuevas cargas administrativas.</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> no afecta a las cargas administrativas</p> |

| | | |
|--------------------------|-------------------------------------|--|
| IMPACTO DE GÉNERO | La norma tiene un impacto de género | Negativo <input type="checkbox"/> Nulo <input checked="" type="checkbox"/> Positivo <input type="checkbox"/> |
|--------------------------|-------------------------------------|--|

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).

Efectuada con arreglo a la Guía Metodológica, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009, tal y como prevé la disposición adicional primera del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Dado que se derivan impactos apreciables en los ámbitos señalados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del citado Real Decreto, procede realizar una **Memoria extensa** y no abreviada.

1. OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA

La oportunidad de la propuesta tiene su origen en la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea, trasponiendo 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).

La necesidad de aprobación de esta iniciativa se deriva del compromiso de desarrollar en España el adecuado marco jurídico que dé plena aplicabilidad a la normativa de la Unión Europea y del necesario cumplimiento del calendario fijado por la Directiva cuyo plazo de transposición finaliza, con carácter general, el 17 de julio de 2021, un año más tarde para España tras la concesión de la prórroga de un año prevista en el artículo 34.2 de la Directiva.

La transposición de esta Directiva al Derecho interno debe efectuarse de modo ordenado, adaptando con eficacia su repercusión a los procedimientos concursales y pre-concursales, repercusión que se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia, sino que en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 debe coheretarse con las medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal, adoptadas por el ejecutivo.

Por otro lado, la necesidad de realizar esta tarea garantizando la coherencia y seguridad jurídica del sistema pone de relieve el acierto del legislador al promulgar el Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Esta norma constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática la inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma, resulta técnicamente compleja.

En todo caso, la transposición al derecho interno de la Directiva requiere de cambios de carácter normativo. Así, la Directiva UE 2019/1023, tiene en cuenta las peculiaridades del Derecho propio de cada Estado miembro, por lo que otorga un margen de flexibilidad y la posibilidad de optar, en su caso, entre las concretas soluciones alternativas que ofrece. En otros casos, sin embargo, la Directiva obliga directamente a los Estados a implementar un determinado procedimiento concursal o pre-concursal, en términos estrictos, dado que las diferencias normativas existentes entre los países miembros demandan un mayor grado de armonización en los procedimientos de reestructuración, exoneración de deuda, insolvencia e inhabilitación, con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior de la Unión, la resiliencia de las economías europeas, la reducción de plazos (así como de los costes de evaluación y reestructuración) y las medidas que puedan incidir en el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo.

1.1 Fines y objetivos perseguidos

El objetivo prevalente del anteproyecto de ley es cumplir el mandato de transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del

Consejo de 20 de junio de 2019, norma que contiene el criterio de las instituciones comunitarias respecto de la necesidad de que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.

Las instituciones europeas subrayan que los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables. Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto.

Es importante señalar que la hasta ahora vigente regulación española incorpora una parte de las previsiones normativas contenidas en dicha Directiva. Sin embargo, es necesario proceder a la transposición al Derecho español de determinadas normas que se derivan directamente del espíritu y objetivos de la Directiva resultando una obligación del Estado la de adoptar y publicar las disposiciones legales o reglamentarias precisas para ello.

Por lo tanto, el objetivo fundamental de la norma es la transposición de la Directiva europea de referencia, teniendo en cuenta que la misma viene a establecer un marco jurídico armonizado para toda la Unión en el que cada Estado miembro deberá ajustar el contenido de sus normas mercantiles y concursales para implementar los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir dicha situación y garantizar la viabilidad del

deudor; los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por personas físicas insolventes, y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Los contenidos que el legislador nacional debe abordar para cumplir con la Directiva son, entre otros, los siguientes:

- Competencia de los órganos jurisdiccionales en procedimientos concursales, preconcursales o de exoneración de deudas.
- Condiciones de acceso por parte de empresarios insolventes a un procedimiento de exoneración de deudas.

La repercusión económica de las medidas que se pongan en marcha resulta indiscutible, siendo un reto para el legislador conseguir evitar la condena de personas naturales de buena fe a la economía sumergida. Se impone pues la coordinación y sincronización de todas estas reformas para lograr finalmente que España cuente con un sistema realmente eficaz de segunda oportunidad.

1.2 Adecuación a los principios de buena regulación

Los criterios seguidos en la transposición se han basado en los principios de la buena regulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir la obligación de transposición con fidelidad al texto de la directiva y con la mínima reforma de la actual normativa, de manera que se evite la dispersión en aras de la simplificación; así como en los principios de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y de seguridad jurídica, ya que se realiza con el ánimo de mantener el marco normativo estable, predecible, integrado y claro del texto refundido de la Ley Concursal.

En cuanto al principio de transparencia, el anteproyecto ha sido sometido al trámite de consulta pública establecido en el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y será sometido al trámite de audiencia e información pública contenido en el artículo 26.6 de la misma ley.

1.3 Análisis de alternativas

No hay una alternativa no regulatoria para la transposición de la directiva, que debe ser necesariamente incorporada a la legislación española. No existe, por tanto, alternativa a la introducción de las necesarias modificaciones en la legislación española.

Como toda directiva, obliga a dictar una norma para incorporar sus contenidos al ordenamiento jurídico nacional o a identificar las normas mediante las que ya se entiende incorporada ésta. Al crear nuevas obligaciones y derechos, procede que la norma de transposición tenga rango de ley.

A la vista de la extensión de las cuestiones reguladas por la Directiva europea, así como a la vista de la dificultad de coherencia la sistemática de la regulación de la misma con la normativa española, se puede valorar utilizar dos vías: bien efectuar la transposición por medio de una ley especial, o bien efectuarla sobre una legislación concursal ya sistematizada y clara como el texto refundido de la Ley Concursal, siendo esta última la opción elegida para esta tarea.

1.4 Inclusión en el Plan Anual Normativo 2021

La presente propuesta normativa se incluirá en el Plan Anual Normativo 2021 del Ministerio de Justicia, que está pendiente de aprobación.

2. CONTENIDO Y ANÁLISIS JURÍDICO

El anteproyecto de ley se compone de un artículo único distribuido en 181 apartados, once disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y once disposiciones finales.

2.1 Novedades introducidas por la propuesta de norma

La reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, ya anunciada en su propio preámbulo, se acomete para la inexcusable transposición 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, tarea que, como también advertía esa exposición de motivos, reviste extraordinaria dificultad.

En esta reforma destaca el propósito de conseguir, cuando sea objetivamente posible, una reestructuración de activos y pasivos para evitar la insolvencia o solucionar la ya acaecida; la decisión de convertir el beneficio de la exoneración de las deudas, cuando concurren determinadas circunstancias, en un derecho de la persona natural deudora; y la decidida voluntad legislativa de simplificar el concurso de acreedores en aras de las siempre deseadas rapidez de la tramitación y eficiencia institucional, con algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia. El contenido de la Directiva es heterogéneo y, por consiguiente, heterogéneo también tiene que ser el contenido de la Ley de transposición. Al mismo tiempo, para evitar algunas disfunciones e incoherencias con las nuevas normas en que se materializa la transposición, ha sido necesario proceder a la reforma de la Ley Concursal en las materias directamente relacionadas, y se ha aprovechado la ocasión para modificar algunas de las soluciones legales.

Al realizar la transposición, el legislador español ha tenido que revisar sustancialmente el sistema legal y las dificultades de la transposición se encuentran en las muchas y muy importantes opciones que se ofrecen a los legisladores nacionales. La Directiva (UE) 2019/1023 no es una Directiva rígida. En cada una de las opciones, el legislador debe ponderar cuál es la más adecuada para la realidad social y económica sobre la que se proyecta; pero, además, el siempre complicado proceso de decidir exige un continuado esfuerzo de coherencia en el diseño del sistema y de las soluciones que se incorporan. A esto se añade que en algunas materias fija objetivos, pero no determina el modo en que cada legislación debe alcanzarlos, como es el caso del aumento de la

rapidez y de la eficiencia de los concursos de acreedores, y aspectos esenciales de la Directiva afectan a algunas de las concepciones básicas y hasta a la terminología en que se asienta el sistema español preconcursal. Al realizar la transposición, el legislador español ha debido asumir una nueva terminología, de la que son ejemplo las expresiones “probabilidad de insolvencia” (“probabilité d’insolvabilité”, “probabilità di insolvenza”, “probabilidade de insolvência”, “likelihood of insolvency”) , que la Directiva no define (art. 1,1, letra “a”), o la “prueba del interés superior de los acreedores”, que, por el contrario, sí es objeto de definición [art. 2.1, 6)]; y, sobre todo, ha tenido que revisar sustancialmente la normativa aplicable.

Hay materias de las que se ocupa la Directiva que no requieren la modificación de las leyes españolas, como la exigencia de especialización de las autoridades judiciales (art. 25, letra “a” y “considerando” [86]), teniendo en cuenta la existencia de los Juzgados de lo mercantil y de las Salas especializadas de las Audiencias, de un lado, y de los jueces especialistas en lo mercantil por superación de pruebas selectivas entre jueces y magistrados, de otro. Sin embargo, la existencia de Jueces y de Juzgados no especializados con competencia para conocer de los concursos de acreedores de persona natural que no tenga la condición de empresario requiere la derogación del artículo 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconduciendo a la competencia de los Juzgados de lo mercantil la competencia para conocer de todos los concursos de acreedores, sean de personas naturales o jurídicas, sean de sujetos civiles o mercantiles, con la consecuencia de que sean siempre esos Juzgados los que conozcan de cualquier exoneración del pasivo insatisfecho.

Las reformas introducidas se exponen en tres grandes bloques, el de planes de reestructuración, el de la exoneración del pasivo insatisfecho y el relativo a la eficiencia.

2.1.1. Planes de reestructuración

La Directiva exige la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos o procedimientos de reestructuración preventiva. La finalidad de estos marcos o procedimientos es asegurar la continuidad de empresas y negocios

que son viables pero que se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente concurso.

El texto europeo deja espacio a la decisión de los legisladores nacionales en cuanto a la forma de alcanzar este objetivo. Ante esta libertad de opción, el legislador español ha considerado oportuno reducir las dos instituciones hasta ahora existentes, los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, a una sola institución, los planes de reestructuración, aunque con algunas adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores; y ha considerado igualmente oportuno mantener el principio de decisión mayoritaria de los acreedores y una intervención judicial mínima, inspirada en los criterios de necesidad y proporcionalidad. Para garantizar el buen funcionamiento de cualquier mecanismo de decisión colectiva resultan imprescindibles ciertas garantías procedimentales. La Ley vincula estas garantías a la concurrencia de tres elementos fundamentales: una correcta configuración de las clases de acreedores afectados por el plan de reestructuración, que son quienes van a tomar la decisión; una mayoría cualificada favorable dentro de cada una de estas clases y, por último, el respeto a un valor económico mínimo cuando haya acreedores o clases de acreedores disidentes.

La confianza en la decisión mayoritaria de los sujetos afectados permite reducir la intervención judicial conforme a los criterios de necesidad y proporcionalidad. Al igual que en el derecho que se deroga, la intervención de una autoridad judicial se reduce a dos momentos distintos e independientes: la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y la confirmación u homologación del plan de reestructuración alcanzado. La Ley deja así que sean las partes afectadas las que privadamente negocien y alcancen un acuerdo sobre el plan de reestructuración, y se limita a fijar un marco normativo con el fin de facilitar esa negociación colectiva, garantizar unas salvaguardas mínimas del proceso y del resultado de la negociación, y asegurar un equilibrio entre la protección del interés de la mayoría y una tutela adecuada de las partes afectadas disidentes. Esta opción por mantener, en la mayor medida posible, el régimen vigente se justifica por los frutos que ha dado hasta ahora y permite que los destinatarios se beneficien de la experiencia acumulada.

A partir del régimen vigente, la Ley introduce dos clases de modificaciones principales. Por un lado, aquellas exigidas por la Directiva y que es preciso incorporar necesariamente al Derecho español; y, por otro lado, aquellas que son opcionales según la Directiva pero que pueden resultar oportunas para incrementar la eficacia del sistema y hacerlo homologable y competitivo con los de nuestro entorno. En términos muy generales, los cambios que introduce la Ley tienden a incrementar la flexibilidad del procedimiento. No hay dos reestructuraciones iguales y, por consiguiente, el marco normativo debe ser lo suficientemente ágil, flexible y versátil como para poder adaptarse a las particularidades de cada caso.

A los efectos de llevar a cabo la transposición, la Ley opta por una sustitución completa del Libro segundo de la Ley Concursal. El nuevo Libro segundo se divide en cinco títulos. El Título I se ciñe a determinar los presupuestos subjetivo y objetivo. El Título II regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores con el fin de alcanzar un plan de reestructuración. El Título III se ocupa de los planes de reestructuración, su aprobación, su homologación judicial y el régimen de impugnación. El Título IV trata del nombramiento y del estatuto del experto encargado de la reestructuración, nueva figura cuyo nombramiento contempla la Directiva en determinados supuestos. Y, por último, el Título V establece ciertas especialidades para deudores que no alcancen determinados umbrales.

En cuanto al presupuesto subjetivo, el Libro segundo tiene como destinatario a cualquier persona natural o jurídica que no esté comprendida dentro del ámbito de aplicación del nuevo procedimiento especial regulado en el Libro III. Por lo que respecta al presupuesto objetivo, la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es para la Directiva la probabilidad de insolvencia. Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal. Con el fin de dar la mayor flexibilidad posible al sistema, la ley española no excluye el recurso a los

institutos preconcursales cuando el deudor se halle en estado de insolvencia inminente o incluso de insolvencia actual. Ciertamente, la Directiva no establece como prepuestos del precurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. Mientras que la empresa sea económicamente viable, está justificada su reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. Esta opción, por supuesto, no debe restringir el derecho de todo acreedor a solicitar el concurso del deudor insolvente. De ahí que el único límite temporal a la reestructuración de empresas en situación de insolvencia actual sea el que ya estuviera admitida a trámite una solicitud de concurso necesario.

La definición de probabilidad de insolvencia se hace en términos objetivos. La definición recogida en la Ley permite que la reestructuración se lleve a cabo en una fase temprana, reduciendo la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y para el propio deudor. Como alternativa a la fijación de un plazo, la definición legal pone el acento en el riesgo real de insolvencia si no se procede a la reestructuración del deudor bajo el régimen preconcursal.

El Título II regula la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. El sentido último de esta comunicación es que el deudor pueda disfrutar de una paralización o suspensión temporal de las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes necesarios para continuar con su actividad empresarial, con el fin de facilitar las negociaciones de ese plan de reestructuración. Esta continuidad permite preservar el valor de la empresa y, por consiguiente, si las negociaciones culminan satisfactoriamente, maximizar el excedente de valor asociado a una reestructuración preconcursal. A estos efectos, el derecho vigente es, en buena medida, compatible con la Directiva 2019/1023, por lo que la Ley opta por introducir sólo aquellas reformas exigidas por la propia Directiva o que se han considerado oportunas para mejorar la eficacia del sistema y salvaguardar suficientemente los intereses de todas las partes afectadas.

Este Título II se divide en tres capítulos. El Capítulo I regula fundamentalmente los aspectos procesales de la comunicación. La Ley mantiene

el principio de que la iniciativa corresponde al deudor y exige que concurra el presupuesto objetivo y, por consiguiente, que se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual. Se introducen medidas para evitar conductas abusivas y se recoge la novedad de presentar una comunicación conjunta, especialmente en el caso de que abarque a varias sociedades dentro de un grupo. Como sucedía en el derecho hasta ahora vigente, una vez presentada la comunicación, sus efectos se producen de forma automática, *ope legis*, y el control se limita a dos aspectos: el contenido formal de la comunicación, en especial de la información que debe acompañarla, y la competencia del juzgado ante el que se ha presentado.

El Capítulo II regula los efectos de la comunicación y se divide en siete secciones. La Sección primera contiene un único artículo que se dedica a los efectos de la comunicación sobre las facultades patrimoniales del deudor; en coherencia con el principio de intervención mínima, en la fase preconcursal no hay ningún tipo de suspensión o intervención sobre las facultades del deudor para administrar y disponer de sus bienes. La Sección segunda regula los efectos de la comunicación sobre los créditos y las garantías personales o reales de terceros; aunque se mantiene el principio general del régimen hasta ahora vigente, conforme al cual la comunicación no impide que, una vez vencida la obligación principal, un acreedor que goce de garantía personal o real de tercero pueda dirigirse contra éste para satisfacer su crédito, se introduce como excepción la posibilidad, a instancia del deudor que ha presentado la comunicación, de extender sus efectos suspensivos a las garantías personales o reales prestadas por terceros que pertenezcan al mismo grupo de sociedades que la deudora principal cuando la ejecución de la garantía pueda precipitar la insolvencia de la sociedad garante y del deudor, con la consiguiente frustración de las negociaciones, y evitando así que la única alternativa para prevenir ese resultado sea instar una comunicación también por la sociedad garante, lo que se espera contribuya a mejorar la competitividad de nuestro sistema jurídico. La Sección tercera regula los efectos de la comunicación sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento; tal y como exige la Directiva, la Ley recoge el principio general de vigencia de esos contratos y, en consecuencia, deja sin efecto las cláusulas contractuales que puedan

contrariarlo (las llamadas “cláusulas ipso facto”), con reglas especiales para los contratos de suministro de bienes o energía. La Sección cuarta del Capítulo segundo se ocupa de los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales, sobre bienes o derechos del deudor necesarios para la continuidad de sus actividades; como novedad, se da más versatilidad al régimen vigente para ajustar el alcance de la suspensión a las necesidades particulares de cada caso. La Sección quinta del Capítulo segundo regula la posibilidad, contemplada igualmente en la Directiva, de prorrogar los efectos de la comunicación por periodos de tres meses hasta un plazo máximo de doce, lo cual puede ser pertinente en negociaciones muy complejas, que involucran a muchos y muy heterogéneos acreedores, e incluso accionistas, como puede suceder en el caso de una sociedad cotizada. En la Sección sexta se prohíben las nuevas comunicaciones y el Capítulo II concluye con una Sección séptima relativa a los efectos de la comunicación sobre las solicitudes de concurso; su contenido es prácticamente idéntico al régimen establecido por el texto refundido, con una mínima adaptación para el caso de que los efectos de la comunicación se prorroguen.

