

Sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por las Comisiones de Trabajo de Economía y Fiscalidad y de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria del día 23 de febrero de 2011 el siguiente dictamen:

1. Antecedentes

Con fecha de 28 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social escrito del Ministro de Justicia en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Dicha solicitud fue trasladada a las Comisiones de Trabajo de Economía y Fiscalidad y de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social para que procedieran a la elaboración de la correspondiente propuesta de dictamen.

El Anteproyecto viene acompañado de una Memoria del análisis del impacto normativo en la que, en un único documento, se incluyen los apartados siguientes:

- a) Oportunidad de la propuesta.
- b) Contenido y análisis jurídico.
- c) Impacto económico y presupuestario.
- d) Impacto por razón de género.

La reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que este Anteproyecto impulsa, tiene lugar en el actual contexto de crisis y se enmarca dentro de otros procesos más

amplios de reformas como son la Estrategia de Economía Sostenible y el Plan de modernización de la justicia.

La adversa situación económica ha generado un notable aumento en el número de concursos, y, como consecuencia, una sobrecarga de los Juzgados de lo Mercantil que ha ocasionado, a su vez, una mayor dilación en los procedimientos concursales con los correspondientes efectos negativos en términos económicos y de tiempo para las partes de los procedimientos, deudor y acreedores, entre ellos, un mayor riesgo de deterioro de los activos que conforman el patrimonio concursado.

Debe tenerse en cuenta que, según los datos disponibles en la Estadística de Procedimiento Concursal del INE, el número de concursos se situaba en 2007 en 1.147, de los cuales el 90,1 por 100 correspondía a empresas. En 2008, la cifra alcanzaba ya los 3.298 concursos (87,8 por 100 de empresas) y en 2009 ascendía a 6.197 (83,5 por 100 correspondía a empresas). En 2010, se registraron 5.750 concursos (84,3 por 100 de empresas), lo que significaba una ligera disminución, del 7,2 por 100, de la cifra alcanzada en el año anterior. Sin embargo, el número de concursos que se produjeron en el mes de octubre de ese año, que superó por primera vez en la historia la cifra de 600 en un solo mes, pone de manifiesto que los efectos de la crisis todavía no se han atenuado.

Por volumen de negocio de las empresas concursadas, los establecimientos de menos de 5 millones de euros representan cerca del 80 por 100 del total de concursos; de he-

cho, tan sólo las empresas con un volumen de negocio inferior a los 2 millones de euros ya suponen el 62 por 100 del global.

En la gran mayoría de los casos, el concurso conduce a la liquidación de las empresas, lo que sucede en un 89 por 100 de los concursos voluntarios y en un 93 por 100 de los necesarios. Por clase de procedimiento, cabe señalar que la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2009 produjo cambios significativos en la modalidad de los concursos, puesto que los concursos abreviados, que representaban tan sólo el 49,5 por 100 del total en el primer trimestre de 2009, alcanzaban ya el 90,3 por 100 al final del tercer trimestre de 2010.

Desde un punto de vista económico, la Memoria que acompaña al Anteproyecto prevé, entre otros extremos, que la futura Ley pueda tener un impacto positivo en términos de reducción de las cargas dentro del procedimiento concursal, así como de agilización y racionalización de dicho procedimiento, lo que puede contribuir a generar efectos beneficiosos, tales como la reducción de los costes económicos de los procedimientos y el progresivo descenso de los asuntos sometidos a los Juzgados de lo Mercantil, entre otros.

La coyuntura económica ha acentuado la necesidad de acometer reformas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, reformas que ya venían siendo demandadas desde diversos ámbitos aun antes del cambio de ciclo económico, toda vez que la experiencia en la aplicación de dicha Ley, desde su entrada en vigor en septiembre de 2004, había puesto de manifiesto determinadas disfuncio-

nes, carencias y distorsiones. Al mismo tiempo, se ha agudizado el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la Ley, que es el de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

No está de más recordar que la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tenía entre sus propósitos acabar con la dispersión normativa existente en esta materia en el Ordenamiento jurídico español, así como simplificar los procedimientos para gestionar las situaciones de insolvencia de una manera más eficiente y racional mediante la reducción de los anteriores procedimientos de quiebra, suspensión de pagos y quita y espera en uno solo, el concurso de acreedores. De esta manera, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vino a modernizar el tratamiento jurídico de las insolvencias instaurando un sistema asentado sobre los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Además, junto a dicha Ley se aprobaron las correspondientes reformas, de carácter orgánico, que la complementaban a fin de crear una jurisdicción especializada, exclusiva y excluyente, constituida por los Jueces de lo Mercantil como jueces del concurso.

Por otra parte, cabe recordar que, junto a las múltiples novedades que introdujo la Ley 22/2003 en el plano mercantil, la misma reguló también importantes medidas que afectaban a las relaciones de trabajo y a los cré-

ditos de los trabajadores en relación con las situaciones concursales, mediante la atribución al Juez del concurso del conocimiento de los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectivas de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado.

El CES tuvo ocasión de pronunciarse de manera específica sobre la normativa concursal. Así lo hizo en el Dictamen 4/2001, sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma concursal¹. En dicho dictamen, el CES señaló, en primer término, que la oportunidad de la reforma de la legislación concursal española que se pretendía llevar a cabo encontraba plena justificación en una necesidad manifestada desde hace tiempo y a la que se había querido dar respuesta en diferentes ocasiones a través de distintos proyectos elaborados por la Comisión General de Codificación. Asimismo, el CES en este dictamen valoró favorablemente la labor de superación de la dispersión normativa existente en aquel momento llevada a cabo por dicho Anteproyecto. Sin embargo, el CES formuló también una serie de observaciones críticas tanto de carácter general como particular que contenían, en gran medida, propuestas de mejora del Anteproyecto.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fue reformada por el Real Decreto-Ley

¹ Asimismo, emitió el Dictamen 9/2006, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, texto que traía causa de la previsión que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, contiene en su disposición final 33ª. El CES, en este dictamen, valoró de forma positiva el cumplimiento, por el Gobierno, del mandato contenido en dicha Ley, sin perjuicio de efectuar una serie de observaciones críticas tanto de carácter general como particular.

3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación económica. Por lo que al ámbito concursal se refiere, el objetivo de éste era dar respuesta a los problemas más urgentes que la Ley 22/2003 tenía planteados a causa de la crisis. Entre otros aspectos, esta norma de urgencia se proponía facilitar la refinanciación de las empresas que estaban atravesando dificultades financieras para que éstas no se vieran avocadas ineludiblemente a una situación de insolvencia, agilizar los trámites procesales y reducir los costes de tramitación del procedimiento. Además, con dicho Real Decreto-Ley se inició un proceso de reforma de mayor calado de la legislación concursal ya que, al poco tiempo de su aprobación, se constituyó una sección especial, en el seno de la Comisión General de Codificación, para abordar las reformas necesarias en este ámbito. La documentación y el borrador elaborados por dicha sección han servido de base para la elaboración del Anteproyecto sometido a dictamen del CES, tal y como señala éste en su Exposición de Motivos.

Pasados unos meses desde la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, operada por dicho Real Decreto-Ley, ésta volvió a experimentar nuevas modificaciones mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. En concreto, en el ámbito concursal esta Ley pretendía agilizar los trámites procedimentales, reforzar la posición del concursado y reducir costes en el proceso.

A la vista de que las reformas operadas anteriormente sobre la Ley 22/2003 se han podido demostrar insuficientes para corregir determinados problemas o se han visto agotadas como consecuencia, sobre todo, de la desfavorable evolución de la situación económica, se presenta ahora este nuevo Anteproyecto de Ley, que se somete a dictamen del CES, con el objeto de reformar más en profundidad aquélla. El propósito declarado del mismo consiste en corregir las disfuncionalidades que se han ido detectando en la Ley 22/2003, a la vista de su experiencia aplicativa, garantizando en todo momento los principios esenciales que la informan. Se pretende, de esa manera, impulsar una gestión más eficiente de las situaciones de insolvencia siempre con el doble propósito de satisfacer los derechos de los acreedores y de contribuir en mayor medida a la continuidad de las actividades económicas y empresariales, todo ello mediante medidas como, entre otras, el fomento de mecanismos preconcursales de carácter preventivo.

La reforma que se proyecta incide en materias como, entre otras, el concurso de los particulares, el procedimiento abreviado o simplificado, la administración concursal, las cuestiones laborales afectadas en este ámbito, la fase preconcursal, la comunicación y reconocimiento de créditos, la clasificación de los créditos, el régimen de los convenios de los procedimientos concursales y las liquidaciones de empresas, la acción directa que deriva del concurso y las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el concurso de acreedores.

En el curso de los trabajos para la elaboración de la propuesta de dictamen llevados a cabo por las Comisiones de trabajo de Economía y Fiscalidad y de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social del Consejo Económico y Social, se llevó a cabo una comparecencia de representantes del Ministerio de

Justicia y de expertos, en la que intervinieron don Santiago Hurtado Iglesias, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y don José María Fernández Seijo, Magistrado-Juez de lo Mercantil y miembro del equipo de redacción del Anteproyecto de Ley sometido a dictamen.

2. Contenido

El Anteproyecto de Ley consta de un artículo único con 97 apartados, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales.

