

3. CONFERENCIA DE CLAUSURA

a) Conferencia de clausura.

Jesús Quijano González. Catedrático de Derecho Mercantil Universidad de Valladolid (España).

“CUESTIONES ACTUALES EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL Y EUROPEO”

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: delimitación y significado de las cuestiones elegidas.- II. DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: el momento de la refundición y el debate futuro. 1. La evolución concursal española: de la Ley Concursal de 2003 a la Ley Concursal de 2015; significado de las sucesivas reformas. 2. La situación actual: necesidad de una refundición. Breve consideración de la Propuesta de Texto Refundido. 3. El necesario debate sobre el futuro del Derecho Concursal en España. III. DERECHO CONCURSAL EUROPEO: novedades de interés. 1. El nuevo Reglamento de procedimientos de insolvencia de 2015. 2. La Propuesta de Directiva de 2016 sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad. IV. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN: delimitación y significado de las cuestiones elegidas.

No sin antes agradecer el encargo de pronunciar esta conferencia de clausura del Congreso, por el inmerecido honor que supone, me propongo realizar una somera reflexión sobre algunas cuestiones de actualidad en el Derecho Concursal español y europeo, de modo que sirvan para ofrecer una imagen sintética del estado del debate sobre el futuro de la disciplina jurídica que nos ocupa en aquel ámbito geográfico.

El conjunto de la Unión Europea, y España de manera particular, ha pasado, como es bien conocido, por una compleja etapa de crisis económica, de alcance desigual en unos y otros países, pero que con carácter general ha afectado al mundo empresarial de manera intensa. Y es igualmente conocido que una de las manifestaciones más significativas de tal crisis ha sido el aumento progresivo de los procedimientos concursales declarados, muchos de los cuales se encuentran aún en tramitación.

En el caso concreto de España, desde final de 2008 hasta comienzo de 2016 la proliferación concursal alcanzó niveles ciertamente espectaculares, con tasas de crecimiento porcentual entre el 100 y el 200% en los años 2009 y siguientes, hasta que en 2014 empezó a moderarse el porcentaje que, desde entonces, ha decaído ostensiblemente a medida que se normalizaba el contexto económico y empezaban a moderarse o recuperarse las principales magnitudes macroeconómicas.

Tan o más relevante es la constatación de que, de cada 100 concursos declarados, la inmensa mayoría de empresas, una media de 95 terminó con liquidación de la masa activa, en muchos casos insuficiente para satisfacer siquiera las deudas de la propia masa; e incluso bastantes de los pocos concursos en lo que se alcanzó un convenio entre el deudor y los acreedores, regresaron a la liquidación a causa del posterior incumplimiento del convenio.

Tal realidad no podía dejar de tener repercusión sobre la normativa concursal, como hemos de examinar a continuación. En el caso de España, con una sucesión casi continua de reformas legales, algunas de gran calado, que han terminado por colocar a la Ley Concursal, que era no más de 2003, en un estado prácticamente irreconocible, que exige una reflexión urgente sobre el más deseable futuro legislativo. En el ámbito comunitario, las manifestaciones más notables hay que situarlas, por un lado, en la actualización de la norma de aplicación directa a los concursos transfronterizos, de efecto extraterritorial, contemplados por el Reglamento comunitario de insolvencia del año 2000, hoy sustituido por el vigente de 2015, y, por otro, en el intento, aún en proceso de debate con incierto resultado, de armonizar, mediante Directiva, el tratamiento de dos cuestiones, como son la reestructuración empresarial en fase preconcursal y el régimen de la segunda oportunidad para empresarios, que han tenido distinta consideración en legislaciones de los países miembros que han seguido modelos diversos.

A ambos aspectos dedico las consideraciones que siguen, con una finalidad principalmente informativa, ajustada a la dimensión razonable de una exposición de estas características, consciente en todo caso de que un tratamiento más a fondo de la temática apuntada requiere de otro formato más propicio para el análisis detallado.

II.DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL: el momento de la refundición y el debate futuro.

1. La evolución concursal española: de la Ley Concursal de 2003 a la Ley Concursal de 2015; significado de las sucesivas reformas.

