

PROPUESTA DE DIRECTIVA DE INSOLVENCIA

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON INSOLVENCY

RAFAEL NEBOT SEGUÍ

Especialista en Conducta de Mercado y Transparencia Bancaria

Banco de España

rafael.nebot@gmail.com

RESUMEN: La propuesta de Directiva de insolvencia establece un marco comunitario mínimo armonizado sobre procedimientos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración. La Directiva propuesta pretende: reducir el número de despidos debidos a la insolvencia de empresas, crear un marco comunitario más seguro para las inversiones entre países, convertir créditos dudosos en créditos sin incumplimientos y permitir a los empresarios reemprender su actividad empresarial tras la insolvencia.

PALABRAS CLAVE: eficacia, normativa concursal, propuesta de Directiva, reestructuración y segunda oportunidad.

ABSTRACT: The insolvency Directive proposal sets up a minimum harmonised Community framework on preventive restructuring proceedings, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures. The proposed Directive aims at: cutting down the number of jobs lost due to bankruptcy, bringing more legal certainty for cross-border investors, turning bad debt into performing credit, and allowing entrepreneurs to restart business activities after insolvency.

KEY WORDS: efficiency, insolvency regulations, Directive proposal, restructuring and second chance.

FECHA DE ENTREGA: 30/12/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 07/01/2017.

· Los puntos de vista expresados son personales y no reflejan, necesariamente, los del Banco de España.

SUMARIO: 1. Contexto.- 2. Objetivo de la Directiva propuesta.- 3. Contenido de Directiva.- 4. Procedimientos de reestructuración temprana.- 5. Mecanismos de segunda oportunidad.- 6. Medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad.- 7. Otras disposiciones.

1. Las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento, ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia, se regulan en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. Dicho Reglamento, entrará en vigor (con alguna excepción) el 27 de junio de 2017, sustituyendo al vigente Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Ninguno de los anteriores Reglamentos referidos aborda las divergencias entre los procedimientos concursales previstos en las legislaciones nacionales. Dichos Reglamentos, no armonizan las normas sustantivas en materia de insolvencia de los Estados miembros. No existiendo, hasta la fecha, ninguna norma comunitaria vinculante que armonice la regulación concursal sustantiva.

No obstante lo anterior, sí que han venido dándose algunos intentos armonizadores, por parte de las distintas instituciones de la Unión Europea, encaminados a iniciar un proceso de armonización, si se quiere, “soft law” (mediante instrumentos no revestidos con carácter estrictamente vinculante). Proceso que ahora se pretende sellar con la propuesta de una Directiva que armonice las bases mínimas de una regulación concursal comunitaria sustantiva, que aquí es objeto de comentario.

Entre los intentos apuntados, el 17 de octubre de 2011, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia, que incluía recomendaciones a la Comisión para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

En la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único II, de 3 de octubre de 2012, la Comisión emprendió la acción clave de modernizar las normas de insolvencia de la Unión con el fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios. Con este fin, la Comisión anunció que estudiaría la forma de mejorar la eficacia de las normativas nacionales sobre insolvencia con vistas a crear condiciones de competencia equitativas para las empresas, los empresarios y los particulares en el mercado interior.

La Comunicación de la Comisión titulada «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», de 12 de diciembre de 2012, ponía de relieve ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente. Asimismo, señaló que la creación de unas condiciones equitativas en estos sectores podría aumentar la confianza de las empresas, los empresarios y los particulares en los sistemas de otros Estados miembros, mejorar el acceso al crédito y fomentar la inversión.

El 9 de enero de 2013, la Comisión adoptó el Plan de Acción sobre emprendimiento 2020, en el que se invitaba a los Estados miembros, entre otras cosas, a reducir en la medida de lo posible el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas de un emprendedor honrado después de una quiebra hasta un máximo de tres años de aquí a 2013, y a ofrecer servicios de asistencia a las empresas para su pronta reestructuración, consejos para evitar las quiebras y apoyo a las PYME para reestructurarse y relanzarse.