El apartado 1 añade un nuevo artículo 5 bis a la Ley Concursal vigente, en el cual se establece el plazo que se otorga al deudor para solicitar la declaración de concurso cuando comunique el inicio de negociaciones para obtener la adhesión a una propuesta anticipada de convenio, o para alcanzar un acuerdo de refinanciación. Plazo que se reconocía ya en relación a la adhesión a la propuesta anticipada de convenio en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley, que se deroga a través de la disposición derogatoria única de este Anteproyecto. En este sentido, diversos apartados del Anteproyecto adaptan el contenido de aquellos preceptos de la Ley que hacían referencia al artículo 5.3, remitiéndose ahora al nuevo artículo 5 bis, como por ejemplo el apartado 11 en relación al artículo 22.

El apartado 2 introduce modificaciones en relación a la solicitud del deudor, artículo 6.2, 4º de la vigente Ley, incluyendo el co-

rrero electrónico entre los datos a facilitar de los acreedores.

En relación con la solicitud del acreedor y los demás legitimados que insten la declaración del concurso, el apartado 3 introduce la expresión “el hecho presunto revelador de la insolvencia en el que funda su solicitud”, en el artículo 7.1 de la Ley.

El apartado 4 recoge la competencia del Juez de lo Mercantil para conocer, entre otros, de las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores y los auditores, antes o después de la declaración judicial de concurso, modificando el contenido del artículo 8.7º de la Ley.

En relación con la competencia internacional y territorial, el apartado 5 suprime la previsión relativa a los casos de solicitud de declaración conjunta del concurso de varios deudores del artículo 10.4 de la Ley vigente.

El apartado 6 establece la posibilidad de que el Juez señale un plazo de subsanación, también en el caso de que la documentación presentada sea insuficiente, modificando el artículo 13.2, en su párrafo primero, y supri-

miendo, en su apartado 7, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley que hacía referencia a la insuficiencia de documentación aportada.

El apartado 8 da una nueva redacción al artículo 15 de la Ley, relativo a la provisión sobre la solicitud de otro legitimado y a la acumulación de solicitudes, incluyendo la solicitud presentada por un acreedor fundada en un embargo, investigación de patrimonio infructuoso o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia.

En el apartado 9 se elimina la precisión del artículo 16 de la Ley, relativa a quién haya solicitado la declaración de concurso.

El apartado 10, que modifica el artículo 21 en sus apartados 1.1º y 4, incluye en el Auto de declaración de concurso la indicación de si el deudor ha presentado propuesta anticipada de convenio. Asimismo, reconoce la posibilidad de que la administración concursal realice las comunicaciones por medios telemáticos.

El apartado 12 introduce en el artículo 23.1 párrafo segundo, la exigencia de publicar también en el extracto relativo a la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado, la identidad de los administradores concursales así como “el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos”.

Con el apartado 13 se introduce un nuevo capítulo III, al título I, bajo la rúbrica “De los concursos conexos”, que comprende los artículos 25, 25 bis y 25 ter. En este nuevo capítulo se regula la acumulación de concursos de varios deudores, que puede produ-

cirse mediante una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados en los supuestos que determina el Anteproyecto. Se utiliza el término concursos conexos donde la Ley decía concursos declarados conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, apartado 56 del Anteproyecto que modifica el artículo 101.2.

En relación al nombramiento de los administradores concursales, los apartados 14, 15 y 16 introducen modificaciones en los artículos 27, 29 y 32 de la Ley, relativas al supuesto en el que el administrador concursal sea unipersonal y no tenga la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, en cuyo caso, designará un auxiliar delegado que ostentará esta condición profesional. Se contemplan además supuestos en los que el nombramiento del auxiliar delegado será obligatorio, añadiendo un nuevo apartado al artículo 32.1. Asimismo, se potencian nuevamente las comunicaciones electrónicas obligando al administrador concursal a facilitar al juzgado la dirección postal y electrónica a las que efectuar la comunicación de créditos, modificando así el apartado 4 del artículo 29, y se establece la obligación del administrador concursal de suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

El apartado 17, que modifica el artículo 35.4, introduce la posibilidad de que en caso de administración concursal plural, baste la firma de dos de los administradores. Asimismo, se elimina el libro legalizado de actas de la administración concursal.

El apartado 18 incluye en el artículo 43.2 y 3, los supuestos en los que, en interés del concurso, la administración concursal pueda realizar los actos de disposición necesarios sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, exceptuando los actos de administración y disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. A este respecto, el apartado 19 modifica lo dispuesto en el artículo 44.4 relativo al supuesto en que dichas medidas afectan a los contratos de trabajo.

En el apartado 20, se establece que, en caso de intervención, subsiste la obligación de formular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior, concediendo un plazo de un mes desde la presentación del inventario y la lista de acreedores. En caso de suspensión, será obligatorio formular y someter a auditoría las cuentas anuales, lo que modifica el artículo 46 de la Ley.

El apartado 21 modifica el artículo 47 incluyendo, entre otras novedades, el derecho del concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad a percibir alimentos durante la tramitación del concurso con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge e hijos bajo su potestad.

En relación a la persona jurídica deudora, los apartados 22 a 26 del Anteproyecto introducen cambios en el artículo 48 de la Ley, y se incorporan un 48 bis, 48 ter, 48 quáter y 48 quinquies, aumentando las facultades de la administración concursal, a la que se atribuyen competencias tales como la legitima-

ción exclusiva para entablar acciones contra los socios personalmente responsables durante la tramitación del concurso, se regulan sus facultades en caso de intervención, y en el supuesto de sociedades dominadas por la persona jurídica deudora, entre otras novedades.

El apartado 27 introduce en el artículo 49 de la Ley la referencia al concurso de persona casada en régimen de gananciales, estableciendo que se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal.

En relación a los efectos de las acciones individuales, los apartados 28 a 31 excluyen de la admisión a trámite, entre otras, a aquellas demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que incumplan deberes, ampliando el contenido del artículo 50 de la Ley. Se modifica el artículo 51.1 incluyendo en la acumulación de juicios declarativos pendientes, los juicios por reclamación de daños y perjuicios de la persona jurídica contra sus administradores, liquidadores o auditores, y se añade un nuevo artículo 51 bis que contempla la suspensión de juicios declarativos pendientes. Asimismo, se modifica el artículo 55, autorizando la continuación de aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo.

El apartado 32 introduce un nuevo apartado en el artículo 56, reconociendo la capa-

cidad del Juez del concurso de determinar tanto la afectación de bienes a la actividad profesional, como la condición de necesario o no de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Los apartados 33 a 35 introducen modificaciones en la sección 3ª, de este capítulo II, relativa a los efectos sobre los créditos en particular, añadiendo un nuevo artículo 59 bis sobre la suspensión del derecho de retención, y estableciendo un nuevo apartado al artículo 60 en el que se determina que la interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, a los fiadores, ni a los avalistas.

El apartado 36 introduce diversas reformas en materia laboral, modificando el artículo 64 de la Ley vigente. Se establece, entre otras medidas, que los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el Juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo; se precisa cuál ha de ser la actuación de la autoridad laboral que tramite un expediente de regulación de empleo con anterioridad a la declaración del concurso, que será la de remitir lo actuado al Juez del concurso; en estos casos, el deudor y los trabajadores a través de sus representantes comparecerán ante el Juez para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas; en el caso de que en el mo-

mento de la declaración del concurso ya hubiera recaído resolución autorizando la solicitud, corresponderá su ejercicio a la administración concursal; también se especifica que en el acuerdo que alcance la administración concursal y los representantes de los trabajadores, se fijarán las indemnizaciones de conformidad con lo previsto en la legislación laboral; por otro lado, se reconoce la posibilidad de impugnar, mediante recurso de suplicación ante el Orden Social, el Auto del Juez de lo Mercantil que resuelva sobre las medidas colectivas propuestas; se establece, además, que la interposición de estos recursos no tenga efecto suspensivo sobre el proceso concursal; asimismo, con la modificación del apartado 10 del artículo 64 desaparecen los umbrales a los que hacía referencia la Ley en relación al número de trabajadores al que afectase la extinción de carácter colectivo. El párrafo segundo determina que una vez acordada la iniciación del expediente para la extinción de los contratos, los procesos individuales posteriores a la solicitud de concurso pendientes de resolución firme se suspenderán hasta que sea firme el Auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva.

En el apartado 37 se reconoce la posibilidad de impugnar la decisión de extinguir o suspender los contratos de alta dirección, modificando así el artículo 65 de la Ley.

Los apartados 38 y 39 modifican los artículos 71 y 72 de la Ley, relativos a las acciones de reintegración, y a la legitimación activa y procedimiento para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación.

No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, ni los negocios, actos y pagos realizados, ni las garantías concluidas en ejecución de tales acuerdos en las circunstancias y con los requisitos que se detallan. En estos supuestos, sólo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación que puedan plantearse contra los acuerdos de refinanciación.

El apartado 40 amplía a dos meses, el plazo de presentación del informe de los administradores concursales cuando concurren circunstancias excepcionales, modificando lo dispuesto en el artículo 74. En relación a la estructura del informe, el apartado siguiente, que modifica el artículo 75 de la Ley, incluye en el informe, en su caso, el plan de liquidación.

