

Propuestas que presenta: COCETA, Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado y María del Carmen Pastor Sempere Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante, Directora de Baes Blockchain Lab, *Of Counsel* en Belagua Abogados ¹.

Al: 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)

Introducción

La destrucción de empleos y de empresas es una de las graves consecuencias económicas de la crisis sanitaria provocada por el COVID y a diferencia de crisis anteriores, la perspectiva de una recuperación de la actividad económica y empresarial conforme se vaya generando un entorno sanitario seguro o se avance en la inmunidad de las personas, a través de la vacunación, ha venido haciendo necesaria la adopción de medidas que mantuvieran empleos en las empresas afectadas. Más aún, casi año y medio después siguen siendo necesarias medidas, aún con más urgencia, para “salvar” aún más empleos y empresas.

En este contexto, desde el cooperativismo de trabajo, desde la economía social, hemos venido presentando soluciones innovadoras, que han permitido que las empresas mercantiles en riesgo de desaparecer, ya sea como consecuencia de una crisis o por jubilación sin relevo generacional, han podido mantener su actividad y sus empleos a través de procesos de transmisión / reconversión en fórmulas jurídicas como las cooperativas de

¹ La necesidad de actualizar nuestro sistema concursal desde la perspectiva de la conservación de las empresas en el contexto de las insolvencias empresariales que preside el actual Anteproyecto, es un ámbito cultivado por la profesora Pastor, como una de sus principales líneas de investigación, desde su participación en los comentarios a la Ley concursal publicados por la editorial La Ley en 2005. Fruto de ello fue, últimamente, la monografía *Dación en pago e insolvencia empresarial publicada* por la editorial del BOE en 2016, así varios artículos en materia concursal desde esta perspectiva, todos ellos en libros colectivos y prestigiosas revistas del sector. Destacable en su dilatada trayectoria es, por otro lado, su nombramiento como experta externa en 2016 en el Proyecto piloto Saving Jobs; Business transfers to employees creating a cooperative in order to ensure sustainability of SMEs, Number 171/G/GRO/PPA/15/8265, European Commission (DG for internal market, Industry, Entrepreneurship and SME's) cuyos principales resultados fueron recogidos en la publicación “Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa: segunda oportunidad y pymes” Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, ISSN 1698-4188, N°. 27, 2017

trabajo asociado, en las que las personas que trabajan son las que son propietarias de la empresa, la gestionan y la gobiernan, con el objetivo fundamental de mantener sus puestos de trabajo.

Desde COCETA se han venido promoviendo, asesorando, colaborando y acompañando estas transformaciones y transmisiones a nivel local y territorial. España es reconocida como uno de los Estados miembros que ha promovido en Europa el mayor número de transformaciones de empresas en crisis o sin relevo generacional en cooperativas de trabajo. Esta experiencia acumulada ha permitido desarrollar metodologías de trabajo que se ha trasladado a través de programas europeos, como el “Saving Jobs!”², lo que ha supuesto un punto de partida para que tanto desde otros países de la UE como desde las propias CCAA de España se hayan establecido líneas de ayudas para promover la transformación de empresas mercantiles en cooperativa de trabajo, en las que ha contado con la colaboración constante de María del Carmen Pastor Sempere, Profesora Titular de Derecho Mercantil.

La experiencia acumulada durante años ha permitido identificar obstáculos de diferente naturaleza (del proceso concursal, de índole laboral, ámbito fiscal, económico, formativo, etc.) que una vez superados, podrían agilizar e incrementar el número de transformaciones y transmisiones de empresas en riesgo de cierre o desaparición, manteniendo tejido empresarial y puestos de trabajo.

Las propuestas que se presentan tienen como fundamento legislativo el mandato expresado en nuestra Carta Magna, para promover diversas formas de participación en la empresa y establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. (Artículo 129.2- Constitución Española). Al mismo tiempo, la Ley 5/2011 de 29 de marzo de Economía Social insta a los poderes públicos a “crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social”.

Es más, la misma 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

² "Business Transfers to employees creating a cooperative in order to ensure sustainability of SMEs " 171/G/GRO/PPA/15/8265. Name project: Saving Jobs!. www.savingjobs.coop

exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), -de ahora en adelante Directiva 2019/1023, cuya transposición se promueve a través de este Anteproyecto de Ley, promueve que se fomente este modelo de reconversiones y transformaciones empresariales, persiguiendo asegurar la continuidad de las empresas viables y que se hagan a través de un sistema de gobernanza que recaiga en las personas que las trabajan.