En línea con los anteriores pasos, y en vista al escaso éxito de las recomendaciones precedentes, la Comisión Europea emitió una Recomendación, de fecha 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, en la que invitaba a los Estados Miembros a regular determinados aspectos concursales, para lograr una armonización comunitaria y eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y segunda oportunidad. En dicha Recomendación ya se incluían múltiples aspectos que ahora se propone regular a través de la Directiva.

La Comisión, el 30 de septiembre de 2015, realizó una evaluación del cumplimiento de su Recomendación de 2014 referida, y concluyó que había sido solo parcialmente asumida por algunos Estados miembros. Incluso los Estados miembros que habían aplicado la Recomendación lo habían hecho de una manera selectiva, por lo que seguían y siguen existiendo diferencias significativas. Por consiguiente, la Recomendación no era suficiente por sí misma para alcanzar los objetivos de convergencia y la reducción de ineficiencias debidas a normas que permitan una reestructuración temprana de la deuda y una segunda oportunidad.

En particular, por lo que a España interesa, la Comisión observó que en sus últimas reformas concursales que han sido objeto de comentario, por mi parte, en artículos precedentes publicados en la Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 621-636 y núm. 3, agosto 2015, pp. 611-626 , la Ley Concursal española, tomando en consideración sus recomendaciones, había avanzado hacia un sistema más eficiente con sus reformas concursales sustantivas. No obstante, algunas de ellas tan solo habían seguido parcialmente la Recomendación de la Comisión. Así, se exigen cinco años para poder quedar el deudor de buena fe plenamente exonerado de las deudas que lo llevaron a la situación de insolvencia, frente al plazo máximo de tres años recomendado por la Comisión. La legislación española no permite suspender el ejercicio de acciones frente al deudor más allá del plazo límite de cuatro meses (sugiriendo la recomendación su extensión para casos complejos).

No obstante lo anterior, España no sale tan malparada en la foto, en comparación con el resto de países europeos. Así, ocupa el puesto número decimoprimeros en eficacia de su procedimiento de insolvencia; la duración media de sus procesos concursales es de un año y medio, frente a dos años de media europea; y la tasa de recuperación de créditos garantizados es del 78,3 por ciento, frente al 65 por ciento de media europea.

Debido a lo anterior, la Comisión considera que la nueva propuesta de Directiva puede ayudar a España a hacer sus procedimientos concursales más eficientes a través de las siguientes medidas: la introducción de un sistema de alertas tempranas de indicios de insolvencia; la mejor formación de jueces, mediadores y administradores concursales; la introducción de mecanismos y comunicaciones electrónicas; y la condonación completa de deudas impagadas por deudores honrados tras un periodo de tres años.

El «Informe de los cinco presidentes», de 22 de junio de 2015, titulado «Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea» situaba a la legislación en materia de insolvencia entre los principales obstáculos que impiden la integración de los mercados de capitales de la zona del euro y fuera de ella.

En este contexto, el plan de acción de la Unión de Mercados de Capitales 2015, anunció una iniciativa legislativa sobre la insolvencia empresarial que incluirá la reestructuración temprana y la segunda oportunidad. Esta iniciativa tiene por objeto resolver los principales obstáculos a la libre circulación de capitales y reforzar los sistemas nacionales que funcionan bien. La Estrategia del Mercado Único también señaló que la Comisión respaldaría a los empresarios honrados y propondría una legislación pertinente para garantizar que los Estados miembros aprueban un marco regulador en el que tenga cabida el fracaso sin que disuada a los empresarios de volver a intentar poner en marcha nuevas ideas.

Las Conclusiones del Consejo, de julio de 2016, sobre una hoja de ruta para completar la Unión Bancaria, han subrayado la importancia del trabajo de la Comisión en una propuesta legislativa relativa a una armonización mínima en la legislación en materia de insolvencia en el contexto de la Unión de los mercados de capitales.

