

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, EXONERACIÓN DE DEUDAS E INHABILITACIONES, Y SOBRE MEDIDAS PARA AUMENTAR LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y EXONERACIÓN DE DEUDAS, Y POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA (UE) 2017/1132 (DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA)

PLENO

Expediente nº: IPN/CNMC/035/21

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiú García-Ovies

En Madrid, a 13 de octubre de 2021

Vista la solicitud de informe formulada por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre el Anteproyecto de Ley de referencia (APL), que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 6 de agosto de 2021, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, el PLENO acuerda emitir el siguiente informe.

1. ANTECEDENTES	3
2. CONTENIDO.....	5
3. VALORACIÓN.....	8
3.1. Observaciones generales.....	8
3.2. Observaciones particulares	10
3.2.1. Requisitos para ser administrador concursal. Apartado 22, 23 y 24 del APL que modifica los artículos 60, 61 y 62.	10
3.2.2 Otras figuras profesionales: los auxiliares delegados (artículo 75), el experto en recabar ofertas (224 ter y quater) y el experto en reestructuración (674, 676 y 704).	13
3.2.3 Enajenación de unidades productivas y sucesión de empresa. Apartado 48 del APL que modifica el artículo 221.	14
3.2.4 Exoneración del pasivo insatisfecho. Apartado 144 del APL que modifica los artículos 486 y ss.	16
3.2.5 Procedimiento especial para microempresas. Apartado 178 del APL que modifica arts. 687 y ss.....	19
4. CONCLUSIONES.....	21

1. ANTECEDENTES

Los sistemas de insolvencia tienen como finalidad económica procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos. En el caso de **actividades económicamente viables**, pero con dificultades financieras, estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa. En el caso de **actividades inviables**, el procedimiento trata de extraer el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, siguiendo un orden de prelación.

El sistema de insolvencia está integrado, por una parte, por los denominados **instrumentos pre-concursales**. Son procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras. Por otra parte, el sistema incluye el **procedimiento concursal**, formal y estrechamente supervisado por la administración judicial, dirigido a la consecución de acuerdos (convenios) cuando la actividad del deudor es viable o a su liquidación cuando no lo es.

Los instrumentos pre-concursales eficaces incrementan la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, al posibilitar una reestructuración temprana y rápida, pero también de forma indirecta, al liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal, permitiendo así una gestión más rápida de los concursos.

Según el APL, el análisis de nuestro **sistema de insolvencia permite detectar una serie de limitaciones:**

En primer lugar, la utilización de los instrumentos pre-concursales ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a PYMEs, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito.

En segundo lugar, el recurso al concurso también ha venido siendo inferior, en términos comparados, al de otros países de nuestro entorno. Pero, además, cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de dificultades avanzadas¹.

Asimismo, los concursos se caracterizan por su excesiva duración, que ha venido aumentando en los últimos años y alcanzó en 2020 un promedio de 60

¹ En concreto, el porcentaje de deudores que solicita el concurso en una situación patrimonial crítica supera el 45% en la actualidad.

meses. Este incremento no es ajeno al sustancial incremento de la carga de trabajo en los juzgados de lo mercantil.

Además, los concursos se caracterizan porque la mayoría terminan en liquidación, y no en un convenio. En concreto, para las personas jurídicas, el 90% de las fases sucesivas lo son de liquidación. Por último, se puede destacar que el procedimiento de segunda oportunidad se caracteriza por su reducida utilización.

El APL tiene como objetivo transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, a través de la modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal actualmente vigente, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo.

De acuerdo con lo indicado en la Exposición de Motivos del APL “Los ejes de la reforma que supone esta Directiva son tres: garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobre endeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.”

La Directiva UE 2019/1023 tiene en cuenta las peculiaridades del Derecho propio de cada Estado miembro, por lo que otorga un margen de flexibilidad y la posibilidad de optar, en su caso, entre las concretas soluciones alternativas que ofrece. En otros casos, sin embargo, la Directiva obliga directamente a los Estados a implementar un determinado procedimiento concursal o pre-concursal, en términos estrictos, dado que las diferencias normativas existentes entre los países miembros demandan un mayor grado de armonización en los procedimientos de reestructuración, exoneración de deuda, insolvencia e inhabilitación, con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior de la Unión, la resiliencia de las economías europeas, la reducción de plazos (así como de los costes de evaluación y reestructuración) y las medidas que puedan incidir en el mantenimiento y la creación de puestos de trabajo.

De acuerdo con el APL, esta iniciativa normativa es especialmente importante en el actual contexto económico y constituye una de las reformas más importantes incluidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia²

² Componente 13: Impulso a la PYME

para favorecer la demografía empresarial, reforzar el tejido productivo e impulsar el crecimiento económico.

La CNMC ha tenido ocasión de pronunciarse tanto desde la óptica de promoción de la competencia³, si bien no específicamente sobre esta normativa concursal, como desde la instrucción de expedientes sancionadores⁴, donde se ha tratado, entre otras cuestiones, el conflicto normativo entre el principio de continuidad económica-sucesión de empresa y la regulación del concurso. Adicionalmente, en el ámbito de las autoridades de competencia autonómicas, se han analizado otras conductas, en general relacionadas con la exigencia de colegiación en la figura del administrador concursal⁵.

2. CONTENIDO

El anteproyecto de ley tiene un artículo único que modifica el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y se estructura en 181 artículos, 11 disposiciones adicionales, 4 disposiciones transitorias y 11 disposiciones finales⁶.