El apartado 42 introduce un nuevo párrafo al artículo 76, dando un plazo de seis meses desde la fecha de declaración del concurso para iniciar la ejecución separada a los titulares de créditos con privilegio sobre buques o aeronaves.

Con el apartado 43 se modifica el artículo 84 de la Ley, relativo a los créditos concursales y los créditos contra la masa, eliminando, de la definición de masa pasiva, la referencia que hacía la Ley en el apartado primero al supuesto de concurso de persona casada en régimen de gananciales. Asimismo, los créditos por costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y declaración del concurso incluyendo sus incidentes, se considerarán créditos contra la masa cuando su interven-

ción sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa. Tendrán la consideración de créditos contra la masa el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, y en caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 100. Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán por los trámites del incidente concursal ante el Juez del concurso.

El apartado 44 modifica la comunicación de créditos a que hace referencia el artículo 85, introduciendo adaptaciones a las nuevas tecnologías.

El apartado 45 introduce en el artículo 86 el supuesto de que no se haya presentado alguna declaración o autoliquidación que fuera precisa para la determinación de un crédito de derecho público o de los trabajadores.

Respecto a la clasificación de créditos, en los apartados 46 a 49 se contienen modificaciones de los artículos 90 a 93 de la Ley. En relación a los créditos privilegiados, se incluyen no sólo bienes hipotecados o pignora-dos, sino también derechos. Asimismo, la prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso. En relación a los créditos con privilegio general, se aclara que este privilegio alcanza al crédito por salarios que no tengan privilegio especial devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Del mismo modo, se

incluye como privilegiado el crédito correspondiente a los capitales coste de Seguridad Social de los que sea responsable directo el concursado. Se matiza lo relativo al crédito de “personas naturales derivado del trabajo personal no dependiente”, y se incorporan nuevos créditos con privilegio general.

En relación a los créditos subordinados, se excluye de esta categoría a los créditos comunicados tardíamente cuya existencia resulte de la documentación del deudor y aquellos que consten de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, así como los que hagan necesaria la actuación de comprobación de las Administraciones públicas para su determinación.

En la relación separada en la que se detallarán los créditos contra la masa, se indicará además el vencimiento de los mismos, según dispone el apartado 50, que modifica el artículo 94.4.

Los apartados 51 a 55 introducen modificaciones en el capítulo IV del título IV, relativo a la publicidad y a la impugnación del informe. En relación a las impugnaciones de inventario o de la lista de acreedores, se añade que cuando éstas afecten a menos del 20 por 100 del activo o del pasivo del concurso, el Juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación. Respecto a los problemas que se derivan de las comunicaciones tardías, así como de las nuevas comunicaciones, se introduce un procedimiento nuevo para la modificación de la lista de acreedores, artículos 97 bis, y 97 ter, que prevé los efectos de la modificación de la lista de acreedores.

El apartado 57 modifica el artículo 115 bis para reducir el plazo para la presentación de adhesiones en el caso de la tramitación escrita del convenio, de 90 días a dos meses. En este precepto también se reduce de dos meses a uno el plazo para presentar propuestas de convenio con arreglo al artículo 113. Estos plazos serán también de aplicación en los supuestos de propuesta anticipada, tal y como se contempla en la modificación que hace el apartado 59 del párrafo segundo del artículo 124.

En el apartado anterior, que modifica el artículo 122 sobre los acreedores sin derecho a voto, se amplía la excepción a los que hubieran adquirido su crédito por actos inter vivos después de la declaración del concurso como consecuencia de una realización forzosa o por una entidad sometida a supervisión financiera, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar a título universal.

En relación a la aprobación judicial del convenio y la eficacia del mismo, los apartados 60 a 63 dan mayor protagonismo a los acreedores en la aprobación de la propuesta de convenio, y determinan la legitimación de los administradores concursales para continuar los incidentes en curso, a pesar de su cese, modificando los artículos 128 a 133.

Las modificaciones de la fase de liquidación se contemplan en los apartados 64 a 74 del Anteproyecto. Se introduce una nueva previsión en el artículo 142, posibilitando que el deudor pueda pedir la liquidación “en cualquier momento”. En el nuevo apartado 3 de este precepto se prevé que en los supuestos de cese de actividad profesional o empresa-

rial, la administración concursal pueda también solicitar la apertura de la fase de liquidación. Se modifica el artículo 145.3 para que los administradores y liquidadores de la sociedad concursada sigan representando procesalmente a la sociedad concursada hasta la terminación del concurso.

Se modifica el artículo 148 para que, en todo caso, el Juez del concurso pueda, si lo estima oportuno, aprobar el plan o introducir modificaciones, rechazar parte de la propuesta o introducir algún mecanismo de control o publicidad de oficio. Asimismo, se suprime el segundo informe de la administración concursal.

Según el nuevo apartado 3 del artículo 149, el Auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme el artículo 91. La reforma también aclara cómo deberían ser pagados los créditos contra la masa, una vez abierta la fase de liquidación, cuando no haya bienes suficientes para ello.

Las modificaciones del título VI sobre la calificación del concurso se contemplan en los apartados 75 a 80. Se elimina la referencia a la formación de la sección de calificación del concurso en el artículo 163, ya que ésta no se formará si el deudor alcanza con sus acreedores un convenio anticipado (artículo 167). Se amplía el número de personas responsables de generar o agravar el estado de insol-

vencia en el supuesto de que el concursado fuera persona jurídica. Asimismo, se introduce el artículo 172 bis, sobre la responsabilidad concursal. En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

La conclusión y la reapertura del concurso, artículos 176 a 182, son objeto de modificación en los apartados 81 a 84 del Anteproyecto. Entre otras modificaciones destaca el nuevo artículo 176 bis, que incorpora precisiones para los supuestos de conclusión por insuficiencia de la masa activa, con garantías de reanudación del concurso cuando puedan ejercitarse acciones de reintegración. Previsiones que completan otros preceptos como el 178, según el cual la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos. Se añade en el 179 la posibilidad de que los acreedores soliciten la reapertura del concurso con la finalidad de ejercitar acciones de reintegración.

Los apartados 85 a 88 modifican el título VIII, comenzando por su rúbrica, que pasa a denominarse “De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado y del sistema de recursos”. Se da una nueva redacción al capítulo II del título VIII, y se incluyen los artículos 190, 191, 191 bis y 191 ter. De acuerdo con el nuevo artículo 190 el procedimien-

to abreviado se podrá aplicar por el Juez atendiendo a determinadas circunstancias. Se contemplan otra serie de supuestos, como la presentación por el deudor de la propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya determinada una modificación estructural, entre otros.

Se establece, además, la reversibilidad entre este procedimiento abreviado y el ordinario, de tal manera que el Juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, pueda en cualquier momento, a la vista de las circunstancias y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

Una de las piezas clave de la reforma en este punto, según recoge la Memoria que acompaña al Anteproyecto, es la posibilidad de corregir errores en la lista de acreedores y en el inventario, estableciendo el plazo y el procedimiento en caso de que el administrador acepte o no las impugnaciones.

Finalmente, los apartados 89 a 97 determinan las modificaciones de las disposiciones adicionales y finales. Se introduce una nueva disposición adicional segunda bis que prevé un régimen especial aplicable a entidades deportivas. La nueva disposición adicional cuarta, regula los acuerdos de refinanciación con la finalidad de asegurar la continuidad de la actividad empresarial, impidiendo su impugnación por quienes no sean parte del

acuerdo. Se añade una disposición adicional quinta, sobre las escrituras públicas de formalización de los acuerdos de refinanciación, y una disposición adicional sexta, sobre el concepto de grupo de sociedades.

Respecto a las disposiciones finales, el apartado 2º del artículo 13 del Código de Comercio, cuya redacción se contiene en la disposición final segunda, viene a recuperar la redacción que tenía antes de la aprobación de la Ley Concursal, respecto a la incompatibilidad para ejercer el comercio. Se añade un nuevo apartado 4 a la disposición final undécima para modificar el artículo 164 de la Ley General Tributaria. Se modifica también la Ley del Impuesto del Valor Añadido, mediante la introducción en la Ley Concursal de una nueva disposición final undécima bis. Se modifica el artículo 33.3 del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo un nuevo apartado a la disposición final decimocuarta, y la disposición final trigésima modifica la Ley de Navegación aérea.

El Anteproyecto concluye con una disposición transitoria única, sobre procedimientos concursales en tramitación, una disposición derogatoria única, que deroga los artículos 5.3, 98, 142 bis y el apartado 7 de la disposición final segunda de la Ley Concursal, una disposición final primera que contempla el título competencial y una disposición final segunda que determina su entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

3. Observaciones generales

Entre los objetivos planteados en el Anteproyecto que se le somete a dictamen, el CES comparte el principal que es el de evitar la liquidación de las empresas en situación concursal y lograr su supervivencia y continuidad.

Junto con el objetivo de asegurar la continuidad y viabilidad de las actividades económicas y de los proyectos empresariales, el CES comparte asimismo otros fines de la reforma como son agilizar los procedimientos, profundizar la implantación en ellos de nuevas tecnologías de la comunicación o abaratar su alto coste temporal y económico, entre otros. Asimismo, el CES considera que el Anteproyecto incorpora determinadas novedades técnicas que pueden suponer mejoras de cara a algunos de tales objetivos, entre otras las dirigidas a lograr una mayor agilidad en la tramitación de los procedimientos concursales.