En consideración con todo cuanto antecede, la Comisión antes de redactar la propuesta de Directiva que aquí se analiza, realizó una consulta pública, entre el 23 de marzo y el 14 de junio de 2016, planteando múltiples preguntas, para analizar las divergencias entre los distintos sistemas legales e identificar aquellas cuestiones más controvertidas. La mayoría de Estados miembros respaldó los objetivos de la Comisión para mejorar la reestructuración temprana y la segunda oportunidad, pero insistieron en que los marcos de armonización debían seguir basándose principalmente en los principios, debido a la complejidad de los vínculos con otros ámbitos del derecho tales como el derecho de sociedades.

Por lo que se refiere a las partes interesadas, las organizaciones empresariales, las asociaciones de profesionales, las instituciones financieras, las organizaciones de consumidores, sindicatos y el mundo académico se mostraron, en general, a favor de unas

normas mínimas armonizadas. Asimismo, hicieron hincapié en que debe preverse un enfoque equilibrado salvaguardando los intereses de todas las partes interesadas y prevenir el riesgo moral.

Según indica la Comisión, el sector bancario y algunas otras partes interesadas expresaron su opinión de que las normas de la UE sobre la condonación de las deudas de los consumidores, en caso de tenerse en cuenta, deben tratarse en un instrumento separado. El Parlamento Europeo apoya la armonización de ciertos aspectos de la reestructuración y hace hincapié en la conveniencia de garantizar una segunda oportunidad a todas las personas físicas.

Finalmente, tras la consulta pública, el 22 de noviembre de 2016, la Comisión, publicó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.

2. Tal y como se define en el considerando primero de la Directiva, el objetivo de la Directiva es eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las legislaciones y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia y segunda oportunidad.

La Comisaria Europea de Justicia, Consumo e Igualdad de Género, Vára Jourová, indicó que: “Cada año quiebran 200.000 empresas en la UE, lo que se traduce en una pérdida de 1,7 millones de puestos de trabajo. En muchos casos, esto podría evitarse si dispusiéramos de unos procedimientos de insolvencia y reestructuración más eficientes. Ya es hora de dar a los emprendedores una segunda oportunidad de relanzar su empresa mediante la liquidación total de su deuda en un plazo máximo de tres años”.

La Directiva pretende eliminar tales obstáculos logrando que las empresas viables que atraviesan dificultades financieras no terminen en insolvencia y, aún menos, en liquidación (eficacia *ex post* de los procedimientos de insolvencia); que los empresarios sobreendeudados honestos cuenten con una segunda oportunidad tras la plena condonación de sus deudas después de un período de tiempo razonable; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, en particular con el fin de reducir su duración.

En primer término, la eliminación de los obstáculos a la reestructuración efectiva de empresas viables con dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo, las pérdidas para de los acreedores en la cadena de abastecimiento, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por lo tanto, beneficia a la economía en general. La conservación del “know how” y las capacidades industriales resultan de capital importancia para la economía de un país.

Durante estos años de crisis, se han liquidado multitud de empresas (viables desde un punto de vista operativo) con una antigüedad de más de veinte años. Con ello, además de perderse puestos de trabajo de personas mayores de cincuenta años (con gran conocimiento técnico, pero con difícil acceso al mundo laboral y reconversión profesional), se han perdido negocios viables, con carteras de clientes importantes, cuyas demandas, en su caso, pasarán a ser atendidas por empresas de terceros países, encareciendo los precios e incrementando la dependencia con el exterior.

Por otro lado, facilitar una segunda oportunidad a los empresarios evita su exclusión de la actividad económica y les permite reanudar las actividades empresariales, extrayendo enseñanzas de experiencias anteriores.