La Directiva 2019/1023 exige de los estados miembros que existan marcos de reestructuración preventiva "*con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad (la del empresario), sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial*", por lo que a efectos de esta Directiva el término "reestructuración" se entiende como "medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos" (art. 2.1.1. Directiva 2019/1023), siendo la viabilidad de la empresa y no solo evitar la insolvencia del deudor uno de los objetivos de los planes de reestructuración. Lo señalado hace que seamos de la opinión de que la Directiva, guarda posibilidades nada desdeñables unidas a la Alerta temprana y acceso a la información al señalar que «1. *Los Estados miembros velarán por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora ...///... 4. Los Estados miembros velarán por que exista a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de alerta temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes*».

Pero para ello se necesitan, entendemos, los llamados *Viability test*, adaptados a esta singular crisis, es decir que estimen la viabilidad en un escenario de «recuperación de cierta normalidad», y caso de ser positivos, «rescatarlas», bien siguiendo al frente el mismo titular, o bien dando opción a que también pueda ser transferida a los trabajadores de la unidad

productiva. Incluso con la Directiva, los Estados miembros pueden equipar a los empresarios y las empresas que buscan responder tempranamente, sin invocar procedimientos formales de insolvencia, siguiendo el conocido modelo estadounidense de la *Chapter 11 of the US Bankruptcy Code*.

En el momento actual, en el que hay cientos de miles de empresas que no se han recuperado de la crisis del coronavirus, que siguen paralizadas, se está generando una insolvencia (irreversible en muchos casos) de sus titulares (personas jurídicas y físicas). La vuelta a la actividad, con la pérdida de negocio y de crédito y un volumen de deuda difícilmente asumible hace inviable que muchos de ellos reanuden la actividad. En estos casos de empresarios insolventes, la liquidación de las personas jurídicas y la posibilidad de una segunda oportunidad (beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho), tras el proceso concursal, para las personas jurídicas parecen las únicas alternativas.

No obstante lo anterior, es fácilmente comprensible que, las empresas, en muchos supuestos, pueden seguir siendo tan viables como antes de la pandemia, pero para ello han de protegerse frente al concurso de su titular y facilitar, de manera acelerada, su transmisión a un nuevo titular que evite la destrucción del conjunto de elementos de producción y de los puestos de trabajo que generaban la viabilidad de la empresa. Si este es el propósito se han de buscar mecanismos, tal y como exige la Directiva UE 2019/1023, que faciliten esa reestructuración como podría ser facilitar la transmisibilidad hacia las personas trabajadoras y directivas de la empresa, sin perder la tutela de los intereses en juego, pero deteriorando lo mínimo posible el valor de esa unidad productiva, que era viable antes del COVID.

Brevemente, señalar que en colaboración con la Universidad de Alicante (grupo de investigación Baes Blockchain Lab) y diferentes organismos públicos en este contexto de emergencia económica, social y judicial hemos desarrollado un *tool box*, así como los fundamentos jurídicos para sustentar posibles herramientas tecnológicas de alerta y detección de empresas viables para hacer más eficientes los escasos recursos de los que disponemos, y pasar, a continuación, al diseño de la principal y primera herramienta, la de detección de empresas viables³. Si bien podría ser desarrollado un *Tool Box* más amplio en el que también se incluiría, entre otras herramientas; APP del denominado «test del inversor privado» o «prueba de un operador en una

³El citado tool box fue encargado al grupo de investigación Baes Blockchain Lab por la Consellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo de GVA.

economía de mercado» (habida cuenta que la sentencia del TJUE de 16 de marzo de 2017 dictamina que «no puede calificarse como ayuda de Estado»), también APP de *valoración del coste de cese de la actividad productiva en su dimensión social, y actualización del principio «de conservación de empresa»*. Nuestra jurisprudencia en nuestro sistema concursal ha *impulsado la «dimensión de eficiencia social», integrando en el «interés del concurso»*. Pero se necesitaría una App que de forma eficiente ayudara a tomar decisiones basadas en criterios y/o calculara el coste de cese de la actividad productiva en su dimensión social, lo cual ayudaría a que se fijara el concepto de la empresa viable a sus efectos – que debería ser la clave de bóveda de nuestro Derecho concursal en estos momentos en los que se prevé una destrucción masiva de tejido empresarial-.

