

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN LA REFORMA DE INSOLVENCIAS Y EXONERACIÓN DE DEUDAS

Por
Jordi Fontquerni i Bas
Procurador de los Tribunales
Barcelona y Madrid

En el BOE de fecha 6 de septiembre del presente año, se ha publicado la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. En la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Concursal, se señalaba que era imprescindible la reordenación, clarificación y armonización del derecho de insolvencia en el contexto general concursal.

La presente Ley tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la aplicación al Derecho español de la Directiva 2019/1023. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del TR de la Ley Concursal, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición de dicha Directiva. Ello es necesario para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son.

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.

A estos efectos, se debe tener en cuenta la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, que puso de relieve la diferente regulación de las normas nacionales en materia de insolvencia, en cuanto a procedimientos de que disponen los deudores con dificultades financieras, para reestructurar sus empresas. Asimismo, se puso especial atención en la necesidad de fomentar una mayor coherencia entre los marcos nacionales de insolvencia, para reducir divergencias e ineficacias que obstaculizan la reestructuración temprana de empresas con dificultades financieras y la posibilidad de la segunda oportunidad

Despacho Fontquerni Procuradores

Procuradores de los Tribunales desde 1981

Servicio integral de atención procesal en todos los Partidos Judiciales de Cataluña y Madrid

para los empresarios honrados y así reducir el coste de la reestructuración, tanto para deudores como para acreedores.

La Directiva 2019/1023 impuso a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos de insolvencia se tramitasen de forma rápida y eficiente. 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. Esta 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.

La necesaria armonización de las diferencias entre las normativas nacionales, fue el objeto de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento.

De este modo, 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. También se ha cumplido el principio de eficiencia, ya que la ley reforma el procedimiento concursal introduciendo modificaciones para la agilización del procedimiento, con reducción de los plazos. El principio de transparencia ha sido atendido en la tramitación, ya que 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 de noviembre de 2019 al 16 de diciembre de 2019 y el trámite de información pública conforme al artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, se ha realizado del 4 de agosto de 2021 al 25 de agosto de 2021.

El texto europeo permite la decisión de los legisladores nacionales en cuanto a la forma de alcanzar este objetivo. Ante esta libertad de opción, se ha considerado oportuno reducir las dos instituciones hasta ahora existentes, los

Despacho Fontquerni Procuradores

Procuradores de los Tribunales desde 1981

Servicio integral de atención procesal en todos los Partidos Judiciales de Cataluña y Madrid

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.

Los sistemas de insolvencia tienen como finalidad económica procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos. En el caso de actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa

En cuanto al sistema de insolvencia, este está integrado, por una parte, por los denominados instrumentos preconcursales. Son procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entreempresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras. Por otra parte, el sistema incluye el procedimiento concursal, formal y estrechamente supervisado por la administración judicial, dirigido a la consecución de acuerdos (convenios) cuando el deudor es viable o a su liquidación cuando no lo es.

Resultado de todo ello, es que el análisis de nuestro sistema de insolvencia permite detectar una serie de limitaciones. En primer lugar, la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito. En segundo lugar, el recurso al concurso también ha venido siendo inferior, en términos comparados, al de otros países de nuestro entorno.

Además, cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de dificultades avanzadas. En concreto, el porcentaje de deudores que solicita el concurso en una situación patrimonial crítica supera el 45% en la actualidad. Asimismo, los concursos se caracterizan por su excesiva duración, que ha venido aumentando en los últimos años y alcanzó en 2020 un promedio de 60 meses. Este incremento no es ajeno al sustancial incremento de la carga de trabajo en los juzgados de lo mercantil. Además, los concursos se caracterizan por que la mayoría terminan en liquidación, y no en un convenio. En concreto, para las personas jurídicas, el 90% de las fases sucesivas lo son de liquidación. Por último, se puede destacar que el procedimiento de segunda oportunidad se caracteriza por su reducida utilización.

Despacho Fontquerni Procuradores

Procuradores de los Tribunales desde 1981

Servicio integral de atención procesal en todos los Partidos Judiciales de Cataluña y Madrid

Así pues, la presente ley pretende afrontar este conjunto de limitaciones mediante una reforma estructural y de relevancia procesal del sistema de insolvencia.

En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos concursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos concursales

A su vez, la ley reforma el procedimiento concursal para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea.

En el mismo sentido, la ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

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 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. Y también se elimina la obligación de haber celebrado, o haber al menos intentado, un acuerdo extrajudicial de pagos.

En cuanto al tiempo para el ejercicio de los derechos reconocidos, 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. También se ha reducido

Despacho Fontquerni Procuradores

Procuradores de los Tribunales desde 1981

Servicio integral de atención procesal en todos los Partidos Judiciales de Cataluña y Madrid

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.

Mención especial merece la nueva regulación *ad hoc* de las denominadas micro empresas, que es 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 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

En primer lugar, el procedimiento diseñado en el nuevo libro tercero incluye un gran número de medidas dirigidas, precisamente, a solucionar este problema.

Por último, 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.

Despacho Fontquerni Procuradores

Procuradores de los Tribunales desde 1981

Servicio integral de atención procesal en todos los Partidos Judiciales de Cataluña y Madrid