Las modificaciones afectan a los artículos 2.3, 4, 6.2, 7, 10.1, 11.1, 14.1 y 4, 20.2, 23.2, 24.2, 28.1, 31, 33.3, 35.1, nuevos arts. 37 bis a 37 quinquies, 44, 46.1 y supresión art. 46.3, 47.2, 49.2, 51.3, 52, 60.2, 61, 62, 65, 67.5, 75.2, 76, 80, 86.1, 100.2, 102, 149.1, 156, 163, 164, 165.3, 197.1, 198.1 y 2, 202, 203, 204, 205, 206.3, 209, 215, 216.1, 221, 224 bis, nuevos arts. 224 ter a 224 octies, 226, 230.2.º, 237, 242, 249, 250, 272.1, 280, 289.3, 293.3, 294.1 y 2, 295, nuevo art. 296 bis, 297.2, 301, 304, 306, 307, 318, 333, 334, 335, 336, , 337, 338, 339, 340, 344.2, 345, 347.2, 351 a 361, 376 a 380, 382, 383, 391, 392, 396, 397.1, 399 bis, 401 bis, 404, 405, 407, 409, 413, 414 bis, 415 y 415 bis), 416 a 423, 423 bis, 424.2 y 3, 445, 445 bis, 446 a 450, 450 bis, 450 ter, 451 bis, 452, 453, 454, 455.3 y 4, 462, 463.2, 465, 470 a 475, 478, 485, 486 a 502, 508, 509, 511, 512, 522 a

³ [IPN/DP/0019/14](#) Anteproyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras o [IPN/CNMC/005/16](#) PRD por el que se aprueban los estatutos generales del Colegio General de Economistas de España.

⁴ [S/DC/0612/17](#) Montaje y mantenimiento industrial.

⁵ [Expte. 05/29010 COLEGIO DE ECONOMISTAS DE MADRID](#) del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y [Expte. 12/2009 COLEGIO DE ECONOMISTAS DE CATALUÑA](#) donde se han denunciado y, en su caso, sancionado actuaciones contrarias a la competencia como la exigencia de colegiación en un Colegio territorial determinado para la realización de actuaciones concursales, la exigencia de un determinado periodo de colegiación para el acceso a tales actividades o la exigencia de determinada formación para el acceso a la actividad de administrador concursal.

⁶ Esta ley va acompañada además de una Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para ajustar las competencias atribuidas a los juzgados de lo mercantil.

531, 546 a 548, 552 a 559, 560.1, 561 a 564, 566, 579, 583 a 686, 687 – 720, nuevo 735 bis, nuevo 745 bis y nuevos artículos 753 a 755.

Por lo que se refiere a las 11 disposiciones adicionales, regulan los siguientes temas: el reglamento de la administración concursal; el reglamento del Registro Público Concursal; la estadística concursal; los modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores; la plataforma electrónica de liquidación de bienes; el programa de cálculo; los formularios del procedimiento especial de microempresas; la web para el autodiagnóstico de salud empresarial; el portal de liquidaciones en el Registro público concursal; la información por los Registradores Mercantiles y el régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 julio.

Las 4 disposiciones transitorias regulan, entre otras cuestiones, las relativas a la aplicación del nuevo texto legal a los procedimientos concursales, a las solicitudes de exoneración del pasivo de deudores o a las comunicaciones de apertura de negociaciones con los acreedores.

Las 11 disposiciones finales regulan: la supresión de los arts. 6 – 12 del Código de Comercio; la modificación del art. 1365 del Código civil; la modificación del art. 589.3 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, la modificación de los arts. 3 y 82. primero del texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946; la modificación de los arts. 365 y 367 del texto refundido de Ley de Sociedades de Capital (Real decreto legislativo 1/2010 de 2 de julio); la previsión de aprobar en 2022 un Real Decreto sobre servicios de asesoramiento a empresas en dificultades; la modificación del art. 4 de la Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil; el sistema de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social; la incorporación de Derecho de la Unión Europea; el título competencial y la entrada en vigor (20 días de su publicación en el BOE).

Las reformas introducidas se exponen en **tres grandes bloques**, el de planes de reestructuración previa al concurso, el relativo a las mejoras de eficiencia en el procedimiento concursal y el de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Por lo que se refiere a los denominados **planes de reestructuración**, es un instrumento pre-concursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos pre-concursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia.

De acuerdo con el APL, su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso. En efecto, las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente

que se exige para poder recurrir a los actuales instrumentos. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos pre-concursales.

En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

A su vez, la Ley reforma el procedimiento concursal para **incrementar su eficiencia**, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. En el diseño de estos procedimientos se ha prestado especial atención a las microempresas⁷, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han tenido un uso escaso y el concurso tiene unos elevados costes fijos que detraen los escasos recursos disponibles para los acreedores. Por ello, la Ley introduce un procedimiento de insolvencia único y especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizado por una simplificación procesal máxima.

Por otro lado, la Ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de **deudas exonerables** e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que éste conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Se trataría de que los empresarios de buena fe insolventes o sobre endeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable a través de un proceso de segunda oportunidad⁸.

La reforma plantea que el deudor pueda optar entre una exoneración inmediata con previa liquidación de su patrimonio y una exoneración mediante plan de pagos, en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin necesaria realización previa de todos sus bienes o derechos.

Cabe recordar además que la Directiva 2019/1023 obliga a todos los Estados miembros al establecimiento de un mecanismo de segunda oportunidad para evitar que los deudores se vean tentados a deslocalizarse a otros países que ya

⁷ Constituyen el 94% de las empresas españolas.

⁸ Los beneficios macro-económicos de la «segunda oportunidad» han sido enfatizados en reiterados estudios de organismos económicos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Del mismo modo, un número creciente de legislaciones acogen ya la figura del «fresh start», incorporado a nuestro Derecho por primera vez mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

acojan estos institutos, con el coste que esto supondría tanto para el deudor como para sus acreedores. La homogeneización en este punto se considera imprescindible para el funcionamiento del mercado único europeo.