Como su propia Exposición de Motivos lo proclamaba la Ley Concursal de 2003 vino a satisfacer una aspiración largamente sentida en el mundo jurídico-económico, como lo era la sustitución del Derecho Concursal histórico por un modelo a la altura de los tiempos. En efecto ese Derecho histórico no era otro que el régimen de la quiebra de los Códigos de Comercio del siglo XIX (el de 1885 y, todavía en alguna medida a través de la normativa procesal, sustituida en el año 2000, el de 1829), y el de la suspensión de pagos, como procedimiento alternativo para evitar la fatal liquidación, que había sido introducido por una ley especial de 1922. En conjunto, prácticamente un siglo de vigencia ininterrumpida, sin modificaciones ni actualizaciones relevantes, de un modelo concursal ciertamente anticuado, prácticamente pensado para empresarios individuales, que no pudo ser sustituido en todo ese tiempo a pesar de que se sucedieron diversos Anteproyectos que no llegaron a prosperar.

Se comprende bien la invocación de aquella vieja aspiración cuando, en 2003, se publicó la nueva Ley Concursal, que entraría en vigor en 2004 con el fin de dar tiempo para conocerla y para dotar los Juzgados de lo Mercantil encargados de aplicarla. Una ley que acogía un modelo ciertamente moderno, orientado por principios de unidad de disciplina (el concurso sería igualmente aplicable a deudores civiles o mercantiles, persona física o jurídica), unidad legal o de sistema (una única legislación concursal, que derogaba todo el derecho preexistente) y unidad de procedimiento (un único procedimiento concursal en el que se distinguía una fase común, una fase de convenio y una fase de liquidación, como tramos sucesivos que marcaban la prioridad de soluciones concursales con un fin conservativo más que solutorio).

Tal modelo, sin embargo, fue concebido en época de bonanza económica y, muy probablemente, desde la convicción de que sería aplicado de manera más pausada, individualizada, ocasional y selectiva de lo que luego ocurrió. En efecto, entre 2004 y 2009, la época de “vigencia en normalidad” de una ley casi inédita, no se le advirtieron defectos dignos de

mención, sino más bien al contrario, se le consideró una ley moderna, coherente y homologable, a la vista de las tendencias más actuales que ya orientaban otros ordenamientos del entorno.

Esa situación cambió radicalmente a partir del otoño de 2008, que es cuando empezaron a proliferar las declaraciones de concurso que, en poco tiempo, saturaron los recién creados Juzgados de lo Mercantil. Se empezó a percibir entonces que el modelo era excesivamente optimista y bienintencionado, mostrando algunas insuficiencias notables: apenas ofrecía cauces de preconcursalidad que facilitarían la anticipación con alternativas factibles al concurso; como tal procedimiento judicial resultaba largo y costoso, con un diseño de fases que relegaba la liquidación demasiado tiempo cuando ya se percibía que ese sería el resultado más frecuente, todo ello impulsado por un órgano, la administración concursal, de composición plural, etc., etc.

Y comenzaron las reformas: hasta cinco se sucedieron entre 2009 y 2015, todas ellas de importante alcance, e incluso alguna de ellas afectó a más de la mitad de los preceptos de una ley que superaba los doscientos artículos; todo ello sin contar otras reformas más puntuales, canalizadas a través de leyes de muy diversas materias, o de carácter indirecto, provocadas por la modificación de otras leyes (así por ejemplo, la que amplió las atribuciones procesales de los antiguos secretarios judiciales, hoy Letrados de la Administración de Justicia, con ocasión de la nueva configuración de la Oficina Judicial).

Cada una de esas cinco reformas citadas quedó identificada por el aspecto más significativo que contenía, aunque su impacto fuera mucho mayor: así, la de 2009 introdujo el primero de los instrumentos preconcursales, los llamados “acuerdos de refinanciación”; la de 2011, la de mayor amplitud, completó el régimen de esos acuerdos con la homologación judicial que extiende sus efectos, simplificó la estructura de la administración concursal, facilitó la apertura de la fase de liquidación, etc.; la de 2013 incorporó un nuevo instrumento preconcursal, el “acuerdo extrajudicial de pagos”, pensado para deudores de menor tamaño; la de 2014, también de amplio alcance, pensada para impulsar la reestructuración de empresas en crisis, fomentó la capitalización de deuda y amplió el efecto de la homologación; la de 2015, acogió un peculiar sistema de segunda oportunidad, con una remisión de pasivo pendiente un tanto limitada.

Resultado de ese trepidante proceso de reformas es la situación actual: un Derecho concursal complejo, un tanto fragmentado, formado por acumulación de estratos sucesivamente superpuestos en función de las necesidades del momento y de la propia evolución de la crisis económica; en buena medida, un sistema en el que se combinan los elementos que aún permanecen del modelo originario con una buena dosis de “Derecho concursal de guerra”, materializado en disposiciones de urgencia, algunas con vigencia temporal, dirigidas a dar solución a situaciones concretas. Y, a la vez, cabe llamar la atención sobre un crecimiento de la “paraconcursalidad”, integrada por tratamientos especiales de sectores (el financiero y bancario, el del seguro, el del mercado de valores y la inversión, etc.), generalmente sometidos a supervisión, para los que se disponen remedios alternativos de aplicación prioritaria al concurso.