El Capítulo III del Título II regula los efectos de la comunicación sobre determinados deberes legales del deudor; en concreto, el deber de solicitar el concurso y el deber de promover la disolución por pérdidas cualificadas. La novedad más importante atañe a los supuestos en los que sea la deudora quien solicite voluntariamente el concurso, de forma que la solicitud podrá ser suspendida cuando existan probabilidades de alcanzar un plan de reestructuración en un breve plazo con el fin de prevenir que la deudora frustre la adopción de un plan de reestructuración cuyas negociaciones están ya muy avanzadas.

El Título III contiene el régimen aplicable a los planes de reestructuración, su aprobación y homologación judicial. El término “plan”, en lugar de “acuerdo”, es el utilizado por la Directiva y refleja la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, incluso a los socios del deudor. El régimen aplicable a los planes de reestructuración descansa sobre un principio de intervención judicial mínima y a posteriori. La negociación y votación del plan es informal y al margen de cualquier proceso reglado o de la intervención de ninguna autoridad judicial, sin

perjuicio de la posible designación de un experto en la reestructuración, cuando proceda imperativamente o a instancias de las partes. El juez sólo interviene al final del proceso, para homologar el plan ya aprobado por las clases y mayorías exigidas por la ley.

El Título III se divide en siete capítulos. El Capítulo I tiene como finalidad delimitar el ámbito de aplicación de este Título. En primer lugar, la Ley opta por una definición muy amplia del concepto de “planes de reestructuración” e incluye las medidas de reestructuración que afectan tanto al pasivo como al activo. La Ley también acoge la opción, permitida por la Directiva, de homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos, que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las pequeñas y medianas empresas. En segundo lugar, el ámbito de aplicación objetivo viene determinado por los efectos que se pretendan dar al plan de reestructuración. El recurso al régimen especial que se prevé en este Título será necesario cuando se pretendan extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, cuando se excepcione el juego de las reglas generales del derecho civil o mercantil. Igualmente, el recurso a este régimen especial será preciso cuando se quiera proteger el plan y las garantías, actos o negocios previstos en él de las reglas generales sobre acciones rescisorias concursales o conceder determinados privilegios a la financiación otorgada o comprometida en el contexto de un plan de reestructuración, en el caso de posterior concurso.

El Capítulo II se ocupa de definir qué se debe entender por créditos afectados por un plan de reestructuración y su valoración. Créditos afectados son aquellos que, de conformidad con el plan, vayan a sufrir una modificación de sus términos o condiciones, con independencia de que además se altere su valor real. La ley, siguiendo a la Directiva, deja a los interesados que, en función de las necesidades de cada caso y del proceso de negociación, decidan si quieren afectar a la totalidad del pasivo o sólo a una parte, y la cuantía o identidad de ésta. El control judicial sobre cómo se han agrupado los créditos para formar las distintas clases presupone un control sobre cómo se ha delimitado ese “perímetro de afectación” y garantiza que responda a criterios objetivos y

suficientemente justificados. La única excepción al principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación son los créditos públicos, los créditos laborales, los alimenticios y los extracontractuales. Por invitación de la Directiva, la ley contiene reglas sobre cómo deben computarse los créditos a los efectos de ponderar el voto emitido; muchas de las reglas proceden de la legislación vigente, pero se ha añadido una novedad importante para resolver un problema habitual en la práctica, como es la valoración de los créditos contingentes. Como sucedía en el caso de la comunicación, la ley consagra el principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, con la novedad de que la ley declara ineficaces las cláusulas de cambio de control que una capitalización de créditos pueda causar. La ley introduce otra novedad tomada del procedimiento concursal y de otros sistemas de nuestro entorno: la posibilidad de resolver contratos en interés de la reestructuración, incluidos, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección. Esta novedad es una de las pocas reglas especiales que se establecen en relación con la reestructuración del activo.

El Capítulo III se dedica a la formación de las clases. Para la aprobación del plan de reestructuración los créditos afectados deben votar separados por clases según su naturaleza. Esto no es ninguna novedad en la legislación española. Hasta ahora, el derecho vigente distinguía entre categorías de acreedores teniendo en cuenta dos variables: su carácter financiero y la existencia de una garantía real. Al extender la Directiva el ámbito de pasivos susceptibles de afectación, la formación de las clases deviene más compleja. La Ley brinda varios criterios para determinar cómo deben formarse estas clases. Tras la cláusula general tomada de la Directiva, y que se remite a la existencia de un interés común de los acreedores integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos, la Ley señala que el parámetro principal para formar las clases deben ser los rangos crediticios concursales: los créditos con rangos concursales distintos deben separarse en clases distintas. Adicionalmente, la Ley permite que créditos del mismo rango se separen por clases teniendo en cuenta datos como su naturaleza financiera o no financiera; el activo sobre el que recae su garantía cuando se trate de créditos garantizados; cómo vayan a quedar afectados por el plan, cuando créditos de igual naturaleza

vayan a recibir instrumentos de naturaleza distinta; y en particular que sus titulares sean pequeñas o medianas empresas que puedan verse especialmente afectadas por la reestructuración. La Ley guarda silencio en relación con los pactos contractuales de subordinación, dejando que sean los propios mecanismos internos de voto los que, en su caso, jueguen y se externalicen. Aunque normalmente la formación de las clases se controlará ex post, en la fase de homologación, como novedad se concede la opción a las partes interesadas de solicitar una confirmación judicial previa ante la autoridad judicial competente; esta opción puede ser útil para los supuestos en los que, durante la fase de negociación del plan, haya una disparidad de criterios entre los sujetos afectados sobre las clases formadas y sea preferible despejar las dudas sin necesidad de aguardar hasta el final de todo el proceso.

El Capítulo IV se dedica a la aprobación del plan por las clases de créditos afectados. La ley conserva el régimen vigente y no establece ningún procedimiento formal o reglado sobre cómo debe procederse a la formación de clases y la votación del plan. Sí se requiere, por exigencia de la Directiva, que el plan tenga un contenido mínimo y sea notificado a todos los acreedores afectados antes de proceder a su homologación. Y se recoge el principio fundamental, también procedente de la Directiva, de que todos los acreedores afectados tienen derecho de voto ponderado en función del importe nominal de su crédito. El plan se entenderá aprobado por cada clase de créditos si vota a favor más de los dos tercios del pasivo incluido en esa clase. La mayoría se incrementa al setenta y cinco por ciento en la clase de créditos garantizados con garantía real. La ley mantiene, además, la regla especial para los créditos sometidos a un pacto de sindicación. Una vez aprobado por las clases necesarias, el acuerdo debe ser formalizado en instrumento público. La ley no introduce novedad alguna en este punto. Una de las cuestiones más complejas es la posición de los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, esto es, conlleva medidas como ampliaciones de capital, modificaciones estructurales o disposición de activos esenciales que, bajo las reglas generales del derecho societario, requieren su consentimiento. También aquí la Directiva deja varias opciones a los Estados miembros. La ley opta por una solución que se aparta de la solución hasta ahora

vigente en el derecho español y reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, pero permite que, en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente, el plan de reestructuración se homologue en contra de su voluntad, evitando así ciertas conductas abusivas que, en la práctica, comportan una redistribución de valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores sin justificación económica alguna. A los efectos de expresar su consentimiento, la ley respeta que la voluntad social se conforme bajo las reglas aplicables al tipo social correspondiente, al margen por tanto de las reglas procedimentales aplicables a los demás acreedores, pero con determinadas especialidades con el fin de acelerar el proceso y facilitar la consecución de un acuerdo favorable al plan.

El Capítulo V regula los presupuestos y el procedimiento de homologación judicial del plan de reestructuración. Este capítulo se divide en cinco secciones. La sección primera recoge el presupuesto objetivo necesario para la homologación y lo hace en términos muy amplios: que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente e incluso de insolvencia actual. El límite temporal es que se haya admitido a trámite una solicitud de concurso necesario. La Ley, por exigencia de la Directiva, distingue dos tipos de supuestos, que refleja lo que, por influencia anglosajona, doctrinalmente se conocen como “planes consensuales” y “planes no consensuales”. La mayor innovación de la Ley, que procede de la Directiva, es la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, incluidos el deudor persona natural o el deudor persona jurídica cuando los derechos de los socios se vean afectados (“plan no consensual”). Es lo que en la terminología anglosajona se conoce como “cramdown” o “cross-class cramdown”. Bajo ciertas condiciones, la Ley permite que el plan no sólo arrastre a acreedores disidentes dentro de una clase adherente o favorable (lo que se conoce como “arrastre intra-clase”), sino incluso que arrastre a clases enteras de acreedores disidentes o a los propios socios, si la junta ha votado en contra del plan (“arrastre inter-clases”).

Salvo el requisito de la unanimidad entre las clases, estos planes no consensuales deben cumplir las condiciones generales para su homologación; esto es, deben recoger el contenido mínimo legal, deben haberse notificado a

todos los acreedores afectados, las clases deben haberse formado correctamente y los créditos dentro de una misma clase deben recibir un tratamiento paritario. Pero, sobre todo, la insolvencia debe ser actual o inminente. La simple probabilidad de insolvencia no es suficiente para imponer el plan en contra de la voluntad de los socios.

La diferencia fundamental es que, en este caso, el plan de reestructuración puede homologarse incluso en contra de la voluntad de una o varias clases. Es suficiente con que haya sido aprobado por una mayoría de clases, entre las cuales al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general. O, en su defecto, por al menos una clase de acreedores distinta de los socios y de cualquier otra clase que no hubiese recibido pago alguno o conservado ningún derecho o interés, aplicando los rangos concursales previstos por esta Ley, en caso de una valoración del deudor como empresa en funcionamiento.

La Ley recoge, en este punto, el tenor literal de la Directiva, que responde a un compromiso entre diferentes opciones de política legislativa. La aplicación de esta regla requiere, en primer lugar, verificar si hay una mayoría de clases afectadas que haya votado a favor del plan y si, entre ellas, hay al menos una clase sea de créditos con privilegio, especial o general, según la normativa concursal. En este caso basta una mayoría simple y no sería necesario determinar, al menos en esta fase, el valor del deudor como empresa en funcionamiento. Si no se logra esa mayoría, bastaría entonces con que una clase haya votado a favor, siempre que se trate de una clase que hubiese recibido algún pago, de conformidad con los rangos concursales, teniendo en cuenta el valor del deudor como empresa en funcionamiento. En este caso, sí que resulta necesario determinar este valor. En la práctica, una vez determinado el valor del activo, se debe calcular el pasivo e identificar las clases de acreedores, según su rango concursal, que hubiesen recibido algún pago de haberse vendido la empresa por aquel valor. Al menos una de estas clases debe haber votado a favor del plan. Esto es, el plan debe haber sido aprobado por una clase de acreedores afectados que, tomando como licencia el recurso al lenguaje más coloquial, esté “dentro del dinero” y típicamente por la clase “donde rompe el valor”.

La Sección segunda regula el procedimiento de homologación. Aunque la Ley intenta mantener el principio de intervención judicial mínima y hacer ese procedimiento lo más ágil y abreviado posible, es inevitable introducir algunas modificaciones en el régimen vigente. En primer lugar, y por exigencia del Reglamento europeo de insolvencia, se introduce un control de oficio y a instancia de parte de la competencia del tribunal. A partir de aquí, y bajo ese principio de intervención mínima, la Ley se basa en que el control inicial del juez es muy limitado. El sistema descansa así sobre el principio mayoritario: el mejor indicio de la razonabilidad del plan de reestructuración, incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora, es que una mayoría cualificada de acreedores está dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta. El juez ha de verificar que se cumplen los presupuestos legales y este control lo hace exclusivamente a partir de la documentación presentada, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales sobre subsanación. La Ley mantiene el principio de la eficacia inmediata del plan una vez homologado. Se introduce, sin embargo, una novedad muy importante en nuestro sistema: el acceso a los registros de los actos de ejecución del plan de reestructuración, incluso aunque no haya adquirido firmeza. Una impugnación del plan no impedirá la inscripción registral de esos actos. El interés en facilitar la inmediatez de la reestructuración en una situación de extraordinaria urgencia ante la inminencia del concurso justifica esta excepción a las reglas generales del derecho registral español. En este sentido, se prevé una modificación de la Ley Hipotecaria para reflejar esta especialidad. En esta misma Sección, se introducen medidas especiales de protección de los acreedores con garantía real. Por último, se introduce también una novedad en relación con las garantías otorgadas por terceros. La Ley arranca, como no podía ser de otra manera, de mantener estos derechos de garantía. No obstante, y con el fin de facilitar las reestructuraciones de grupos de sociedades los efectos del plan podrán extenderse también a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pudiese causar la insolvencia de la sociedad garante y de la propia deudora.

La Sección tercera se dedica a la impugnación del auto de homologación. Una vez dictado auto favorable, corresponde a los acreedores que no hayan

votado a favor del plan o, en su caso, a los socios impugnarlo y probar que no se dan los presupuestos para su homologación, o que el plan incurre en alguna de las causas de impugnación adicionales. Esta distinción se explica en la medida en que la Directiva exige que determinados motivos o causas sólo sean apreciables a instancia de parte. Estas causas varían en función de que el plan haya sido aprobado por todas las clases de créditos, y en su caso por los socios, o no. En el primer caso, y junto con la falta de concurrencia de los presupuestos para su homologación, los acreedores disidentes podrán impugnar el plan cuando el sacrificio de sus créditos sea manifiestamente mayor al que resulta necesario para garantizar la viabilidad de la empresa. También será motivo de impugnación cuando el plan no supere la llamada “prueba del interés superior de los acreedores”. Adicionalmente, cuando el plan no haya sido aprobado por todas las clases de créditos o por los socios, la Ley exige que se haya respetado la llamada “regla de prioridad absoluta” que tiene un doble contenido, expresado en el principio “nadie puede cobrar más de lo que se le debe, ni menos de lo que merece”. La opción por la regla de prioridad absoluta, que es una de las opciones que ofrece la Directiva, se justifica por dos motivos. Por un lado, resulta más justa, ya que respeta los rangos crediticios negociados ex ante por los acreedores. Y, por otro lado, ofrece un marco más sencillo para la negociación entre las distintas clases y para la posterior homologación judicial del plan. No obstante, y como consecuencia de ese principio de flexibilidad que informa toda la Ley, se permite que, en casos excepcionales, el plan se aparte de la regla de prioridad absoluta y deje algo de valor a una o varias clases de créditos de rango inferior, o a los socios, si ello es manifiestamente necesario para garantizar la viabilidad de la empresa y no perjudica injustificadamente los derechos de las clases de acreedores afectados que hayan votado en contra del plan. En relación con el procedimiento de impugnación del plan, la Ley introduce sustanciales modificaciones en el régimen hasta ahora vigente. Estas modificaciones vienen exigidas por la Directiva y, en cualquier caso, resultan más garantistas. En principio, la Directiva 2019/1023 ofrece una alternativa a los Estados miembros: o un sistema de homologación unilateral o ex parte con una posterior impugnación ante una instancia superior; o un sistema de homologación tras un procedimiento contradictorio previo, en cuyo caso no se exige ese recurso. De nuevo bajo la idea de que no hay dos reestructuraciones iguales y que, por

consiguiente, las situaciones pueden ser muy heterogéneas, la Ley deja que sean los interesados quienes escojan la vía que prefieran. Será, así, la razón práctica la que determine cuál de los dos sistemas es más funcional. En primer lugar, se regula la solución que más se asemeja al sistema vigente. Tras la homologación judicial sin contradictorio previo, la competencia para conocer de la impugnación de la homologación del plan se otorga a la Audiencia Provincial, pero se establece un procedimiento simple y abreviado para dar la mayor agilidad posible a todo el proceso.

La Sección cuarta, por su parte, regula la vía alternativa a la homologación ex parte con impugnación ante un órgano superior. Si el interesado considera preferible ahorrarse los inconvenientes asociados a una posible impugnación ante la Audiencia Provincial, podrá, mediante una simple declaración en la solicitud de homologación, requerir al juez que con carácter previo a ésta se dé trámite a las partes afectadas para que puedan oponerse a la homologación del plan. La Ley introduce un procedimiento ágil y abreviado para dar cauce a estas posibles oposiciones y aclara que, bajo esta opción, la sentencia que conceda o deniegue la homologación no será susceptible de recurso.

El Capítulo VI establece la protección del plan frente a las acciones rescisorias concursales. En primer lugar, se incluyen las definiciones de financiación interina y de nueva financiación. Las definiciones parten de las que hace la propia Directiva, pero con pequeños ajustes terminológicos. A partir de aquí, la ley establece distintos mecanismos de protección de esta financiación y de los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del plan de reestructuración frente a un concurso posterior. Con carácter general, esta protección resulta pertinente para incentivar esa financiación en un momento donde su concesión resulta más arriesgada, y en este sentido contribuye a reducir sus costes. La protección legal se condiciona a que el plan haya sido homologado y, por lo tanto, se den los presupuestos para esta homologación, y además concorra una determinada proporción de créditos afectados respecto del pasivo total. Si se dan las condiciones legales para esa protección, la ley concede además una preferencia de cobro a los acreedores de financiación interina o de nueva financiación en caso de posterior concurso, todo ello sin perjuicio de la obligación del deudor de cumplir con el pago de sus deudas cuyo

devengo se produzca desde la apertura del concurso, en concreto las deudas tributarias o deudas cuya ejecución esté encomendada a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o deudas de seguridad social, incluyendo cuotas y conceptos de recaudación conjunta. Naturalmente, esta protección sólo está justificada si concurre el presupuesto objetivo para la homologación del plan y las demás condiciones, en concreto, la justificación de la financiación interina o de la nueva financiación, así como de la proporción del pasivo afectado. Para proteger adecuadamente los intereses de aquellos acreedores que, de forma indirecta o mediata, se puedan ver afectados por esa protección o por las preferencias de cobro de la financiación interina o de la nueva financiación, la ley amplía a cualquier acreedor la legitimación para oponerse al plan por estos motivos.

El Capítulo VII contiene un único artículo relativo al incumplimiento de los planes de reestructuración. Frente a la solución vigente, la Ley opta por rechazar el remedio resolutorio ante un incumplimiento del plan, pero deja la opción a las partes de que prevean otra cosa. De esta manera, se incentiva a las partes para que tengan en cuenta un escenario de incumplimiento del plan durante su negociación y regulen los posibles remedios frente al mismo o las consecuencias en caso de producirse.