3. VALORACIÓN

3.1. Observaciones generales

El derecho concursal tiene como objetivo maximizar los beneficios de los acreedores ante una situación de insolvencia, así como, en el caso de actividades económicamente viables, facilitar reestructuraciones empresariales que garanticen, entre otros objetivos, la continuidad de la empresa deudora.

Por su parte, el derecho de la competencia tiene entre sus objetivos, la investigación y, sanción en su caso, de conductas anticompetitivas y concentraciones económicas, y desde la perspectiva de la promoción de la competencia velar por una regulación económica eficiente (incluida la concesión de ayudas públicas) y favorecedora de la competencia en los mercados.

Ambas ramas del ordenamiento jurídico presentan ámbitos y finalidades potencialmente coincidentes en cuanto promueven la defensa y fortalecimiento del tejido productivo empresarial, en la medida en que con ello se asegura una adecuada prestación de bienes y servicios en beneficio de los consumidores.

No obstante, en determinadas situaciones, pueden producirse tensiones entre uno y otro desde la óptica del propio derecho de la UE⁹. Un buen ejemplo de ello se da en el tratamiento de la recuperación de las ayudas de estado incompatibles con el mercado interior: desde la óptica del más reciente derecho concursal primaría la opción del mantenimiento de la actividad de la entidad, mientras desde la perspectiva del derecho de la competencia, el objetivo último se centraría en poner fin a la distorsión de la competencia que se originó con la ayuda, considerando la liquidación del beneficiario una opción perfectamente factible¹⁰.

⁹ Puede consultarse a este respecto el libro titulado “Preconcurso y reestructuración empresarial” por la catedrática de derecho mercantil Juana Pulgar Ezquerra, Wolters Kluwer (2016). En el libro se aboga por “*construir un nuevo marco de relaciones Derecho de la competencia/Derecho de la reestructuración de empresas en crisis que dote de coherencia al sistema, evitándose llegar a resultados opuestos desde ambas áreas*” (pág. 79).

¹⁰ A este respecto, puede consultarse igualmente la Comunicación de la CE “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordene a los EEMM que recuperen las ayudas de Estado ilegales e incompatibles”. Como observación preliminar, es importante recordar que el TJUE ha declarado con regularidad que el hecho de que un beneficiario sea insolvente o esté sujeto a un procedimiento de quiebra no tiene ningún efecto sobre su obligación de devolver la ayuda ilegal e incompatible.

Dicho de otro modo, una decisión por la que se ordena al Estado miembro que recupere la ayuda ilegal e incompatible de un beneficiario insolvente se ejecuta correctamente cuando concluye la recuperación completa o, en caso de recuperación parcial, cuando se liquida la empresa y se venden sus activos en condiciones de mercado.

Otro contexto en el que pueden surgir tensiones es la aplicación de la normativa concursal a los operadores públicos que desarrollan actividades de mercado, que, bajo el prisma del principio de neutralidad competitiva¹¹, deberían tener un tratamiento equivalente a los operadores privados¹².

La Directiva 2019/1023 deja abierta la posibilidad de establecer excepciones a la aplicación de la normativa concursal para los organismos públicos sobre la base de que existen formas de control específicas sobre los mismos¹³. De este modo, el TR de la Ley concursal¹⁴ española prevé, en su artículo 1, que “Las

¹¹ En julio de 2021 la CNMC ha aprobado una iniciativa denominada RECOMENDACIONES A LOS PODERES PÚBLICOS PARA UNA INTERVENCIÓN FAVORECEDORA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS Y LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA INCLUSIVA. En la misma, se hace mención al principio de neutralidad competitiva en repetidas ocasiones, realizándose además en los tres ámbitos en los que se centra el documento: regulación, ayudas públicas y contratación pública.

¹² La recientemente aprobada Recomendación de la OCDE sobre neutralidad competitiva (OCDE, 2021) aboga por equiparar la normativa de insolvencia para todo tipo de operadores económicos en los mercados, públicos y privados, de modo que la normativa concursal no suponga una ventaja para los primeros frente a los segundos. Ver Apartado II.1b) de la Recomendación (subrayado y énfasis nuestro): “*Maintain Competitive Neutrality in the enforcement of competition and bankruptcy law, **so that competing Enterprises are subject to equivalent competition and bankruptcy rules, irrespective of their ownership**, location or legal form, and that the enforcement of those laws does not discriminate between State-Owned Enterprises and their private competitors, or between different types of privately owned Enterprises*”.

En términos parecidos se pronuncia la Recomendación de la OCDE sobre gobierno corporativo de las empresas públicas (OCDE, 2015) que aboga por evitar, en general, las exenciones en la normativa de insolvencia de las empresas públicas (“State-owned enterprises”, SOEs) (subrayado y énfasis nuestros): “*E. As a guiding principle, **SOEs undertaking economic activities should not be exempt from the application of general laws, tax codes and regulations**. Laws and regulations should not unduly discriminate between SOEs and their market competitors. **SOEs’ legal form should allow creditors to press their claims and to initiate insolvency procedures**. 81. **Although in some countries SOEs are exempt from certain laws and regulations (e.g. tax, competition and bankruptcy laws** as well as zoning regulations and building codes), **such exemptions should generally be avoided; where they exist, they should be limited and transparent, and SOEs, to the extent possible, should adhere to the policies underpinning those laws and regulations**”.*

¹³ El Considerando 20 de la Directiva 2019/1023 indica que “*Por razones similares (a lo indicado en el Considerando 19) también procede excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva a los organismos públicos con arreglo al Derecho nacional. [...].* El artículo 1.2g) de la Directiva prevé la exclusión en los mismos términos.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no podrán ser declarados en concurso” (sin que el APL objeto de este informe introduzca modificaciones en este punto).