En la actualidad, el creciente número de concursos, el alargamiento de la duración media de los procedimientos, incluida la pérdida de eficacia del procedimiento abreviado, o las elevadas cifras sobre liquidación de empresas concursadas configuran un panorama de la gestión de las insolvencias que se ha ido alejando de los parámetros de eficacia y eficiencia pretendidos por la reforma y modernización de nuestro sistema concursal. De ahí que, a juicio del CES, parezca oportuno introducir ajustes y correcciones de distinta intensidad y calado en relación con los problemas que se han ido poniendo de manifiesto

y que se han acentuado como consecuencia de la aguda crisis económica de los últimos años. Al mismo tiempo, es preciso también en opinión del CES que la consecución de objetivos de agilidad y de eficiencia en los mecanismos concursales se lleve a cabo aplicando opciones de política legislativa que tengan suficientemente en cuenta la pluralidad y la diversidad de los intereses en presencia (créditos laborales, financieros, de proveedores, de las Administraciones públicas y otros créditos) y que ponderen adecuadamente los mismos a fin de buscar soluciones equilibradas.

El CES desea llamar la atención acerca de que los objetivos y principios que inspiran la reforma no siempre encuentran su correspondencia en el articulado del Anteproyecto o se plasman adecuadamente en el mismo. Tal es el caso, entre otros, de la posición en que quedan los créditos laborales, como se expone en las observaciones particulares.

Asimismo, a juicio del CES dichos objetivos no se plasman adecuadamente en relación con el nuevo tratamiento del procedimiento abreviado, al tiempo que se echan en falta modificaciones susceptibles de mejorar sustantivamente lo relativo al concurso de los particulares no empresarios.

El CES comparte, pues, el propósito de favorecer la continuidad y la viabilidad de las empresas concursadas y evitar la liquidación de las mismas. Este objetivo ya estaba presente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, si bien la experiencia práctica de la actividad

concurstal ha puesto en entredicho el cumplimiento del mismo, puesto que cerca del 90 por 100 de las empresas concursadas derivan en un proceso de liquidación.

La trascendencia de los objetivos de supervivencia de las empresas que pueden verse abocadas a una insolvencia inminente o que han entrado en esa situación, junto a la realidad que reflejan las cifras de liquidaciones, habrían hecho aconsejable, a juicio del CES, poner en marcha una batería más amplia de medidas capaces de revertir esta tendencia y de lograr el impacto deseado. Siendo deseable que se facilite y se fomente la refinanciación, parece cuestionable que la sola medida de introducir nuevas garantías reforzadas para los recursos destinados a la refinanciación de las empresas pueda invertir una tendencia tan acentuada hacia la liquidación, sin perjuicio de otras consideraciones que se formulan más adelante en las observaciones particulares en relación con esta medida.

Dentro de las medidas para alcanzar esos objetivos, el CES apoya al mismo tiempo impulsar iniciativas tendentes a facilitar la continuidad de la actividad empresarial por parte de los propios trabajadores a través de las diferentes fórmulas de economía social existentes y especialmente cuando, por unanimidad, acuerden la adquisición en los supuestos de enajenación unitaria del establecimiento o de la explotación. El Juez del concurso debería velar especialmente por este proceso, si se produjera.

En este ámbito de consideraciones, aunque el Anteproyecto no modifica el artículo

100 de la Ley, relativo al contenido de la propuesta de convenio, a juicio del CES podría ser aconsejable flexibilizar la posibilidad de que el Juez del concurso pueda autorizar la superación de los límites contenidos en el apartado 1 de dicho artículo, por ejemplo ampliando la referencia que se hace a las “empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía”, todo ello introduciendo las necesarias garantías para los acreedores en tales supuestos.

El CES desea llamar la atención sobre el hecho de que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, habrá sido objeto, desde su entrada en vigor y una vez que se apruebe la norma que ahora se proyecta, de diversas y sucesivas reformas de calado viéndose afectados múltiples artículos y disposiciones de la misma, haciendo que resulte más complejo su manejo y su conocimiento. Por ello, en opinión del CES y en línea con lo manifestado en anteriores dictámenes, sería aconsejable que se proceda a elaborar, a la mayor celeridad posible, un Texto Refundido en esta materia en aras de preservar y de garantizar de manera adecuada la necesaria seguridad jurídica.

Por último, como ya ha manifestado en otro reciente dictamen, el CES expresa una valoración favorable en relación con la documentación que acompaña al Anteproyecto sometido a dictamen y considera que la Memoria del análisis de impacto normativo que se aporta permite una mejor comprensión y valoración de los cambios planteados, facilitando la labor consultiva de este órgano.

4. Observaciones particulares

Artículo único, apartado 1

El apartado 1 del artículo único del Anteproyecto añade un nuevo artículo 5 bis a la Ley, en el que se establece que no será exigible al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso, en el plazo que señala el artículo 5 de la Ley, si, antes del vencimiento de dicho plazo, comunica al juzgado competente el inicio de las negociaciones oportunas para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Transcurridos tres meses desde esta comunicación, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que desaparezca la situación de insolvencia.

Esta prórroga que se otorga al deudor para solicitar la declaración de concurso cuando comunique el inicio de tales negociaciones ya se recoge en el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 22/2003, que quedaría derogado por la disposición derogatoria única del Anteproyecto. En opinión del CES, el nuevo artículo 5 bis que reproduce el plazo otorgado al deudor en el actual artículo 5.3 para la comunicación del inicio de negociaciones incluye, como novedad principal, la comunicación del inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. El CES entiende que las novedades que incorpora este nuevo precepto podrían haberse contemplado modificando simplemente el apartado 3 del artículo 5, en lugar de introducir un nuevo artículo 5 bis.

Artículo único, apartado 2

El apartado 2 del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 6, apartado 2, 4º, de la Ley. El Anteproyecto hace referencia a la relación de acreedores que deberá presentar el deudor en la solicitud de declaración del concurso. La modificación que propone el Anteproyecto introduce la posibilidad de que en la relación de acreedores se incluya, en su caso, la dirección electrónica de los mismos. En relación con este aspecto, y aun manifestando su plena coincidencia con el mismo, en opinión del CES habría sido deseable una mayor ambición en la implantación de procedimientos electrónicos en las distintas fases del proceso concursal, en línea con los objetivos del Anteproyecto que se han comentado en las observaciones generales. De esta forma, se estima necesario que el Anteproyecto contemple la integración en el concurso de elementos como la firma electrónica o la comunicación electrónica entre las distintas partes a fin de lograr una mayor modernización tecnológica del proceso.

Artículo único, apartado 13

En este apartado, el Anteproyecto introduce un nuevo capítulo, el III, al título I (artículos 25, 25 bis y 25 ter) bajo la rúbrica “De los concursos conexos” en el que se regulan, entre otros aspectos, la posibilidad de solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores que formen parte del mis-

mo grupo de sociedades, la acumulación de concursos ya declarados de quienes formen parte de un grupo de sociedades, así como la tramitación coordinada de los concursos. En relación con este último aspecto, se sienta una regla general de no consolidación de las masas de los concursos declarados conjuntamente y acumulados, salvo en supuestos excepcionales, en un sentido limitativo.

Sin embargo, a pesar de darse un paso más con tales nuevos preceptos en la regulación técnica de algunos aspectos de la insolvencia en sociedades integrantes de grupos de empresas, a juicio del CES, se deja pasar la ocasión para abordar más sustantivamente los problemas de fondo que plantean tales grupos, no sólo en relación con los derechos de los trabajadores afectados por el concurso, en el caso de insolvencia de la sociedad empleadora de los mismos cuando ésta forme parte del grupo, sino también para las relaciones entre las empresas del grupo y sus efectos.

Artículo único, apartado 14

En este apartado se modifica el artículo 27 de la Ley, relativo a la composición de la administración concursal.

Dado que los trabajadores son interesados principales en la continuidad de la empresa, el CES considera conveniente la introducción en dicho artículo de una fórmula que facilite, en mayor medida, la participación de sus representantes en la designación de los administradores concursales.

Por otra parte, en opinión del CES, resulta necesaria la aprobación en un plazo breve

del reglamento que determine el arancel aplicable para la retribución de la administración concursal, dando cumplimiento a la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 34 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que a su vez fue introducida en la reciente reforma llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

El CES considera, por último, que se debería regular en este artículo, con alcance general, la figura del administrador único, estableciendo las condiciones subjetivas de nombramiento y su ámbito de actuación.

Artículo único, apartado 36

El apartado 36 del artículo único del Anteproyecto contiene la modificación de diversos apartados del artículo 64 de la Ley, relativo a los contratos de trabajo. Al respecto, el CES desea hacer las siguientes consideraciones.

El Anteproyecto prevé diversos cambios e incorporaciones en el apartado 1 del artículo 64 de la Ley concursal. En primer lugar, incorpora un nuevo párrafo 2º en el que se establece el deber de la autoridad laboral de remitir lo actuado al Juez del concurso, si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un ERE. En relación con ello, el CES considera que la autoridad laboral debe mantener la competencia para tramitar el expediente hasta el momento de resolver, remitiendo el mismo al Juez del concurso para su resolución.