El Título IV se ocupa de una figura nueva en el derecho español: el experto en la reestructuración. 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. Este título se divide, a su vez, en dos capítulos. El primero de ellos contiene las reglas relativas al nombramiento del experto.

El Capítulo II se ocupa del estatuto del experto, sus funciones, deberes y régimen de responsabilidad. 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.

El Título V es el último del Libro II y contiene algunas especialidades para las personas jurídicas que no alcancen ciertos umbrales y no tengan la consideración de microempresa. Algunas de estas especialidades vienen exigidas por la Directiva y otras se explican por la necesidad de abaratar costes y facilitarles el acceso a los mecanismos preconcursales. En concreto, y como exige la Directiva, la Ley excluye la posibilidad de imponer un plan de reestructuración que no cuente con la aprobación del deudor cuando ésta sea una pequeña o mediana empresa. La Directiva entiende que, en este caso, los socios no tienen una posición meramente inversora en la sociedad y en consecuencia, contribuyen con otros activos más allá del capital; incluso prevé que el riesgo de imponerles un plan de reestructuración pueda provocar un efecto contraproducente al generar un incentivo a la solicitud del concurso. Por esa razón, establece que los planes de reestructuración no puedan imponerse a este tipo de deudores, ni, cuando sea necesario su acuerdo, a los socios de la sociedad deudora. En coherencia con lo anterior, en estos mismos supuestos tampoco los acreedores o el experto en la reestructuración pueden paralizar la solicitud de concurso voluntario, ni pueden solicitar prorrogas de los efectos de la comunicación. En todo caso, la solicitud de prórroga que formule el deudor se limita a una sola

Además, y con el fin de dar una mayor consistencia al sistema, en este ámbito especial excluye el juego de la regla de prioridad absoluta, y opta por permitir la homologación de planes que respeten una prioridad relativa. Es suficiente con que la clase o clases de acreedores disidentes reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior, aunque acreedores de menor rango o los socios vayan a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en la sociedad deudora pese a que aquélla o aquéllas vayan a recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos.

Por otro lado, y con una finalidad facilitadora y de reducción de costes, la Ley prevé la elaboración de unos modelos oficiales de planes de reestructuración que podrán ser utilizados preferentemente por las pequeñas y medianas empresas. En este caso, la Ley exime de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor.

2.1.2. Exoneración del pasivo insatisfecho

Dentro de los cambios introducidos en el Libro primero destacan los que tienen que ver con la exoneración del pasivo insatisfecho, institución que prescinde del sustantivo “beneficio” en su propia definición. Aunque la Directiva no lo impone, sí aconseja, y de hecho se ha optado, por mantener la regulación de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores).

La recuperación del concursado para la vida económica, tras el fracaso que el concurso supone, permite al deudor volver a emprender reincorporándose con éxito a la actividad productiva, probablemente sacando enseñanza de la crisis sufrida, en beneficio de la sociedad en general e incluso de los propios acreedores que tampoco obtendrían satisfacción a la legítima pretensión de cobro en ausencia de un expediente como el de la exoneración si el deudor, como la experiencia reiteradamente ha demostrado, se mantenía en situaciones de economía sumergida.

Los beneficios macro-económicos de la «segunda oportunidad» han sido enfatizados en reiterados estudios de organismos económicos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Del mismo modo, un número creciente de legislaciones acogen ya la figura del «fresh start», incorporado a nuestro Derecho por primera vez mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Pero las estadísticas demuestran que en España se ha hecho un escaso uso de la exoneración del pasivo insatisfecho si se compara con lo que sucede en otros Estados de la Unión Europea. La explicación de esa menor incidencia en la práctica de este instituto en nuestro país ha de buscarse, quizá, en dos

desajustes básicos que presenta la normativa vigente: por una parte, la modalidad básica de exoneración presupone el pago de un umbral mínimo de deuda, que se fija normativamente sin ninguna consideración de las circunstancias personales y patrimoniales del deudor. Por otra parte, el modelo hasta ahora vigente de exoneración del pasivo insatisfecho tiene como base o presupuesto la previa liquidación del patrimonio del deudor, lo cual resulta ilógico respecto del deudor que aspira a mantener una parte de sus bienes - precisamente aquéllos que le permitirían desarrollar la actividad empresarial o profesional de la que resultarán esas rentas o ingresos futuros-. Resulta indispensable superar esta limitación de nuestro sistema de exoneración, de modo que el deudor pueda optar entre una exoneración inmediata con previa liquidación de su patrimonio y una exoneración mediante plan de pagos, en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin necesaria realización previa de todos sus bienes o derechos.

La Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. Al tiempo, la homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

Uno de los cambios más drásticos de la nueva normativa es que, en lugar de condicionar la obtención de la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (como ha venido a recoger el artículo 487.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal), se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables. Se mantiene la opción, ya acogida por el legislador español en 2015, de conceder la exoneración a cualquier deudor persona natural de buena fe, sea o no empresario. Se mantiene también, como la Directiva exige, la unidad del proceso, al permitir al deudor

persona natural empresario exonerar deudas personales y empresariales en el mismo expediente.

En todo caso, dada la singularidad que todo mecanismo de segunda oportunidad supone en cualquier sistema legal que, como el nuestro, consagra la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros para la satisfacción de sus deudas, se ha considerado oportuno seguir brindando la segunda oportunidad sólo al deudor insolvente, sin extenderlo a deudores apenas aquejados, de momento, de sobreendeudamiento.

Sí que se ha considerado oportuno derogar la regla que imponía al deudor que quería beneficiarse de la exoneración haber intentado infructuosamente un acuerdo extrajudicial de pagos, al considerar, por una parte, que de ella resultaba una discriminación injustificada entre los distintos tipos de deudores y, por otra, que no parece que beneficie al deudor, a sus acreedores o a la economía en general que el deudor proponga una solución preconcursal en aquellos casos en los que esté completamente convencido de la imposibilidad de llegar a un acuerdo con una mayoría suficiente de sus acreedores. De esta forma, el deudor persona natural que se encuentre en una situación acuciante de sobreendeudamiento que determine su insolvencia actual o inminente, deberá acudir al concurso para poder beneficiarse de la exoneración, pero sin necesidad de perder tiempo o incurrir en el coste de intentar una solución preconcursal en cuyo éxito no confíe.

Se articulan dos modalidades de exoneración: la exoneración con liquidación de la masa activa y la exoneración con plan de pagos. Estas dos modalidades son intercambiables, en el sentido de que el deudor que haya obtenido una exoneración provisional con plan de pagos, puede en cualquier momento dejarla sin efecto y solicitar la exoneración con liquidación. Con estas dos rutas o itinerarios para la exoneración del pasivo, nuestro derecho se aproxima a otros como el derecho norteamericano, en el que cabe una exoneración inmediata para deudores que carecen de recursos (en el denominado Chapter 7) y una exoneración con plan de pagos y sin obligatoria liquidación de la masa activa (en el Chapter 13), el derecho francés (art. L 742-24 del Código de Consumo), o el derecho finlandés (art. 36.1 de la ley de

reestructuración de deudas de la persona natural), en los que el deudor puede obtener una exoneración tras un plan de reembolsos, manteniendo parte de sus bienes.

La buena fe del deudor sigue siendo una pieza angular de la exoneración. En línea con las recomendaciones de los organismos internacionales, se establece una delimitación normativa de la buena fe, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (*numerus clausus*), sin apelación a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción, o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor. Se elimina el requisito para poder gozar de la exoneración consistente en que el deudor no haya rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración de concurso, al resultar difícil asentar con carácter general este hecho como contrario al patrón esperable de actuación del deudor de buena fe (por su irrelevancia o intrascendencia en el posterior devenir de los acontecimientos, por la subjetividad de su apreciación, etc.). Y también se elimina la obligación de haber celebrado, o haber al menos intentado, un acuerdo extrajudicial de pagos.

Se ha considerado igualmente oportuno reducir el plazo mínimo hasta ahora vigente de diez años que debía mediar entre una solicitud de exoneración y la exoneración anteriormente concedida al mismo deudor.

Se amplía la exoneración a todas las deudas concursales y contra la masa. Las excepciones se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho (como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o incluso las deudas por responsabilidad extracontractual); en otros casos, la excepción se justifica en las sinergias o externalidades negativas que podrían derivar de la exoneración de cierto tipo de deudas: la exoneración de las deudas por costes o gastos judiciales derivados de la tramitación de la propia exoneración podría desincentivar la colaboración de ciertos terceros con el deudor en este objetivo (por ejemplo, los abogados), lo cual perjudicaría el acceso del concursado al expediente. De la misma forma, la exoneración de deudas que gocen de garantías reales socavaría, sin fundamento alguno, una de las piezas esenciales del acceso al crédito y, con

ello, del correcto funcionamiento de las economías modernas, cual es la inmunidad del acreedor que disfrute de una garantía real sólida a las vicisitudes de la insolvencia o el incumplimiento del deudor. Por último, de forma excepcional, se permite al juez que declare la no exonerabilidad total o parcial de ciertas deudas cuando ello sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor.

Se mantiene el Derecho vigente en cuanto a la exclusión de los créditos públicos y los efectos de la exoneración respecto de los acreedores, los bienes conyugales comunes del deudor, y otros obligados solidarios y fiadores, si bien se amplía este último ámbito a los aseguradores y a quienes, por disposición contractual o legal, viene obligados a satisfacer total o parcialmente deuda exonerada, de tal forma que la exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a estos colectivos. En sintonía con la regla de responsabilidad del cónyuge contratante de deudas conyugales prevista en el Código civil, se aclara que la exoneración de deudas conyugales comunes contratadas por ambos cónyuges o por el cónyuge del concursado no beneficia a éste, salvo que obtenga él mismo el beneficio de la exoneración.

Para estimular la pronta reincorporación del deudor exonerado a la vida económica, la sentencia judicial que declare la exoneración supondrá mandamiento a los acreedores afectados por la exoneración para que informen de la exoneración a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran comunicado el impago o mora de deuda exonerada, al objeto de la actualización de sus registros. El deudor podrá igualmente recabar testimonio de la resolución judicial para dirigirse directamente a los sistemas de información crediticia y requerir la actualización.

La exoneración puede ser revocada totalmente si se acreditase la ocultación por el deudor de bienes, derechos o ingresos. Se mantiene la revocación de la exoneración en caso de mejora sustancial de la situación económica del deudor, no sólo para la modalidad de exoneración con plan de pagos (como en el derecho hasta ahora vigente), sino también en caso de exoneración con liquidación, siempre que esa mejora ocurra en los tres años siguientes y tenga causa en herencia, legado o donación, juego de suerte, envite

o azar. Si la mejora de fortuna permitiera sólo el pago de parte de la deuda exonerada, la revocación será apenas parcial. Este régimen se considera compatible con el objetivo macroeconómico básico de la segunda oportunidad, ya que la mejora de fortuna se acota temporalmente y por referencia sólo a circunstancias de azar o con causa gratuita y adicionalmente, y al contrario que en el derecho hasta ahora vigente, la revocación de la exoneración se produce únicamente respecto a la deuda exonerada que pueda satisfacerse con esa mejora de fortuna.

Se ha reducido de cinco a tres años la duración del plan de pagos del deudor, si bien se prevé la extensión a cinco años en algunos casos en los que los acreedores hacen concesiones o esfuerzos más gravosos a favor del deudor o cuando su riesgo de recobro es mayor. El plazo se computa desde la confirmación judicial del plan, sin perjuicio de los recursos que procedan.

El plan de pagos ha de contener una relación detallada de los ingresos y recursos previsibles del deudor para satisfacer deuda exonerable, deuda no exonerable y las nuevas obligaciones durante el plazo del plan (en especial, las de subsistencia del deudor y las que genere su actividad empresarial o profesional). Al igual que el convenio, el plan de pagos no puede consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, pero puede contemplar realización o cesión en pago de bienes no necesarios para la actividad del deudor. El plan tampoco puede alterar el orden de pago de los créditos, salvo con el consentimiento de los acreedores afectados. El juez resuelve sobre el plan de pagos propuesto, tras escuchar a los acreedores personados, concediendo la exoneración provisional conforme al plan de pagos presentado por el deudor o con las modificaciones que estime oportunas.

Aunque no se requiere la aprobación de los acreedores afectados para la concesión por el juez de la exoneración, cualquiera de ellos podrá impugnarla en los casos previstos. Se considera adecuado conceder recurso de apelación respecto de la sentencia que resuelva la impugnación, sin efectos suspensivos. La exoneración provisional producirá efectos desde el término del plazo para la impugnación, si no se impugna, o desde la fecha de la sentencia judicial que la rechace.

Al igual que con el convenio, con la eficacia de la exoneración, decaen los efectos sobre el deudor de la declaración de concurso, que quedan sustituidos por los que, en su caso, contemple el plan y cesa igualmente la administración concursal. Los deberes de información y colaboración del deudor se mantienen, no obstante, hasta la exoneración definitiva.

Como en el Derecho hasta ahora vigente, la exoneración provisional puede revocarse en caso de incumplimiento del plan de pagos y, adicionalmente, si se evidenciara que el deudor no hubiera destinado a la satisfacción de la deuda exonerable toda la renta y recursos efectivos en las condiciones que se determinan. La revocación de la exoneración implica la resolución del plan de pagos y de sus efectos sobre los créditos, procediéndose a la apertura de la liquidación. Se conservan, en todo caso, los actos realizados en ejecución del plan, salvo en caso de fraude, alteración de la igualdad de trato de los acreedores o actuación contraria al propio plan.

Se mantiene la posibilidad ya contemplada en el derecho vigente de que, pese al incumplimiento parcial del plan de pagos, se otorgue al deudor la exoneración definitiva, para el caso de que el juez aprecie que el incumplimiento ha resultado de accidente o enfermedad graves e inesperadas, ya del deudor, ya de las personas que con él conviven. Se han eliminado, sin embargo, los supuestos que el Derecho hasta ahora vigente contemplaba para poder acceder a la exoneración no obstante el incumplimiento del plan de pagos, por dos razones: en primer lugar, porque eran situaciones excesivamente casuísticas; en segundo, porque resultaban herramientas o instrumentos adicionales -y de alguna forma, incongruentes- con los beneficios que la especial normativa de protección de los deudores hipotecarios ha venido incorporando desde el año 2013 en nuestro Derecho.

2.1.3. Agilización de la tramitación y eficiencia

La Directiva 2019/1023 impone a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramiten de forma rápida y eficiente (artículo 25, letra “b”). La rapidez beneficia fundamentalmente a los acreedores, pero también al deudor y a los

administradores de la persona jurídica deudora, porque aspiran a que esa situación excepcional que caracteriza al concurso de acreedores finalice cuanto antes. La eficiencia, íntimamente unida a una tramitación ágil, se manifiesta en muy distintos aspectos del procedimiento, entre los que tiene especial importancia el mantenimiento de aquellas unidades productivas que sean objetivamente viables.

La Directiva no especifica qué medidas deben adoptarse para conseguir ese doble objetivo, por lo que corresponde a cada Estado adoptar aquellas medidas que, atendiendo a la realidad de su legislación, se consideren más adecuadas para conseguir esas finalidades.

El análisis de los concursos de acreedores tramitados en España pone de manifiesto que el señalado doble objetivo de rapidez y eficiencia dista mucho de haberse alcanzado. Los procedimientos concursales, salvo excepciones, duran demasiado tiempo. Las cuestiones procesales prevalecen sobre lo que es esencial en caso de insolvencia: el rápido y eficaz tratamiento de la situación de crisis. No son infrecuentes casos en los que la insolvencia de un deudor provoca la de los acreedores, en una economía en la que la mayor parte de las empresas son de muy limitadas dimensiones, con efectos devastadores para la economía y para el empleo. La exigencia de que los concursos de acreedores sean más rápidos y eficaces contribuye a evitar el contagio de la insolvencia.

La experiencia acumulada en los años de vigencia de la Ley 22/2003, de 9 de julio, permite constatar que los errores de concepción de los que derivan los problemas esenciales del concurso de acreedores son los siguientes:

1º. La consideración de que el convenio es la “solución normal” del concurso, cuando la realidad demuestra que el convenio es solución excepcional. Más del noventa por ciento de los concursos tramitados finalizan por liquidación.

2º. Por lo general, el concurso se compone de dos fases sucesivas: la primera, que la ley denomina fase común, destinada básicamente a la determinación de las masas activa y pasiva, y una segunda, de contenido alternativo, que puede ser bien la fase de convenio, bien la fase de liquidación.

Esta fase común se extiende desde el auto de declaración de concurso hasta la consolidación de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. Como la experiencia enseña, la “paralización” de la solución del concurso en tanto esos textos no devengan definitivos constituye un grave inconveniente para alcanzar esos postulados de rapidez y eficiencia. Cuando es elevado el número de impugnaciones del inventario o cuando se tramitan a ritmo lento las que se hayan presentado, la fase común puede durar varios años.

Ese modelo de dos fases no es rígido: puede reducirse a un modelo en el que a la fase común se superpone la fase de convenio o la fase de liquidación o ampliarse a un modelo de tres fases sucesivas.

3°. A ese exceso de procesalismo se añade un exceso de judicialismo. Se impone, pues, reducir trámites; conectar plazos, de modo tal que, cuando finalice uno, se abra automáticamente otro; suprimir decisiones judiciales; y atribuir a la administración concursal la competencia para determinadas decisiones sin perjuicio del imprescindible control de la actuación de este órgano de compleja naturaleza una de cuyas dimensiones es precisamente la de actuar como auxiliar del Juez.

En la presente ley la agilización del concurso de acreedores se intenta conseguir mediante la declaración de concurso. La solicitud de concurso presentada por el deudor, por acreedor legítimo o por cualquiera de los demás legitimados, debe ser objeto de reparto el mismo día de la presentación o el siguiente día hábil, de modo tal que el Juez competente para la declaración de concurso pueda examinarla a la mayor brevedad posible. Del mismo modo, se reducen los plazos para la declaración de concurso voluntario y para la tramitación de la solicitud de declaración de concurso necesario.