Por último, la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración daría lugar a un aumento en los porcentajes de recuperación por parte de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traducirá en una mayor pérdida de valor para la empresa. Por tanto, se incrementaría la eficacia *ex ante* (preservando en mayor medida los derechos de terceros previos a la situación de crisis de la empresa).

La consecución de procedimientos de reestructuración e insolvencia más eficientes, implica contribuir a la gestión eficiente de los préstamos impagados o fallidos, evitando la excesiva acumulación de los mismos en los balances de las entidades de crédito. Ello, a su vez, favorece la transferencia de crédito a las empresas y familias, así como un abaratamiento de la financiación. La elevada existencia de préstamos fallidos o dudosos y la gestión futura de los mismos preocupa al sector financiero.

Además, unos marcos de insolvencia eficientes permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y empréstitos y facilitarían la adaptación de las empresas sobreendeudadas al reducir al mínimo los costes económicos y sociales derivados de sus procesos de desapalancamiento.

En definitiva, la Directiva pretende armonizar el derecho concursal sustantivo comunitario y, en particular, los procesos de reestructuración preconcursales (así como que se establezcan alertas tempranas efectivas de insolvencia para evitar la misma), algunos principios comunes de los procesos concursales y el mecanismo de segunda oportunidad. Así, hay cuatro Estados miembros en los que no existe ningún procedimiento de reestructuración preventiva y en otros cinco existen, pero con restricciones muy exigentes.

La propuesta no armoniza aspectos esenciales de la insolvencia, como las normas sobre las condiciones para la apertura de un procedimiento de insolvencia, una definición común de insolvencia, el orden de prelación de los créditos y las acciones revocatorias en términos generales. Según se indica en la propia Directiva: “Aunque este tipo de normas sería útil para alcanzar la plena seguridad jurídica transfronteriza según confirmaron muchas partes interesadas en la consulta pública, la diversidad actual de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en los procedimientos de insolvencia parece demasiado grande para poder superarse a la vista de los numerosos vínculos entre la

legislación sobre insolvencia y los ámbitos conexos del derecho nacional, tales como la legislación en materia de impuestos, derecho laboral y seguridad social. La armonización preceptiva podría exigir profundos cambios en el derecho mercantil, el derecho civil, el derecho de sociedades, mientras que las disposiciones flexibles corren el riesgo de no dar lugar a los cambios deseados”.

3. La Directiva propuesta consta de tres partes principales: marcos de reestructuración preventiva (título II), segunda oportunidad para los empresarios (título III) y medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, el concurso de acreedores, y la segunda oportunidad (título IV).

Los títulos I (Disposiciones generales), IV (Medidas para aumentar la eficacia), V (Supervisión de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad) y VI (Disposiciones finales) tienen un ámbito de aplicación de general, esto es, se aplican tanto a la reestructuración preventiva, como al concurso y los mecanismos de segunda oportunidad.

La Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los deudores que son empresas de seguros y de reaseguros; a las entidades de crédito; a las empresas de inversión y los organismos de inversión colectiva; a las entidades de contrapartida central; a los depositarios centrales de valores; y a otras entidades financieras y entidades enumeradas en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Todos ellos están sujetos a regímenes especiales y las autoridades nacionales de supervisión disponen de amplias competencias de intervención.

No obstante, según ha manifestado la Asociación de Analistas Financieros Internacionales (AFI): “Esta propuesta no afecta a las entidades financieras (art. 1.2), pero condiciona su riesgo de crédito y regula la nueva financiación y la financiación provisional en situaciones de reestructuración”.

La estabilidad de los mercados financieros se basa en gran medida en acuerdos de garantía financiera, en particular cuando se constituyen las garantías financieras prendarias en relación con la participación en determinados sistemas o en las operaciones del banco central y cuando los márgenes son asignados a entidades de contrapartida central (ECC). Dado que el valor de los instrumentos financieros en garantía podría ser muy volátil, es esencial realizar su valor rápidamente antes de que baje. Por tanto, establece la propuesta que la Directiva debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores), la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (sobre acuerdos de garantía financiera) y el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones).