En segundo lugar, el Anteproyecto incorpora un párrafo 3º en el que se prevén los efectos de que a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud de ERE. En tal caso, prevé el Anteproyecto que “corresponderá a la administración concursal hacer uso de dicha autorización”.

A juicio del CES, no se entiende el alcance y significado que quepa atribuir a la expresión “hacer uso de dicha autorización”. Desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, la expresión acotada genera confusión ya que no parece resultar de la misma un mandato concluyente. Por ello, el CES considera que el Anteproyecto debería ajustarse más en su redacción y establecer que debe darse cumplimiento a la misma en sus términos, en línea con el contenido de la Memoria explicativa que lo acompaña.

La modificación que prevé el Anteproyecto en el artículo 64.2 de la Ley concursal incorpora un nuevo párrafo, el segundo, que regula el supuesto en el que no exista representación legal de los trabajadores a efectos de la solicitud al Juez del concurso de adopción de alguna de las medidas colectivas que se recogen en el precepto. En tales casos, se prevé que los trabajadores puedan atribuir su representación a una comisión ad hoc, salvo que el Juez acuerde, en su lugar, la intervención de los sindicatos más representativos.

Al respecto, el CES valora favorablemente la posibilidad abierta a la intervención de las organizaciones sindicales más representativas, en los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores, y conside-

ra que la efectiva participación de éstas en tales casos constituye la solución más viable y funcional de cara a la tramitación y gestión de estos procedimientos colectivos, frente a otro tipo de fórmulas que generan confusión y no ofrecen seguridad. En relación con ello, además, sería aconsejable incluir en dicha referencia a los sindicatos representativos en ámbitos territoriales y funcionales específicos, contemplados en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad sindical (LOLS).

El apartado 5 del artículo 64 de la Ley, en la redacción del Anteproyecto, prevé que el Juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas, una vez recibida la solicitud que exponga las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se propongan alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad de la empresa y del empleo.

A juicio del CES, en el supuesto de que en esta fase se alegue y se presenten indicios razonables y suficientes por los representantes de los trabajadores de que la empresa afectada por la insolvencia pertenece a un grupo de sociedades, en línea con lo expuesto en anteriores observaciones, ello debería conllevar que el Juez considerase especialmente los derechos de los trabajadores afectados por el concurso y también las relaciones entre las empresas del grupo y sus efectos, a cuyo fin podrá decidir su comparecencia en el expediente.

En este mismo apartado 5 del artículo 64, el Anteproyecto añade un último párra-

fo que contempla la posibilidad de que el Juez, a instancia del concursado, de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación.

La redacción del precepto utilizando el término “podrá” deja al Juez la posibilidad de aceptar o no esta sustitución, aunque así lo soliciten las partes legitimadas, por lo que, a juicio del CES, debería primarse la autonomía de las partes y establecerse que procederá la autorización por parte del Juez de esta vía siempre que así lo soliciten las partes legitimadas de común acuerdo.

A su vez, en el párrafo cuarto se establece la fijación de indemnizaciones en el acuerdo. Específicamente, se prevé que las indemnizaciones acordadas se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral. A juicio del CES, sería aconsejable aclarar la redacción en línea con lo que, en este punto, recoge expresamente la Memoria del Análisis del Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto.

El apartado 10 del artículo 64 de la Ley queda modificado sustancialmente en la redacción del Anteproyecto. Así, mientras que en la Ley se hace referencia a que “las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo”, en la redacción del Anteproyecto se hace referencia a “las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Es-

tatuto de los Trabajadores”, comprendidas por tanto las restantes causas resolutorias, entre ellas, las basadas en el menoscabo de la dignidad del trabajador; asimismo, se introduce un párrafo segundo sobre la suspensión de todos los procesos individuales pendientes, y, por último, se introduce un párrafo tercero que prevé efectos de cosa juzgada del Auto que acuerde la extinción colectiva sobre dichos procesos individuales.

En opinión del CES, resulta desproporcionado extender el carácter de extinciones de carácter colectivo a todas las acciones resolutorias individuales del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, más allá de las basadas en el impago o retraso continuado en el abono salarial, pudiendo dar lugar a situaciones de desprotección cuando concurren, por ejemplo, comportamientos atentatorios de la dignidad del trabajador. Por ello, considera que el efecto suspensivo sólo debería aplicarse a los procedimientos derivados del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, o, en todo caso, que si se alegan otras causas además de la anterior, dicha suspensión alcance sólo a las de naturaleza económica pero no así a otro tipo de reclamaciones. Además, el CES considera que la suspensión de los procesos individuales hasta que adquiera firmeza el Auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva sólo debería afectar a la empresa concursada, pero no a otros posibles demandados solidarios en supuestos de existencia de un grupo de empresas, en línea con anteriores observaciones.

Artículo único, apartado 40

Este apartado modifica el artículo 74 de la actual Ley, relativo al plazo de presentación del informe de los administradores concursales. Hasta ahora, en el apartado 2 de la Ley se establece que el plazo de dos meses establecido para la presentación del informe puede ser prorrogado por el Juez en determinadas circunstancias por un tiempo no superior a un mes. Sin embargo, en el Anteproyecto objeto de dictamen se amplía la posibilidad de dicha prórroga hasta los dos meses. En opinión del CES, se deberían aclarar las razones para la ampliación de dicho plazo, toda vez que entre los objetivos declarados en el Anteproyecto figura el de reducir el alto coste temporal de los procedimientos concursales.

En este mismo apartado 2, en el punto 1º, el CES considera que no está suficientemente aclarada o justificada la adición que se contempla relativa a que el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no pueda solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional. Similar observación se podría hacer del nuevo punto 2º de este mismo apartado, cuya redacción, que señala que el plazo de presentación podrá ser prorrogado por el Juez si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo, es en opinión del CES de difícil comprensión, por lo que sería conveniente que se aclarase.

Por otro lado, respecto a la modificación de la Ley prevista en el nuevo apartado 3 del Artículo 74, que prevé que por cada mil acreedores los administradores concursales dispondrán de un mes más, hasta un máximo de seis, para presentar el informe, el CES considera que en este caso debería primar el objetivo de reducir el coste temporal mediante el refuerzo con los medios auxiliares que sean necesarios frente al objetivo de reducción del coste económico, siempre que el Juez decida que el posible incremento del coste económico con dicha ampliación de medios no sea excesivo.

Artículo único, apartado 43

En este apartado se modifica el artículo 84.1 de la Ley, así como el primer párrafo y los números 1º, 2º, 5º, 10º y 11º del apartado 2. El actual número 11º del apartado 2 pasa a ser el 12º y se añaden tres nuevos apartados 3, 4 y 5.

En relación con el número 1º del apartado 2 del artículo 84, el Anteproyecto prevé que tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. En la aplicación que se ha venido haciendo de la Ley Concursal, en este punto, ha prevalecido una consideración de los treinta días a los que hace referencia el precepto como días naturales, lo que, a juicio del CES, no puede ser compartido, sin que la modificación que lleva a cabo el Anteproyecto sea suficiente para aclarar esta cuestión,

dado el carácter equívoco que puede tener la referencia al trabajo efectivo. Por ello, compartiendo el propósito que subyace a la norma proyectada, sería deseable que el Anteproyecto hiciese referencia a los últimos treinta días trabajados por cada trabajador con anterioridad a la declaración de concurso.

Artículo único, apartados 38, 43, 47 y 90

Los apartados 38, 43, 47 y 90 del Anteproyecto, de modificación respectivamente de los artículos 71.6, 84.2, 11º, 91.6º y de la disposición adicional cuarta de la Ley recogen diversas medidas con las que se persigue incentivar los acuerdos de refinanciación a fin de favorecer la continuidad y la viabilidad de las empresas concursadas. En particular, dentro de tales medidas y entre otras, se introduce un tratamiento más favorable de los nuevos créditos obtenidos para la refinanciación de las empresas (apartados 43 y 47). De este modo, el Anteproyecto prevé que el 50 por 100 de los nuevos créditos obtenidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que supongan nuevos ingresos de tesorería pasen a tener la consideración de créditos contra la masa. Asimismo, se atribuye al otro 50 por 100 la condición nueva de crédito con privilegio general. Además, el Anteproyecto prevé que, en caso de liquidación, también gozarán de la condición prioritaria de créditos contra la masa los nuevos créditos concedidos en el marco del convenio cuando se den las circunstancias contempladas en el artículo 100.5 de la Ley.

Como ya se ha manifestado en las observaciones de carácter general y en anteriores

particulares, el CES valora favorablemente y comparte plenamente los objetivos de asegurar la continuidad de las actividades empresariales y profesionales, ante el riesgo o el hecho de la insolvencia, y considera que debería adoptarse un amplio conjunto o batería de medidas eficaces de cara a ese objetivo fundamental. En ese sentido, el contar con medidas que favorezcan las facilidades de refinanciación de las empresas en dificultades puede contribuir, dentro de estrategias de políticas más ambiciosas, a tales fines, siendo deseable que, al mismo tiempo, constituyan soluciones equilibradas que tengan en cuenta además el conjunto de intereses y de situaciones en presencia. Ahora bien, la concreta regulación de las garantías reforzadas que prevé el Anteproyecto en relación con los nuevos créditos para refinanciación no parece una solución equilibrada, como sería deseable, toda vez que plantea un perjuicio desproporcionado para otros acreedores, y en particular para los créditos laborales, que, en cualquier caso, deben tener un tratamiento preferente respecto de los créditos de nuevo ingreso del artículo 71 y del artículo 100.