Pocas dudas ofrece la conveniencia de reordenar el material acumulado y de coordinar su contenido, objetivos a los que responde la elaboración de un Anteproyecto de Texto Refundido, que se comenta a continuación. La cuestión añadida, como luego se comentará, es si será suficiente mejorar la sistematización; porque también parece conveniente revisar algunos planteamientos con los que se configuró el modelo concursal y replantear algunos resultados de la evolución descrita, todo ello a la luz de la experiencia acumulada. En suma, tal vez resulte necesario “depurar y normalizar” el Derecho concursal para avanzar en la construcción de un modelo ordenado y estable, identificando lo que tuvo causa en las urgencias del momento, lo que

pretendió resolver situaciones particulares con medidas excepcionales, o lo que buscaba facilitar soluciones a problemas coyunturales.

2. La situación actual: necesidad de una refundición; breve consideración de la Propuesta de Texto Refundido:

El primer paso en la línea indicada está dado: en el mes de marzo de 2017 la Ponencia especial creada un año antes en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación entregó al Ministerio de Justicia la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

El artículo 82 de la Constitución española permite que la autorización al Gobierno para refundir no se limite a la formulación de un texto único, sino que incluya la posibilidad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que se van a refundir, lo que supone un margen apreciable de adecuación en la propuesta final, aunque no alcance a la alteración material de su contenido, pues las normas preexistentes no pueden ser modificadas. Tal posibilidad, en efecto, constaba expresamente en el mandato de refundición contenido en la Disposición final octava de la Ley de 25 de mayo de 2015 de reformas urgentes en materia concursal, aunque tal mandato tenía una duración de un año, por lo que, al estar ampliamente rebasado y por tanto extinguido, habrá de habilitarse de nuevo cuando se pretenda iniciar el proceso de aprobación por el Gobierno del Texto Refundido, lo que lamentablemente aún no se ha producido.

La propuesta constituye, sin duda, un avance notable en cuanto a la sistematización de la normativa concursal, que tendrá notables efectos de claridad y certidumbre, lo que equivale a decir de seguridad jurídica.

Se trata de un texto de 751 artículos, bastante más del doble del texto actual, lo que obedece a un criterio de dimensión de los preceptos perfectamente razonable; el texto actual está plagado de artículos de elevada extensión, y de excesiva complejidad, lo que a menudo dificulta su interpretación y hasta su comprensión, de manera que muchos de ellos se han dividido en preceptos más reducidos, que es lo que justifica el incremento tan notable en el número total.

Tal conjunto aparece ahora dividido en tres Libros, que tratan sucesivamente “Del concurso de acreedores”, “Del Derecho preconcursal” y “De las normas de Derecho Internacional Privado”. Cada uno de estos Libros se estructura en Títulos y Capítulos, con un orden sistemático ciertamente lógico, que brevemente resumo.

EL Libro I, obviamente el más amplio, acoge hasta catorce Títulos: el Título I regula la declaración del concurso, estableciendo los presupuestos (el subjetivo, que puede ser cualquier deudor; el objetivo, que es la insolvencia del deudor, actual o inminente, fundada en hechos externos cuando el concurso lo soliciten acreedores, a lo que se ha añadido la necesidad de que haya “pluralidad de acreedores” para que proceda la declaración); la legitimación para la solicitud, que ostentan el propio deudor o sus acreedores, dando lugar respectivamente al concurso voluntario o necesario; el presupuesto formal que lo constituye la decisión judicial, en forma de auto, que adopta el Juez Mercantil competente; y el especial supuesto de los denominados “concursos conexos”, que permite la declaración conjunta de varios concursos (de sociedades del mismo grupo, entre otros) o la acumulación de varios concursos ya declarados, para su tramitación coordinada, aunque sólo se produce consolidación de masas si hay confusión de patrimonios sin que sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos.

