



15 años de Ley Concursal: pros y contras

El presente documento incluye **15 aspectos fundamentales de la Ley Concursal**, positivos y negativos, en sus 15 años de andadura desde su publicación en julio de 2003.

- 1) **Concurso exprés:** Introducido en la reforma de la Ley Concursal mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre y regulado en el artículo 176 bis 4 de la Ley Concursal. Esta figura permite al Juez del concurso, en el caso de deudores que se encuentren en situación de insolvencia y que carezcan de bienes y derechos suficientes con los que satisfacer a los acreedores, declarar la situación legal de concurso y, en el mismo Auto, decretar su conclusión por inexistencia de masa activa.

A partir de la estadística de concursos exprés del Consejo General del Poder Judicial observamos que en 2017 hubo 1.157 procedimientos de este tipo frente a los 4.143 concursos totales de empresas según cifras INE, por lo que el porcentaje ha experimentado un crecimiento, llegando casi al 28% del total de concursos, ya que en 2012 –año siguiente a su puesta en funcionamiento–, sólo hubo 752 frente a los 8.095 concursos de empresas, lo que suponía un 9,28%. La relación entre concursos exprés y total de concursos de empresas comienza a coger fuerza a partir de 2015 cuando el número de concursos exprés fue de 1.074 y los concursos personas jurídicas 5.097, por lo que su porcentaje fue del 21%, de manera similar, en 2016, hubo 1.091 frente a los 4.297, es decir un 25%.

Comentario: Consideramos acertada la introducción de esta figura para no sobrecargar el procedimiento concursal y no tener que seguir todo el proceso. No obstante, nos parece preocupante que el coeficiente de concursos exprés comparado con el total de concursos de empresas, sea cada vez más elevado, lo que indica que la calidad del concurso cada vez es peor, pues son empresas sin activos que llegan tarde al curso y terminan en liquidación. Las empresas deberían declarar los concursos de acreedores con mucha mayor antelación.

- 2) **Acuerdos de refinanciación homologados:** Se introdujeron en la Ley Concursal en 2009 a través del RDL 3/2009, posteriormente, a través de la Ley 38/2011 se incluyó la homologación judicial de dichos acuerdos de refinanciación, con modificaciones posteriores en 2014 y 2015, tratándose de una figura procedente del *scheme of arrangement* inglés. Desde su puesta en funcionamiento, esta opción ha ido perdiendo atractivo por parte de las empresas. En 2017 hubo una disminución del 24% en los acuerdos de refinanciación homologados, frente al 4% de 2016. En 2018, sin embargo, se ha incrementado su utilización de enero a junio un 26% respecto del mismo periodo del año anterior, si bien los últimos datos, hasta octubre, parecen indicarnos un estancamiento de los mismos.

Según datos del Banco de España en su Informe de Estabilidad Financiera, publicado en noviembre 2018, hasta junio, el volumen de crédito al sector privado residente que ha sido objeto de medidas de refinanciación o reestructuración fue de 79,3 mm de euros, lo que supone un descenso interanual del 23,1%.

No obstante, todo parece indicarnos que asistimos a un traslado silencioso en cuanto a la solución del concurso, desde la tradicional solución concursal a un adelanto a través de los acuerdos de refinanciación, siendo una pequeña parte de los mismos acuerdos de refinanciación homologados.

Propuesta: Promover acudir a acuerdos de refinanciación con campañas para tratar de vencer el estigma concursal. Por otro lado, observamos que la mayor parte de acuerdos de refinanciación corresponden a medianas y grandes empresas. Deberían potenciarse otras formas de financiación para micro y pequeñas empresas, como *crowdfunding*, *crowdsourcing*,

- 3) Segunda oportunidad:** Introducida a través del Real Decreto-Ley 1/2015 inicialmente como medio de solución para la insolvencia de personas físicas, posteriormente se extendió también para personas jurídicas. Sin embargo, según estadísticas del REFOR, sobre el total de mediaciones, el porcentaje correspondiente a empresas es sólo del 4%. Es decir, no ha funcionado para personas jurídicas, mientras se observa un incremento de casos en personas físicas. De acuerdo con datos obtenidos desde el Consejo General del Poder Judicial hubo en 2017, 317 acuerdos extrajudiciales de pagos de empresas frente a los 206 en el año 2016, lo que representa un crecimiento del 53%. En cuanto a concursos de personas físicas fueron en 2017, 2.237 frente a los 1.579 lo que supone un crecimiento de un 41%. Es decir, van aumentando las mediaciones concursales, si bien comparadas con otros países europeos de nuestro entorno, estas cifras resultan muy bajas (Alemania más de 120.000 y Francia más de 50.000).