Artículo único, apartado 46

En este apartado, el Anteproyecto prevé que se modifican los números 1º y 4º del apartado 1 del artículo 90, así como que se da nueva redacción al apartado 2 de dicho precepto.

El CES llama la atención acerca de que, a pesar de dicho enunciado, no se recoge en el texto del Anteproyecto la anunciada nueva redacción del apartado 2 del artículo 90.

Artículo único, apartados 43 y 96

El apartado 43 efectúa una serie de modificaciones en el artículo 84 de la Ley, relativo a los créditos concursales y a los créditos contra la masa. En concreto, se añade un nuevo apartado quinto a dicho artículo, en el que se establece que una vez satisfechas las prestaciones oportunas conforme a su propia normativa, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) se subrogará en los créditos de los trabajadores manteniéndose la misma clasificación de aquéllos y con arreglo a lo establecido en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, el apartado 96 añade un nuevo apartado tercero a la disposición final decimocuarta de la Ley, relativa a la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Este último lleva a cabo diversas modificaciones en el apartado tercero del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores concerniente al FOGASA. En concreto, se introduce una serie de reglas que deberán ser tenidas en cuenta a los efectos del abono, por parte del FOGASA, de las cantidades que sean finalmente reconocidas a favor de los trabajadores en el seno del concurso. La tercera de dichas reglas prevé que, en todo caso, la indemnización que corresponda abonar al FOGASA se reducirá en las cantidades que, por cualquier concepto procedente del acuerdo extintivo, hubieran sido ya percibidas por los trabajadores.

Por lo que respecta a la subrogación del FOGASA en los créditos de los trabajadores, a juicio del CES, se debería concretar o especificar claramente que dicha subrogación se entenderá producida en la fecha en que se acredite el pago efectivo a los trabajadores por

parte del FOGASA y no en la de vencimiento del crédito laboral.

Por otro lado, el CES considera que la citada regla tercera, nueva, puede plantear más problemas que soluciones, por lo que debería suprimirse del Anteproyecto.

Artículo único, apartado 57

El apartado 57 del artículo único del Anteproyecto modifica los apartados 1, 2 y 5 del artículo 115 bis, cuyo párrafo primero se suprime. Dicho párrafo introductorio determina que para la tramitación escrita del concurso se tendrán en cuenta las reglas que a continuación se enumeran. Al eliminar dicho párrafo que califica como reglas el contenido de los párrafos siguientes, carece de concordancia, desde el punto de vista de técnica jurídica, seguir refiriéndose a la “regla anterior” o la “regla primera”, siendo más acertado remitirse simplemente al “apartado anterior” o al “apartado primero”, evitando así referencias a términos suprimidos por el Anteproyecto.

Artículo único, apartado 64

Mediante el apartado 64 se da nueva redacción al artículo 142 de la Ley Concursal, relativo a la apertura de la liquidación a solicitud del deudor, del acreedor o de la administración concursal. El apartado 3 del artículo 142 de la Ley, en la nueva redacción, prevé que sea la administración concursal la que pueda solicitar la apertura de dicha fase en caso de cese de la actividad profesional o empresarial.

A juicio del CES, en este precepto debería haber una remisión a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley, en coherencia con lo regulado en otros preceptos para los casos de liquidación, entre otros y a título de ejemplo la previsión contenida en el artículo 149.1,2ª, si la liquidación da lugar a las medidas colectivas sobre las relaciones de trabajo contempladas.

Artículo único, apartado 77

El apartado 77 del Anteproyecto modifica el artículo 167 de la Ley, relativo a la formación de la sección sexta. En el párrafo segundo se establece que no procederá la formación de esta sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio anticipado en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

En opinión del CES, la intención del Anteproyecto, tal y como dice la Memoria que lo acompaña, de incentivar la solución rápida y barata del concurso no puede servir para restar garantías al concurso evitando la posibilidad de que sea calificado como culpable.

Artículo único, apartado 87

El apartado 87 contiene una nueva redacción al capítulo II del título VIII de la Ley, relativo al procedimiento abreviado. En concreto, dicha redacción modifica los artículos 190 y 191 e incluye dos nuevos artículos, el 191 bis, relativo a las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con propuesta de convenio y el 191 ter, concerniente a las especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación. En relación con el apartado primero del artículo 190, en el que se establecen las circunstancias en base a las cuales el Juez podrá aplicar este procedimiento, el CES considera que la interpretación correcta de éstas es que las mismas constituyen una serie de criterios orientativos para el Juez que, en todo caso, no son acumulativos.

Asimismo, en relación con las circunstancias que el Juez ha de considerar para aplicar este procedimiento, a juicio del CES no parece justificado que el umbral de la estimación inicial del pasivo del deudor no tenga que superar los cinco millones de euros, siendo aconsejable mantener la previsión que recoge, en este sentido, la Ley vigente.

5. Conclusiones

El CES remite las conclusiones del presente dictamen a las que se desprenden de lo expresado de las observaciones generales y particulares contenidas en el mismo.

Madrid, 23 de febrero de 2011

Vº. Bº El Presidente
Marcos Peña Pinto

La Secretaria General
Soledad Córdova Garrido

Voto particular que formulan los Consejeros de UGT, CCOO y CIG, pertenecientes al Grupo Primero, así como el Consejero don Fernando Valdés Dal-Ré, perteneciente al Grupo Tercero

De conformidad con el artículo 43 del Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno del Consejo Económico y Social, y previo anuncio y explicación de voto, y en base a las razones expuestas en la sesión del organismo de 23 de febrero de 2011, los Consejeros de UGT, CCOO y CIG presentan el siguiente voto particular al dictamen aprobado sobre el anteproyecto de ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Los Consejeros que suscriben el presente voto particular consideran que desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se ha constatado el incumplimiento de uno de los objetivos más importantes que se decía perseguir, consistente en la continuidad de la actividad empresarial del concursado y en el mantenimiento de todos o parte de los puestos de trabajo. Contrariando dicho objetivo, la mayoría de los procedimientos concursales, a lo largo de estos años, han terminado con la liquidación de la empresa y la pérdida de todos los empleos.

El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que modificó la Ley Concursal, trató de dar respuesta a ese problema, agravado por la intensidad de la crisis económica, facilitando la refinanciación de las empresas que pudieran atravesar dificultades financieras que no llevaran ineludiblemente a la insolvencia, mediante acuerdos preconcursales que garantizaban que los préstamos nuevos o de

refinanciación que otorgaran las entidades financieras no serían susceptibles de acciones de reintegro en caso de posteriores situaciones concursales.

Ahora el Anteproyecto de Ley sometido a dictamen del Consejo Económico y Social, además de otras reformas y mejoras técnicas indudables, bajo la pretensión de dar un paso más en la misma dirección, amplía la regulación de los acuerdos extrajudiciales de refinanciación de deuda, preconcursales, extendiendo lo que llama “escudos protectores” de esa financiación. En tal sentido y por lo pronto, la reforma proyectada considera que el 50 por 100 del dinero nuevo (*fresh money*) de la refinanciación tendrá la condición de crédito contra la masa (art. 84.3.11º), aun cuando temporalmente sea una deuda anterior al concurso y, por tanto, hubiera debido tener en caso de declararse éste la naturaleza de crédito concursal. Adicionalmente, dicha reforma atribuye al otro 50 por 100 la condición, absolutamente nueva, de crédito con privilegio general (art. 91.6º).

Asimismo se contempla en el Anteproyecto que, en el supuesto de liquidación, tendrán en todo caso la consideración de créditos contra la masa la totalidad de los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio de acreedores, necesarios para financiar el plan de viabilidad (art. 84.3.11º segundo párrafo).

Para los Consejeros firmantes estas modificaciones significan un reforzamiento muy importante y completamente desproporcionado de la posición de las entidades financieras en el concurso y ante la masa activa, que se añade a otros aspectos que ya figuraban en la redacción vigente de la Ley Concursal, en perjuicio de otros acreedores, fundamentalmente los trabajadores.

En efecto, la inclusión como créditos contra la masa del 50 por 100 de los créditos para tesorería –sin garantía real– que se concedan en un acuerdo de refinanciación preconcursal, además de romper la lógica del concurso y la ordenada clasificación de los créditos que el legislador ha venido preconizando desde la inicial Ley Concursal, implicará en la práctica de una empresa que siga teniendo dificultades para continuar la actividad; y más aún si se ve abocada al cierre y liquidación. En esta hipótesis y muy probablemente, los primeros, y normalmente los únicos, que cobren de la masa serán los acreedores financieros que hayan concedido aquellos préstamos de tesorería, dado que la Ley Concursal incluye el criterio de que los créditos contra la masa se pagarán a su vencimiento (ahora en el Anteproyecto en el art. 84.3) y la habitualidad en la formalización de los contratos de préstamo es que incluyan una cláusula que establece que de incumplirse el pago de unos de los plazos, el acreedor podrá exigir el vencimiento de la totalidad de la deuda.