El Título II está dedicado a los órganos del concurso, donde con buen criterio se ha incluido ahora al propio Juez del concurso, junto a las reglas de atribución de competencia y de alcance, ciertamente extenso, de su jurisdicción, y a la Administración concursal, integrada ya por un único miembro profesional, persona natural o jurídica, con la única excepción de los “concursos con causa de interés público”, en los que puede nombrarse a una Administración pública como segundo administrador. Igualmente se agrupa en este Título el estatuto del administrador concursal que incluye el nombramiento, la aceptación, las incompatibilidades, el ejercicio del cargo y los deberes, la retribución, la responsabilidad, la separación y la revocación, además de la posibilidad de designar en ciertos casos auxiliares delegados con funciones específicas.

Los efectos de la declaración del concurso ocupan el Título III, donde se distinguen los que se producen respecto del deudor, persona natural o jurídica, y respecto a los acreedores, sea en las acciones, declarativas o ejecutivas, de que dispongan, sea en los créditos, sea en los contratos pendientes de ejecución, con reglas generales y particulares para algunas categorías, principalmente los contratos de trabajo y los contratos administrativos.

La formación de la masa activa y de la masa pasiva está disciplinada en los Título IV y V, respectivamente. Al Título IV se han llevado las reglas de composición de la masa activa, y de su conservación y enajenación durante el procedimiento; pero también el régimen de las dos típicas operaciones de reintegración, mediante acciones rescisorias, y de reducción, mediante derecho de separación, así como la enumeración de los créditos contra la masa que, en el texto actual, está confusamente incluida en la calificación de los créditos. En el Título V se regula lo relacionado con la integración de la masa pasiva, esto es, la comunicación, el reconocimiento y la clasificación de los créditos concursales, en las conocidas categorías de privilegiados, con privilegio especial o general, ordinarios y subordinados. Cada uno de estos dos Títulos incluye también el reflejo formal de la masa activa (el inventario) y pasiva (la lista de acreedores), que se integran en el Informe de la administración concursal, al que se dedica el Título VI, que incluye también las reglas de impugnación, modificación y presentación de textos definitivos con que finaliza la fase común del concurso.

Hasta aquí la temática de lo que cabe considerar como fase común del procedimiento concursal; y, a partir de aquí, las vías de salida o soluciones que conducen a la conclusión del procedimiento. La primera, en el Título VII, el convenio, que combina los aspectos de contenido de la propuesta, y de eficacia y cumplimiento si una propuesta prospera y se convierte en convenio, con los aspectos de procedimiento de tramitación que incluyen su presentación, anticipada u ordinaria, por el deudor o por acreedores, su evaluación, su aceptación por las mayorías de pasivo requeridas, bien sea con votación en junta de acreedores, bien sea por adhesión escrita, su impugnación en forma de oposición y, finalmente, su eventual aprobación judicial, condición necesaria para la vigencia del convenio. La otra vía de salida, desgraciadamente la más frecuente, y por ello la más facilitada, es la liquidación, a la que se dedica el Título VIII, cuyo contenido se ha reducido formalmente a establecer las causas de apertura, los efectos, las operaciones en desarrollo del plan de liquidación o de las reglas legales supletorias, junto a otras previsiones más de detalle sobre la publicidad de bienes y derechos objeto de liquidación, los informes trimestrales sobre la marcha del proceso, la consignación preventiva de cantidades y la prolongación indebida y sus consecuencias. Tal reducción obedece a que la regulación del pago a los acreedores, atendiendo a su clasificación, se ha separado de la liquidación para integrar un Título autónomo, el IX, donde se han agrupado las reglas de la distribución ordenada del activo liquidado para satisfacer el pasivo.

Viene a continuación, en el Título X, el trascendental asunto de la calificación del concurso, fortuito o culpable, con la posibilidad en este caso de la grave condena de responsabilidad concursal, a la cobertura del déficit por quienes hayan sido declarados “persona afectada” en la sentencia que declare el concurso como culpable, además de la correspondiente inhabilitación, pérdida derechos en la masa, indemnización de daños y perjuicios, etc., tanto para personas afectadas como para cómplices del concurso culpable.

El Título XI recoge el régimen de la conclusión del concurso por las distintas causas previstas, así como, en su caso, de la reapertura; pero reviste especial interés la ubicación también aquí del llamado “beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, la discutida variante española del discharge, o segunda oportunidad, para deudores persona natural que ya han pasado por un concurso concluido con liquidación o por insuficiencia de masa, con requisitos y limitaciones ciertamente amplias.