La estandarización de la información, los parámetros para fijar los resultados, así como el tratamiento de datos, obtenidos de diferentes Registros Públicos, fue diseñado por un equipo multidisciplinar de Baes Blockchain Lab, para la que se requería el empleo en su implementación y diseño, principalmente de las tecnologías IA, y blockchain y DLTs (*Distributed Ledger Technologies*)⁴, y el no menos importante Registro Mercantil y público concursal, como fuente de datos «de calidad», definido por el propio TRLC en su artículo 560 como un instrumento técnico de información, de acceso libre y gratuito, sobre los concursos de acreedores declarados en España, las principales resoluciones que se dicten en esos concursos y las situaciones preconcursales, así como de las personas naturales y jurídicas que puedan ser nombradas administradores concursales, algo imprescindible a estos efectos.

Seguimos en momentos excepcionales, que requieren soluciones legales y tecnológicas excepcionales, que, por otra parte, han sido ya recogidas en la

⁴ Debería cumplir por diseño el nuevo Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones introduce novedades relevantes en materia de protección de datos, «blockchain» o ciberseguridad, entre otras. Como curiosidad, esta es la primera referencia legislativa de rango superior en el ordenamiento jurídico español referida a blockchain y DLTs (*Distributed Ledger Technologies*). Establece obligaciones en cuanto al contenido de los contratos con la administración, -tales como la mención expresa en ellos a la obligación de someterse a la normativa europea (GDPR), y española en materia de protección de datos, identificación electrónica (Reglamento eIDAS) y en materia de ciberseguridad de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel), Real Decreto Legislativo 12/2018 que transponía en España la Directiva NIS (seguridad de las redes y sistemas de información) - alcanzan no únicamente a una red o un servicio de comunicaciones electrónicas, sino que extienden su eficacia a los elementos que necesariamente acompañan a la instalación o despliegue de una red, o la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas como son las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, sus recursos asociados o cualquier elemento o nivel de la red o del servicio que resulte necesario.

Directiva UE 2019/1023, por lo que, tan sólo hay transponerlas a nuestro Derecho interno, con una celeridad en su implantación para evitar el mínimo daño posible al tejido productivo. Entendemos que, cualquier solución que sea mejor que la liquidación concursal realizada varios años después de iniciado el procedimiento, en términos de satisfacción de los intereses en juego, debe ser adoptada.

Desde COCETA y desde la Universidad de Alicante (Baes Blockchain Lab) hemos identificado una serie de propuestas para mejorar, agilizar y apoyar estos procesos, así como dar solución a los obstáculos que estos procesos están encontrando con el fin de asegurar el mantenimiento de empresas y empleos mediante la transformación y reconversión de empresas en cooperativa de trabajo /empresas de economía social.

La crisis que vivimos –sanitaria y climática- está marcando el significado social de nuestras instituciones concursales que va más allá de la satisfacción de los intereses particulares del concursado o sus acreedores⁵. Lo señalado lleva implícito «la cuantificación» del valor del coste del cese de la actividad productiva en su dimensión social, y actualizando el principio «de conservación de empresa». Nuestro sistema concursal debe contemplar la «eficiencia social», integrada en el «interés del concurso»; lo cual sólo podrá alcanzarse si se fija el concepto de la empresa viable y de sucesión de empresa a sus efectos. Emerge, pues, un interés general en su preservación. El enfoque no debe descansar en un derecho enfocado a la reestructuración financiera, sin tratar la verdadera reestructuración de la empresa; su «reconversión», para lo cual no se puede seguir dejando al margen «al trabajo»⁶ en estos procesos.

Igualmente, desde COCETA y la Universidad de Alicante (grupo de investigación Baes Blockchain Lab) consideramos que la transposición de esta Directiva al Derecho interno debe efectuarse de modo ordenado, adaptando con eficacia su repercusión a los procedimientos concursales y preconcursales, repercusión que se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia, sino que en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID debe coherenciarse con las medidas urgentes, de

⁵ Sobre ello nos remitimos a la monografía PASTOR SEMPERE. C, *Economía Digital Sostenible*, Madrid 2020.

⁶PASTOR SEMPERE. C, «Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa segunda oportunidad y pymes», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 27, 2017, págs. 175-197.

naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal, adoptadas por el ejecutivo.