El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social. A menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario ligadas a su consumo personal y las deudas derivadas de su

actividad empresarial. Por estas razones, aunque la Directiva no incluye normas vinculantes sobre el sobreendeudamiento de los consumidores, sí que establece que “[L]os Estados miembros deben poder aplicar también las disposiciones en materia de condonación a favor de los consumidores”. El artículo 1.2.g excluye la ampliación del ámbito de aplicación al deudor consumidor, admitiendo el apartado 1.3 la ampliación voluntaria por parte de los Estados Miembros a estos últimos del ámbito de aplicación.

La no extensión a los consumidores del ámbito de aplicación ha sido de los aspectos más criticados de la propuesta. Entre algunas críticas se indica que la insolvencia perpetua de los consumidores, sin opción de acceso a mecanismos de segunda oportunidad, que obliga a consumidores a la embargabilidad permanente de sus futuros ingresos, salvo los inembargables, perjudica el consumo, el ahorro, la posible iniciativa empresarial de estos y, por tanto, al conjunto de la economía. Asimismo, se ha criticado que el deudor persona física empresario sí que pueda acceder a los mecanismos de insolvencia previstos (agrupando deudas privadas y deudas empresariales, sin distinción), pero que en cambio un consumidor no tenga la opción.

En sentido opuesto, se indica, por los defensores de la exclusión de los consumidores del ámbito de aplicación, que no debe olvidarse que el objetivo principal de las iniciativas de armonización es evitar que empresas o empresarios viables (que generan empleo, tienen conocimiento y capacidades técnicas) no sobrevivan. Ello difiere notablemente del excesivo endeudamiento de consumidores, por una deficiente gestión de sus finanzas y/o por circunstancias adversas sobrevenidas. En tales supuestos, determinados ordenamientos, como el caso de España, contienen regulaciones específicas para deudores sin recursos o en umbral de exclusión.

4. En relación con los procedimientos de reestructuración temprana, resulta esencial la detección a tiempo de los primeros indicios de una situación de peligro para la solvencia de una empresa, para esquivar un procedimiento concursal. Así, la Directiva establece la necesidad de contar mecanismos de alerta temprana, indicando que se podría incentivar u obligar, de acuerdo con la legislación nacional, a terceras partes con información pertinente como contables, fiscales y organismos de la seguridad social a advertir sobre cualquier hecho negativo.

Según la propuesta, el nombramiento de un administrador encargado de la reestructuración no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor.

Por otra parte, no debe dictarse necesariamente una orden judicial para la incoación del proceso de reestructuración, que puede revestir un carácter informal, siempre y cuando los derechos de los terceros no resulten afectados. Ello puede ser de vital importancia, tal y como ha quedado evidenciado en el reciente concurso de ABENGOA, en el que el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, que tramita el proceso concursal de la matriz y 44 filiales, tuvo que admitir y tomar en consideración un acuerdo “standstill”, y una

prórroga en el plazo de negociaciones, flexibilizando los criterios normativos, en aras al mayor interés de la viabilidad de la compañía, ya que de lo contrario, según el juez, se hubiera visto abocada a la liquidación.

En relación con las refinanciaciones o reestructuraciones, para evitar posibles abusos, debe protegerse la financiación razonable e inmediatamente necesaria para la continuidad de la actividad comercial o la supervivencia de la empresa del deudor o la preservación o la mejora del valor de dicho negocio en espera de la confirmación de ese plan. Así, los Estados miembros garantizarán que se fomenta y protege adecuadamente la nueva financiación (“fresh money”) y la financiación provisional. En particular, la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o inoponibles, a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe.

A efectos de la votación sobre un plan de reestructuración, los Estados miembros podrán decidir clasificar a los trabajadores en una categoría de acreedores separada.