Los últimos Títulos de este Libro I agrupan las normas procesales del concurso, la especialidad del procedimiento abreviado, y el régimen del incidente concursal y los recursos, en el Título XII; la publicidad del concurso, especialmente a través del registro público concursal, en el Título XIII; y la singularidad de determinados concursos (el de la herencia, el que deriva de la naturaleza especial de la persona del deudor, donde se encuadran entidades sometidas a supervisión, financieras, aseguradoras, o inversoras, empresas concesionarias de obras y servicios públicos, y entidades deportivas), en el Título XIV, que bien puede constituir la base de una amplio Derecho paraconcursal alternativo para esos casos.

El Libro II contiene ahora el Derecho Preconcursal, disperso en la Ley vigente de forma verdaderamente inconveniente como consecuencia de su regulación fragmentaria, que fue accediendo al texto legal en diversos procesos de reforma y con distintos criterios sistemáticos. Hay que considerar entonces que la propuesta de agrupación y ordenación en el Texto Refundido constituye un avance notable en cuanto a claridad y coordinación normativa. El Libro, en efecto, se estructura en cuatro Títulos que, sucesivamente, tratan de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores (el famoso 5 bis actual, que suspende el plazo de solicitud del concurso y, con ciertas condiciones, la ejecución de garantías durante el plazo de negociación de tres meses); de los acuerdos de refinanciación (el instrumento preconcursal susceptible de la homologación que potencia sus efectos mediante un complejo sistema de extensión que combina la categoría de acreedores afectados, con o sin garantía real, el tipo de medida a extender y la mayoría de aceptación del acuerdo); del acuerdo extrajudicial de pagos (el otro instrumento preconcursal, pensado para pequeños deudores con apoyo de un mediador concursal); y del concurso consecutivo (que es el que sobreviene, con especialidades notables en su tramitación, cuando se han frustrado por diversas causas los acuerdos preconcursales). De manera que el sistema preconcursal, fruto de sucesivas aportaciones puntuales a lo largo del periodo de crisis, gana ciertamente en coherencia al aparecer unificado e integrado.

Finalmente, el Libro III se ha reservado para las normas de Derecho Internacional Privado, que abarcan unas Disposiciones generales sobre competencia y aplicación de normas, con mención expresa del Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia, de 20 de mayo de 2015, unas reglas particulares sobre ley aplicable, distinguiendo el procedimiento principal y el procedimiento territorial, el principio de reconocimiento de resoluciones extranjeras mediante exequátur, y las normas de coordinación y colaboración entre procedimientos paralelos de insolvencia.

Aún con las limitaciones que esta rápida síntesis conlleva, se puede apreciar que la Propuesta de Texto Refundido supone un avance notable en la configuración sistemática del modelo concursal. Obviamente, no altera sustancialmente el contenido, porque no es esa su función, pero constituiría sin duda una base sólida para el debate necesario sobre el futuro del Derecho Concursal en España; pretender un debate ordenado sobre el texto actualmente vigente sería tarea poco menos que imposible, habida cuenta del conglomerado normativo resultante de las reformas acumuladas. Resulta mucho más aconsejable plantear tal debate sobre un texto previamente ordenado y sistematizado con criterios racionales; se facilitaría así la delimitación de los ámbitos normativos en los que resulte necesaria o conveniente alguna reforma, sin riesgos de descoordinación como los que han acaecido en esta época.

3. El necesario debate sobre el futuro del Derecho Concursal en España.

Más allá entonces del avance que pueda suponer la aprobación del texto refundido que se acaba de comentar, hay que plantear la cuestión de fondo: esto es, si será suficiente una refundición que aclare, ordene y coordine, o si será necesaria una reflexión dirigida a replantear, si no el conjunto del modelo, que resultaría excesivo, sí al menos algunos aspectos, incluso básicos, de su contenido actual, con un doble objetivo, como puede ser la depuración del Derecho concursal acumulado en la crisis, por un lado, y el retorno a una “normalidad concursal” como la que pretendió la Ley de 2003, pero ahora inevitablemente adaptada a la experiencia de su aplicación y a la propia evolución de los acontecimientos económicos.

En esta línea, que me limito a apuntar, reconociendo la conveniencia de un debate de mucho más calado, quizá deba replantearse, en primer lugar, el propio ámbito de aplicación del concurso a partir de una diferenciación más cuidadosa en el presupuesto subjetivo. La insolvencia de un empresario y el sobreendeudamiento de un deudor civil consumidor pueden tener algunos puntos en común y estar sometidas a algunas reglas uniformes en cuanto a la declaración, el procedimiento y los efectos; pero tienen también diferencias importantes en cuanto al alcance y a los intereses en juego que aconsejan tratamientos diferenciados tanto para la búsqueda de una solución preconcursal adecuada, como para la disposición de salidas especiales de la situación de crisis o de dificultad. Más en concreto, el régimen de segunda oportunidad para personas físicas, tal y como se ha diseñado en el Derecho español, merece una reconsideración en cuanto pueda constatarse que se han minimizado los riesgos sistémicos, el efecto llamada, o el impacto sobre la solvencia del sistema financiero; porque se trata de que el discharge a conceder, en forma de remisión o exoneración de pasivo pendiente, ofrezca una segunda oportunidad real, con requisitos y efectos razonables que el modelo vigente raramente ofrece.