Por otro lado, no puede desconocerse que la venta de la UP, a priori, presenta serias dificultades, bien porque pudiera «chocar» con los intereses del empresario, o parecer que se utilice, de forma fraudulenta, para eludir el pago de las deudas, o que pudiera suponer una competencia desleal con las compañías que cumplen regularmente sus obligaciones, o que generara riesgo serio de corrupción, u ocasionara un perjuicio importante a algunos de los acreedores, etc. Por lo señalado es urgente el reconocimiento de la adquisición preferente por parte de las personas trabajadoras (cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales), pues, de su reconocimiento legal, puede ser la única forma de mantener la actividad productiva y los puestos de trabajo en una coyuntura económica como la ocasionada por COVID-19 en que estos han de ser los objetivos que justifiquen asumir controladamente aquellos riesgos, que podrían verse incrementados, al dotarse estas ventas de un sistema de incentivos y exenciones.

Este es un proceso que puede llevarse a cabo por la administración concursal, expertos en reestructuraciones o mediadores, cualquiera que sea el momento en el que se realice la venta. Por lo señalado otra pieza clave, debe ser el establecimiento de adecuados canales de comunicación entre administradores concursales, expertos en reestructuraciones o mediadores concursales, y los juzgados de lo mercantil, con las organizaciones representativas de las empresas de economía social -cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales-, bien de forma directa o a través de las administraciones autonómicas que ostentan la competencia en esta materia, con la finalidad de alertar de posibles ventas de UP, con visos de viabilidad y con las personas trabajadoras.

Como se ha indicado 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 preconcursal, 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.

Las instituciones europeas subrayan que los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables. Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto. Es importante señalar que la hasta ahora vigente regulación española incorpora una parte de las previsiones normativas contenidas en dicha Directiva UE 2019/1023, no obstante, es necesario proceder a la transposición al Derecho español de determinadas normas que se derivan directamente del espíritu y objetivos de la Directiva resultando una obligación del Estado la de adoptar y publicar las disposiciones legales o reglamentarias precisas para ello.

En efecto, la crisis que vivimos –sanitaria y climática- está marcando el significado social de nuestras instituciones concursales que va más allá de la satisfacción de los intereses particulares del concursado o sus acreedores⁷. Lo señalado lleva implícito «la cuantificación» del valor del coste del cese de la actividad productiva en su dimensión social, y actualizando el principio «de conservación de empresa»⁸. Nuestro sistema concursal debe contemplar

⁷ Sobre ello nos remitimos a la monografía PASTOR SEMPERE. C, *Economía Digital Sostenible*, Madrid 2020.

⁸ Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia Concurso abreviado 647/19AUTO de 28 de marzo de 2020. Eduardo Pastor Martínez., Roj: AJM V 8/2020 - ECLI: ES:JMV:2020:8^a, disponible en, <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/eb49867ab60e2dd2>. El Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia ha autorizado de forma extraordinaria la rehabilitación de la actividad productiva de una empresa textil de Carcaixent en concurso de acreedores a fin de que pueda fabricar de forma altruista prendas de protección frente al Covid-19 como batas y mascarillas para su uso por personal sanitario y otros profesionales. El magistrado admite así en un auto la petición realizada por el administrador concursal y la socia mayoritaria de Confecciones Sulfy SL, que se encuentra en fase de liquidación. El titular del juzgado entiende que dicha petición resulta “coherente con el significado social del proceso concursal y las nociones constitucionales que precisan que la actividad económica está siempre supeditada al servicio del interés general”. La actividad será desarrollada por voluntarios y no generará gastos ni otra responsabilidad para los acreedores de la concursada. El juez se ha dirigido también a diferentes administraciones para que permitan la libre circulación del administrador concursal, sus auxiliares y los voluntarios implicados en la actividad y colaboren tanto en la homologación del material sanitario que fabrique la empresa como en la logística destinada a su esterilización y distribución.

la «eficiencia social», integrada en el «interés del concurso»; lo cual sólo podrá alcanzarse si se fija el concepto de la empresa viable y de sucesión de empresa a sus efectos. Emerge, pues, un interés general en su preservación. El enfoque no debe descansar en un derecho enfocado a la reestructuración financiera, sin tratar la verdadera reestructuración de la empresa; su «reconversión», para lo cual no puede seguir dejando al margen «al trabajo»⁹ en estos procesos.