Si bien el plan de reestructuración debe siempre considerarse como adoptado si la mayoría requerida en cada categoría afectada lo apoya, un plan de reestructuración que no cuente con el apoyo de la mayoría necesaria en cada categoría afectada puede sin embargo ser confirmado por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente a condición de que cuente con el apoyo de al menos una categoría de acreedores afectados y de que no se perjudique injustamente a las categorías discrepantes en el plan propuesto (mecanismo de reestructuración forzada de la deuda aplicable a todas las categorías). En particular, el plan debe atenerse a la regla de la prioridad absoluta que garantiza que una categoría discrepante de acreedores es pagada íntegramente antes de que una categoría más reciente reciba cualquier pago o conservar cualquier interés en el marco del plan de reestructuración. La regla de la prioridad absoluta sirve como base para el valor que debe asignarse entre los acreedores en la reestructuración.

En los procedimientos de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar de una plena protección del derecho laboral (eficacia ex ante del proceso concursal). En particular, la Directiva debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los trabajadores garantizados por las Directivas que protegen sus derechos.

Los Estados miembros deben garantizar que los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas cuentan con una formación adecuada y unos conocimientos especializados y experiencia en materia de insolvencia.

El artículo 6.4 de la Directiva establece que “Los Estados miembros limitarán la duración de la suspensión de las acciones de ejecución individuales a un período máximo no superior a cuatro meses”. No obstante, el apartado 5º del referido artículo permite que el órgano jurisdiccional o las autoridades administrativas amplíen la duración inicial de la suspensión de las acciones de ejecución individuales o conceder una nueva suspensión de las acciones de ejecución individuales a petición del deudor o de un acreedor. Dicha prórroga o nuevo período de suspensión de las acciones de ejecución individuales se

concederá únicamente si existen indicios de que: a) se han logrado avances importantes en las negociaciones sobre el plan de reestructuración; y b) la continuación de la suspensión de las acciones de ejecución individuales no perjudica injustamente los derechos o intereses de las partes afectadas. Dicha prórroga no podrá ser superior a doce meses.

Actualmente, la Ley Concursal española ya permite la suspensión durante cuatro meses (artículo 5.bis), no obstante, no se permite expresamente prórroga alguna. Hecho sobre el que llamó la atención la Comisión en su evaluación de impacto de su Recomendación de 2014. Así, en el proceso preconcursal de ABENGOA, arriba referido, el Juzgado de lo Mercantil se enfrentó a una solicitud de prórroga que superaba el plazo de cuatro meses y que, según se indicó, era vital para la supervivencia de la compañía. Se homologó el acuerdo preconcursal. Ello evidencia la necesidad de acoger favorablemente la novedad legislativa de posibilitar la ampliación del plazo de cuatro meses en casos complejos, para evitar la rigidez del proceso.

Los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando exista una probabilidad de insolvencia, los accionistas y los tenedores de participaciones con intereses frente a un deudor no puedan impedir injustificadamente la adopción o la ejecución de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa (artículo 12.1 de la Directiva).

No obstante lo anterior, para garantizar una eficacia ex ante, se establecen determinadas salvaguardas en la Directiva propuesta. Así, se indica que: “Los Estados miembros velarán por que las decisiones relativas a la confirmación de un plan de reestructuración adoptadas por el órgano jurisdiccional puedan ser recurridas ante una instancia judicial de rango superior y que la confirmación de una decisión sobre un plan de reestructuración adoptada por una autoridad administrativa pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional”.

5. Tras la exposición de la regulación relativa a los institutos concursales, a continuación se resumen las disposiciones introducidas en relación con la exoneración de las deudas impagadas, en aras a permitir un “fresh start” (empezar de cero) en determinados supuestos. Así, el título III lleva por rúbrica “Una segunda oportunidad para los empresarios”.