La consecuencia es que el resto de los acreedores contra la masa, entre ellos fundamentalmente los trabajadores con créditos por salarios y/o por indemnizaciones por des-

pido en el ERE del concurso, cobrarán siempre con posterioridad a los bancos, incluso, reiteramos, aunque no sean créditos con garantía real, y en muchos casos no cobrarán, porque aquéllos se habrán literalmente llevado toda la masa activa.

Esta regulación tiene, por otro lado, una vertiente complementaria que supone dar marcha atrás a uno de los principios más importantes de la primitiva y actualmente vigente Ley Concursal, cual es la consideración como créditos subordinados de los que “fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor” (art. 92.5º), cuales son entre otras los socios titulares de un porcentaje del capital social (5 ó 10 por 100, según los casos), los administradores de hecho o de derecho y los apoderados generales, así como las sociedades del mismo grupo empresarial y sus socios, excluyendo del “dominio” del concurso a esas personas, como ocurría en muchos casos en las antiguas suspensiones de pagos.

Pero ahora, de prosperar la nueva redacción que se propone en el Anteproyecto, si esas personas especialmente relacionadas con la empresa concursada fueran las que, en el marco de un acuerdo de financiación preconcursal, en lugar de capitalizar la empresa, concedieran préstamos de tesorería o “dinero fresco”, su crédito dejará de ser subordinado, para ser un 50 por 100 crédito contra la masa y el otro 50 por 100 crédito concursal con privilegio general, posibilitando de nuevo su “dominio” del concurso.

Los Consejeros que formulan el voto particular, si bien valoran de manera positiva

las observaciones incluidas sobre la materia en el dictamen aprobado por el Pleno del Consejo que inciden en la necesaria protección de los créditos laborales, consideran que la propuesta del Anteproyecto es totalmente rechazable por las razones señaladas.

Los Consejeros que suscriben el presente voto particular plantean además como motivo de discrepancia, y en primer lugar, su disconformidad con la circunstancia de la atribución al Juez Mercantil de la competencia en los procedimientos laborales declarativos en el artículo 64 de la Ley Concursal. Este precepto atribuye al Juez Mercantil las acciones laborales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, además de los contratos de alta dirección (art. 65 LC).

Ya con ocasión del dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma concursal, aprobado en la sesión extraordinaria del Pleno del Consejo Económico y Social el día 7 de noviembre de 2001, y en el voto particular suscrito, entre otros, por los Consejeros pertenecientes a las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CIG, se consideró que se trataba de un cambio completamente innecesario y que atentaba contra los derechos de los trabajadores. Además, esa reforma sugería cierto perjuicio contra las autoridades laborales y los Jueces de lo Social, porque suponía que son más favorables a los trabajadores, cuando la verdad es que lo que se les puede atribuir es su profundo conocimiento o un mejor conocimiento de las problemáticas sociolaborales, tanto empresariales como laborales.

La experiencia viene mostrando que los Jueces de lo Mercantil, salvo honrosas excepciones, no conocen suficientemente la perspectiva sociolaboral, y no intervienen en los despidos colectivos mediando entre las partes, limitándose en el mejor de los casos a ratificar los acuerdos entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal (lo impone la Ley); y, si no hay acuerdo, resuelven los contratos de trabajo fijando indemnizaciones de 20 días/año. Además, en la práctica y a pesar de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, la normativa vigente viene produciendo otros efectos en perjuicio de los trabajadores, entre ellos el alarmante e injustificado retraso en el acceso a las prestaciones de desempleo, en una situación de indefensión absoluta, lo que resulta de todo punto inadmisibles.

Por ello, y pese a algunas mejoras incorporadas en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal sometido a dictamen, y de las observaciones recogidas en el dictamen aprobado por el Consejo sobre esta materia, los Consejeros firmantes reiteran que se devuelva la competencia para resolver los expedientes de regulación de empleo de las empresas en concurso a la autoridad laboral, que además de ser órgano experimentado y buen conocedor de los problemas y conflictos sociolaborales, tiene la capacidad y perspectiva de valorar otros intereses públicos generales tales como los locales, los del sector, etc. La devolución de la competencia a la autoridad laboral facilitaría que se pudieran resolver muy rápidamente las situaciones

de empresas abocadas al cierre y sin liquidez, con acceso al desempleo más rápido.

Esta modificación tendría aún más valor y coherencia dado que el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Social que ha sido remitido recientemente al Congreso de los Diputados por el Gobierno, atribuye la competencia para conocer de las resoluciones de los citados expedientes de regulación de empleo, dictadas por las autoridades laborales, a la Jurisdicción Social, invalidando, por tanto, los argumentos que sobre la dispersión jurisdiccional se han venido utilizando para rechazar la competencia de la referida Jurisdicción.

La modificación de fondo del artículo 64 de la Ley Concursal implica también aplicar la normativa estatutaria relativa a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y traslados, en ambos casos de carácter colectivo, y devolver a los Juzgados de lo Social la competencia en materia de acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) ET.

Consideramos que ninguna de estas modificaciones que se proponen altera sustancialmente la verdadera naturaleza del concurso, que es en definitiva la de un procedimiento de ejecución universal, por lo que es absolutamente innecesario atribuir al Juez del concurso funciones declarativas distintas de las estrictamente vinculadas a la propia función concursal, como el reconocimiento y clasificación de los créditos.

Sin embargo, constatamos que el Anteproyecto consolida la competencia del Juez Mercantil en estas materias.

Por otra parte, la Ley Concursal atribuyó al Juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de toda ejecución contra el concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado (art. 8.3). Esta regulación implicó un cambio absolutamente sustancial sobre la regulación precedente en materia laboral, pues con la normativa anterior, y desde tiempo inmemorial, el Juez de lo Social no sólo conocía del proceso judicial principal, declarando y reconociendo los derechos, sino que asimismo ejecutaba las sentencias que dictaba, también en el caso de empresas en quiebra o en suspensión de pagos.

La desaparición de la ejecución separada por los Jueces de lo Social ha acarreado un grave problema para los trabajadores, ya que en la totalidad de los concursos se retrasa el cobro de los salarios e indemnizaciones, incluso tratándose de créditos privilegiados. Por ello hemos venido defendiendo y proponiendo que la ejecución de los créditos de los trabajadores no debía esperar, pues detrás de las deudas laborales hay situaciones familiares vinculadas a necesidades vitales de los trabajadores y de sus familias, en contraposición con otros acreedores públicos o privados en cuyos créditos no están en general en juego intereses comparables.

La finalidad del proceso concursal efectivamente es ordenar y calificar los créditos, determinar qué se debe y en qué orden hay que pagar lo que se debe. Esto significa que el Juez que ejecute un título judicial o no judicial que reconoce un crédito de un trabajador frente a su empresa en concurso, lo haga de acuerdo con la clasificación de los créditos que haya

declarado el Juez del concurso, y no discrecionalmente.

Pero, a juicio de los Consejeros firmantes, esto no tiene por qué relacionarse con que los créditos laborales se paralicen hasta que haya un acuerdo en el concurso de acreedores. La consecuencia de este último criterio normativo es un tratamiento más negativo para los créditos de los trabajadores que el tratamiento que la propia Ley prevé para la Administración, para los créditos administrativos, tributarios o de Seguridad Social; incluso, lo que es mucho más grave, para los créditos de las entidades financieras, de los créditos con garantía real, hipotecas, etcétera, en cuyo tratamiento se produce una verdadera discriminación en relación con el tratamiento de los créditos de los trabajadores.

El artículo 56 de la Ley Concursal determina, en efecto, que los créditos con garantía real sobre bienes del concursado no afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva de su titularidad se pueden ejecutar de forma inmediata. Y si el crédito con garantía hipotecaria lo fuera sobre un inmueble afecto a la actividad empresarial, las entidades financieras titulares del mismo no pueden ejecutarlo hasta que se apruebe el convenio de acreedores o transcurra un año desde la declaración del concurso sin apertura de la liquidación. Es decir, los bancos y cajas a lo sumo tienen que esperar un año para ejecutar su crédito hipotecario. Y el artículo 57 de la misma Ley establece que el ejercicio de la acción de ejecución de una garantía hipotecaria que lleve a cabo una entidad financiera, en los términos del artículo ante-

rior, se llevará a cabo ante el Juez del concurso tramitándose en pieza separada.

En razón de ello hemos planteado que, para evitar el grave perjuicio que vienen teniendo los trabajadores en el concurso, la ejecución de los créditos laborales vuelva a ser competencia de los Jueces del Orden Social de la jurisdicción y no del Juez Mercantil, si bien con dos matices. El primero, en coherencia con la finalidad del concurso de ordenar y clasificar los créditos, que su ejecución lo sea de conformidad con la clasificación que haya declarado el Juez del concurso. La segunda, que los créditos de los trabajadores queden en suspenso únicamente hasta la aprobación del convenio de acreedores o como máximo hasta el transcurso de un año desde la declaración del concurso. Se trata, en definitiva, del mismo tratamiento que los créditos hipotecarios de las entidades financieras que tengan garantía real.