Ello sería factible si los mismos trabajadores pudieran adquirir -preferentemente- las empresas en concurso, pues, la Ley Concursal (y ahora el TRLC y el Anteproyecto) prevé en todas las fases del concurso la enajenación de la empresa como un todo -con el objeto de no destruir esa unidad de producción de bienes y servicios cumpliendo con la finalidad conservativa o continuadora de la empresa-, o formando parte de un acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos en fase preconcursal, o cualquier otro tipo de acuerdo especialmente diseñado a este fin fruto de la trasposición de la Directiva de reestructuración¹⁰.

En este sentido, el texto europeo deja espacio a la decisión de los legisladores nacionales en cuanto a la forma de alcanzar este objetivo. Ante esta libertad de opción, el legislador español ha considerado oportuno reducir las dos instituciones hasta ahora existentes, los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, a una sola institución, los planes de reestructuración, aunque con algunas adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores; y ha considerado igualmente oportuno mantener el principio de decisión mayoritaria de los acreedores y una intervención judicial mínima, inspirada en los criterios de necesidad, proporcionalidad en el que tienen cabida la «eficiencia social», integrada en el «interés del concurso».

Valoración

En términos muy generales, los cambios que introduce el Anteproyecto de Ley tienden a incrementar la flexibilidad del procedimiento. **No hay dos reestructuraciones iguales y, por consiguiente, el marco normativo debe**

⁹PASTOR SEMPERE. C, «Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa segunda oportunidad y pymes», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 27, 2017, págs. 175-197.

¹⁰PASTOR SEMPERE. C, “Capítulo primero. El precurso en España: pasado, presente y futuro desarrollo legislativo”, en AA.VV, *Derecho preconcursal y segunda oportunidad*, ISBN: 9788413785691 Editorial: Editorial Tirant lo Blanch ,2021, Valencia.

ser lo suficientemente ágil, flexible y versátil como para poder adaptarse a las particularidades de cada caso.

El Título III contiene el régimen aplicable a los planes de reestructuración, su aprobación y homologación judicial. El término “plan”, en lugar de “acuerdo”, es el utilizado por la Directiva UE 2019/1023 y refleja la posibilidad de imponerlo, bajo ciertas condiciones, incluso a los socios del deudor.

El régimen aplicable a los planes de reestructuración descansa sobre un principio de intervención judicial mínima y a posteriori. La negociación y votación del plan es informal y al margen de cualquier proceso reglado o de la intervención de ninguna autoridad judicial, sin perjuicio de la posible designación de un experto en la reestructuración, cuando proceda imperativamente o a instancias de las partes. El juez sólo interviene al final del proceso, para homologar el plan ya aprobado por las clases y mayorías exigidas por la ley.

El Anteproyecto de Ley también acoge la opción, permitida por la Directiva UE 2019/1023, de **homologar un plan de reestructuración que prevea la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa, los llamados planes liquidativos, que pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, especialmente idóneo para su adquisición (preferente) por parte de los propios trabajadores de la UP organizados en cooperativa.**

Contenido que tiene perfecta cabida en la nueva redacción dada por el **artículo Ciento setenta y siete del Anteproyecto por el que se modifica el Libro segundo, integrado por los artículos 583 a 686, en concreto en su Artículo 617. Concepto.** Al considerar como planes de reestructuración *“los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos”*.

Por otro lado, y con una finalidad facilitadora y de reducción de costes, la Ley prevé la elaboración de unos modelos oficiales de planes de reestructuración que podrán ser utilizados preferentemente por las pequeñas y medianas empresas. En este caso, la Ley exime de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor, y debería

recogerse expresamente de forma estandarizada la posibilidad de **adquisición (preferente) por parte de los propios trabajadores de la UP organizados en cooperativa.**

Además, consideramos que podría recogerse **como excepción al principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación, los créditos públicos, los créditos laborales, los alimenticios y los extracontractuales.** Ahora bien, en este último supuesto el control judicial sobre cómo se ha delimitado **“perímetro de afectación en la sucesión de empresa”** se debería garantizar que responde a criterios objetivos y suficientemente justificados¹¹.