El artículo 20.2 de la Directiva (que regula el acceso a la condonación) establece que: “Los Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”. A su vez, se indica que el plazo tras el cual los empresarios sobreendeudados pueden obtener una plena condonación de sus deudas no será superior a tres años, tal y como establecían los instrumentos y recomendaciones reseñadas arriba, que fueron desoídas por los Estados miembros.

Ello supone una novedad, respecto de la ley concursal española. Puesto que, exige la Directiva propuesta que la regulación que implemente la exoneración de deudas tenga en cuenta en sus exigencias la “situación individual del empresario” y que sea “proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”. Por tanto, ello podría impedir un requisito imperativo, como el actualmente vigente, de pago de una cuantía mínima de determinados créditos, si el deudor carece de rentas.

La Comisión se hace eco de diversos estudios y de las experiencias demostradas en el mundo anglosajón, que señalan que un menor plazo para lograr la exoneración implica una mayor iniciativa empresarial y creación de empresas por parte de los empresarios concursados. Así, es de especial relevancia que los empresarios que, tras un proceso concursal, siguieron endeudados sigan teniendo iniciativas emprendedoras, que permitan seguir generando empleo, actividad económica y aprovechando los conocimientos, y capacidades técnicas aprendidas, en sus experiencias empresariales anteriores.

No obstante lo dispuesto anteriormente, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones restringiendo el acceso a la condonación o fijando plazos más amplios para la obtención de la condonación total o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales limitaciones estén justificadas por el interés general.

Los Estados miembros podrán excluir de la condonación algunas categorías específicas de deudas, tales como deudas garantizadas o deudas derivadas de sanciones penales o de responsabilidad delictual, o establecer un plazo más amplio para la condonación en los que tales exclusiones o plazos más amplios estén justificados por un interés general. Nada se dice de las deudas de derecho público, que suelen ser de gran relevancia en los procesos concursales de empresarios españoles. Así, las deudas frente a la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social suelen ser un freno importante para que los empresarios superen las situaciones concursales.

Los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario sobreendeudado tenga deudas contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera de esas actividades, todas las deudas se tratarán en un procedimiento único a efectos de la obtención de la condonación (artículo 23 de la Directiva).

En la vigente Ley Concursal, el artículo 178 bis (“exoneración del pasivo insatisfecho”) exige, entre otros requisitos, para que el deudor pueda acceder a la exoneración: “Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”.

A su vez, establece el artículo 178 bis citado que “Las deudas que no queden exoneradas [...], deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar

interés”. Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

El régimen concursal español actual, también permite que, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, se declare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando el deudor estuviera en el “umbral de exclusión” (esto es, si se dieran las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a y b, del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad). No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando cualquier acreedor concursal la solicite si se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.

6. El Título IV de la Directiva propuesta regula medidas transversales para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad.

Se garantizará que los mediadores, los administradores concursales y otros administradores designados reciban la formación inicial y complementaria necesaria para garantizar que sus servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes. A su vez, se fomentará la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión a los mismos por parte de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, así como otros mecanismos efectivos de supervisión en relación con la prestación de tales servicios.

Los Estados miembros establecerán las estructuras reguladoras y de supervisión adecuadas para garantizar que el trabajo de los administradores encargados de la reestructuración, el concurso de acreedores y la segunda oportunidad sea adecuadamente supervisado. Esta supervisión y regulación también incluirá un régimen de sanciones apropiado y eficaz para los administradores que no han cumplido sus funciones.

Adicionalmente, establece la Directiva propuesta que se velará por que los honorarios cobrados por los administradores encargados de la reestructuración, el concurso de acreedores y la segunda oportunidad se rijan por normas que incentiven una resolución a tiempo y eficiente de los procedimientos teniendo debidamente en cuenta la complejidad del caso de que se trate.

El vigente artículo 34.2.d) de la Ley Concursal establece, con el fin de vincular la remuneración a la eficiencia en la gestión del concurso, que: “[...] La retribución

inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos. En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción”.