Una posible vía para conjugar el mantenimiento de los servicios prestados por organismos públicos que resulten necesarios para la satisfacción de intereses generales con la aplicación de la normativa concursal a los organismos públicos conforme al principio de neutralidad competitiva sería distinguir entre aquellas actividades que los organismos públicos desarrollan de manera genuinamente mercantil de las funciones que no revisten dicho carácter. Esta solución es similar a la que, por ejemplo, adopta la normativa nacional aplicable a los bienes públicos, que vincula la posibilidad de que tales bienes sean objeto de embargo no a la naturaleza pública o privada de los entes que los poseen o administran, sino a la afectación pública a que dichos bienes se encuentren sometidos¹⁵. Una aproximación en esta línea podría ser interesante, sobre todo para afrontar supuestos como los de las entidades públicas empresariales que, con el marco regulatorio actualmente vigente, presentan problemas de interpretación desde la óptica de neutralidad competitiva, en especial cuando compiten en mercados liberalizados con otros operadores privados.

En cualquier caso, en líneas generales, el APL puede ser valorado positivamente, en la medida en que posibilita, de acuerdo con la Directiva que transpone, una actuación preventiva en un estadio de dificultades previo a la existencia del propio concurso, así como introduce medidas que van alineadas con mejoras de eficiencia y agilidad de los procesos.

Sin perjuicio de lo anterior, se han detectado ciertos aspectos susceptibles de mejora que pasamos a exponer en el siguiente apartado.

3.2. Observaciones particulares

3.2.1. Requisitos para ser administrador concursal. Apartado 22, 23 y 24 del APL que modifica los artículos 60, 61 y 62.

La Directiva 2019/1023¹⁶ insta a los Estados miembros a garantizar que el nombramiento de los administradores concursales cumpla una serie de

¹⁵ Así, el artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) establece que “*Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*” [...]

¹⁶ Considerandos 85 a 89 y artículos 26 y 27.

requisitos para que presten sus servicios de forma eficiente y competente. Estos requisitos consisten en: recibir una formación adecuada y tener los conocimientos especializados necesarios; disponer de condiciones de nombramiento, revocación y dimisión claras, transparentes y justas; y que, en el nombramiento para un caso concreto, sean tenidos en cuenta los conocimientos y la experiencia y las particularidades del caso. Asimismo, se debe ofrecer la posibilidad de que deudores y acreedores puedan solicitar la sustitución de un determinado administrador concursal u oponerse a su selección.

El actual TRLC establece como requisito obligatorio para poder ser nombrado como administrador concursal (artículo 60) la inscripción en el Registro público concursal, debiendo constar además el ámbito territorial en el que se está dispuesto a ejercer. Y en el artículo 61 remite al desarrollo reglamentario para establecer los requisitos para poder solicitar la inscripción, los cuales *“podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos”*.

El APL que se informa modifica este artículo 61 del TRLC para especificar que *“sólo podrán inscribirse en el Registro público concursal como administradores concursales las personas naturales o jurídicas que tengan la titulación y superen el examen de aptitud profesional que se establezca en el Reglamento de la administración concursal”*.

El desarrollo del reglamento de la administración concursal¹⁷ y la reforma del Registro Público Concursal están previstos en las disposiciones adicionales primera y segunda del APL¹⁸, instando al Gobierno a su aprobación antes del 17 de julio de 2022. Estas previsiones ya se recogían en la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial pero, al no haberse producido dicho desarrollo¹⁹, permanecen en vigor los

¹⁷ DA 1ª. Antes del 17 de julio de 2022, el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital, aprobará mediante Real Decreto, el Reglamento de la administración concursal, en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución.

¹⁸ DA 2ª. 1. Antes del 17 de julio de 2022, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, aprobará mediante Real Decreto, la reforma del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal en materia de estructura, contenido y sistema de publicidad del Registro público concursal, así como los procedimientos de inserción y de acceso a este registro y la interconexión con la plataforma europea. 2. El mismo contemplará las condiciones para la publicación de las retribuciones fijadas por el administrador concursal en cada procedimiento en el que resulte designado y, en todo caso el registro público concursal incorporará el listado con las remuneraciones totales percibidas en el año previo por cada Administración concursal cuando aquellas superen los 50.000 euros, que se encargará de elaborar el Ministerio de Justicia antes del 31 de marzo de cada año.

¹⁹ Disposición transitoria única del TRLC.

artículos 27 (nombramiento), 34 (retribución) y 198 (Registro Público Concursal) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Por tanto, para conocer la titulación requerida para el nombramiento de los administradores concursales, actualmente se debe acudir al artículo 27 de la misma donde se indica que la administración concursal deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

Además de señalar la ausencia de claridad, en parte derivada de los diferentes reenvíos y desarrollos normativos contemplados, los requisitos exigidos contienen potenciales elementos restrictivos: (a) por la posible duplicidad de requisitos: titulación exigida y experiencia profesional determinada y, además de ello, la superación de un examen de aptitud profesional; (b) por la diferenciación injustificada en el supuesto de nombramiento de una persona jurídica, donde no se exige que los profesionales que la integran tengan cinco años de experiencia profesional, ni formación especializada en la materia (lo que sí se exige a las personas físicas); y (c) por la obligación de determinar en la inscripción el ámbito territorial específico donde se pretende ejercer la actividad, pues puede limitar el ejercicio de la misma si por causas sobrevenidas dicho ámbito se modificara y el cambio en el registro fuera complejo.

En este sentido, podría ser razonable plantearse valorar la posibilidad de eliminar el requisito de una titulación determinada dado que se prevé un examen donde se demostrará la aptitud profesional; asimismo, se debería clarificar en el APL que el examen de aptitud profesional remplazará al requisito de contar con formación especializada en Derecho concursal exigido a los abogados y con la especialización demostrable en el ámbito concursal al resto de titulaciones que exigen el artículo 27 de la Ley Concursal. Por último, se recomienda especificar en el APL la forma de modificar el ámbito territorial donde se pretenda ejercer la actividad, que deberá ser en todo caso sencilla y rápida, pudiendo contemplarse como opción preferente la de no delimitar dicho ámbito.

