



economistas
Consejo General

REFOR
economistas
forenses

Borrador de Informe del CGCCEE de España, sobre el Proyecto de Ley de 18 de marzo del 2011 de Reforma de la Ley Concursal (versión 17 de abril, v1)

Parte General

- 1.- Sumario: Por el cambio de modelo.
- 2.- La extraconcursalidad
- 3.- La paraconcursalidad
- 4.- La preconcursalidad
- 5.- Convenio vs liquidación.
- 6.- La administración concursal.
- 7.- La agilización del concurso.

Parte Especial

Propuestas de mejora al articulado.



Sumario

Toda propuesta de Reforma a una legislación vigente se mueve entre dos posiciones, aquella que postula mantener el modelo o estructura definida en la opción viva, incorporando soluciones de mejora y ajuste que la realidad ha puesto de manifiesto como necesarias y, alternativamente, elegir otra solución, como referencia general, alternativa. En el caso de las insolvencias el modelo español elegido en la Ley Concursal se aleja considerablemente de las experiencias internacionales próximas, manteniendo una fuerte rutina procesal en todo el procedimiento, e incorporando una tramitación judicial densa y en más de una ocasión ineficiente ante las diferentes situaciones que se. El presente Documento fruto de un estudio colectivo y de una Ponencia Resumen, ha llegado a una conclusión clara: sería recomendable tener más en cuenta las experiencias exitosas de países tan ilustrativos, y diferentes, como Francia, Alemania o Inglaterra, no parece razonable mantener en un mismo cuerpo regulador situaciones tan diferentes como las personas naturales no empresarios, o, los impulsos de viabilidad de las empresas precedentes o diferentes a la solución concursal, refinanciaciones y convenios anticipados. También resulta de la mayor importancia acertar en lo que se debe regular y lo que no, eso sí, incidiendo correctamente en el papel beligerante que deben jugar los operadores del mundo concursal, jueces y juzgados de lo mercantil, y administradores concursales, administraciones públicas y entidades financieras, siendo estas dos últimas claves en todo proceso de eficiencia. De la lectura detenida de la propuesta gubernamental y de las propias manifestaciones en la Exposición de motivos del Proyecto, presentado a discusión parlamentaria, no se ha optado por una mirada detallada a un cambio de modelo, lo cual ante los resultados que se observan en los últimos años, incluyendo este mismo año 2011 en curso, nos ha llevado a la presentación de esta Proposición General de cambio no solo estético, formal y de ajustes, también necesarios y aplaudidos allá donde hemos visto aciertos y mejoras, sino de nuevas referencias y por la "Otra" solución. Por otro lado también incorporamos el recorrido pormenorizado sobre la Reforma del Proyecto de Ley.

Consideraciones generales en un entorno de crisis.

Tanto los esfuerzos a nivel internacional, Grupo de trabajo de reforma del Derecho mercantil de la ONU, como la propia Unión Europea, Directivas del 2000 y del 2011, defienden la conveniencia de regular taxativamente las situaciones de insolvencia tanto de particulares como de las empresas, por nuestra parte el legislador ha acometido la tarea en la Ley Concursal, (2003),(2009), sin embargo fruto de la experiencia que la crisis está produciendo, y de la propia puesta en práctica del modelo, se ha decidido, creemos que con acierto, la conveniencia de acometer una reforma en profundidad de la regulación vigente. El proyecto de ley de reforma aprobado por el Consejo de Ministros de 18 de marzo del 2011, en trámite parlamentario en estos momentos, recoge esta loable iniciativa.

El Documento que ahora proponemos tiene por objeto abordar desde la Institución, una reflexión sobre el Texto y para ello se ha contado con un Grupo de Trabajo para el estudio del Proyecto de Ley de Reforma Concursal, constituido en el marco del REFor-CGCEE, órgano especializado del Consejo General de Colegios de Economistas, y presidido por su Presidente, D. Leopoldo Pons, en el que están integrados los miembros del Consejo Directivo de este órgano especializado del Consejo General: D. Juan Antonio García, D. Ignacio Álvarez, D. Ramiro Arberas, D. Joaquín Arbona, D. Diego Comendador, D. Xavier Domènech, D. Adolfo Núñez, D. Ángel Pascual y profesionales de reconocida experiencia: D^a. Ana Belén Campuzano, D. Raimon Casanellas, D. José María De la Cruz, D. Alejandro Latorre, D. Ángel Miró, D. Antonio Moreno, D. Jaime Querol, D. Juan Carlos Robles y D. Esteban Van Hemmen, que garantizan la eficacia de sus exposiciones y que han aportado diferentes iniciativas y recomendaciones del mayor interés, lo que de una forma u otra ha servido para la construcción del texto que ahora nos ocupa

No resulta fácil abordar un Reforma que se presenta en términos de 105 entradas y 17 disposiciones transitorias, lo cual obliga a recorrer del orden de más de 355 consideraciones de detalle y redacción, amén de los itinerarios a realizar tanto de orden general como circundante, por ello y siempre desde la óptica de la utilidad y suma de valor que podamos realizar, proponemos un texto en dos dimensiones, cualitativamente hablando, el primero de carácter general y de modelo y el segundo de detalle de mejora al articulado concreto propuesto.