La Directiva, como se ha indicado, establece la vinculación entre los honorarios de la administración concursal y la eficiente resolución del proceso concursal. No obstante, no se concreta en qué consiste tal vinculación. Quizá hubiera sido deseable una mayor concreción, que incentivara a los administradores o mediadores concursales a lograr la viabilidad de las empresas que puedan serlo o a liquidar aquellas que no sea viables. Ello podría lograrse estableciendo un componente importante de la remuneración vinculado al éxito del procedimiento, por ejemplo, ponderando parte de la retribución a la tasa de recuperación de crédito de los acreedores (con o sin garantías), a la firma de un convenio con los acreedores, al número de adhesiones o porcentaje de aprobación del mismo, al cumplimiento del convenio o a la duración del proceso concursal.

El artículo 28 de la Directiva, que regula la “Utilización de medios electrónicos de comunicación”, exige su utilización para las siguientes acciones: a) reclamación de créditos (el artículo 85 de la Ley Concursal ya recoge la comunicación de créditos por medios electrónicos); b) tramitación de planes de reestructuración o reembolso ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas competentes; c) notificaciones a los acreedores; d) votación de los planes de reestructuración; y, e) presentación de recursos. El artículo 95 de la vigente Ley Concursal ya establece la comunicación electrónica del informe concursal, con el inventario y créditos comunicados, a los acreedores y la posibilidad de impugnación de éste por los acreedores, también por medios electrónicos.

7. Por último, el título V de la Directiva propuesta regula el seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, principalmente, a través de la recogida de datos fiables y la elaboración de estadísticas a partir de estos.

El artículo 32 de la Directiva establece la modificación de Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Así, la Directiva propuesta añade un párrafo 4º en el artículo 45 de la Directiva 2012/30/UE consistente en exigir que los Estados miembros establezcan excepciones a

lo dispuesto en: el artículo 19, apartado 1 (que exige la convocatoria de junta general para acordar la disolución u otra medida para el caso de pérdida grave del capital social suscrito); el artículo 29 (que regula el procedimiento de ampliación de capital y su aprobación necesaria por la junta general); el artículo 33 (que regula los derechos de suscripción preferente en las ampliaciones); el artículo 34 (que regula el procedimiento de reducción de capital, estableciendo la aprobación necesaria por la junta general); el artículo 35 (votación por separado, en junta, de los grupos de accionistas afectados por la reducción de capital); el artículo 40, apartado 1, letra b (referido a la reducción de capital forzosa por amortización de acciones prevista de forma estatutaria, que deberá acordarse en junta general); y el artículo 41, apartado 1 (que establece la obligación de aprobación por la junta de la reducción de capital por amortización de acciones propias); y el artículo 42 (que exige la votación separada en junta por grupos de accionistas afectados), en la medida y durante el período en que tales excepciones sean necesarias para el establecimiento del marco de reestructuración preventiva previsto en la Directiva propuesta.

En definitiva, con el cambio referido, se propone excepcionar las exigencias y formalidades de aprobación de acuerdos de reducción y/o ampliación de capital en sociedades anónimas, y, en particular, las relativas a la obligación de aprobación en Junta, la convocatoria y mayorías de voto exigidas, para alinear tales exigencias con las medidas concursales aprobadas, en aras de garantizar la eficacia de los mecanismos preconcursales y concursales.

Finalmente, la Directiva propuesta prevé un plazo de dos años, desde la entrada en vigor de la Directiva, para que los Estados Miembros la implementen. En el caso de España, como se ha ido indicando, el esfuerzo de adaptación no sería muy exigente, ya que la ley concursal española ya recoge y cumple con la mayor parte de las exigencias de la propuesta de Directiva. No obstante, no debe obviarse que nos encontramos, únicamente, frente a una propuesta y no frente a una Directiva y que, por tanto, su contenido puede sufrir múltiples modificaciones durante el proceso legislativo venidero.