Por último, se invita a proceder lo antes posible al desarrollo reglamentario de la administración concursal y la reforma del Registro Público Concursal y se

recuerda la conveniencia de remitir el proyecto normativo²⁰ a la CNMC para que pueda pronunciarse vía informe ex artículo 5.2 LCCNMC.

3.2.2 Otras figuras profesionales: los auxiliares delegados (artículo 75), el experto en recabar ofertas (224 ter y quater) y el experto en reestructuración (674, 676 y 704).

El APL hace referencia a otras figuras que, además de los administradores concursales, intervienen en el proceso de reestructuración e insolvencia.

El artículo 75 del APL indica que el nombramiento de los **auxiliares delegados** (uno o varios) se realizará por el juez a solicitud de la administración concursal cuando lo exija la complejidad del concurso, especificando las funciones a delegar, pero sin hacer referencia a los requisitos necesarios para ser nombrado auxiliar delegado.

Además, el APL introduce dos nuevas figuras. En los artículos 224 ter y quater, la del **experto para recabar ofertas de adquisición** de la unidad productiva, cuyo nombramiento podrá ser solicitado al juez por el deudor y podrá recaer en una persona natural o jurídica que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal. En el artículo 674 y 676, la del **experto en reestructuración**, el cual solo podrá ser nombrado en casos tasados y deberá recaer en persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga los conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones.

En el caso del experto en reestructuración el APL no hace referencia a la necesidad de contar con una titulación concreta, siendo el requisito necesario contar con la experiencia necesaria, aspecto que en principio parece más alineado con las exigencias funcionales de la actividad.

²⁰ Por lo que se refiere a los aspectos retributivos, se regula en el artículo 86 del APL (que modifica el mismo artículo del TRLC) donde se establece que la retribución de la administración concursal se determinará por arancel (regulado por Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales), que deberá ajustarse a las reglas de exclusividad, limitación, duración del concurso y eficiencia. Además, la disposición transitoria segunda del APL establece la información que deberá hacerse pública en relación con los concursos de acreedores declarados desde el 1 de enero de 2020, entre la que se encuentra el importe de la retribución del administrador concursal. Entre las novedades destaca la regla de duración del concurso, ya que prevé la reducción de la retribución de la administración concursal en un 50% en cada fase del concurso cuando cada una de las fases exceda de 6 meses, salvo que el Juez de manera motivada entienda que el retraso se debe a circunstancias objetivas justificadas. Esta regla pretende relacionar retribución y eficiencia, lo que se valora positivamente pues fomenta la celeridad y la agilidad del procedimiento. En cualquier caso, si estos aspectos fueran objeto de desarrollo reglamentario podría ser aconsejable igualmente un pronunciamiento de la CNMC vía informe consultivo ex artículo 5.2 Ley 3/2013 ya citada.

En el caso del experto para recabar ofertas de adquisición, se considera que el APL es ambiguo al establecer que debe reunir las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones o administrador concursal siendo ambos casos potencialmente diferentes. Se recomienda que se aclare este punto, siendo recomendable la opción de asimilarlo a los requisitos del experto en reestructuración.

En cualquier caso, si estos requisitos se establecieran en el desarrollo reglamentario previsto en la disposición adicional primera, se recuerda la conveniencia de que la CNMC pudiera pronunciarse sobre ellos, en línea con lo ya señalado anteriormente.

3.2.3 Enajenación de unidades productivas y sucesión de empresa. Apartado 48 del APL que modifica el artículo 221.

El TRLC establece en el artículo 221 que *“En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa”*, y añade en su apartado segundo que: *“El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa”*.

El APL modifica este precepto para añadir competencias del juez, el cual, además de declarar la existencia de sucesión de empresa, será el único competente para delimitar los activos, pasivos y relaciones laborales que componen dicha empresa y, para ello, se le faculta para recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicho informe deberá emitirse en el plazo improrrogable de 10 días y versará sobre las relaciones laborales afectas a la enajenación de la unidad productiva y las posibles deudas de Seguridad Social relativas a los trabajadores²¹.

En relación con esta materia, se aprecia un posible riesgo de que el concurso y ulterior compra por otra empresa puedan utilizarse de forma instrumental para

²¹ La jurisprudencia del TS ha sido restrictiva en varios casos respecto a las deudas con la Seguridad social ([STS 113/2018, de 29 de enero](#), [STS 2095/2019](#), y previamente Auto de 20 julio de 2012 Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS) en la interpretación del 149.2 de la Ley 22/2003 Concursal, en la redacción anterior al RDL 11/2014. Según el TS, no permitía considerar incluidas en la expresión “a efectos laborales” las deudas con la Seguridad Social; indicaba que los órganos jurisdiccionales de lo mercantil lo han interpretado desde punto de vista de la finalidad del precepto: salvar la viabilidad de la empresa, procurando la cesión libre de la mayor parte de las cargas; y que *“esta especialidad de la normal concursal tiene un profundo sustento en el mantenimiento productivo de la unidad de negocio transmitida, intentando evitar el mayor número de cargas posibles en beneficio de los trabajadores y de la economía en general, por ello la Ley Concursal es más restrictiva con las deudas de la Seguridad Social, pues se parte de que la unidad productiva transmitida es viable económicamente, lo que podría no ocurrir si su balance tuviese que acoger como pasivo deudas provenientes de la Seguridad Social por un periodo anterior a la venta”*.

eludir el pago de las sanciones por el incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, como ha señalado la AG Kokott²².

La actual normativa concursal establece determinadas prevenciones para evitar que aparezcan este tipo de comportamientos fraudulentos, en particular, en aquellos casos en los que el adquirente de la unidad productiva sea persona especialmente relacionada con el concursado (vid. apartado segundo del artículo 224 del TRLC)²³. Ahora bien, no es descartable que estos comportamientos ocurran más allá de los supuestos previstos en la actual normativa concursal.