Lo primero que nos planteamos es, en qué escenario nos movemos, cuando de soluciones concursales se habla, ya que en un principio la norma, tal y como está diseñada, debería regular todas la situaciones de insolvencia generalizada que tanto las personas naturales no empresarios como las empresas, autónomos y personas jurídicas, puedan tener. Si este fuese el



caso entre el 2009 y 2010, nos enfrentaríamos solo en el mundo empresarial a cifras que podrían acercarse a los 300.000 concursos, magnitud que se vería notablemente incrementada si incluimos la personas físicas no empresarios insolventes. Sin embargo el mundo concursal ha orbitado para ese periodo los 12 mil concursos entre ambos colectivos, y la disparidad de magnitudes, acompañadas por la discrepancia que también se observa de forma flagrante en el análisis comparado internacional, nos dice que el modelo está lejos de cumplir con ese primer objetivo de universalidad y unidad normativa de las insolvencias acaecidas.

Por otro lado la crisis ha incorporado con fuerza la idea de la eficiencia reguladora de la viabilidad, y como explicita el Real Decreto Ley 3/2009, hace falta incidir sobre soluciones convenidas cuando no de continuidad, en aquellos casos donde el contexto individual lo permita, cuestiones estas que no son especialmente propiciadas por una norma con una estructura procesal enormemente rígida, que entre otros inconvenientes limita notablemente la agilidad y la propia resolución exitosa del mundo concursal.

En enero del 2011 y dentro del periodo de consultas del Anteproyecto de 17 de diciembre del 2010, ya hemos tenido ocasión de proponer un texto del que, una vez leído con atención el propio Proyecto de 18 de marzo del 2011, entresacamos lo que en nuestra opinión sigue estando vivo. Proponíamos en este primer documento, tres escenarios que deberían tenerse en cuenta a la hora de conformar este nuevo modelo concursal español:

1. Construir un entorno amigo de las personas naturales o jurídicas concursadas o en situaciones preconcursales, es decir, resolver la posición y actitud de las administraciones públicas, en este escenario y en particular la capacidad para contratar con ellas, la situación de créditos con la Agencia Tributaria y la Seguridad Social y la posición de los embargos preventivos sobre los clientes que dichas administraciones ejercen en la actualidad, también de la mayor conveniencia dulcificar la posición del sistema financiero. Estas referencias son significativas pero no exhaustivas.
2. Asegurar que las soluciones preconcursales, sean de reestructuración (D.A. 4ª) o de convenio anticipado (art. 5.3), tengan un discurrir procedimentalizado, eficiente y equitativo para todas las partes, incluyendo la población o universo de acreedores, para ello resulta de la mayor importancia incorporar en estos recorridos a la autoridad judicial y a sus operadores concursales.
3. Invertir la carga de la prueba para aquellas situaciones en las que las soluciones concursales terminan en liquidación de compañías con pérdidas de créditos y de derechos de los

trabajadores, de tal forma que el concurso culpable y las acciones rescisorias se planteen como regla general y corresponda la carga de la prueba al concursado.

Estas reflexiones siguen estando vigentes, en relación con el Proyecto de Ley Concursal, como veremos a continuación.

Entre las propuestas que el Grupo de Trabajo de Estudio del Proyecto de Ley Concursal del Consejo General de Colegios de Economistas, CGCEE, impulsado desde su órgano especializado, el Registro de Economistas Forenses, REFOR-CGCEE, presentará próximamente en el Congreso, como enmiendas, mencionamos las siguientes:

1. **ESTIMULAR LA VIA EXTRACONCURSAL:** consideramos que la actual regulación de las personas físicas: concursos de personas, no deben regularse a través de la Ley Concursal, sino a través de un mecanismo alternativo de resolución de controversias, como es la mediación.

El número de concursos de personas físicas suponen el 15 % de los concursos, debido a los altos costes que supone para la mayoría de dichas personas físicas, no tiene sentido que tengan que vehicular dichas situaciones a través de soluciones concursales, acudiendo a mecanismos alternativos como la mediación, se abaratarían los costes y el tiempo para la solución de dichas controversias.

Dado que se está tramitando también actualmente en el Parlamento un Proyecto de Ley de mediación, tendría lógica dedicar un Título específico dentro de la misma, para las personas físicas.

Cabría plantearse adicionalmente extender la mediación a concursos de pymes de reducida dimensión, esto es, a micropymes con dos o menos trabajadores, que redundaría en una agilización en la solución de la problemática de estas empresas y una reducción de costes para las mismas. La Ley Concursal está pensada más bien para grandes empresas, no para micropymes. Por ello, cabría proponer otro capítulo dedicada a micropymes en la Ley de mediación.