Deberá igualmente efectuarse un análisis profundo de eficacia de la preconcursalidad, que en el caso español se materializó en la habilitación de instrumentos cargados de urgencia y no exentos de improvisación, pues hubieron de incorporarse a un modelo concursal que sólo muy limitadamente los contemplaba; y, asimismo, será oportuno un análisis de alcance o extensión de la paraconcursalidad, que agrupa ahora un conjunto de regímenes sectoriales especiales, cuya “huida del concurso” deberá justificarse razonablemente en un contexto de mayor estabilidad económica.

También, finalmente, algunos asuntos ya clásicos dentro del propio procedimiento concursal merecerán reflexión: la composición y funcionamiento de la administración concursal, el tratamiento del crédito público, la relación de créditos prededucibles contra la masa, el alcance de

los privilegios, la eficacia y la afectación concursal de las garantías de los créditos concursales, el contenido del convenio y su posible modificación, los procedimientos y fórmulas para la liquidación, etc., por señalar sólo algunos, pueden ser objeto y motivo del debate sobre una nueva política jurídico-concursal para la “normalidad”, que hay que esperar pueda plantearse con sosiego en el plazo más breve posible.

III. DERECHO CONCURSAL EUROPEO: novedades de interés.

Es cierto que el Derecho concursal de los países miembros de la Unión Europea es principalmente derecho nacional; así ha venido siendo en todo este tiempo, y así es en la actualidad, sin duda porque cada país disponía de un derecho propio en la materia, recogido en leyes concursales bien tradicionales, como es de sobra conocido. Esas leyes, además, acogían modelos concursales de considerable arraigo, y con notables diferencias, fruto evidente de cada tradición jurídica. Lo que no obsta para que el Derecho Comunitario haya adoptado algunas iniciativas de especial interés.

Dentro de la finalidad informativa que persiguen estas reflexiones tiene sentido, pues, destacar dos de esas iniciativas, por su alcance y por su actualidad: una ya en vigor, el nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, de 20 de mayo de 2015, que entró en vigor el pasado 26 de junio de 2017 y que ha venido a actualizar y refundir el Reglamento anterior del año 2000, con la conocida naturaleza de ser norma de aplicación directa y prioritaria en los Estados miembros; la otra simplemente proyectada, y con incierto futuro, pues se trata de una propuesta de Directiva, presentada el 11 de noviembre de 2016, sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad, que pretende, como corresponde a una norma de este tipo, armonizar los derechos nacionales en la materia, habida cuenta de los distintos modelos existentes en este momento, lo que dificultaría cualquier pretensión de configurar un modelo europeo de aplicación directa. Convendrá, pues, con la declarada finalidad informativa, una breve consideración sobre ambas iniciativas.

1. El nuevo Reglamento de procedimientos de insolvencia de 2015.

El Reglamento en cuestión fue elaborado tras la elaboración de un Informe, encargado por la Comisión Europea, sobre la aplicación del anterior Reglamento de 2000; el citado Informe venía a concluir que convenía actualizar la norma para mejorar la eficacia en la administración de los procedimientos de insolvencia transfronterizos, pero también para refundir las diversas reformas que el primer reglamento ya había experimentado. De manera que el nuevo Reglamento viene a constituir una pieza esencial para el tratamiento coordinado de situaciones concursales de dimensión transfronteriza, dada la frecuencia con que empresas domiciliadas en un país miembro realizan actividad en otro, a través de filiales propias o compartidas, participación en otras empresas, delegaciones, sucursales con cierta autonomía, etc.