Por ello, siguiendo el criterio de la AG Kokott referido, parece recomendable que la normativa concursal contemple la posibilidad de que el juez pueda valorar la obligatoriedad de asunción de la deuda por infracciones de defensa de la competencia por el nuevo titular si la empresa o unidad productiva ha sido enajenada fraudulentamente, esto es, con el propósito de eludir las sanciones de defensa de la competencia.

En el mismo sentido, se propone valorar la inclusión de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de contratar con la Administración por falseamiento de la competencia en el caso de enajenación o sucesión de otra empresa incurso en la prohibición de contratar, ya que el apartado 3 del artículo 71 de la LCSP establece que *“Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas”*.

A este respecto, es interesante referirse al Informe 25/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que señala que la aplicación de este artículo²⁴ *“exige atenerse a las circunstancias concretas de cada caso,*

²² La Abogada General ante el TJUE Juliane Kokott, en las conclusiones formuladas en el [asunto C-280/06 ETI/Comisión](#), señala que *“la aplicación del criterio de la continuidad económica está sujeta a unos límites especialmente estrictos cuando la empresa implicada en la práctica colusoria es transmitida a un tercero independiente, y entre el anterior y el nuevo titular no existen ningún vínculo estructural. En un supuesto así, el empleo del criterio de la continuidad económica y, por tanto, la imputación de dicha conducta al nuevo titular sólo deberá admitirse si ésta ha sido enajenada fraudulentamente, esto es, con el propósito de eludir las sanciones de defensa de la competencia”*. Adjuntamos vínculo a la [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Gran Sala\), de 11 de diciembre de 2007 que resolvió el caso](#).

²³ Además, entre los supuestos de calificación del concurso como culpable, se encuentra (artículo 443.3º TRLC) el supuesto en el que antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

²⁴ En el momento del informe se refería al artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

no siendo posible fijar un criterio de general aplicación, que en todo caso debería ser de carácter restrictivo”.

Entre los criterios a valorar señalados en el Informe se encuentran el momento de incorporación al grupo de la segunda sociedad no incurso en la prohibición de contratar, el objeto de esta segunda sociedad o si los medios materiales y humanos de la sociedad incurso en la prohibición de contratar son los mismos o similares a los de la segunda sociedad, para evitar una restricción desproporcionada del principio de libre competencia.

Por tanto, en esta misma línea se recomienda valorar la inclusión de la extensión de los efectos de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia en estos supuestos de sucesión de empresas, aunque siempre modulando su aplicación efectiva a las circunstancias particulares de cada caso.

3.2.4 Exoneración del pasivo insatisfecho. Apartado 144 del APL que modifica los artículos 486 y ss.

La exoneración del pasivo insatisfecho, también conocido como “mecanismo de segunda oportunidad”, supone la cancelación de las deudas para los deudores (persona natural) en el marco del procedimiento concursal, atendiendo a determinados requisitos y con determinadas excepciones²⁵.

La Directiva de referencia establece²⁶ que una de las garantías que pretende lograr es *que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad*. Esta exoneración de deudas, limitada a determinadas categorías, debe lograrse en un plazo máximo de tres años²⁷. Para ello, la Directiva regula los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por personas físicas insolventes.

Prevé la Directiva, asimismo, excepciones debidamente justificadas a la exoneración de las deudas. Uno de los supuestos previstos al respecto²⁸ es el relativo a la falta de honestidad y buena fe del empresario, para cuya determinación se puede tener en cuenta, entre otras cosas, el cumplimiento de la normativa de la UE y nacional en materia de competencia.

²⁵ En este sentido, el artículo 2.1.10 de la Directiva 2019/1023 define “plena exoneración de deudas” como la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos. Se ocupa de la exoneración de deudas en su Título III (artículo 20 y siguientes).

²⁶ Considerando 1.

²⁷ Considerando 75.

²⁸ Considerandos 78 y 79.

Por su parte, el APL se ocupa de la exoneración del pasivo insatisfecho en su apartado 144, que modifica el Capítulo II del Título XI, del Libro Primero del Real Decreto Legislativo 1/2020 (artículos 486 a 502).

Al respecto, su Exposición de Motivos se refiere a la exoneración del pasivo insatisfecho en los siguientes términos: *Cuando el deudor insolvente es una persona física (empresario o consumidor), el concurso pretende identificar a los deudores de buena fe y ofrecerles una exoneración parcial de su pasivo insatisfecho que les permita beneficiarse de una segunda oportunidad, evitando su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad.*

Para ello se amplía la relación de deudas exonerables y se introduce la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos. En este sentido, el APL opta por convertir el beneficio de la exoneración de las deudas en un derecho de la persona natural deudora, cuando concurren determinadas circunstancias.

En concreto, el APL modifica el vigente mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, de modo que el deudor insolvente (actual o inminente) podrá optar entre una exoneración inmediata con previa liquidación de su patrimonio y una exoneración mediante plan de pagos, en la que destine sus rentas e ingresos futuros durante un plazo a la satisfacción de sus deudas, quedando exonerada la parte que finalmente no atienda y sin necesaria realización previa de todos sus bienes o derechos.

A diferencia de la normativa vigente, el APL no condiciona la obtención de la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas, sino que se acoge a un sistema de exoneración por mérito en el que el deudor, siempre que satisfaga el estándar de buena fe establecido, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables.

En relación con el primer aspecto, esto es, la **exoneración por mérito**, el APL atiende a unos patrones de buena fe del deudor para lo cual se establece una delimitación normativa de esta, por referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente (*numerus clausus*). Al respecto, el nuevo artículo 487.1.2º prevé que aquel deudor que haya sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, no podrá beneficiarse de la citada exoneración.