Frente a la concepción según la cual sólo el carácter definitivo del inventario y de la lista de acreedores es presupuesto para que el deudor opte por el convenio o por la liquidación, en el modelo diseñado por esta ley la presentación del informe de la administración concursal con el inventario provisional y la lista de acreedores provisional abre automáticamente el plazo de presentación de la propuesta de convenio por el deudor o por los acreedores que

alcancen un determinado porcentaje del pasivo; y, además, esa presentación igualmente abre el plazo para que la administración concursal y los acreedores presenten informe de calificación.

Otro momento retardatario es la exigencia de que el Juez apruebe un plan de liquidación. En lugar de este modelo, la ley opta por establecer normas legales de liquidación, facultando, no obstante, al juez del concurso para que, al acordar la apertura de la fase de liquidación de la masa activa o en resolución posterior, pueda establecer “reglas especiales de liquidación” atendiendo a la composición de esa masa, a las previsibles dificultades que tenga la liquidación o cualesquiera otras circunstancias concurrentes. El administrador concursal liquidará la masa conforme a las normas legales o, en su caso, conforme a esas reglas especiales fijadas por el juez del concurso.

Junto con las reglas dirigidas a agilizar la tramitación, la Directiva 2019/1023 exige el aumento de la eficiencia. Con esta específica finalidad, la presente ley introduce algunas modificaciones de las normas vigentes para hacerlas más adecuadas, más eficaces o más flexibles a las exigencias que la aplicación de la Ley Concursal ha puesto de manifiesto.

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

Destaca también el régimen de los concursos sin masa. La ley sustituye los concursos que nacen y fenecen al mismo tiempo por un sistema más abierto al control de los acreedores. Si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultaren determinadas condiciones, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando que se publique edicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro público

concurzal. El acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe sobre si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles, si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores o si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable. En el supuesto de que el administrador concursal emita informe apreciando la existencia de tales indicios, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en la ley.

Con la finalidad de aumentar la eficiencia en el sistema de reintegración de la masa activa, la ley amplía los actos que se declaran rescindibles.

Sin propósito exhaustivo, entre las medidas arbitradas con ese propósito de simplificar el régimen legal deben mencionarse la unificación del régimen de responsabilidad de los bienes conyugales por las deudas contraídas en el ejercicio de la profesión de cualquiera de los cónyuges, con supresión de la distinción según que el deudor sea o no empresario, o la reordenación de los créditos contra la masa.

Al servicio de esa misma finalidad se han introducido algunas normas que tratan de evitar pronunciamientos judiciales en materias tradicionalmente conflictivas. Así, la declaración de que, en caso de insuficiencia de la masa activa, tienen la consideración de créditos imprescindibles para la liquidación los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios; la retribución de la administración concursal y de los auxiliares delegados durante los doce primeros meses desde la declaración del concurso; y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa.

Naturalmente, la consecución de la eficiencia no debe lograrse a costa de suprimir o restringir los derechos individuales o colectivos de los trabajadores, que se mantienen. Es más, los derechos individuales aumentan significativamente. Además de lo ya señalado en el caso de insuficiencia de la masa activa, al establecer el orden general de los créditos contra la masa, en la cúspide figuran los créditos anteriores a la declaración de concurso por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, seguidos de los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.1.4. Convenio

Especial atención ha prestado la ley al convenio del concursado con los acreedores a fin de potenciar esta solución. Ciertamente, el Título VII es uno de los títulos que más amplias y profundas modificaciones sufre.

Dos son los criterios principales que han impulsado los cambios. Por una parte, la necesaria simplificación y agilización del procedimiento ha aconsejado eliminar la propuesta anticipada de convenio, ya que, existiendo la posibilidad de alcanzar un plan de reestructuración sólo en los casos de probabilidad de insolvencia, sino también en los casos de insolvencia actual, esa propuesta anticipada ha perdido la razón de ser; y ha aconsejado igualmente eliminar la muy arcaica junta de acreedores sustituyéndola en todos los casos por una tramitación escrita. Por otra parte, la necesidad de evitar que exista una profunda asimetría entre la regulación de los acuerdos de reestructuración y el convenio concursal afecta tanto al contenido posible del convenio de acreedores como a las reglas para la aceptación de la propuesta, aprobación e impugnación. Adicionalmente, la Especial atención ha prestado la ley al convenio del concursado con los acreedores a fin de potenciar esta solución, de forma que se suprime el convenio anticipado, se suprime la Junta de acreedores y se establece un régimen de aprobación muy parecido al previsto para los acuerdos de reestructuración. La supresión del convenio anticipado es consecuencia lógica de la articulación de un Derecho preconcursal. La supresión de la junta de acreedores –a la que el Derecho en vigor dedica especial atención– se enmarca

dentro de la necesaria simplificación de la tramitación del concurso de acreedores, que también es uno de los objetivos de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio. La reforma opta por modificar los artículos del texto refundido de la Ley Concursal en la medida en que sean indispensables para esa doble finalidad de supresión del convenio anticipado y de la junta de acreedores.

2.1.5. Otras medidas de agilización

Las previsiones de la Directiva 2019/1023 respecto de los deberes de los administradores sociales se encuentran implícitos en la normativa vigente, por lo que no se introducen novedades en el régimen actual de la acción social ni en la posible calificación del concurso de acreedores como culpable.

La Directiva no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación. La presente ley mantiene la calificación del concurso de acreedores, aunque con importantes innovaciones relativas a la presentación del informe de calificación, con continuidad de plazos para acelerar la tramitación de la Sección sexta, y a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal. Esta supresión se compensa con el reconocimiento de la legitimación los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable.

La Directiva también regula las condiciones exigidas a los administradores concursales, por lo que la transposición atiende tanto al articulado como a los considerandos. Dos son los principios de los que debe partir la tarea de transposición: el primero, el de asegurar la formación y los conocimientos suficientes y adecuados de quienes aspiren a ser nombrados; y el segundo, el de la necesidad de atender las “particularidades” del caso”. La ley proyecta el primero de esos principios a través de la doble exigencia de que las personas

naturales o jurídicas que pretendan ser inscritas como administradores concursales en el Registro público concursal tengan la titulación y superen las pruebas que se establezcan en el Reglamento de la administración concursal. A través de esos requisitos se garantiza una formación adecuada, que se combina con el grado de complejidad del concurso debiendo añadir ese Reglamento mayores requisitos cuanta mayor sea la previsible complejidad de las funciones a desarrollar. En lugar de una clasificación de los concursos de acreedores en tres categorías en función de las dimensiones (pequeños concursos, concursos de grado medio y concursos de grandes dimensiones) la ley fija como parámetro el de la complejidad.

El segundo de esos principios, el de la adecuación al caso concreto, exige modular el sistema de “turno correlativo” en los concursos de mayor complejidad, entre los que cabe mencionar expresamente los concursos con elementos transfronterizos, en los que se tenga en cuenta el conocimiento de la lengua del país/es o la lengua inglesa; en todo caso, el juez, al efectuar el nombramiento, debe motivar la designación en la adecuación de los conocimientos y de la experiencia de la persona nombrada a las particularidades del caso. La combinación de ambas formas de designación permite configurar un sistema claro y transparente y, al propio tiempo, adaptado al caso concreto.

Al mismo tiempo, se ha modificado el artículo relativo a los deberes de los administradores concursales a fin de hacer explícitos los requisitos de actuación imparcial e independiente.

El objetivo de la eficiencia no se consigue simplemente con este sistema de nombramiento y la Directiva establece previsiones relativas a los mecanismos necesarios para relacionar retribución y eficiencia, conflicto de intereses y supervisión del ejercicio del cargo por parte del administrador concursal. Con el fin de fomentar la celeridad y agilidad del procedimiento, se entiende que la eficiencia debe ser promovida no solo por reducciones a la retribución sino también con incentivos a la pronta resolución de los trámites.

La Directiva 2019/1023 exige que los Estados miembros establezcan “herramientas de alerta temprana” para que el deudor, detectada la probabilidad

de insolvencia, pueda actuar sin demora a fin de evitar que esa mera probabilidad se convierta en insolvencia actual.

Los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen una de las novedades más relevantes introducidas en la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, de Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos concursales. La Directiva impone 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 los efectos 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.

Se introduce una habilitación para que la Ministra de Hacienda regule por medio de una Orden Ministerial un sistema de alerta temprana a las empresas que, de acuerdo con determinados indicadores, pudieran encontrarse en una situación susceptible de evolucionar hacia una situación de insolvencia, es decir, que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia.

El aspecto clave de la propuesta es que tales indicadores permitan emitir una advertencia a la empresa antes de que los problemas financieros se manifiesten de forma clara, puesto que llegado ese momento la advertencia sería superflua. No se trata, por tanto, de identificar indicadores que permitan emitir un mensaje categórico sobre la situación de la empresa, sino de configurar un sistema indiciario que permita advertir a las empresas en un estadio temprano de posibles dificultades financieras futuras que puedan derivar en una situación de insolvencia.

Esta alerta sería confidencial e iría dirigida exclusivamente a la empresa.

Asimismo, se establece que mediante desarrollo reglamentario se establecerán servicios de asesoramiento gratuito y confidencial a empresas en dificultades para posibilitar el asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en un estadio temprano de dificultades. Adicionalmente, se ampliará el contenido y mantendrá actualizada la página web de “autodiagnóstico de salud

empresarial”; que ya dispone de acceso libre y gratuito, y realice las actuaciones que considere oportunas para difundirla entre los posibles interesados.

Finalmente, como medida de alerta, aunque muy tardía, la ley establece que, en caso de ejecución judicial, si el ejecutado no señalare bienes susceptibles de embargo o el valor de los señalados fuera insuficiente para el fin de la ejecución, se introduce el deber a cargo del Letrado de la Administración de Justicia de advertir al ejecutado de que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, puede comunicar al juzgado competente el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con acreedores para pactar un plan de reestructuración de la deuda, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación en los términos establecidos por la ley; y que, si encontrándose en estado de insolvencia actual no lo hace, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer ese estado de insolvencia.

2.1.6. Procedimiento especial para microempresas

La modernización del sistema legal para dar solución a la crisis de las microempresas es una pieza necesaria de la transposición al Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Por microempresas (o micropymes) se entiende aquellas empresas que tienen menos de diez trabajadores y unos ingresos anuales inferiores a los dos millones de euros. En la definición de microempresas se tiene en cuenta la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas y el ámbito subjetivo del procedimiento especial para microempresas se basa en la definición comunitaria de pequeña y mediana empresa (PYME) recogida en el Anexo I del Reglamento nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

Resulta imprescindible que la actualización del derecho de la crisis empresarial contenga una parte dedicada a un sector de vital importancia en

nuestra economía. Según los datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 31 de agosto de 2020, las microempresas constituían el 93,82% de las empresas españolas y daban empleo a 4.887.003 personas, lo que representa el 31,63% del empleo total. En la mayoría de los sectores, las microempresas constituyen una parte esencial del tejido productivo: el 61,83% de las empresas del sector agrario son micropymes, el 49,58% en la construcción, y el 31,24% en el sector servicios.

Las microempresas constituyen un sector con una alta volatilidad y una enorme rotación. Así, los datos hasta el final de 2018 muestran que el 25,98% de las micropymes tienen una vida inferior a un año, el 14,27% sobreviven entre 2 y 3 años, el 16,72% entre 4 y 7 años, y solo el 20,58% de las empresas más pequeñas duran más de 15 años. Estos datos muestran la extraordinaria importancia que adquiere la implementación de un sistema que sea capaz de reducir la rotación, incrementando las posibilidades de continuidad de aquellas empresas viables, y que ofrezca instrumentos eficaces y eficientes de salida del mercado a aquellas empresas que no tienen valor añadido, de modo que se liberen los recursos y puedan ser asignados a usos más eficientes.

Por lo que al uso del sistema concursal se refiere, los datos no son positivos. El hasta ahora vigente acuerdo extrajudicial de pagos ha tenido un uso muy escaso y el concurso de acreedores no ha resultado ser una herramienta eficaz para salir de la crisis empresarial.

Las microempresas suelen acceder al procedimiento concursal cuando su situación financiera se ha deteriorado tanto y queda tan poco valor en la empresa que cualquier solución reorganizativa resulta poco viable. Pese a ello, el concurso de acreedores incluye pocas excepciones y especialidades en el tratamiento de la insolvencia de las microempresas. El concurso de acreedores, responde a un procedimiento de corte clásico, formal y con un fuerte contenido procesal, lo que comporta, en su implementación, unos costes fijos altos, con independencia del tamaño de la empresa concursada. En esta tesitura no es infrecuente que la propia estructura procesal del concurso genere más costes que el valor residual que queda en la empresa insolvente. Es, por tanto,

necesario, diseñar un procedimiento para las microempresas que reduzca notablemente los costes fijos del propio sistema.

En primer lugar, el procedimiento diseñado en el nuevo Libro tercero incluye un gran número de medidas dirigidas, precisamente, a solucionar este problema. Las principales características del procedimiento son:

El procedimiento especial diseñado busca reducir los costes del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible, o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes. Todo ello, sin menoscabo de la plena tutela de los derechos de los participantes en el procedimiento.

La regla principal afecta a la intervención del juez que sólo se producirá para adoptar las decisiones más relevantes del procedimiento o cuando exista una cuestión litigiosa que las partes eleven al juzgado. Los incidentes se solucionarán, salvo excepciones, por un procedimiento escrito; y, cuando sea necesaria la participación oral de las partes o de expertos se utilizarán las vistas virtuales, celebradas por medios telemáticos.

Los incidentes y los recursos no tendrán efectos suspensivos, aunque el juez podrá adoptar medidas cautelares o suspender determinados efectos. Con carácter general, las decisiones judiciales no serán recurribles.

Se pone a disposición de las partes un programa de cálculo y simulación de pagos en línea sin coste, lo que permitirá reducir los costes de asesoramiento del deudor.

En segundo lugar, se articula una simplificación procesal estructural para las partes basado en que la comunicación en el seno del procedimiento se realizará a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste. Ello permite recibir la información en tiempo real, lo que garantiza la completitud de la información y hace que la participación del abogado y del procurador sean, en general, innecesarias. Los trámites del procedimiento especial podrán transcurrir

en paralelo, a diferencia del concurso de acreedores que se desarrolla de forma lineal con etapas consecutivas.

Para utilizar el procedimiento los usuarios deben haber obtenido un certificado habilitado al efecto o cumplir con los requisitos de identificación electrónica previstos por la regulación de acceso electrónico a la Administración de Justicia.

Uno de los aspectos más innovadores de este sistema es su carácter modular. Tradicionalmente, el Derecho concursal lleva aparejados una serie de efectos automáticos que tienen costes fundamentalmente para los acreedores. El procedimiento especial permite a las partes que soliciten su aplicación solo si así lo desean: éste es el caso de la paralización de ejecuciones sobre activos con garantía real y del nombramiento de profesionales.

Así, la participación de profesionales (mediador, administrador concursal, experto en reestructuración, letrado o procurador) se exige solo para ejecutar determinadas funciones (por ejemplo, se exige asesoramiento letrado en materia de calificación del procedimiento) o cuando lo soliciten las partes y asuman el coste.

El pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada. Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. Es causa expresa de calificación culpable, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y es perseguida como estafa procesal o como insolvencia punible en el Código Penal.

En tercer lugar, el procedimiento especial es único: las microempresas no tienen acceso al concurso ni a los acuerdos de reestructuración.

Este procedimiento trata de combinar aquellos aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas. Así, el presupuesto objetivo es amplio y permite su utilización cuando la microempresa está probabilidad de insolvencia (situación pre-concursal), insolvencia inminente o insolvencia actual (situación concursal).

Los autónomos, además de tener acceso al procedimiento especial (sin son microempresas) pueden acceder al procedimiento de segunda oportunidad.

Uno de los motivos por los que se regula un sistema único y simplificado es para facilitar su comprensión por los usuarios que, en su mayoría, carecerán de conocimientos específicos sobre instrumentos pre-concursales y concursales y tendrán recursos limitados para contratar asesores externos.

Adicionalmente, son dos los elementos en los que se basa este procedimiento especial único: la negociación y el modo de finalización de ésta.

De un lado, se trata de un procedimiento formal, en el que se contempla un período de negociación de tres meses no prorrogables, durante los cuales se suspenden las ejecuciones singulares y se puede preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Finalizado este plazo se inicia un procedimiento formal, pero muy flexible y de bajo coste.

Se ha considerado que la regulación de un procedimiento formal es más adecuada por dos motivos: añade una “oficialidad” al sistema, que incrementa las posibilidades de que se proporcione toda la información necesaria para los acreedores y ayuda a reducir el fraude o su mal uso y promueve la participación de los acreedores profesionales cuya inactividad ha sido uno de los grandes problemas, pues es un sistema universal que afecta a todos los acreedores, y a todos los bienes y derechos (salvo los inembargables).

De otro, se establecen dos posibles itinerarios: una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible. Debe aclararse que a través de este procedimiento solo podrán liquidarse empresas insolventes, pues la normativa societaria y mercantil ya ofrece vías para la liquidación de empresas solventes. Y los autónomos podrán acceder al procedimiento de segunda oportunidad a partir de cualquiera de los dos itinerarios, ya sea el de liquidación o el de continuación.

Como ocurre con los supuestos de concurso y de los planes de reestructuración, el procedimiento especial funcionará mejor cuanto antes se

utilice, para lo cual es esencial que se perciba como un instrumento útil y manejable por parte del deudor.

El Capítulo I del Título I del Libro tercero regula las disposiciones generales (ámbito subjetivo, presupuesto objetivo, las reglas procesales especiales del procedimiento y la ocultación o provisión de información o documentación). La primera de las reglas procesales especiales es la sustitución del sistema tradicional de presentación de escritos en papel ante el juzgado, por la entrega de formularios electrónicos, predeterminados, accesibles en línea, sin coste, y cuyo envío se produce de forma telemática. Otra especialidad, como se ha anticipado, consiste en la eliminación, con carácter general, de las vistas orales presenciales y su sustitución por vistas virtuales.

La previsible sencillez de los asuntos y el uso de formularios explican que la participación de abogado y procurador, salvo en determinados supuestos, sea voluntaria.

Otro de los principios esenciales radica en la proactividad de las partes. Así, la adopción de medidas concretas o el acceso a determinada información debe ser solicitada por los interesados, no generándose costes innecesarios. Estas características del procedimiento explican la creación de un sistema dinámico de acceso a la información por parte de los acreedores.

Por último, se regulan en el Título I las consecuencias que comportaría la ocultación, manipulación, aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz, a las que se ha hecho referencia.