Del contenido esencial del reglamento, una vez que sus primeros artículos (1 y 2) delimitan el ámbito de aplicación y establecen las definiciones básicas de la materia regulada, cabe destacar un doble aspecto fundamental: de un lado, las reglas de atribución de competencia internacional para abrir procedimientos de insolvencia (para abrir el procedimiento principal son competentes los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor, que es donde lleve a cabo la administración de esos intereses de manera

habitual y reconocible, presumiéndose que es el domicilio social de las personas jurídicas y el centro principal de actividad o lugar de residencia de los particulares; los procedimientos secundarios que se abran en otro Estado miembro donde el deudor tenga un establecimiento limitarán sus efectos a los bienes situados en él, y sólo podrán abrirse con anterioridad al procedimiento principal en supuestos concretos que enumera el artículo 3; tal competencia, que se puede examinar de oficio, opera además con una amplia “vis atractiva” para cualquier acción derivada directamente del procedimiento o vinculada con él); de otro lado, las reglas para determinar la ley aplicable (que lo será la del Estado miembro donde se abra el procedimiento y determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión que enumera el artículo 7, si bien hay un conjunto de cuestiones, entre ellas los derechos reales de terceros, la compensación, las reservas de dominio, los contratos sobre inmuebles, los sistemas de pago, los contratos de trabajo, los derechos registrados, las patentes y marcas europeas, los actos perjudiciales en ciertos casos, los derechos de terceros adquirentes y los arbitrajes en curso, que disponen de tratamiento especial en cuanto a ley aplicable).

Fijado este doble aspecto de la atribución de competencia y la determinación de ley aplicable, el artículo 19 establece el principio esencial de reconocimiento directo y automático del procedimiento: “toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que produzca efectos en el Estado de apertura”, lo que, obviamente, no impide la apertura de un procedimiento secundario cuando corresponda; la resolución, además, tendrá en cualquier otro Estado miembro los mismos efectos que le atribuya la ley del Estado de apertura, lo que también permite que el administrador concursal ejerza en otro Estado las facultades que le otorga dicha ley. A la mejor eficacia de los efectos transfronterizos de las resoluciones concursales contribuye, sin duda, la obligación de los Estados miembros de disponer de “registros de insolvencia” interconectados, conforme a las reglas de funcionamiento de los artículos 24 a 30 del Reglamento. El sistema, en todo caso, opera con un límite importante, como lo es la cláusula de “orden público” del artículo 33, que permite a un Estado miembro negarse a reconocer el procedimiento abierto en otro o a ejecutar una resolución dictada en otro cuando pueda producir efectos claramente contrarios al orden público, especialmente en relación con los principios fundamentales y derechos o libertades individuales que reconozca su constitución.

Por lo demás, el Reglamento contiene también normas propias para los procedimientos secundarios de insolvencia, con notable amplitud (artículos 34 a 52) y con especial atención al control de apertura y a la coordinación entre administradores concursales y órganos jurisdiccionales; para la garantía de información a los acreedores, con el fin de facilitar la presentación de sus créditos (artículos 53, 54 y 55); para la disciplina especial de los procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades (artículos 56 a 77, también con singular énfasis en la cooperación y comunicación entre administradores y órganos jurisdiccionales, que puede materializarse en la apertura de un llamado “procedimiento de coordinación de grupo”, con nombramiento de un coordinador de los administradores concursales implicados); y, finalmente, para la protección de datos personales conforme a la normativa nacional armonizada por Directiva comunitaria.

En todo caso, el reglamento de 2015, que sustituye a los múltiples Convenio bilaterales o plurilaterales entre Estados miembros, no tiene carácter retroactivo y sólo es aplicable a procedimientos de insolvencia que se abran a partir de su entrada en vigor el 26 de junio de 2017,

pues los actos relativos a procedimientos abiertos con anterioridad, aunque sean posteriores a esa fecha, siguen rigiéndose por el Reglamento de 2000, ahora derogado.

2. La Propuesta de Directiva de 2016 sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad.

La otra iniciativa comunitaria, ésta en fase de proyecto y ciertamente con incierto futuro, es la Propuesta de Directiva hecha pública el 22 de noviembre de 2016, cuyo título completo reza “sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y aumento de la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración”, lo que proporciona una idea ajustada de sus intenciones y de su contenido.

Pretende la propuesta armonizar la disponibilidad de procedimientos de reestructuración preventiva habilitados para deudores con dificultades financieras cuando exista riesgo de insolvencia y de procedimientos para la condonación de deudas contraídas por empresarios sobreendeudados a fin de que puedan emprender una nueva actividad comercial, quedando expresamente excluidos de su ámbito de aplicación los casos de empresas sometidas a supervisión (de seguros, de créditos, de inversión y asimiladas).