2. **ESTIMULAR LA VIA PARACONCURSAL:** la reforma introducida por el Proyecto de Ley Concursal en los acuerdos de refinanciación (artículo 71.6 y disposición adicional cuarta), no es suficiente y no nos parece adecuada. Debería contenerse, por su importancia, en un Título específico sobre la refinanciación, incluyendo tres parámetros que no se contienen suficientemente desarrollados en la actual redacción:



- a) Intervención del operador judicial en el acuerdo de refinanciación: no existe por el momento control judicial de dicha refinanciación. Lo que se produce posteriormente, en su caso, es una homologación de dichos acuerdos por el Juez.
 - b) Debe existir una intervención profesional en la negociación con control judicial, a través del auxilio de profesionales competentes.
 - c) Debe evaluarse los beneficios de quienes llegan a un acuerdo de refinanciación y excluir los que realizan posiciones de espera.
3. **ESTIMULAR LA VIA PRECONCURSAL:** la regulación de las propuestas de Convenios anticipados que se menciona en el nuevo artículo 5 bis del Proyecto de Ley, es insuficiente. Convendría incluir un Título propio dedicado a dichas propuestas, convenientemente desarrollado y contando también con la participación judicial y de los profesionales.
4. **ESTIMULAR LA VIA CONCURSAL AL CONVENIO NO A LA LIQUIDACIÓN:** es un hecho, como en repetidas ocasiones hemos manifestado desde el REFOR-CGCEE que más del 90 % de los concursos terminan en liquidación y no en soluciones de convenio. Esta situación debe cambiar, potenciándose las soluciones concursales hacia el convenio. Debe evitarse encorsetar a las partes, y estimular que sean las partes implicadas las que lleguen al convenio, a través de los correspondientes planes de viabilidad.
5. **MODIFICACIONES EN LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL:** la redacción que se propone en el artículo 27 del Proyecto de Ley Concursal, que se refiere a la administración concursal, contiene diversas novedades, con las que no estamos de acuerdo.
- introduce como novedad la posibilidad de que puedan ser administradores concursales las personas jurídicas: sin perjuicio de que consideramos que es innegable que la realidad profesional colectiva es una realidad y tendencia en el mercado, sin embargo, en el caso específico concursal, creemos que incorporar la problemática de las sociedades profesionales, sociedades de intermediación y sociedades de profesionales, en la que las líneas divisorias no están en muchas ocasiones perfectamente definidas entre las mismas, puede atraer una problemática añadida a los procedimientos concursales. Por ello, en



aras de una simplificación, proponemos suprimir las referencias a las personas jurídicas. Esto es, que los administradores concursales deben seguir siendo personas naturales, una mención explícita en la exposición de motivos a esta realidad sería suficiente, permitiendo, como hasta ahora sucede, que el vínculo de la persona natural administrador concursal con su organización sea el que ellos hayan decidido.

- Suprime el requisito de cinco años de experiencia para ser administrador judicial: consideramos que debe mantenerse en este tipo de procedimientos, que resultan ser complejos una mínima experiencia, por lo que no nos parece razonable que se elimine dicho requisito, amparándose en una supuesta interpretación de la Ley Ómnibus, que establece sin embargo, que puedan establecerse ciertas restricciones al ejercicio, siempre y cuando se regulen en una Ley y estén justificadas por principios como la seguridad jurídica o mercantil.

6. **AGILIZACION Y SIMPLIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO:** en diversos artículos del Proyecto de Ley, debería introducirse más mecanismos de agilización y simplificación del procedimiento concursal, que si bien ha mejorado, sin embargo, debería ser más ágil y rápido. Entre las propuestas que proponemos en este ámbito:

- debe realizarse una reforma de los incidentes concursales: en el sentido de reducir y abreviar su duración, que en numerosas ocasiones supone un retardo innecesario de los procedimientos concursales.
- incorporar de forma obligatoria la utilización del correo electrónico por parte de los administradores concursales y otros sujetos participantes del concurso: en el Proyecto de Ley, se incluye una propuesta de tender a su utilización, *“que podrá efectuarse a través de métodos telemáticos”* pero todavía, no resulta obligatoria. De esta forma, aparece en la redacción de los artículos 6.2.4 ,el 21.1.4 o el 23 (publicidad en el BOE). Resulta necesario incorporar las nuevas tecnologías, por el ahorro de tiempo y coste que suponen.



economistas
Consejo General

REFOR
economistas
forenses

A partir de aquí el Grupo de Trabajo esta incorporando una serie concreta de propuestas, ya en el contexto pormenorizado del articulado, que de una forma complementaria a lo propuesto también se incorpore a esa cadena de valor colectiva y de responsabilidad de todos cual es la conformación lo más acertada posible de una, donde las implicaciones jurídicas, económicas y del la sociedad civil son tan importantes en estos momentos.