El Capítulo II del Título I regula la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones y la apertura del procedimiento especial. La apertura del procedimiento tiene potestad de solicitarla el deudor, los acreedores y los socios personalmente responsables. El solicitante debe elegir el inicio de un procedimiento de continuación o uno de liquidación. En el caso de que el solicitante sea un acreedor o un socio, al inicio del procedimiento el deudor tiene la facultad de modificar el itinerario en los siguientes términos: si se solicitó un procedimiento de continuación, el deudor puede imponer la liquidación siempre que se esté en una situación de insolvencia actual; y si se solicitó un

procedimiento de liquidación, el deudor puede poner en marcha un procedimiento de continuación. No obstante, una vez comenzada la tramitación de un procedimiento de continuación, los acreedores que representen una mayoría del pasivo podrán, en cualquier momento, forzar la liquidación en el caso de que el deudor sea insolvente.

El sistema combina la previsión de la Directiva que requiere el consentimiento de la microempresa para alcanzar válidamente un plan de continuación, con la necesidad de evitar que el proceso se prolongue innecesariamente cuando los acreedores no crean en la posibilidad de una solución concordataria.

En la solicitud de apertura el deudor podrá solicitar de manera voluntaria, por ejemplo, el nombramiento de un experto en la reestructuración o de un administrador concursa o la paralización de las ejecuciones sobre activos sujetos a garantía real.

El deudor dispondrá de un plazo de tres meses no prorrogable para negociar con los acreedores. Una vez tramitada la solicitud, el procedimiento se abrirá por auto judicial, que tendrá un contenido simplificado. Con el fin de agilizar los trámites y reducir la carga de trabajo de los juzgados, la notificación de la apertura del procedimiento a los acreedores se realizará por el deudor, por correo electrónico. La apertura se publicará en el Registro público concursal y en los registros de bienes y personas.

El Capítulo III del Título I regula los efectos de la apertura del procedimiento especial.

En el procedimiento de continuación los acreedores que representen un mínimo porcentaje del pasivo total pueden solicitar la limitación de las facultades de administración y disposición del deudor. También es posible la intervención o la sustitución de dichas facultades mediante petición expresa en la solicitud de nombramiento de experto de la reestructuración. La sustitución requerirá además que el deudor esté en situación de insolvencia.

En el procedimiento especial de liquidación los acreedores cuyos créditos representen un mínimo porcentaje del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituya al deudor en sus facultades de administración y disposición de su patrimonio. El auto del juez que resuelva sobre la petición será recurrible en reposición, que se resolverá previa celebración de vista.

En defecto de lo anterior, el deudor continuará desarrollando esas facultades de administración y disposición, aunque sólo podrá realizar aquellos actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado.

La apertura del procedimiento trae consigo los mismos efectos sobre los contratos y las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado previstas en el Libro segundo, y, de modo similar, como regla general, se produce la suspensión de las ejecuciones sobre el patrimonio de la microempresa, con la finalidad de preservar el valor de la empresa en funcionamiento hasta que se alcance un plan de continuación o la venta de la unidad productiva. En el caso de bienes y derechos sometidos a garantía real solo se produce cuando así se solicita expresamente por el deudor y se reúnen los requisitos legales para ello.

El Título I recoge expresamente una regla de protección del crédito comercial que, en condiciones normales de mercado, se haya concedido al deudor en los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento, por medio de la irrevocabilidad, en ausencia de fraude, de las compensaciones efectuadas en el marco de contratos de cuenta corriente o de líneas de financiación del circulante.

El Capítulo IV del Título I se ocupa de las acciones rescisorias y de las acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora.

El ejercicio de la acción corresponderá a un administrador concursal, nombrado específicamente al efecto o previamente nombrado con carácter general en el procedimiento. En el primer supuesto, deberá ser solicitado por

acreedores que reúnan un mínimo porcentaje, y podrá ser rechazado por acreedores con porcentaje superior, salvo que los solicitantes asuman el coste del pago de la retribución.

La acción rescisoria o la acción de responsabilidad solo podrán ejercitarse en este contexto en caso de insolvencia actual del deudor. Estas acciones pueden ser cedidas o transmitidas de otro modo a un tercero, generando así liquidez para la masa y mejorando las opciones de cobro de la generalidad de los acreedores. Igualmente, este tipo de acciones pueden ser incluidas como un activo más en el sistema de generación de recursos para el pago de los créditos del plan de continuación.

El título II regula el procedimiento de continuación, que es un procedimiento abreviado en el que el deudor y sus acreedores pueden alcanzar una solución acordada a la insolvencia, con independencia de la situación patrimonial del deudor.

La iniciativa para presentar el plan corresponde tanto al deudor como a los acreedores, aunque la propuesta de aquél tiene preferencia en caso de que se presenten varias. Queda a la iniciativa del deudor la notificación de la propuesta a los acreedores, a través de un sistema por el que quedan registradas las notificaciones en el juzgado. La inacción del deudor se trata como una muestra de desinterés que arroja suficiente duda sobre las posibilidades de éxito del plan lo que tiene como consecuencia el cierre del procedimiento, si el deudor es solvente, o la apertura de la liquidación, cuando se encuentra en insolvencia actual.

Desde el punto de vista de la reestructuración de la empresa, el límite se encuentra en el régimen jurídico general; no hay, por tanto, ninguna limitación específica, y el deudor y sus acreedores tienen libertad para sanear la empresa con las medidas necesarias para devolverla a un estado de viabilidad sostenida en el tiempo. La proposición del plan es, procesalmente, el momento para la determinación de las clases de acreedores, que se ordenan de manera sencilla, de acuerdo con su valor económico, que coincide con la clasificación de créditos prevista en el Libro primero, tanto en lo relativo a las categorías de créditos como

a las distintas subcategorías que conforman el orden jerárquico de los créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. En el caso de las micropymes, todos los acreedores participan, incluidos los subordinados. En el supuesto de sociedades, los socios expresan su voluntad a través del órgano societario, no como clase (o subclases) en el marco general de decisión de los acreedores. Esta diferencia del sistema de microempresas entronca directamente con la exigencia de la Directiva. La aprobación del plan se hace exclusivamente por procedimiento escrito. En este procedimiento se fusionan dos trámites procesales que, tradicionalmente, se han realizado de forma separada y sucesiva: la determinación de los créditos y la emisión del voto (y, por tanto, la aprobación o rechazo) del plan. Se realiza, además, con total transparencia, en cuanto a las alegaciones realizadas sobre el contenido del plan, lo que hará aflorar información que puede resultar de gran utilidad para la decisión de los acreedores sobre el destino del plan de continuación.

Presentado el plan, el deudor y los acreedores podrán formular alegaciones a cualquier elemento del plan tras lo cual tendrá lugar la votación que se realizará por medio de formulario oficial o por cualquier medio telemático habilitado por el juzgado.

Transcurrido el periodo de votación, el Letrado de la Administración de Justicia emitirá certificación con el resultado, que será notificado electrónicamente al deudor y los acreedores. Con la finalidad de evitar la prolongación excesiva del procedimiento de continuación en caso de impugnación de la lista de acreedores, el Libro tercero prevé la posibilidad de la emisión de una certificación provisional del resultado. Esto acontecerá cuando las alegaciones aun no resueltas judicialmente sean de una cuantía no susceptible de alterar el resultado de la votación.

La votación se realizará por todos aquellos créditos que resulten afectados por el plan de continuación. La definición de qué crédito se entenderá afectado no tiene especialización para microempresas, y se aplica lo previsto en el Libro segundo. De acuerdo con lo previsto por la directiva, el deudor y en su caso los socios de la sociedad deudora legalmente responsables de las deudas sociales deberán dar su consentimiento al plan. Como regla, el plan podrá afectar

a todos los créditos, incluidos los contingentes y los sometidos a condición. Existe, sin embargo, una excepción para el caso de los créditos por alimentos derivados de relación familiar, para determinados créditos laborales, y los créditos derivados de daño extracontractual. Estos son los tipos de créditos que no resultarían exonerables en caso de que el deudor persona física solicitase la exoneración.

Existen dos aspectos en los que la aprobación del plan de continuación se separa de las reglas del Libro segundo y que se fundamentan en las especiales características de las microempresas. En primer lugar, se entenderá que el acreedor que no emite voto alguno lo hace a favor del plan. Con esta regla se pretende incentivar la participación de los acreedores, sobre todo de aquellos de mayor tamaño, no infrecuentemente reacios a participar en los procedimientos menor tamaño. En segundo lugar, la reducción de los porcentajes necesarios para que se entienda aprobado. Esta medida busca favorecer este tipo de acuerdos, preservando, en todo caso, mayorías amplias.

El sistema de homologación judicial del plan de continuación presenta también diferencias con el sistema de homologación del Libro segundo. En el caso del procedimiento especial, el mecanismo de homologación se agiliza y se deja a la iniciativa de los interesados que así lo soliciten en aras de una mayor seguridad jurídica. Si ni el deudor ni los acreedores solicitan la homologación ésta se producirá automáticamente de manera tácita. Esta diferencia con el Libro segundo se explica, además de por los principios anteriormente enunciados, por la existencia de control de legalidad con anterioridad a la homologación durante el procedimiento escrito de aprobación. En otras palabras, en este punto el sistema de homologación del plan de continuación se asemeja más a la aprobación judicial del convenio en el concurso de acreedores. Y esto es así, precisamente, porque, también en el supuesto de este Libro tercero, los intereses de las partes se han protegido suficientemente antes de este último acto.

Ahora bien, esta es la regla general del procedimiento especial de continuación, pero existe también una excepción para el caso en que se haya considerado la ausencia de voto como voto a favor del plan. En este supuesto la homologación judicial se antoja necesaria. No parece adecuado que un plan de

continuación se apruebe por una minoría de acreedores ante el desinterés de la mayoría sin que el juez entre a realizar un control adicional sobre el fondo.

El Capítulo III del Título regula las distintas vicisitudes que pueden acontecer en relación con el plan de continuación. En primer lugar, plan de continuación, se entenderá cumplido una vez transcurridos 30 días desde el último pago previsto sin que nadie hubiera solicitado la declaración de incumplimiento. En segundo lugar, se regula la frustración del plan, que puede ocurrir por falta de aprobación, por rechazo a la homologación, en caso de estimación de una impugnación de la homologación, o, en fin, en caso de incumplimiento del plan. En todos estos supuestos, la consecuencia será, como regla general, la apertura del procedimiento especial de liquidación sobre la microempresa, salvo que ésta no se encuentre, en el momento en que acontece la frustración del plan, en situación de insolvencia actual.

En tercer lugar, regula el incumplimiento del plan de continuación, incluyendo una serie de reglas similares a las previstas en el Libro primero para el caso de incumplimiento del convenio concursal.

Cuando el plan de continuación no haya llegado a buen fin, el deudor persona física podrá intentar la vía de la exoneración del pasivo insatisfecho a través del cumplimiento de un plan de pagos de acuerdo con el procedimiento previsto en el Capítulo II del Libro primero. En este caso, el deudor no pasará directamente a un procedimiento especial de liquidación.

El último capítulo del Título II incluye una serie de medidas y efectos no obligatorios, es decir, que solo se producirán cuando lo solicite el deudor o los acreedores, y se den todos los requisitos legales.

La primera de estas opciones o módulos consiste en la solicitud, por parte del deudor, de una suspensión de las ejecuciones iniciadas o por iniciar sobre bienes de la masa sometidos garantía real. Otra de las opciones o módulos a disposición del deudor y de los acreedores es la solicitud de un procedimiento interno de mediación, que consiste en una especie de procedimiento interno paralelo, informal, breve y sin coste más allá de la retribución del experto, en el que el profesional cita a las partes a encuentros en un espacio virtual, con la

intención de favorecer un acuerdo entre las partes. En tercer lugar, otra opción o módulo consiste en la solicitud de que el deudor se vea sometido a limitaciones en sus facultades de administrar y disponer sobre la masa activa ulteriores a las previstas con carácter general en el Título I.

El cuarto y último de los módulos regula el nombramiento de un experto de la reestructuración. El nombramiento de un experto en los supuestos de insolvencia de las microempresas debe ser opcional, no una necesidad como ocurre en el concurso de acreedores.

La solicitud del nombramiento de un experto de la reestructuración es opcional y puede acompañarse de la petición de sustitución del deudor en sus facultades de administración y disposición de la masa activa, que pasarían a ser asumidas por el experto. En este supuesto el deudor podrá oponerse, no al nombramiento de un experto de la reestructuración, sino a la sustitución de dichas facultades, cuando no se encuentre en situación de insolvencia actual. El juez puede de ese caso acordar el nombramiento del experto con meras facultades de intervención. El deudor y los acreedores con una mayoría del pasivo podrán acordar el nombramiento de un experto de la reestructuración y también su retribución. Si no hay acuerdo, el nombramiento del experto se producirá por el juez de entre los inscritos en las listas de expertos de la reestructuración. Como regla general la retribución será a cargo de quien solicite el nombramiento, y ésta se fijará mediante negociación de honorarios profesionales entre el solicitante y el profesional.

El título III se dedica al procedimiento especial de liquidación está concebido para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no ha resultado exitoso.

La liquidación se abrirá a solicitud del deudor o de los acreedores. El deudor podrá solicitar su apertura en caso de insolvencia inminente o actual. Los acreedores, por el contrario, solo podrán solicitarla cuando el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual. La apertura de la liquidación también procederá en el supuesto de frustración del plan de continuación. En

estos supuestos de frustración, la apertura de la liquidación se producirá siempre y cuando el deudor esté en situación de insolvencia actual, y fracasado el plan de continuación, no haya optado por el camino de la exoneración de deudas mediante un plan de pagos.

Los efectos de la apertura del procedimiento especial de liquidación variarán dependiendo de si existe o no la posibilidad de la transmisión de la empresa o de alguna unidad productiva en funcionamiento. Mientras exista esta posibilidad, la apertura del procedimiento no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes y serán ineficaces las cláusulas que anuden la resolución automática con la apertura de la liquidación. El Título tercero ofrece una indicación sobre cuándo debe entenderse, a estos efectos, que la posibilidad de transmisión de la empresa o de unidades productivas en funcionamiento ya no existe. Esto acontecerá cuando así lo reconozca el deudor en la propia solicitud de apertura de la liquidación, cuando se determine objetivamente en el plan de liquidación presentado por el deudor o por la administración concursal, o, en fin, cuando así se desprenda del plan de liquidación modificado por el juez tras las alegaciones de las partes. Una vez no sea objetivamente previsible la transmisión de la empresa en funcionamiento se producirán los efectos típicos de la apertura de la liquidación concursal, es decir, el vencimiento anticipado de los créditos y la conversión en dinero de aquellos créditos u obligaciones que consistan en prestaciones no dinerarias.

La apertura del procedimiento especial de liquidación supone en todo caso la disolución de la sociedad., Los acreedores que representen créditos con una mínima mayoría podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal que sustituirá al órgano de administración en sus facultades de administración y disposición. En defecto de dicho nombramiento, el órgano de administración continuará con sus facultades de administración y disposición sobre el patrimonio, con las limitaciones legales que se establecen.

El carácter opcional para los acreedores del nombramiento de un administrador concursal, determina que una de las grandes novedades de este Libro tercero radica en la posibilidad de que el deudor sea quien liquide la masa activa. Esta especialidad se justifica, en primer lugar, por la previsibilidad de que,

en una buena parte de los casos, la masa activa, en el momento de apertura del procedimiento, incluirá pocos activos y su liquidación debería resultar sencilla, sobre todo teniendo en cuenta los mecanismos de liquidación a través de venta por plataforma previstos en este Libro tercero; y en segundo lugar, también previsiblemente, algunos de esos activos -los más valiosos- estarán sometidos a garantía real o algún tipo de preferencia específica. Ello no impide, como se ha dicho, que el propio deudor o los acreedores, si así lo solicitan, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal que realice las tareas de liquidación.

El procedimiento especial de liquidación incluye un sistema ágil y abreviado de determinación de la masa activa y de la masa pasiva. Sobre la base de la lista de bienes y de créditos aportada por el deudor, los acreedores pueden, en el plazo de 20 días hábiles, impugnar partidas del inventario o la cuantía naturaleza y circunstancias con que ha sido incluido un crédito. En este libro tercero se aplican las normas de reconocimiento de créditos de carácter sustantivo incluidas en el Libro primero. Este procedimiento abreviado de determinación de las masas activa y pasiva también permite insinuar su crédito a aquellos acreedores que no han sido incluidos por el deudor en la lista. Este particular puede ser especialmente importante en la práctica, sobre todo en los supuestos en que no hay nombramiento de la administración concursal. La omisión deliberada de créditos, incluidos los litigiosos, así como la inclusión de créditos no reales reciben una severa sanción en el marco del sistema creado por el procedimiento especial.

En el caso del procedimiento especial para micropymes el plan de liquidación supone la pieza central en el proceso de liquidación. La razón de la diferencia radica en la existencia, en el concurso de acreedores, de un informe de la administración concursal en el que se fijan los derechos de las partes y se contienen los elementos esenciales del procedimiento. En el caso de las microempresas, sin embargo, no existe una fase común, ni un informe de la administración concursal, sino que todo se desarrolla, por economía procesal, en una misma fase. Este plan, en el Libro tercero, se diseña de manera flexible e informal, evitándose, de este modo, los problemas de retrasos e

incumplimientos que eran propios de la práctica en el concurso de acreedores antes de la reforma.

En el plan se incluirá la forma en que se prevé la liquidación de los activos y el tiempo previsto para la misma. Como regla general, siempre que sea posible, se enajenará la empresa o una unidad productiva en funcionamiento; y la venta de los activos individualmente considerados se producirá, salvo excepción justificada y suficientemente explicada, a través de la plataforma de liquidación. El plan de liquidación deberá ejecutarse en tres meses, aunque existe la posibilidad, a solicitud del deudor o de la administración concursal, de obtener una prórroga de un mes adicional.

Además, el plan constituye una pieza informativa de primer orden en el procedimiento especial de liquidación. Los acreedores y, en su caso, los trabajadores, tendrán la posibilidad de formular alegaciones al plan, a las que tendrán acceso todos los acreedores. Existe también la posibilidad de un breve trámite incidental, basado en las alegaciones realizadas por las partes, en que el juez puede modificar o, en su caso mantener, el contenido del plan de liquidación.