Propuesta: Que el crédito público se incluya en la segunda oportunidad, así como procurar su extensión a avalistas y fiadores (sin necesidad de complicadas filigranas interpretativas que podrían llevar a esta extensión). Se propone, asimismo, la reducción del tiempo de exoneración del pasivo insatisfecho de 5 a 3 años, en línea con lo que establece el borrador de nueva Directiva Europea de insolvencia.

- 4) Venta de unidades productivas:** El mecanismo de venta de unidades productivas de una empresa en concurso se introdujo a través de la Ley 9/2015, de 25 de mayo de reforma concursal y modificó las normas supletorias del art. 149 LC en normas obligatorias, de forma que ya no hay duda acerca de su aplicación a todos los supuestos de liquidación. Respecto de este procedimiento, cabe recordar que, en la sucesión de empresa, las deudas de Seguridad Social se heredan y dificulta que los inversores inviertan en posibles unidades productivas al tener que soportar la carga de deuda laboral, que podrían ser rentables y salvar la liquidación de empresas.

Propuesta: Suprimir, o al menos limitar, la inclusión de las deudas de la Seguridad Social en el artículo 149 de la Ley Concursal en lo referente a venta de unidades productivas en la sucesión de empresas, especialmente para las pymes.

- 5) **Internacionalización:** Reglamento y Directiva: observamos una tendencia hacia la internacionalización del concurso. En 2015 se publicó el Reglamento Europeo de Insolvencias (además de tener en cuenta que su aplicación es directa, al ser un Reglamento Europeo, se ha incluido en el texto refundido de la Ley Concursal como el Derecho Internacional privado). En cuanto a estadísticas internacionales, observamos que seguimos teniendo menos concursos que otros países de nuestro entorno (queda recorrido de mejora por la economía sumergida concursal) pero ya no observamos las amplias diferencias en cuanto al crecimiento y decrecimiento concursal que ocurría en años anteriores. Es decir, vemos que las variaciones van siendo más uniformes. Según los datos que maneja el REFOR recopilados de fuentes europeas de insolvencias de empresas para 2017, Francia tuvo más de 55.000 concursos, Alemania más de 20.000, Reino Unido más de 17.000, Italia más de 13.000 y Portugal más de 6.000, por poner algunos ejemplos, mientras que España tuvo tan sólo 4.000 concursos en 2017. Una de las razones, según indicamos desde el servicio de estudios del REFOR es la economía sumergida concursal, pues detectamos que hay más pagos del FOGASA que concursos de acreedores oficiales, lo que significa que todavía un porcentaje considerable de empresas cierra sin más sin acudir al procedimiento concursal oficial (se puede estimar que debería haber un 40% más de concursos).

Comentario: Resulta muy interesante y positivo observar la internacionalización concursal en estos años. España ya tiene unos acuerdos de refinanciación similares a los *scheme of arrangement* del derecho inglés sin necesidad de tener que recurrir al turismo concursal o *forum shopping* que ocurría todavía en los primeros años de la Ley Concursal. Desde el REFOR analizamos y estudiamos los sistemas comparados y seguimos las diferentes estadísticas por países, constatando que nos vamos aproximando a Europa, si bien, en número de concursos estamos alejados todavía de los estándares europeos.

- 6) **Protagonismo del fútbol concursal:** La Disposición adicional segunda bis de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo un artículo especial en la Ley Concursal para los clubes de fútbol, que supone un régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las sociedades deportivas. Hasta 27 equipos de fútbol llegaron a encontrarse en situación concursal. Si bien esta cifra, según declara la Liga de Fútbol Profesional, ha mejorado. De los 40 clubes de fútbol que integran La Liga, tan sólo 11 continúan en concurso de acreedores frente a los 23 que lo estaban antes de la entrada en vigor de esta normativa abanderada por la entidad y avalada por el Consejo Superior de Deportes.
- 7) **Tendencia hacia sociedades profesionales de economistas/auditores + abogados:** Si bien no figura en el texto la Ley Concursal (sí, en la Exposición de Motivos), observamos que la tendencia del mercado es hacia la práctica profesional de sociedades profesionales compuestas por economistas y abogados. Resulta fundamental resaltar el carácter económico-empresarial de los concursos de acreedores y de los acuerdos de refinanciación, en la línea de la nueva Directiva Europea, que requieren de profesionales expertos en el ámbito de la financiación empresarial.
- 8) **Privilegios del crédito público:** Continúan los privilegios del crédito público en estos años desde la publicación de la Ley Concursal (Hacienda Pública y Seguridad Social y también de otras entidades tanto estatales como de comunidades autónomas y locales). No se observan modificaciones en estos quince años. Es más, en el caso de la Seguridad Social, se

ha incrementado su posición dominante en el caso de la sucesión de empresa. De acuerdo a un estudio realizado desde el REFOR, son especialmente las pymes las más perjudicadas, pues el porcentaje de su pasivo que corresponde al crédito público es mayor.

Propuesta: Limitar privilegios del crédito público, tanto en fase preconcursal como a lo largo de un procedimiento concursal.