No incorpora, por tanto, el APL como supuesto de falta de buena fe y de consecuente excepción de la exoneración del pasivo insatisfecho, la previsión contenida en la Directiva de infracción de la normativa de competencia.

Las conductas contrarias a la competencia, ya sean prácticas prohibidas o abuso de posición de dominio, pueden presentar tanto afectación al interés público

como al privado. Al interés público porque pueden ocasionar una ineficiente asignación de los recursos económicos. En el caso de la contratación pública, tanto los acuerdos restrictivos a la competencia entre licitadores como la ineficiente elección del procedimiento de contratación más adecuado en el caso concreto, pueden producir este efecto²⁹.

Al interés privado porque afectan al comportamiento de los mercados y de los operadores que actúan en ellos. En el año 2020, la CNMC resolvió 15 expedientes sancionadores con el resultado de sanciones por valor de 4,3 millones de euros a dos cárteles³⁰.

Las sanciones por infracción de la normativa de competencia tienen por efecto, no sólo castigar al infractor, sino también disuadir a otros operadores de infringir las disposiciones sobre la materia³¹. Como ya se ha comentado, los sistemas de insolvencia tienen como finalidad procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos, o bien garantizando los derechos de los acreedores, o bien devolviendo a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos.

Por todo ello, se recomienda seguir en este punto la previsión contenida en la Directiva e incluir las sanciones firmes por infracciones de competencia como excepción a la exoneración del pasivo insatisfecho por incumplimiento de la buena fe del deudor.

En relación con el segundo aspecto, esto es, la **inclusión de determinado tipo de deudas que quedan exceptuadas de la exoneración del pasivo insatisfecho**, el nuevo artículo 489.1.7º establece entre éstas las deudas con

²⁹ En la reciente resolución [S/0025/19](#) *Gestión de archivos*, la CNMC ha sancionado con 161.855 euros a cuatro empresas dedicadas a la prestación de servicios de biblioteca y gestión de archivos por manipular licitaciones públicas, a través de varios cárteles entre 2016 y 2019. Entre otras prácticas, estas empresas intercambiaron información sensible entre ellas y determinaron previamente los precios a incluir en las ofertas, conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. A juicio de la CNMC, este *tipo de prácticas son especialmente dañinas para la sociedad porque impiden competir a otras empresas en igualdad de condiciones, cuando se presentan a los concursos públicos, y encarecen los servicios que contrata la administración con el consiguiente impacto en el erario público y en los ciudadanos como contribuyentes*. Esta resolución se ha remitido a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Por otro lado, la CNMC pudo cuantificar en su [E/CNMC/004/18](#) *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*, en 1.700 millones de euros, el ahorro estimado en el periodo 2012-2016 en el caso de haber tramitado procedimientos abiertos en lugar de los empleados efectivamente en las licitaciones analizadas.

³⁰ [Memoria CNMC 2020](#).

³¹ Por no entrar a analizar lo relativo a reparación de los daños producidos por ellas. Esto es, restablecer la competencia en los mercados y restituir el patrimonio de los operadores afectados, indemnizándoles por los daños y perjuicios ocasionados.

garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, pero en todo caso sólo en la parte cubierta por el privilegio especial³².

La Directiva incluye la posibilidad de establecer excepciones a la exoneración del pasivo insatisfecho con respecto a determinadas deudas que deberán estar debidamente justificadas. En este sentido, el Considerando 81 establece que *“Cuando exista una razón debidamente justificada con arreglo al Derecho nacional, podría ser conveniente limitar la posibilidad de exoneración para determinadas categorías de deuda. Los Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras que el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada. Los Estados miembros deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado”*. Por su parte, el artículo 23 de la Directiva excluye las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración.

Por todo ello, ante la ausencia de justificación en la MAIN de la modificación introducida que afecta a las deudas con garantía real, se recomienda reforzar la fundamentación de la previsión contenida a este respecto en el artículo 489.1.7º del APL desde la óptica de los principios de buena regulación.

3.2.5 Procedimiento especial para microempresas. Apartado 178 del APL que modifica arts. 687 y ss.

El APL prevé un procedimiento de insolvencia único y especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas³³, caracterizado por una simplificación procesal máxima en su apartado 178 (que incorpora un nuevo Libro Tercero, integrado por los artículos 687 a 720).

³² De acuerdo con el art. 270 TRLC estos son: " 1.º Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado. 3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado. 4.º Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados. 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero".

³³ El procedimiento especial de liquidación se abrirá cuando se haya solicitado por el propio deudor o por un acreedor o, también si no se haya aprobado un plan de continuación, no se haya homologado el plan aprobado o, habiendo sido homologado, haya sido incumplido por el deudor, siempre y cuando, en estos tres casos, el deudor se encuentre en insolvencia actual.

De acuerdo con lo indicado en el APL, por microempresa se entiende aquella empresa que tiene menos de diez trabajadores y unos ingresos anuales inferiores a los dos millones de euros.

El procedimiento especial de liquidación se abrirá cuando se haya solicitado por el propio deudor o por un acreedor o, también si no se ha aprobado un plan de continuación, no se ha homologado el plan aprobado o, habiendo sido homologado, se haya sido incumplido por el deudor, siempre y cuando, en estos tres casos, el deudor se encuentre en insolvencia actual.

Los principales aspectos de dicha simplificación son la presencia telemática en todos los actos procesales, la imposibilidad de recurso contra los autos y sentencias (con alguna excepción) y la eliminación de la obligatoriedad de contar con abogado y procurador.

En relación con este último aspecto, el APL, al igual que el TRLC, prevé la firma de abogado y procurador para presentar la solicitud de declaración de concurso, tanto cuando esta proviene del propio deudor (artículo 6.2) como si proviene del acreedor y de los demás legitimados (artículo 512.1).