La plataforma de liquidación conforma otra de las novedades más importantes de este procedimiento especial para microempresas. Será de acceso gratuito y universal, y en ella se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación. Se conformará un catálogo de bienes, organizados por categorías, según criterios comerciales, y enajenables de manera individual o por lotes. La venta de los activos se realizará tanto a través de venta directa por acceso externo al catálogo de los clientes como a través de la realización de subastas electrónicas periódicas, que deberán ser más frecuentes en las etapas iniciales del periodo de liquidación.

La plataforma no solo contribuirá a agilizar la venta de activos, permitirá reducir el coste de la liquidación, incrementará notablemente la transparencia, y coadyuvará a descargar notablemente de trabajo al sistema judicial, sino que jugará un papel muy importante a la hora de permitir la terminación de los procedimientos especiales de liquidación en los plazos previstos. Con la clausura

del procedimiento especial sin haber liquidado todos los bienes, el deudor, o la administración concursal, y en ambos casos con el control del juzgado, entregarán a la plataforma una lista con identificación precisa tanto de los activos remanentes como de los acreedores cuyos créditos resultan insatisfechos, ordenados por estricto orden de prioridad. Periódicamente todo dinero que se recaude sobre bienes de cada procedimiento será entregado a los acreedores del mismo mediante un sistema de transferencias bancarias automáticas.

El Título III regula la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en funcionamiento, si bien deberá completarse con lo previsto en el Libro primero. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas podrá producirse en tres momentos distintos: con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación; o en un momento posterior, con su inclusión en el plan de liquidación; o, posteriormente sin inclusión previa en el plan de liquidación, a modo de oferta sobrevenida que no se había considerado inicialmente como una posibilidad. Esta última opción persigue otorgar flexibilidad a la liquidación. Las tres formas de transmisión de la empresa o de las unidades productivas presentan algunas especialidades regulatorias.

La vía de la presentación junto con la solicitud sigue de cerca la regulación de la institución equivalente en el Libro primero. Igual que en el caso del concurso, la propuesta que involucre a una persona especialmente relacionada con el deudor deberá ir acompañada del apoyo previo de un porcentaje de los acreedores que no sean personas especialmente relacionadas con el deudor; además, en este caso, para incrementar la transparencia, la empresa deberá anunciarse en la plataforma especial para la liquidación. Otra especialidad de esta vía rápida consiste en el necesario nombramiento de un administrador concursal o de un experto en la valoración de empresa, que emitirá un informe que, al igual que la propia oferta, será incorporado al plan de liquidación. Entre las alegaciones que los acreedores pueden realizar al plan se prevé en este caso expresamente la posibilidad de que requieran de manera vinculante la publicidad a través de la plataforma de liquidación. Incluso cuando la oferta se presente junto con la solicitud, el procedimiento especial de liquidación prevé la posibilidad de que se presenten ofertas adicionales. Estas ofertas adicionales serán igualmente sometidas a informe y se creará una especie de proceso abreviado

de negociación. El sistema crea una suerte de subasta dinámica y transparente de manera informal.

Cuando se incluya la previsión de transmisión de la empresa o de las unidades productivas en el plan de liquidación, se prevé también la posibilidad de una valoración externa de la empresa o de la unidad productiva. Esta valoración será obligatoria si ya existe un administrador concursal nombrado. En caso de producirse una valoración externa, las partes podrán realizar alegaciones.

Por otra parte, la plataforma de liquidación podrá ser asimismo utilizada para favorecer la transmisión de la empresa o de las unidades productivas. Se prevé la posibilidad de que el deudor o el administrador concursal vuelque información con un grado de detalle suficiente sobre la empresa o las unidades productivas para generar interés en posibles compradores, actuando, así, como facilitador de mercado. Como se señalaba para el supuesto de presentación inicial de la oferta, la publicidad a través de la plataforma es un requisito para la transmisión, en última instancia, a una persona especialmente relacionada con el deudor. Si se produce un interés, los interesados potencialmente en adquirir la empresa o la unidad productiva darán a conocer tal circunstancia por medio de formulario oficial habilitado, interés que será notificado al deudor y/o a la administración concursal. Los interesados podrán solicitar información adicional que, por su carácter sensible o reservado, no es objeto de publicidad accesible en abierto. La plataforma actúa, de este modo, como mecanismo reductor de los costes de la due diligence previos a las adquisiciones de empresas, pero no es el mecanismo apropiado para ejecutar la transacción. Antes bien, la transmisión de la empresa o de la unidad productiva se dará a través de un sistema de venta directa, siempre bajo los principios de transparencia y publicidad, o, excepcionalmente, a través de subasta.

Cuando la transmisión de la empresa o de la unidad productiva se realice de forma directa o por subasta, se determinará un plazo para la presentación de ofertas, todo ello siempre de acuerdo con lo previsto en el plan de liquidación. Con la finalidad de incrementar la transparencia, los aspectos fundamentales de la operación se notificarán a todos los acreedores y se harán públicos a través

de la inscripción del acuerdo en el registro de resoluciones concursales. El libro tercero incluye una especie de derecho de tanteo general que permitirá a cualquier tercero adjudicarse la empresa o la unidad productiva siempre que ofrezca, con el resto de las condiciones iguales, un incremento del 15% o más del precio fijado para la transacción original. Sin embargo, este derecho de tanteo se reducirá a un 5% de incremento cuando la parte con quien se hubiera acordado la transacción original fuese una persona especialmente relacionada con el deudor. Esta regla, por supuesto, persigue empujar al alza el precio en la venta directa de la empresa para beneficio de todos los acreedores del procedimiento especial de liquidación.

El precio inicial de venta o el precio inicial de la subasta será la valoración de la empresa o de la unidad productiva que se haya incluido en el plan de liquidación. Ahora bien, en todo caso, el valor por el que se transmita la empresa será siempre superior a la suma del valor de todos los activos incluidos en la masa individualmente considerados, de modo que una transmisión en funcionamiento no pueda, en ningún caso, perjudicar el derecho de los acreedores a su cuota de liquidación.

En el marco de las operaciones de liquidación, el procedimiento especial incluye reglas especiales en relación con los créditos que la microempresa tiene frente a tercero. Es habitual que una parte importante de los activos de una microempresa, al menos de aquellos que no están sometidos a garantía real y por tanto su realización puede ser utilizada para satisfacer los créditos de los acreedores no privilegiados, sean precisamente los créditos por cobrar. Este tipo de activos a menudo requiere actuaciones procesales para su conversión en dinero que se acompaña con dificultad a los tiempos del procedimiento especial, que, como todo procedimiento de insolvencia, exige una rápida resolución. Con la finalidad de evitar que la recuperación de estos créditos y, por tanto, la conversión en dinero de este tipo de actuaciones liquidativas retrase enormemente la clausura del procedimiento de continuación, causando, con ello, un grave perjuicio al sistema, se incluye un sistema de monetización de los créditos que tiene una doble vertiente: por un lado un sistema de enajenación de los créditos, y, por otro, un mecanismo de cesión de los créditos con gestión de cobro, cuya finalidad consiste en que el cesionario litigue en nombre y por cuenta

del deudor. Esta cesión permitirá cerrar el procedimiento concursal, y el dinero obtenido con el éxito del pleito cedido llegará a los acreedores en un momento posterior según sistema seguro de distribución de lo recaudado. El cesionario, profesional de la materia, cobrará su retribución a través de un porcentaje de lo obtenido, sin perjuicio de que, si es necesario, el dinero de la masa activa se utilice para cubrir parte de los gastos procesales antes de haberse asegurado el éxito del pleito.

El pago a los acreedores se efectuará en el en el orden y según el régimen jurídico establecido en el Libro primero para la liquidación en el concurso de acreedores. Se incluye, igualmente, un tratamiento similar en relación con la financiación interina otorgada al deudor durante el periodo de negociación o durante los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento especial, así como con respecto a la nueva financiación otorgada para la implementación del plan, siempre y cuando, en ambos casos, dicho plan haya acabado siendo aprobado. Naturalmente, este tratamiento no obsta a que la microempresa deba seguir cumpliendo con el pago de sus deudas cuyo devengo se produzca desde la apertura del procedimiento, en concreto, las deudas tributarias o deudas cuya ejecución esté encomendada a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o deudas de seguridad social, incluyendo cuotas y conceptos de recaudación conjunta. Ahora bien, a diferencia del Libro segundo, en este caso no se exigen las mayorías (reforzadas, en caso de persona especialmente relacionada) del pasivo afectado por el plan. La especial dificultad que tienen las microempresas para encontrar financiación y, más aún, en circunstancias de dificultad empresarial, explica la omisión de un requisito adicional susceptible de reducir notablemente el acceso al crédito en un momento en que resulta esencial.

El Capítulo segundo del Título tercero incluye las opciones o módulos que las partes pueden solicitar de manera voluntaria. Las razones que justifican este capítulo son las mismas que justifican estas opciones o módulos para el procedimiento especial de continuación. En el caso de la paralización de las ejecuciones sobre los bienes y derechos sometidos a garantía real, la especialidad en este tipo de procedimiento se encuentra en que tan solo sea posible dicha paralización cuando sea todavía posible la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas. Naturalmente, en el poco frecuente

supuesto de que haya más de una unidad productiva en una microempresa, el activo sometido a garantía cuya ejecución se suspende debe ser necesario para la actividad de esa unidad productiva concreta que se pretende transmitir.

Como ya se ha indicado, el nombramiento de un administrador concursal en la fase de liquidación solo se producirá, como ocurría con el experto de la reestructuración, cuando así lo soliciten los acreedores o el deudor. Como tercera opción o módulo se prevé la posibilidad del nombramiento de un experto en la valoración de la empresa. Es posible que se nombre este experto incluso en aquellos procedimientos liquidativos en que ya haya un administrador concursal. En este caso, la situación no puede suponer un coste adicional para el deudor y sus acreedores, de forma que repercutirá en el patrimonio del administrador concursal. La duplicidad de órganos en el procedimiento de microempresas debe ser una excepción.

En el Capítulo III, se prevé que el deudor persona física podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. Para ello, una vez completada la liquidación de la masa, deberá iniciar el procedimiento según se regula en el libro primero, cumpliendo todos los requisitos legales exigidos.

El Capítulo IV incluye la regulación de un procedimiento abreviado de calificación del procedimiento especial. Las diferencias con la calificación del concurso de acreedores son varias. En primer lugar, la calificación solo podrá abrirse en caso de liquidación de la microempresa, pero no en caso del cumplimiento de un plan especial de continuación. Esto no quiere decir, que los comportamientos antijurídicos realizados por el deudor o por aquellas personas que habrían podido resultar afectadas por la calificación queden sin remedio procesal, sino, simplemente, que deberán ventilarse en la instancia apropiada (por ejemplo, en un juicio de responsabilidad civil o en los juzgados de lo penal). Otra diferencia importante consiste en la no obligatoriedad de la apertura de una fase de calificación una vez concluida la liquidación en el procedimiento especial. De este modo, será necesario que, como regla general, acreedores que representen al menos el 10% del pasivo total soliciten la apertura de la calificación; o que lo hagan los socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad; o, cualquier acreedor, con independencia de su tamaño

y naturaleza, cuando objetivamente se haya producido una ocultación o una falsificación de la información provista durante el procedimiento especial.

La calificación se realizará a través de un procedimiento abreviado, cuyo comienzo no requiere la finalización de las labores de liquidación, sino que puede desarrollarse en paralelo con el resto del procedimiento. En la calificación, la administración concursal juega el papel principal, debiendo ser nombrada si no lo había sido ya. El proceso sigue el esquema del concurso de acreedores, con la presentación de un informe por la administración concursal, que terminará la calificación cuando no encuentre motivos para justificar la culpabilidad. Cuando, por el contrario, se solicite la calificación del procedimiento especial como culpable, las personas afectadas podrán oponerse. Excepcionalmente, este trámite procesal sí debe realizarse con intervención de asistencia letrada. Se sustanciará mediante una vista virtual, si bien el juez podrá convocar una presencial cuando la práctica de la prueba así lo aconseje. Las presunciones de culpabilidad y el contenido de la sentencia se regulan por el Libro primero La especialidad en el ámbito del procedimiento para microempresas se sitúa en la atención que se concede a la veracidad y completitud de la información que el deudor debe aportar tanto en la solicitud como a lo largo del procedimiento.

El último capítulo del Libro tercero incluye una serie de normas básicas sobre la conclusión del procedimiento. La pieza central es el informe final de la liquidación. Este informe deberá presentarse dentro del límite de tres meses (cuatro, si el juez concede prórroga) previsto en el Libro tercero para concluir las operaciones de liquidación. Excepcionalmente, el procedimiento especial de liquidación -y la presentación del informe final- se postergarán hasta que termine la tramitación de la calificación o de acciones rescisorias o de responsabilidad que se hubieren entablado por la administración concursal. Debido a que tanto la calificación como las mencionadas acciones deben correr en paralelo a las operaciones de liquidación, esta prolongación debería resultar una realidad excepcional.

En el informe se incluirá el detalle de las operaciones de liquidación realizadas, incluyendo el momento de cada operación liquidativa, las cantidades obtenidas, así como el momento y las cuantías satisfechas a los acreedores.

Cuando las enajenaciones se hayan realizado por la plataforma de liquidación, se aportará certificado de la plataforma en el que se detallen los extremos relevantes de todas las operaciones realizadas. Como medida importante para evitar una prolongación excesiva de la liquidación, se prevé un mecanismo de continuación de la liquidación del activo remanente una vez transcurrido el plazo de tres (o cuatro) meses previsto para las operaciones de liquidación. Así, el informe final deberá incluir una lista de los activos aun no vendidos por la plataforma, según certificación aportada por ésta, y una lista de los créditos que quedan por satisfacer. El deudor o la administración concursal deberán entregar la lista con los acreedores cuyos créditos están insatisfechos, jerarquizados por estricto orden de pago, con los detalles de pago, a la plataforma por medio electrónico que deje constancia de la entrega y recepción de la misma. De este modo, la plataforma podrá terminar la liquidación y distribuir el resultado sin necesidad de que, por ello, deba permanecer abierto el procedimiento de liquidación.

Se prevé, por último, la posibilidad de que el deudor o los acreedores presenten oposición al informe final o a la conclusión del procedimiento especial de liquidación.

2.1.7. Normas de Derecho internacional privado

Las modificaciones introducidas en el Libro cuarto del texto refundido de la Ley Concursal, relativas a las normas de derecho internacional privado, obedecen a dos tipos de motivos. Por un lado, la necesidad de adaptar ese texto al Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; y, por otro lado, la necesidad de introducir ciertas reglas especiales con el fin de ajustar el régimen general previsto en este Libro a la particular naturaleza de los institutos o procedimientos concursales regulados en el Libro segundo.

El Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia ha modificado significativamente el texto anterior (Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000). Tras valorar otras alternativas, se ha optado por la solución más prudente

y, en consecuencia, se han introducido sólo aquellas modificaciones que resultan estrictamente necesarias. En primer lugar, el Reglamento 2015/848 requiere adaptar la Ley Concursal por lo que se refiere al control del oficio de la competencia judicial internacional y con el derecho a impugnar la apertura del procedimiento concursal por falta de esa competencia. Para dar cumplimiento a esta exigencia, en los artículos correspondientes del Libro segundo se introducen las reglas necesarias en relación con el control de oficio de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, así como para dar cauce procesal al derecho de los acreedores o del deudor de impugnar esta competencia.

En segundo lugar, el Reglamento ha introducido un régimen novedoso sobre los llamados procedimientos secundarios “sintéticos”. Conforme a este régimen, el administrador concursal designado en el procedimiento principal extranjero puede llegar a un acuerdo (“compromiso”) con los acreedores locales para que, a cambio de renunciar a la apertura del procedimiento territorial, les dé en el procedimiento principal extranjero el mismo tratamiento que habrían recibido si se hubiese abierto el procedimiento territorial. Esta opción, frente a la del convenio concursal, resulta más ágil y aparentemente menos onerosa para los acreedores afectados.

En tercer lugar, se hace necesario añadir un nuevo artículo con el fin de identificar el órgano al que corresponde la competencia para aplicar las normas españolas sobre los contratos de trabajo y regular el procedimiento. Teniendo en cuenta que en los procesos concursales los aspectos laborales corresponden al juez del concurso, se ha considerado que lo más aconsejable, por razones de índole práctica, es atribuir la competencia al juez de lo mercantil que hubiese sido competente para abrir un procedimiento de insolvencia territorial. Esta regla se aplica con independencia de que el procedimiento principal se haya abierto en otro Estado miembro o en un tercer Estado.

Por último, a fin de asegurar la eficacia de las previsiones que el Reglamento establece respecto de las comunicaciones directas entre los jueces de distintos Estados miembros, se ha considerado preciso desarrollar el cauce procesal previsto en la Ley 29/2015, de cooperación judicial internacional en

materia civil, otorgando la flexibilidad necesaria al juez para que valore la procedencia de la comunicación directa y la forma de llevarla a cabo.

Las modificaciones de mayor calado afectan al régimen de los procedimientos concursales con elemento extranjero. El Reglamento 1496/2000, así como las normas de Derecho internacional incluidas en la Ley Concursal del año 2003, sólo se aplicaban al procedimiento concursal en el sentido propio del término. Sin embargo, durante los últimos años, el Derecho material de los Estados miembros, incluido el nuestro, ha incorporado procedimientos o institutos destinados a prevenir la insolvencia del deudor y el consiguiente concurso. Este proceso ha culminado a nivel europeo con la adopción de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que es objeto de transposición por esta misma Ley. Siguiendo la opción del Reglamento, las normas de Derecho internacional privado del Texto Refundido se han modificado para extender su aplicación a los institutos concursales. Sin embargo, el legislador español es consciente de que no resulta suficiente con extender ese ámbito de aplicación, sino que deben llevarse a cabo determinados ajustes para garantizar la eficacia de esos procedimientos en relación con terceros Estados.