- 9) **Exceso de cambios:** Desde el año 2003 hasta la última modificación en octubre de 2015, ha habido 27 leyes de modificación de la Ley Concursal.

Propuesta: Deberían evitarse los continuos y complicados cambios, como fueron las modificaciones superpuestas que se realizaron en los años 2014 y 2015. Por otro lado, entendemos que sería interesante que se publicase el texto refundido que se encuentra en fase de borrador –de momento paralizado–. No obstante, tenemos que tener en cuenta que la Directiva Europea de Insolvencia, con el modelo de detección temprana de insolvencia, va a suponer un cambio radical, por lo que puede que estas reformas queden obsoletas y tendremos que adaptarnos al nuevo modelo que viene.

- 10) **Sigue sin existir un procedimiento específico para micropymes y pequeñas empresas en la Ley Concursal:** A día de hoy tan sólo existe diferenciación entre procedimientos ordinarios y abreviados (inferior a 5.000.000 de pasivo), pero no aparece un capítulo especial para las empresas de menor dimensión, micropymes y pequeñas empresas, que son el 98,8% de las existentes en nuestro país, frente al 0,9 % que suponen las medianas empresas o el 0,2 % las grandes (datos DIRCE 2017, Ministerio de Economía).

Propuesta: Incluir un capítulo específico para micropymes y pequeñas empresas en el ámbito concursal, promoviendo la resolución de la insolvencia, a través de procedimientos extraconcursales, rápidos y menos costosos, como la mediación, en línea con la nueva Directiva Europea de Insolvencia.

- 11) **La mayoría de los concursos acaban con la liquidación de la empresa:** Según datos de Registradores en su Baremo Concursal 2017, publicado en mayo 2018, un 93,5 % de las empresas terminan en liquidación.

Propuesta: Tratar de adelantar medidas para que las empresas se refinancien, de forma que la gran mayoría no terminen en liquidación como está ocurriendo.

- 12) **Diferencias de tratamiento entre personas físicas y jurídicas:** La Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, modificó los artículos 86 ter de la LOPJ y 45.2b de la LEC, atribuyendo a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para la tramitación de los concursos de personas físicas no profesionales y manteniendo la competencia de los Juzgados de lo Mercantil exclusivamente para profesionales y/o empresarios.

Propuesta: Consideramos que los Juzgados de Primera Instancia están suficientemente sobrecargados de trabajo y no son, ni tienen por qué ser, especialistas en el ámbito económico-empresarial; para ello están los Juzgados de lo Mercantil, jurisdicción en la que deberían resolverse los concursos de personas físicas.

- 13) **Justicia electrónica y LexNet:** Observamos una tendencia hacia el uso de LexNet –con sus luces y sus sombras– por parte de los operadores jurídicos en una diversidad de procedimientos. Este es, en general, y a pesar de sus defectos, un camino sin retorno en cuanto a una mayor digitalización de la Justicia, que redundará, si se aplica correctamente, en una mayor eficiencia y rapidez.

Propuesta: Revisar la existencia de distintos sistemas electrónicos en cada comunidad autónoma ya que debería existir un sistema unitario y coordinado con todas las comunidades autónomas. El sistema LexNet todavía no es obligatorio en el ámbito concursal, desde el REFOR proponemos la extensión inmediata de este sistema para todos los administradores concursales.

- 14) **Evolución concursal por sectores:** El peso concursal ha pasado del sector de la construcción al del comercio. Según datos del INE, en los primeros años de la Ley Concursal, la práctica totalidad de los concursos correspondían a la construcción, sin embargo, en la actualidad, es el sector comercial el que concentra más insolvencias. Así, en 2017, un 37% de los concursos correspondían al sector del comercio y un 19,4% a la construcción cuando en el año 2011, el 32% de las insolvencias correspondían al sector de la construcción y los concursos del comercio sólo representaban un 17%.

Propuesta: Un excesivo peso concursal de un solo sector puede servir de alarma por su influjo en el desarrollo de la economía. No consideramos positivo que un sector específico sea el protagonista concursal.

- 15) **Tamaño de las empresas en concurso (estudio evolución pymes):** De acuerdo al *Atlas concursal del REFOR* (edición 2018), la tendencia es hacia empresas en concurso cada vez más pequeñas. Según este estudio, en 2011, los concursos de autónomos y micropymes alcanzaban el 59% del total de concursos siendo la tendencia hacia una concentración de pequeños concursos. Así, en 2017, el número de concursos de autónomos y pymes llegó a suponer un 69% del total.

Propuesta: Como comentamos, no tiene sentido que las micro y pequeñas empresas resuelvan la insolvencia a través de la Ley Concursal general como si fueran una empresa grande. Como conclusión, a la vista de estos datos pensamos que deberían establecerse procedimientos específicos para este tipo de empresas.

Noviembre 2018