Como tercer motivo de discrepancia, los Consejeros que presentan el voto particular hacen mención a la regulación del Anteproyecto sobre los “grupos de empresas”. Si bien cabe reconocer que el Anteproyecto objeto de dictamen contempla e intenta dar solución técnica a algunos problemas relacionados con los concursos de sociedades integrantes del mismo grupo empresarial, introduciendo los nuevos artículos 25 bis y 25 ter, así como la nueva disposición adicional quinta, ni la vigente Ley Concursal ni el Anteproyecto de su reforma abordan ni dan salida alguna al problema de los grupos de empresas desde el punto de vista laboral, cuestión ya resuelta, al menos en par-

te, por la jurisprudencia social y por la práctica procesal laboral.

Si una empresa es declarada en situación concursal, pero los trabajadores consideran que su empleador real es otra u otras empresas del mismo grupo, que no han sido incluidas en éste u otro concurso y que son solventes, se ven imposibilitados para reclamar contra ellas. El concurso se dirige únicamente contra quien formalmente figura como empresario, pero no contra los empresarios reales, lo que viene generando situaciones de flagrante fraude procesal y perjuicio para los trabajadores, pues se les reconocerá una indemnización únicamente de 20 días/año, con el tope de una anualidad, a cargo de una empresa insolvente y a pagar, por tanto, por el FOGASA con sus topes, cuando el verdadero empresario es otro, que es solvente y queda libre de responsabilidad, y el despido no sería económico sino improcedente, con indemnizaciones a favor de los trabajadores de 45 días/año. Por tanto, al no poder reclamar contra el empresario real se produce un traspaso

de rentas públicas para sustituir responsabilidades privadas.

Por ello, se ha planteado con carácter subsidiario a la devolución de la competencia a la autoridad laboral y juzgados de lo social, que era necesario modificar la Ley Concursal para incluir la posibilidad de que se pueda dirigir la acción de reclamación en materia de despidos colectivos y demás expedientes y acciones regulados en su artículo 64, incluyendo la acción del artículo 50.l.b) ET, así como de los salarios e indemnizaciones, también contra otras empresas no incluidas en el concurso, para que se declare, en su caso, que son los verdaderos empleadores, con carácter principal o solidario. Todo ello sin perjuicio de que sigue siendo una asignatura pendiente la regulación laboral de los grupos de empresas.

No obstante las mejoras que se recomiendan en el dictamen aprobado por el Pleno del Consejo Económico y Social sobre los grupos de empresas, los Consejeros que formulan el voto particular consideran que el Anteproyecto de Ley debe recoger los planteamientos anteriores.

Madrid, 24 de febrero de 2011

Voto particular que formulan los Consejeros del Grupo Segundo

De conformidad con el artículo 43 del Reglamento de Organización y Funcionamiento Interno del Consejo Económico y Social, aprobado el día 25 de febrero de 1993 –BOE de 13 de abril de 1993–, los Consejeros del Grupo Segundo –CEOE y CEPYME– formulan voto particular al dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aprobado en la sesión ordinaria del Pleno celebrado el 23 de febrero de 2011.

Y ello en base a las siguientes consideraciones:

La reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, contenida en este Anteproyecto, trata de adaptar el proceso concursal a la actual situación de crisis económica y empresarial y tiene como objetivo fundamental intentar la supervivencia de las empresas en concurso, el mantenimiento de la actividad económica y, en consecuencia, del empleo.

La posición de las organizaciones empresariales integrantes del Grupo Segundo del Consejo Económico y Social –CEOE y CEPYME– es coincidente con este objetivo fundamental del Anteproyecto, de ahí que este Grupo discrepe de algunas observaciones del dictamen al citado Anteproyecto, al considerar que su admisión desnaturalizaría la finalidad de la norma e impediría que un mayor número de empresas puedan relanzar su actividad una vez declarado el concurso.

En primer lugar, el Anteproyecto regula adecuadamente la figura del Juez del con-

curso y sus competencias una vez declarado el mismo: frente a las competencias de la autoridad laboral, si estaba previamente en tramitación un ERE, con el consiguiente reformulamiento de su figura como garante de todos los derechos afectados por el concurso y tendentes al mantenimiento de la actividad del concursado en orden a la plena satisfacción de los créditos de todo orden que concurren en cada uno de los supuestos. O en cuanto al respeto de su potestad para decidir sobre las medidas que afectan de manera clara al patrimonio del concursado y a la viabilidad futura de la empresa y del empleo de la misma, sin limitaciones que pudieran resultar interesadas. Cuestiones éstas que el dictamen pretende corregir al texto del Anteproyecto.

En segundo lugar, y en relación con la administración concursal, el dictamen pretende que ésta dé cumplimiento en sus propios términos a las resoluciones expresas de ERE cuando en la fecha de la declaración del concurso ya hubiera recaído resolución. El texto del Anteproyecto resulta más claro y más acorde con la voluntad de la Ley de dejar en manos de la administración concursal la salvaguardia de todos los derechos, sin tener que validar de una manera forzosa u obligatoria la decisión del concursado que pudiera no obedecer a la finalidad de preservar tanto el mantenimiento de la actividad como de la satisfacción del mayor número posible de créditos frente a la masa.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la representación de los trabajadores en empresas que no cuenten con representación legal de los mismos, el Anteproyecto contempla la libertad de los trabajadores para designar sus representantes en la tramitación del procedimiento. En el respeto a esa libertad, no puede calificarse esta solución como una fórmula que genera confusión y no ofrece seguridad, como recoge el dictamen.

En cuarto lugar, y uno de los núcleos fundamentales del Anteproyecto en opinión de las organizaciones empresariales componentes del Grupo Segundo del CES, por lo que se refiere a la posibilidad de refinanciación de las empresas concursadas, hay que señalar que esta posibilidad tiende fundamentalmente, en la mayoría de los supuestos, a salvaguardar el empleo de las empresas concursadas. Por ello, anteponer determinados créditos a estos especialísimos acuerdos de refinanciación supone poner en riesgo el propio empleo y unos derechos más sólidos a largo plazo, sustituyéndolos por las cortas miras de la satisfacción de un crédito de menor valor que el empleo y que, por otro lado, tienen una garantía de cobro por medio de un seguro como el FOGASA que no comparten otros créditos. No admitir la preferencia de la garantía de los créditos necesarios para la refinanciación tendente a favorecer la continuidad y la viabilidad de las empresas concursadas supone una gran contradicción con el espíritu de la norma y con el propio espíritu defendido por el dictamen en su conjunto.

Por último, en cuanto a la intervención del FOGASA en relación con los créditos de los

trabajadores, el texto del dictamen supone de facto que el Fondo deje de tener un carácter solidario, privilegiando a aquellos trabajadores que hubieran percibido ya, con anterioridad a la insolvencia del empresario, cantidades en concepto o a cuenta de la indemnización.

Y además, lo que parece pretenderse es preterir al Fondo en el cobro de los créditos de los trabajadores –que ha abonado el FOGASA– relegándolo respecto a otros créditos de los propios trabajadores con el concursado.

Obviamente, la subrogación en los créditos laborales se produce en el momento en el que el FOGASA realiza el pago efectivo, pero el crédito en el que se subroga el FOGASA debe de mantener las fechas y privilegios frente a la masa, correspondientes a los créditos laborales en los que se ha subrogado. Darle una solución distinta vuelve a suponer una vulneración del carácter solidario del FOGASA y de su clara finalidad de aseguramiento de las percepciones de unas cantidades mínimas para todos los trabajadores.

Conclusión

El dictamen aprobado por mayoría de los Consejeros del CES no sólo desnaturaliza, como decíamos antes, la intención de los objetivos pretendidos por el Gobierno, autor del Anteproyecto, sino que tiende a privilegiar sobremanera los créditos, sobre todo laborales, contra la masa de bienes afectados por el concurso, lo que a la postre se traduce en la imposibilidad de generar un escenario propi-

cio a la refinanciación de las empresas en crisis, o potencialmente insolventes.

En efecto, nadie prestará, ante la seguridad de que tales préstamos sólo serán resarcidos una vez que los bienes concursales hayan respondido a todos los créditos que gozan de preferencia; y en el supuesto de los laborales la preferencia no se extendería a los mínimos establecidos en la Ley, sino a los pactos y convenciones que hayan podido contraer las empresas con los representantes de los trabajadores en trámite previo al concurso, excediendo en sus cuantías de los mínimos legales que sí gozan de preferencia, que los firmantes de este voto particular no han discutido en ningún momento.

Por tanto, un Anteproyecto que pretenda generar un mercado a disposición de las empresas en situación preconcursal o concursal, frustrará sus expectativas, porque si prosperase el Anteproyecto de Ley objeto de dictamen con las observaciones aprobadas por el CES, se dificultaría excesivamente, sobre la situación actual, la posibilidad de que las empresas supuestamente insolventes encontraran una vía financiera de solución a sus problemas actuales. Tales razones, y muchas otras, que en favor de la brevedad que impone este voto particular no enumeramos, aconsejan el voto en contra de los miembros del Grupo Segundo del CES y la suscripción de este voto particular.

Madrid, 25 de febrero de 2011