El punto de partida es el principio de unidad de régimen. Como regla general, las mismas normas de Derecho internacional privado se aplican tanto al procedimiento concursal como a los procedimientos o institutos concursales. No obstante, allí donde la opción interpretativa podría resultar forzada, se ha considerado preferible aclarar o precisar la aplicación de las normas generales a los procedimientos concursales extranjeros, siempre que sean equivalentes a los definidos como tales en la normativa española y europea. En particular, así se ha hecho en relación con las normas sobre reconocimiento de procedimientos extranjeros y coordinación entre procedimientos paralelos. En determinados aspectos, y apartándose del modelo del Reglamento, la Ley ha establecido reglas especiales con el fin de garantizar la eficacia internacional de los procedimientos concursales abiertos en España. En particular, estas reglas especiales atañen a dos extremos: la introducción de una regla de competencia

judicial internacional para los grupos de sociedades y la aplicación universal de la Ley española a los efectos de los procedimientos concursales abiertos en España, sin perjuicio del régimen establecido por la normativa de la Unión Europea.

2.1.8. Modificación de otras normas

Por último, la ley contiene mandatos para reformar o aprobar, según proceda, el Reglamento de la administración concursal, el Reglamento del Registro Público Concursal, el sistema de estadística concursal, los modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores, la plataforma electrónica de liquidación de bienes, el programa de cálculo, los formularios del procedimiento especial de microempresas, la web para el autodiagnóstico de salud empresarial y el régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 julio .

En sus disposiciones finales, la ley modifica el Código de Comercio, el Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y el Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo, se introduce una disposición adicional referida al régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 julio, por razón de la especialidad que suponen respecto del régimen general aplicable a los créditos de derecho público. En el marco de la excepcionalidad derivada de la pandemia ocasionada por el COVID-19, entre otras medidas, se ha considerado conveniente hacer decaer la aplicación del régimen y procedimientos de recuperación y cobranza de los avales ejecutados previstos con carácter supletorio en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y encomendar los procedimientos de recuperación a las entidades financieras concedentes. Además, los Acuerdos de Consejo de Ministros que desarrollan las líneas de avales incorporan la cláusula *pari passu*, que determina que en caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, dando lugar a una ejecución del aval, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera

proporcional al nivel de cobertura del aval. Con la presente disposición adicional se trata de preservar dicho régimen especial, distinguiéndolo claramente del régimen aplicable a los créditos de derecho público en sede de reestructuración.

2.2 Vigencia de la norma

La disposición final décimo segunda del anteproyecto señala que la ley entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, pues el objetivo es dar cumplimiento al plazo de transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 que finaliza el 17 de julio de 2022, tras haber sido prorrogado por un año el plazo original que finalizaba en 2021.

La vigencia de la norma proyectada es indefinida.

2.3 Rango normativo

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, obliga a dictar normas para incorporar sus contenidos al ordenamiento jurídico nacional o a identificar las normas mediante las que ya se entiende incorporada ésta. Al crear nuevas obligaciones y derechos, procede que la norma de transposición tenga rango de ley.

A la vista de la extensión de las cuestiones reguladas por esta directiva europea, así como a la vista de la dificultad de coherencia la sistemática de la regulación de la misma con normas mercantiles, societarias y procesales, resulta obligado efectuar la transposición por medio de un proyecto ley de modificación del texto refundido de la Ley Concursal.

Para completar la reforma se requiere regular los aspectos que afectan a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se tramitará aparte el correspondiente anteproyecto de Ley Orgánica con el fin de modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial para ajustar las competencias atribuidas a los juzgados de lo mercantil. Es por ello que, en paralelo a las mejoras que va a introducir la ley ordinaria de transposición de la Directiva 2019/1023, mediante ley orgánica se pretende mejorar el reparto de competencial actualmente

establecido para los Juzgados de lo mercantil y para las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales y correlativamente el de los juzgados de primera instancia y el de las demás secciones de las Audiencia Provinciales.

3. ANÁLISIS DE IMPACTOS

3.1 Adecuación al orden de distribución de competencias.

Para dictar la presente norma, el título prevalente a favor del legislador estatal emana del artículo al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «legislación mercantil» y de «legislación procesal».

Siguiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en cuanto al deslinde entre legislación y ejecución puede afirmarse que la competencia de “legislación” ha de entenderse en sentido material, refiriéndose, por tanto, no sólo a la ley en sentido formal, sino también a los Reglamentos ejecutivos e, incluso, a las Circulares, si tienen naturaleza normativa. Por su parte, la competencia de “ejecución” se extiende generalmente a todos los actos aplicativos, esto es, a la potestad de administrar que comporta, junto a las facultades de mera gestión, la de dictar Reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa. (SSTC 33/1981, FJ 4º; 18/1982, FJ 3º; 35/1982, FJ 2º; 7/1985, FJ 4º; 24/1988, FJ 2º; 100/1991, FJ 2º y 360/1993 FJ 4º)

En resumen, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 196/1997, que *“las competencias referidas a la legislación son normativas y comprenden la totalidad de la potestad para la regulación de la materia a que se contrae; y las competencias ejecutivas son por regla general, aplicativos, llevando a la práctica lo establecido en las disposiciones normativas”* (FJ 7º).

Además, nuestro Alto Tribunal ha afirmado en relación con la Ley de Marcas en su Sentencia 103/1999 que *“la competencia de legislación habilita al Estado para establecer un régimen jurídico unitario”* y que *“en supuestos en que*

se atribuye la legislación al Estado y la ejecución a las Comunidades Autónomas, el traslado de la titularidad de determinadas competencias ejecutivas "cuando además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aún en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo por mecanismos de coordinación o cooperación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar la atribución a un único titular que forzosamente debe ser el Estado" (STC 243/1994, fundamento jurídico 6º; en el mismo sentido, STC 102/1995, fundamento jurídico 8º)." (FJ 4).

3.2 Impacto económico.

3.2.1. Introducción

Los primeros cinco años de existencia de una empresa son cruciales para determinar su viabilidad. Hoy en día, la mitad de las empresas en Europa no sobreviven a este periodo: 200,000 compañías quiebran anualmente, generando una destrucción de 1.7 millones de empleos. En el marco de la Unión, las divergencias entre leyes nacionales de insolvencia dan lugar a obstáculos, ventajas y desventajas competitivas, y derivan en mayores dificultades para las empresas transfronterizas. Todo ello dificulta el óptimo funcionamiento del Mercado Único y traba la iniciativa de la Unión del Mercado de Capitales.

La Comisión Europea reivindica que tales discrepancias incrementan los costes y la incertidumbre asociados a los riesgos de invertir en otro Estado Miembro, proporcionan condiciones de acceso a crédito dispares y resultan en diferentes índices de recuperación de acreedores. En la práctica, no todas las jurisdicciones europeas brindan a los empresarios una "segunda oportunidad", estableciendo diversas condiciones y períodos de condonación de la deuda. Por ello, se estima que una reestructuración temprana de empresas potencialmente viables disminuiría estos costes e incrementaría las tasas de recuperación. En efecto, este "fresh start" (o nuevo comienzo) permite una nueva actividad empresarial a aquel individuo responsable de una empresa anteriormente

declarada insolvente, por lo que los emprendedores pueden hacer uso de su experiencia previa para minimizar el riesgo de fracaso, y así crear un negocio exitoso y de mayor crecimiento que el primitivo. Un estudio realizado en 2006 por Burchell and Hughes, “El estigma del fracaso: una comparativa internacional de la tolerancia al fracaso y las segundas oportunidades”, sugiere una correlación positiva entre una actitud favorable hacia las segundas oportunidades y el crecimiento del PIB.

Asimismo, debe recordarse que los costes de coordinación en materia legal derivados de la aplicación de múltiples marcos de insolvencia se destinan a la contratación de expertos y a la representación legal en el extranjero, lo que supone un incremento del 10% por cada jurisdicción adicional. De esta forma, las empresas insolventes con filiales en otros países europeos incurren en procedimientos más costosos que aquellas puramente domésticas. Más allá de las diferencias sustantivas entre marcos de insolvencia europeos, la eficiencia juega un papel fundamental a la hora de prevenir foros de conveniencia y la reubicación de empresas a aquellos Estados con normativas de rescate más favorables (“turismo de insolvencia”). El FMI indica que los sistemas de insolvencia más débiles muestran mayores tasas de mora, que a su vez disminuye la capacidad de préstamos bancarios. En esta línea, un estudio desarrollado en 2016 por Frontier Economics and Weil para AFME60, demuestra que los costes asociados a los créditos, y por tanto a la inversión, se correlacionan positivamente con la eficiencia estos sistemas; donde los bajos márgenes de rendimiento de bonos corporativos se asocian a tasas de recuperación más altas. Así pues, los países con regímenes de insolvencia robustos suelen tener menores costes de endeudamiento a través de los mercados de capitales.

En este contexto, cada vez son más frecuentes los préstamos dudosos que ponen en riesgo los balances de los bancos europeos. El BCE considera primordial impulsar la predictibilidad y transparencia de procedimientos de insolvencia que ayuden a fomentar las operaciones transfronterizas. Con todo esto en consideración, la Directiva 2019/1023 ofrece un proceso común de reestructuración anticipada a aquellas empresas con dificultades financieras,

ofreciendo una segunda oportunidad a los empresarios para permitir la continuidad de su actividad comercial.

También cabe mencionar que varios países de la UE tratan de luchar contra la evasión fiscal a la vez que dan prioridad a la nueva financiación suministrada en esta etapa. Una ausente o débil protección de la refinanciación disminuye las posibilidades de viabilidad de la empresa y su índice de recuperación. La Asociación para Mercados Financieros en Europa (AFME) estima que la armonización en este ámbito incrementa las posibilidades de reestructuración del negocio y fomenta el desarrollo de un mercado financiero europeo del deudor en posesión basado en formas alternativas de financiación, como fondos de cobertura y fondos de inversión privada. Es más, la Comisión Europea defiende que la existencia de un deudor en posesión contribuye a mayores tasas de autoempleo, lo que repercute positivamente en la libertad de empresa y en el derecho al trabajo. En esta línea, el estudio “Bankruptcy Law and Entrepreneurship” (Armour and Cumming, 2008) subraya la importancia del período de condonación de deudas de una empresa en bancarrota para aumentar el autoempleo.

Desafortunadamente, debido a las recesiones económicas en los últimos tiempos, ha aumentado la visibilidad de aquellos individuos que se enfrentan a la quiebra personal. A pesar de que la presente Directiva excluye en su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la consideración de empresarios, ofrece a los Estados miembros la posibilidad de aplicarles los procedimientos de exoneración de deudas y lo recomienda para hacer frente al sobreendeudamiento de los consumidores. La lógica radica en eliminar un trato diferencial del empresario para la condonación de deudas, a través de procedimientos, requisitos y plazos comunes. Actualmente, la legislación española contempla en el Texto refundido de la Ley Concursal la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural. Así lo ha apoyado el Banco Mundial en un informe reciente, haciendo hincapié en que el shock financiero y la incertidumbre provocados por la actual pandemia del COVID-19 multiplicarán las declaraciones de insolvencia personal, por lo que los Estados deben procurar un proceso administrativo simplificado para la reestructuración de la deuda, incorporando mecanismos flexibles para ello. Del mismo modo, el FMI

recomienda en esta materia la adopción de tres puntos para mejorar la eficiencia económica en las relaciones transnacionales: la distribución justa y equitativa del riesgo entre las partes, la liberación de los individuos de los pasivos que les causaron las dificultades financieras y la ulterior insolvencia, y la fijación de un periodo comprendido entre 3 y 5 años para la descarga de deudas.

Así pues, la opción preferida apuesta por armonizar un marco legal de mínimos en la segunda oportunidad para emprendedores, y la posibilidad de un instrumento de soft law no vinculante orientado a los consumidores. Deja margen a la futura convergencia de leyes nacionales, e incluye la ya citada exoneración de deudas de empresarios y consumidores. Se espera con ello la supervivencia de empresas y la liquidación únicamente de aquellas no viables, un aumento de la seguridad jurídica para los inversores transfronterizos y una mayor integración financiera, menores costes e incremento de la competitividad de la Unión, mayores tasas de recuperación que repercutan positivamente en la economía, la liberación de capitales y una mayor ratio de préstamos reembolsados, así como el fomento del autoempleo y un nuevo comienzo a empresarios honestos. Todo ello, eliminando el estigma del fracaso empresarial y la bancarrota, mientras se refuerza la cultura del emprendimiento.

3.2.2. Situación sobre la que actúa la reforma

El reciente informe del Banco de España, publicado en 2020 con el título de “Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal”, pone de manifiesto los problemas que afectan a las empresas en el sistema concursal español y revisa las últimas reformas de la Ley Concursal y la moratoria concursal introducida para mitigar los duros efectos sobre las empresas de la pandemia provocada por el Covid-19.

Atendiendo al informe citado, en 2006 España tenía, después de Polonia, la segunda tasa de concursos empresariales más baja de entre todos los países analizados. Incluso tras una crisis económica, como la que comenzó en 2008, en la que el número de concursos aumentó significativamente en España, la tasa de concursos empresariales siguió situándose muy por debajo de la observada

en otras economías desarrolladas. Por ejemplo, mientras que en España hubo alrededor de 15 concursos por cada 10.000 empresas en 2010, en Japón hubo 88; en Alemania, 89; en Estados Unidos, 98; en el Reino Unido, 137; y en Francia, 217. En el caso de los autónomos, en 2019 hubo 2,2 concursos por cada 10.000 autónomos en España, frente a 31,8 en Francia y 74 en Inglaterra y Gales. En cuanto a las microempresas, en 2019 hubo 9,5 concursos por cada 10.000 microempresas españolas, frente a 104,8 en Francia, es decir, 11 veces menos. En el caso de empresas con 10 o más empleados, España también presenta tasas concursales más bajas que Francia, pero los órdenes de magnitud son más parecidos: 65,8, frente 179,2, es decir, la tasa concursal española es 2,7 veces menor que la francesa en este segmento empresarial. Dado que el 90,5 % de las empresas españolas son microempresas y que los autónomos representan el 55 % del total de empresas de nuestro país, estas cifras sugieren que el escaso uso de los procedimientos concursales en España se debe sobre todo a la baja concursalidad de las microempresas y de los empresarios individuales.

El escaso uso del concurso de acreedores por parte de autónomos y de pequeñas empresas se debe fundamentalmente a dos causas: i) la baja eficiencia del sistema concursal, que se refleja en la lentitud de los procedimientos y es causada, al menos parcialmente, por la congestión de los Juzgados de lo Mercantil, y ii) el reducido atractivo que tiene el sistema para las personas físicas y los dueños de microempresas, debido a la dificultad para obtener una exoneración de deudas, a pesar de las mejoras introducidas en el último lustro. En cuanto al primer factor, los concursos de acreedores tienen una duración muy prolongada; según estimaciones internas del Banco de España, la duración media de los procedimientos concursales sería de casi cuatro años en 2019.

En cuanto al atractivo de los concursos para las personas físicas, ya sean autónomos o dueños de pequeñas empresas, como se ha indicado anteriormente, existen dos fórmulas introducidas en sendas reformas de la Ley Concursal y, por tanto, bajo supervisión judicial: la liberación inmediata de las deudas tras la liquidación del patrimonio del deudor y el mecanismo de segunda oportunidad (MSO). La introducción del MSO en 2015 contribuyó al aumento

significativo de los concursos de acreedores, tanto de los empresarios individuales como, en mayor medida, de los consumidores. En el caso de los autónomos, se pasó de 182 concursos en 2015 a 409 en 2019, lo que significa un incremento relativo del 125 %. No obstante, las cifras absolutas siguen siendo muy bajas y, como se ha comentado antes, las tasas concursales de este colectivo son muy reducidas en comparación con las de otros países de nuestro entorno. En el caso de los consumidores, se pasó de 649 concursos en 2015 a 2.135 en 2019, un crecimiento del 229 %. Sin embargo, estos números siguen siendo bajos en comparativa internacional. Así, en 2019 hubo 0,5 concursos de consumidores por cada 10.000 habitantes en España, frente a 2,5 en Inglaterra y Gales. Por último, no parece que la introducción del MSO haya afectado al uso de los concursos por parte de las microempresas. En concreto, entre 2015 y 2019 los concursos de estas empresas se redujeron un 12 %, mientras que los del resto de las empresas (aquellas con diez o más trabajadores) lo hicieron en un 14 %. Por lo tanto, parece que los concursos de acreedores siguen siendo mecanismos poco atractivos para empresarios individuales y pequeñas empresas, a pesar de las mejoras de la LC introducidas en los últimos años. Todo esto hace que tanto empresarios individuales y microempresas (la mayor parte del tejido productivo español) como sus acreedores tiendan a recurrir a renegociaciones privadas de deuda y al uso de mecanismos alternativos de resolución de deudas como las ejecuciones hipotecarias, que son procedimientos más ágiles y menos costosos.

Las empresas recorren a los concursos de acreedores solo como última opción, lo que conlleva que la gran mayoría de dichos concursos (el 93%) terminen en liquidación, porque llegan a estos procedimientos en condiciones financieras de extrema vulnerabilidad. Existe una diferencia notable entre la situación financiera de las pocas empresas que alcanzan un convenio con sus acreedores (7 % del total) y las que terminan en liquidación, puesto que la posición patrimonial de las primeras está mucho menos deteriorada.

La evidencia empírica muestra que el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) es una opción que prácticamente no se usa. En el caso de empresas, solo se han iniciado 93 AEP entre el 1 de marzo 2015 y el 31 de marzo de 2020.

Por lo que respecta a los acuerdos de refinanciación, si bien el número de empresas que lograba este tipo de acuerdos con sus acreedores solía ser muy reducido (menos de 200 al año en el año 2013), estas eran generalmente mucho más grandes que la mayoría de las que entraban en concurso de acreedores: por ejemplo, en 2013, el activo medio de las empresas que obtuvieron un acuerdo de refinanciación fue de 177 millones de euros, mientras que el de las concursadas fue de 6 millones. Las empresas involucradas en acuerdos de refinanciación se encontraban en una situación financiera claramente mejor que las concursadas. Esto parece indicar que los acuerdos de refinanciación estaban consiguiendo el propósito para el que fueron diseñados: reestructurar la deuda de grandes compañías con estructuras de capital complejas en las primeras fases de la insolvencia, cuando su situación patrimonial aún no está muy deteriorada.

El Banco de España, en fin, estima que habrá un aumento de los problemas de insolvencia que la crisis de la COVID-19 ha generado, lo cual llevará previsiblemente a un repunte significativo de las solicitudes de concurso una vez que la moratoria concursal expire, por lo que propone soluciones que promuevan la reestructuración de las deudas de empresas insolventes pero viables a medio plazo, faciliten la liquidación de empresas inviables y reduzcan la duración de los procedimientos concursales para evitar la depreciación de los activos empresariales y aumentar las tasas de recuperación del crédito por parte de los acreedores.