La primera medida busca que los Estados miembros dispongan de mecanismos de “alerta rápida”, que permitan detectar el deterioro de la actividad empresarial y adviertan de la conveniencia de adoptar iniciativas con urgencia, y garanticen a deudores y empresarios un acceso rápido y claro a la información sobre los instrumentos disponibles. A partir de ahí, debe existir en los Estados miembros un “marco de reestructuración preventiva”, integrado por uno o varios procedimientos o medidas, que permita con eficacia reestructurar las deudas o la propia empresa, restablecer su viabilidad y evitar la insolvencia. Para facilitar las negociaciones sobre el plan de reestructuración preventiva, el deudor debe mantener en esta fase, total o parcialmente, el control de sus activos y la gestión de su empresa, como también las acciones de ejecución individuales deben quedar suspendidas hasta un máximo de cuatro meses, con posibilidad de prórroga por decisión judicial o administrativa, con los límites y en las condiciones que establecen los artículos 6 y 7 de la Propuesta.

El objetivo, en todo caso, es la presentación de un plan de reestructuración que pueda ser adoptado (aceptado) por los acreedores y confirmado (homologado) por la autoridad judicial o administrativa competente. De modo que la Propuesta de Directiva se detiene en establecer con detalle el contenido del plan, la garantía del derecho de voto de los acreedores para su adopción, con respeto a las categorías de partes afectadas, y la previsión de que el efecto vinculante del plan requiera su confirmación judicial o administrativa, especialmente si se trata de extender sus efectos a una o más categorías de partes afectadas discrepantes a las que se va a imponer una reestructuración forzada de la deuda, aunque el artículo 14 resulta un tanto confuso en cuanto a estos efectos vinculantes. Se contempla también la posibilidad de evaluar el plan por las citadas autoridades, así como la habilitación de recursos contra sus decisiones ante instancia superior. La armonización en materia de reestructuración se completa con reglas de protección de la nueva financiación, de la financiación provisional o de otras operaciones relacionadas con la reestructuración, para evitar, entre otras cosas, que sea declaradas nulas, anulables o inoponibles como acto perjudicial para los acreedores en un procedimiento posterior de insolvencia, salvo si se realizaron con fraude o mala fe. A ello se añade una enumeración interesante de funciones de los

directivos, que constituyen auténticos deberes de conducta y cuidado en la fase de preinsolvencia y de negociación, tal como lo contempla el artículo 18 de la Propuesta.

Por lo que se refiere a la “segunda oportunidad” la propuesta sólo contempla la condonación de deudas de los empresarios sobreendeudados, pudiendo consolidar tanto sus deudas profesionales como las personales, de manera que su objetivo armonizador consiste en que los estados miembros concedan tal posibilidad en las condiciones que en su día establezca la Directiva. Entre ellas está el plazo de concesión, que no puede superar los tres años desde que se inició el procedimiento si ya hubo liquidación de los activos del empresario o se inició un plan de reembolso, así como el periodo máximo de inhabilitación, si bien caben limitaciones en el acceso a la condonación para empresarios de mala fe, o que no se adhirieron a un plan de reembolso, o que ya accedieron en un momento anterior a un procedimiento de condonación.

Finalmente, la Propuesta también contempla otro tipo de medidas que puedan contribuir a mejorar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad; tal es el caso de la formación de cuantos intervienen en los procedimientos (mediadores, administradores, jueces, autoridades, etc.), de la transparencia en los procesos de nombramiento, de la supervisión, y remuneración adecuada, de los profesionales, de la potenciación del uso de medios electrónicos de comunicación, etc. Tiene también un significado similar el seguimiento que se propone de los diversos procedimientos, disponiéndose un sistema de recogida de datos que permita contar con estadísticas fiables al respecto.

La Directiva, en fin, no pretende tanto una armonización de contenidos en las materias que contempla, sino más bien una garantía de disponibilidad de procedimientos adecuados y accesibles de reestructuración y de concesión de segunda oportunidad en los Estados miembros.

III. CONSIDERACION FINAL.

Hasta aquí la panorámica sucinta de cuestiones concursales de actualidad, tanto en el Derecho español como en el ámbito comunitario. Se pretendía con ello, además de ofrecer una información mínima al respecto, poner de manifiesto el estado de permanente evolución que corresponde a una disciplina jurídica tan viva como lo es el Derecho Concursal, destinado a abordar y resolver situaciones complejas donde concurren múltiples intereses en un contexto de dificultad económica o de insolvencia. Esa finalidad es también la que hace de él una pieza decisiva en cualquier ordenamiento jurídico y la que avala y da sentido a la tarea de reflexión, de crítica y de propuesta en la que estamos comprometidos.