Esta regla contiene una excepción para el caso de las microempresas³⁴, pues como establece el artículo 688.6 *“salvo que se señale expresamente, la participación del deudor y de los acreedores en el procedimiento especial no requerirá asistencia letrada ni representación procesal mediante procurador”*.

La razón de esta excepción, según establece la exposición de motivos del APL, es la simplificación del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y limitando la participación de profesionales a los casos imprescindibles. Siendo así, se considera que limitar dicha excepción exclusivamente al caso de las microempresas puede implicar una desventaja para aquellas otras, principalmente las pequeñas empresas³⁵ de tamaño reducido (número de trabajadores cercano a 10), que sí se ven obligadas a contratar dichos servicios profesionales. Ello puede suponer además un desincentivo para el crecimiento de aquellas microempresas, debido al efecto frontera que supone un cambio de regulación a este respecto.

Se recomienda que se valore la posibilidad de poder prescindir de abogado y procurador no solo utilizando un elemento subjetivo (microempresas) sino igualmente otros elementos de carácter objetivo como, por ejemplo, la calificación previa del concurso como de escasa complejidad.

³⁴ Por microempresa se entiende aquella empresa que tiene menos de diez trabajadores y unos ingresos anuales inferiores a los 2 millones de euros.

³⁵ Pequeña empresa es aquella que cuenta con más de 10 trabajadores y menos de 50 y cuyo balance y volumen de negocio no supera los 10 millones de euros; la mediana empresa tiene más de 50 trabajadores y menos de 250 y su volumen de negocio no debe exceder los 43 millones de euros.

Por todo ello, sin perjuicio de valorarse positivamente, dada la presencia masiva de estas empresas en nuestro tejido productivo, cabe plantear la posibilidad de ampliar la utilización de este procedimiento especial más allá de las micropymes, sin perjuicio de las especialidades ya existentes para las personas jurídicas que no alcance ciertos umbrales y no tengan la consideración de microempresa³⁶.

En este sentido, parece razonable que se pudiera atender, no solo al perfil de la empresa (número de trabajadores/ingresos anuales) sino a la complejidad de la deuda y a la situación concreta de insolvencia en el caso particular.

4. CONCLUSIONES

El derecho de la competencia y el derecho concursal encuentran un denominador común por cuanto ambos promueven la defensa y fortalecimiento del tejido productivo prestador de bienes y servicios, lo cual deriva en beneficio de los consumidores. Este fortalecimiento del tejido productivo pasa por establecer normas eficaces en favor de las empresas en crisis, ya sea facilitando la reestructuración del pasivo en el caso de las empresas viables pero con dificultades financieras, ya sea logrando el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores, en el caso de empresas inviables.

Sin perjuicio de que desde la óptica del derecho de la competencia se recuerda la relevancia de integrar el principio de neutralidad competitiva en la normativa de insolvencia, el APL, en líneas generales, puede ser valorado positivamente ya que, siguiendo la Directiva que transpone, establece reglas flexibles para lograr que los sistemas de insolvencia logren una reasignación lo más eficiente posible de los recursos productivos. Introduce así mismo medidas dirigidas a mejorar la eficiencia y la agilidad de los procesos y procedimientos.

Sin embargo, se han detectado los siguientes aspectos susceptibles de comentarios:

- **Requisitos para ser administrador concursal.** Dado que la normativa relativa a los requisitos de los administradores concursales presenta elementos dispersos y contiene ciertos elementos restrictivos para el ejercicio de la profesión, se recomienda que se replantee la posibilidad de

³⁶ El Título V del Libro Segundo (artículo 684, Ámbito de aplicación) contiene reglas especiales para las personas naturales o jurídicas que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: 1ª. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a 49 personas; 2ª. Que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los 10 millones de euros. Entre las especialidades, se excluye la posibilidad de imponer un plan de reestructuración que no cuente con la aprobación del deudor cuando ésta sea una pequeña o mediana empresa y tampoco los acreedores o el experto en la reestructuración pueden paralizar la solicitud de concurso voluntario, ni pueden solicitar prorrogas de los efectos de la comunicación.

exigir una titulación determinada y se clarifiquen ciertos aspectos relacionados con el examen de aptitud profesional y el ámbito territorial de ejercicio de la actividad.

- **Otras figuras profesionales: auxiliares delegados, experto en recabar ofertas y experto en reestructuración.** Se recomienda que se aclaren los requisitos para ser experto en recabar ofertas pues la redacción al respecto en el APL es poco precisa, proponiéndose se asemeje a los requisitos para ser experto en reestructuración.
- **Enajenación de unidades productivas y sucesión de empresa.** Parece recomendable que la normativa concursal contemple la posibilidad de que el juez pueda valorar la obligatoriedad de asunción de la deuda por infracciones de defensa de la competencia por el nuevo titular si la empresa o unidad productiva ha sido enajenada fraudulentamente, esto es, con el propósito de eludir las sanciones de defensa de la competencia. En el mismo sentido, se recomienda valorar la posibilidad de extensión de los efectos de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a los supuestos de sucesión de empresas, modulando su aplicación efectiva a las circunstancias particulares de cada caso.
- **Exoneración del pasivo insatisfecho.** Se recomienda incluir en el APL que las sanciones firmes por infracciones de competencia no podrán formar parte del pasivo insatisfecho que podrá exonerarse al deudor, y ello por incumplimiento de la buena fe del mismo. Por otra parte, se considera conveniente reforzar la justificación de la inclusión de las deudas con garantía real (en la parte cubierta por el privilegio especial) entre las deudas que quedan exceptuadas de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- **Procedimiento especial para microempresas.** Se recomienda que su utilización se base, no solo en el perfil de la empresa (básicamente número de trabajadores e ingresos anuales para las micropymes), sino en la complejidad de la deuda y de la situación concreta de insolvencia en el caso en cuestión.