El estudio “Solvencia empresarial y derecho concursal: algunas reflexiones a la luz del Covid”, coordinado por Benito Arruñada y Ángel de la Fuente (Fedea Policy Papers - 2021/04. Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19) coincide con la conclusión del Banco de España y advierte de que, pese a las importantes ayudas que se han puesto en marcha con motivo de la crisis originada por la COVID-19, hasta un 40% de las empresas españolas necesitará llevar a cabo en los próximos meses al menos una reestructuración de los plazos de su deuda para poder seguir haciendo frente a los intereses. Más de un tercio de este grupo tendría, además, problemas de solvencia. En torno a la mitad de estas empresas podrían ser viables con inyecciones de capital vía ayudas, quitas u otros mecanismos, pero la otra mitad sería incapaz de sufragar

sus costes operativos de una forma continuada con los ingresos esperados a largo plazo y debería por tanto liquidarse. A estas cifras habría que añadir porcentajes al menos similares y seguramente más elevados de negocios no societarios, hasta alcanzar una fracción muy importante de nuestras empresas que necesitaría algún tipo de inyección de capital o reestructuración de deuda para sobrevivir o tendría que entrar en un proceso de liquidación. Existe un elevado riesgo de que la pandemia pueda llevar a una situación de insolvencia y posiblemente al cierre a un número elevado de empresas viables a largo plazo que, de sobrevivir a la crisis, volverían a dar beneficios una vez se recuperase una cierta normalidad. De llegar a producirse, el cierre de esas empresas generaría costes importantes: aunque sus activos, incluyendo el capital humano, terminen finalmente en otras manos que reemprendan la actividad más adelante, o inicien otra distinta, esto llevará su tiempo, con la consiguiente pérdida de empleo y producción, y parte de su capital intangible se perdería por el camino (relaciones con clientes y proveedores, *know how* específico acumulado, equipos de trabajo bien conjuntados...). Una posible complicación es que, al ser muchas las empresas que se enfrentan a la vez a problemas de solvencia, los mecanismos habituales para solucionar tales problemas, desde los juzgados mercantiles a los mercados de capitales y activos empresariales, podrían tener problemas de capacidad para absorber el shock y podría existir, además, el peligro de una espiral creciente de cierres, con efecto dominó sobre proveedores, clientes y acreedores, que podría amenazar la continuidad de la cadena de pagos. Ante esta situación, el estudio citado considera que habría que flexibilizar, simplificar y adaptar los procedimientos de insolvencia, favoreciendo los mecanismos preconcursales, que exigen menos recursos judiciales escasos y son más rápidos, baratos y flexibles. En suma, se requiere revisar los procedimientos legales para hacer frente a los problemas de solvencia de las empresas, buscando agilizar y mejorar su funcionamiento y reducir sus costes con el fin de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son.

3.2.3. Conclusión

El impacto económico de la transposición se presume de gran envergadura. Hay que tener en cuenta que el modelo español de mecanismo de

segunda oportunidad de 2015 ha tenido un efecto práctico exiguo, a la vista de la densa y dificultosa tramitación del procedimiento. Esta falta de aplicación ha podido contribuir a que los órganos jurisdiccionales hayan dictado algunas sentencias en la aplicación del beneficio, resoluciones que no han estado exentas de polémica doctrinal. Por otro lado, el plazo de transposición de la Directiva ha coincidido en el tiempo con una crisis económica posterior, quizás más grave que la experimentada en 2008, derivada de la pandemia del coronavirus, generándose normas destinadas a paliar dicha crisis que afectan a ese mecanismo, incrementándose, si cabe, la necesidad de su implementación por este motivo. Pero no sólo la exoneración de deudas tiene este componente económico. Todas las reformas que impulsa la Directiva (planes de reestructuración, procedimientos de insolvencia, sistema de alertas tempranas, etc.), incorporan una importante variable con incidencia positiva directa en la economía global.

En definitiva, la repercusión económica favorable de las medidas que se ponen en marcha resulta indiscutible.

3.3. Efectos en la competencia en el mercado

Por ese mismo motivo, el proyecto debe tener efectos positivos para la competencia en el mercado, ya que esta se verá favorecida por las medidas en el ámbito concursal.

3.4 Impacto presupuestario.

Una importante novedad de la nueva regulación es la introducción de una plataforma de liquidación para la venta de unidades productivas en el libro segundo. El objetivo es la mejora de la gestión de efectos y de los distintos activos existentes en las empresas concursadas.

En la actualidad no existe un sistema de información homogéneo que permita la categorización de los distintos elementos relacionados con un proceso

judicial, y esto es especialmente problemático en el caso de los procesos judiciales relacionados con los concursos de acreedores.

Se necesita un sistema de información potente que permita recoger la información de los distintos activos de las empresas, de manera que se pueda hacer una gestión óptima de los mismos, y en el caso de que sea necesario, encaminarlos al sistema de subastas que permita obtener el mayor rendimiento económico, y de esta manera beneficiar todo el proceso del concurso.

El paso previo y fundamental es poder contar con el inventario y la gestión de los activos de la empresa, con capacidad de gestión rápida por parte del juzgado, y todo esto integrado con el sistema de subastas electrónicas ya que una gestión rápida y eficiente de estos elementos evita, en muchos casos, la depreciación de los activos, que concluye en subastas desiertas, y que hace tanto daño a los procesos de concurso de acreedores por la gran pérdida de valor de los activos empresariales de las empresas que se encuentran en concurso.

Por ello, se facilitará una herramienta que permita la gestión efectiva de los activos empresariales, y esta herramienta tendrá una integración automática y orientada al dato, con los sistemas de subastas judiciales para intentar optimizar los activos empresariales.

Asimismo, se crearán unas plataformas online para las ventas de activos previstas en el libro tercero sobre el procedimiento especial para microempresas.

Este APL de insolvencia se incluye en la Reforma 1 (C13.R1), Mejora de la regulación y del clima de negocios, cuyos objetivos son mejorar el marco en que se desarrolla la actividad económica, procurando una regulación y un clima de negocios más adecuados y que faciliten la creación y el crecimiento de las empresas, así como su reestructuración si fuera necesario, mediante la adopción de una serie de medidas. Por su parte, el hito número 190 identificado como “Aprobación en Cortes de la Ley de Reforma de la Ley Concursal para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023” se verificará por su publicación en el Boletín Oficial del Estado cuando finalice la tramitación parlamentaria.

Adicionalmente y de manera complementaria dicha reforma se asocia a una inversión correspondiente al desarrollo de las plataformas citadas en esta memoria. En concreto, son las previstas en el Inversión 2 (C11.I2): Proyectos tractores de digitalización de la Administración General del Estado que, en el ámbito del sistema de justicia, proporcionará a los ciudadanos y a los operadores jurídicos herramientas digitales para gestionar mejor su relación con la administración de justicia y, a su vez, dentro de esta inversión número de la medida sería el 165 Adjudicación de proyectos de apoyo a los proyectos tractores de digitalización de la Administración General del Estado, a cual presenta una dotación de 1.610.393 €.

3.5 Cargas administrativas.

A efectos de la Memoria, se consideran cargas administrativas aquellas actividades de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones derivadas de la normativa. Dentro de esta definición se entienden incluidas aquellas actividades voluntarias de naturaleza administrativa derivadas de una diligente gestión empresarial (solicitud de subvenciones, inscripción en registros voluntarios, solicitudes de claves de servicio...).

En el caso de las empresas, las cargas administrativas son los costes que aquéllas deben soportar para cumplir las obligaciones de facilitar, conservar o generar información sobre sus actividades o su producción, para su puesta a disposición y aprobación, en su caso, por parte de autoridades públicas o terceros, y constituyen un subconjunto de los costes administrativos de las empresas, ya que éstos engloban también, además de las cargas, las actividades administrativas que las empresas continuarían realizando si se derogase la normativa.

Por tanto, este proyecto no afecta a las cargas administrativas.

3.6 Impacto por razón de género.

En todos aquellos casos en los que la norma propuesta pueda tener efectos, directos o indirectos, sobre personas físicas, se realizará una previsión

sobre los resultados de la aplicación de la misma y se analizarán sus efectos para los hombres y mujeres que sean sus potenciales destinatarios.

La valoración del impacto de género calificará los resultados previstos en relación con la eliminación de desigualdades entre mujeres y hombres y el cumplimiento de los objetivos de políticas de igualdad.

En este sentido, se considera que el impacto por razón de género de este anteproyecto es nulo.

3.7 Otros impactos

El objetivo de la norma, coincidente con el de la Directiva (UE) 2019/1023 que transpone, busca en síntesis, que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, sin que ello tenga repercusiones específicas de carácter social o medioambiental o impactos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de acuerdo con el art. 2.1.g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

Por su parte, en cuanto al impacto en la familia, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, se considera que este anteproyecto tiene un impacto por razón de la familia nulo.

Asimismo, por lo que se refiere al impacto en la infancia, exigido en el artículo 22 quinquies de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se considera que este anteproyecto tiene igualmente un impacto nulo.

4. DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN Y CONSULTAS

Por Orden de 8 de septiembre de 2018 ha sido constituida una sección especial de la Comisión General de Codificación (Sección Mercantil) para la

elaboración de un informe y de una propuesta legislativa sobre derecho pre-concursal, sobre medidas para aumentar la eficiencia del concurso de acreedores y sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Los trabajos de la Ponencia han sido prorrogados por Órdenes de 6 de junio y 23 de diciembre de 2019, de la Ministra de Justicia. Finalmente, dicha Ponencia ha cumplido debidamente el encargo realizado por el Ministerio, enviando un texto articulado de anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva 2019/1023 en fecha de 8 de diciembre de 2020.

4.1 Trámite de consulta pública

Ha sido celebrada la consulta pública previa del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 26.2 de la Ley del Gobierno, del 29/11/2019 al 16/12/2019 en la que han sido recibidas alegaciones del bufete Uría y Menéndez, la Asociación Profesional de Administradores Concursales Sainz de Andino (APACSA), el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (ICJCE), el Consejo General de Economistas, la Asociación Española de Banca (AEB), la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC), el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes muebles de España, el Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), la Sociedad Limitada Profesional QUABBALA y la Catedrática de Derecho Civil (UCM) Matilde Cuenca Casas. El estudio resumido de las propuestas recibidas se incluirá en anexo (II) adjunto a esta memoria.

4.2 Trámite de audiencia e información pública

Se realizará información pública conforme al artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, tras la elevación del anteproyecto al Consejo de Ministros para el trámite previsto en el artículo 26.4 de la misma ley.

4.3 Informes evacuados

La propuesta debe ser informada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos

Económicos y Transformación Digital, por el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y el Consejo Fiscal.

Se debe solicitar asimismo informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (perteneciente al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática), del Ministerio de Hacienda y Función Pública, del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, del Ministerio de Trabajo y Economía Social, así como de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y del Banco de España.

Debe dictaminarse por el Pleno del Consejo de Estado.

5. EVALUACIÓN EX POST

De acuerdo con el Plan Anual Normativo de 2021, la presente norma no aparece identificada entre el conjunto de proyectos que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación.

ANEXO

Tabla de transposiciones

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).

Plazo de transposición: 17 de julio de 2021. A este plazo se añade un año más tras la concesión de la prórroga prevista en el artículo 34.2 de la Directiva.

| <i>Directiva</i> | <i>Transposición</i> |
|--|--|
| <i>Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación</i> | Art. 1.1.a) Directiva – art. 2.3 APL Reforma TRLC. Art. 1.4 Directiva – Arts. 486, 583 APL Reforma TRLC. Art. 1.6 Directiva – ¿Art. 280.4º APL Reforma TRLC? |
| <i>Artículo 2. Definiciones</i> | Art. 2.1.3) Directiva – Art. 619 APL Reforma TRLC. Art. 2.1.6) Directiva – Libro I, título II, capítulo II, sección 3ª y sección 4ª. Art. 2.2 Directiva – arts. 2.3, 584.2 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 3. Alerta temprana y acceso a la información</i> | Art. 3 Directiva – DF 7ª APL (art. 5 bis LCCISN). |
| <i>Artículo 4. Disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva</i> | Título II Directiva – Libro segundo APL Reforma TRLC. Art. 4.1 Directiva – Art. 584 APL Reforma TRLC. Art. 4.4 Directiva – No se establece límite. Art. 4.7 Directiva – ¿Art. 585 APL Reforma TRLC? |
| <i>Artículo 5. Deudor no desahogado</i> | Art. 5.1 Directiva – Art. 594.1 APL Reforma TRLC. Art. 5.2 Directiva – Art. 594.2 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 6. Suspensión de las ejecuciones singulares</i> | Art. 6 Directiva – Libro II, Título II, Capítulo II, Sección 2ª APL Reforma TRLC. |

| Directiva | Transposición |
|---|---|
| | <p>Art. 6.2 Directiva – Arts. 604, 606 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 6.4.a) Directiva – Art. 605 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 6.7 Directiva – Art. 610 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 6.8 Directiva – Art. 611 APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 7. Consecuencias de la suspensión de las ejecuciones singulares</i> | <p>Art. 7 Directiva – Libro II, Título II, Capítulo II, Sección 3ª - 6ª APL Reforma TRLC. Capítulo III.</p> <p>Art. 7.4 Directiva – Art. 598 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 7.5 Directiva – Art. 597 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 7.5.a) Directiva – Art. 599 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 7.6 Directiva – Art. 599.3 APL Reforma TRLC (Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo).</p> <p>Art. 7.7 Directiva – Libro primero, título XI, capítulo II, sección 3ª, subsección 2ª APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 8. Contenido de los planes de reestructuración</i> | <p>Capítulo 3 Directiva – Libro segundo, Título III APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 8.1 Directiva – Art. 637 APL Reforma TRLC</p> <p>Art. 8.2 Directiva – Art. 594.2 APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 9. Adopción de los planes de reestructuración</i> | <p>Art. 9 Directiva – Libro segundo, título III, capítulo IV APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 9.1 Directiva – Art. 618, 632 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 9.2 Directiva – Art. 627 APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 9.4 Directiva – Libro segundo, título III, capítulo III APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 10. Confirmación de los planes de reestructuración</i> | <p>Art. 10 Directiva – Libro II, Título III, Capítulos IV y V APL Reforma TRLC.</p> <p>Art. 10.2 Directiva – Art. 631 APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 11. Reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías</i> | <p>Art. 11 Directiva – Art. 639 APL Reforma TRLC.</p> |
| <i>Artículo 12. Tenedores de participaciones</i> | |

| Directiva | Transposición |
|--|---|
| <i>Artículo 13. Trabajadores</i> | Art. 13 Directiva – Arts. 250.2, 342.2, 343.1, 637.11ª APL Reforma TRLC. DF 9ª (art. 51.9 y 10 ET). |
| <i>Artículo 14. Valoración por la autoridad judicial o administrativa</i> | Art. 14 Directiva – Art. 643.2º APL Reforma TRLC en relación con Libro segundo, título III, capítulo V, sección 3ª. |
| <i>Artículo 15. Efectos de los planes de reestructuración</i> | Art. 15 Directiva – Arts. 652, 664, 673 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 16. Recursos</i> | Art. 16 Directiva – Libro segundo, título III, Capítulo V, Sección 3ª APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 17. Protección de la nueva financiación y la financiación provisional</i> | Capítulo 4 Directiva – Libro segundo, Título III, Capítulo VI APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 18. Protección de otras operaciones relacionadas con la reestructuración</i> | Art. 18 Directiva – Art. 670.1 APL Reforma TRLC |
| <i>Artículo 19. Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente</i> | Art. 19 Directiva – implícito en la normativa vigente |
| <i>Artículo 20. Acceso a la exoneración</i> | Título III Directiva – Libro primero, título XI, capítulo II APL Reforma TRLC Art. 20.1 Directiva – Art. 486 APL Reforma TRLC. Art. 20.2 Directiva – Art. 490. Libro primero, título XI, capítulo II, subsección 4ª APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 21. Plazo de exoneración</i> | Art. 21 Directiva – Arts. 497, 500 y 502 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 22. Período de inhabilitación</i> | Art. 22 Directiva – Arts. 445 bis, 455.3 y 4 APL Reforma TRLC. No se modifica el régimen legal de la inhabilitación. |
| <i>Artículo 23. Excepciones</i> | Art. 23 Directiva – Art. 487 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 24. Acumulación de los procedimientos relativos a las deudas personales y profesionales</i> | Art. 24 Directiva – ¿Arts. 47.2, 52, 489 APL Reforma TRLC? |
| <i>Artículo 25. Autoridades judiciales y administrativas</i> | Art. 25.a) Directiva – DD 1ª: art. 85.6 LOPJ. Art. 25.b) Directiva – Libro primero: art. 10.1; título I, capítulo V, sección 4ª; art. 224 bis; art. 226; art. 491; título VII APL Reforma TRLC. |
| <i>Art. 26. Administradores en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas</i> | Art. 26 Directiva – Arts. 28.1.3º, 61, 62, 64.5, 80, 508.1.2º APL Reforma TRLC. DA 2ª (Reglamento de la administración concursal). |

| Directiva | Transposición |
|---|--|
| <i>Artículo 27. Supervisión y remuneración de los administradores concursales</i> | Art. 27 Directiva – Arts. 86.1.2ª, 100.2, 102, 478, 561.4ª APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 28. Utilización de medios electrónicos de comunicación</i> | Art. 28 Directiva – Arts. 7.1.3º, 14.4, 35.1, 209, 215, 294.1 y 2, 297.2, 304, 355, 378, 414 bis.2, 423, 424.2, 447, 473.4, 563, 631.2 APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 29. Recogida de datos</i> | Art. 29 Directiva – DA 4ª (estadística concursal). |
| <i>Artículo 30. Procedimiento de comité</i> | |
| <i>Artículo 31. Relación con otros actos e instrumentos internacionales</i> | Art. 31 Directiva – Libro tercero APL Reforma TRLC. |
| <i>Artículo 32. Modificación de la Directiva (UE) 2017/1132</i> | |
| <i>Artículo 33. Cláusula de revisión</i> | |
| <i>Artículo 34. Transposición</i> | |
| <i>Artículo 35. Entrada en vigor</i> | |