Y ello porque según MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO los datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 31 de agosto de 2020, en la mayoría de los sectores, las microempresas constituyen una parte esencial del tejido productivo. Estos datos muestran la extraordinaria importancia que adquiere la implementación de un sistema que sea capaz de reducir la rotación, incrementando las posibilidades de continuidad de aquellas empresas viables, y que ofrezca instrumentos eficaces y eficientes de salida del mercado a aquellas empresas que no tienen valor añadido, de modo que se liberen los recursos y puedan ser asignados a

¹¹ El TRLC determina la competencia judicial en relación con la determinación de en qué casos existe "sucesión de empresa" atribuyéndosela al juez del concurso que "será el único competente" (art. 221.2 TRLC), pero no ha venido a delimitar cuál es el perímetro de relaciones laborales que quedan integradas en la sucesión de empresa. A ello se añade el problema de que el referido precepto establece que " En caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa." (art. 221.1 TRLC), siendo considerada "unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesorio." (art. 200.2 TRLC). Por ello, parece que existirá en todo caso la sucesión de empresas o, al menos, salvo prueba en contrario que debería acreditarse ante el juez del concurso. De darse la sucesión de empresa, la adquisición puede sufrir severos obstáculos y eliminar incentivos por el coste inicial de gastos laborales para quienes pudieran decidir continuar la actividad ante una empresa que ya está en insolvencia (al menos inminente), ya que deberá asumirse los créditos laborales y de seguridad social que correspondan a trabajadores de esa unidad productiva "en cuyos contratos quede subrogado el adquirente", con la posibilidad de que los créditos laborales que abone el FOGASA el juez pueda acordar que no haya subrogación. Esta medida puede suponer un incentivo a no asumir las relaciones laborales previas, para evitar la subrogación en los créditos no satisfechos por el concursado, de carácter laboral y social en cuyos contratos "quede subrogado el adquirente". Con ello, lo que se puede provocar es la asunción por el FOGASA de los salarios dejados de pagar y los que se devenguen por la extinción y, probablemente, el impago de los créditos de la seguridad social, además de generar las prestaciones por desempleo de los trabajadores no subrogados. Si la liquidación concursal terminara siendo más gravosa para todos los intereses en juego que la alternativa consistente en evitar la subrogación en esos créditos para los adquirentes de la unidad productiva, especialmente cuando los mismos sean los propios trabajadores acreedores de la concursada, exige una actuación legislativa que favorezca esa solución y mejore la situación de todos los afectados, evitando destrucción de la riqueza empresarial y de los puestos de trabajo.

usos más eficientes, **entre los que se encontraría la adquisición de la UP por parte sus trabajadores.**

Por esta razón debe ser aprovechado el **artículo Ciento setenta y ocho.** *El Libro Tercero pasa a ser Libro Cuarto y se incorpora un nuevo Libro Tercero, integrado por los artículos 687 a 720, así como la **habilitación para que la Ministra de Hacienda para que regule por medio de una Orden Ministerial** el sistema de alerta temprana a las empresas que, de acuerdo con determinados indicadores, pudieran encontrarse en una situación susceptible de evolucionar hacia una situación de insolvencia, es decir, **que se encuentren en una situación de probabilidad de insolvencia.***

El aspecto clave de la propuesta es que tales indicadores permitan emitir una advertencia a la empresa antes de que los problemas financieros se manifiesten de forma clara, puesto que llegado ese momento la advertencia sería superflua. No se trata, por tanto, de identificar indicadores que permitan emitir un mensaje categórico sobre la situación de la empresa, sino de configurar un sistema indiciario que permita advertir a las empresas en un estadio temprano de posibles dificultades financieras futuras que puedan derivar en una situación de insolvencia. Esta alerta sería confidencial e iría dirigida exclusivamente a la empresa **y a sus trabajadores (añadiríamos nosotros).**

Asimismo, se establece que mediante desarrollo reglamentario se establecerán servicios de asesoramiento gratuito y confidencial a empresas en dificultades para posibilitar el asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en un estadio temprano de dificultades **entre los que se deberían de encontrar también las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas de trabajo asociado.** Adicionalmente, se ampliará el contenido y mantendrá actualizada la página web de “autodiagnóstico de salud empresarial”; que ya dispone de acceso libre y gratuito, y realice las actuaciones que considere oportunas para difundirla entre los posibles interesados.

Lo señalado es de particular importancia, puesto que las reglas procesales especiales se prevé la sustitución del sistema tradicional de presentación de escritos en papel ante el juzgado, por la entrega de **formularios electrónicos** (Disposición adicional cuarta. Modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores y Artículo 686. Especialidades en materia de plan de reestructuración), predeterminados, accesibles en línea, sin coste, y cuyo

envío se produce de forma telemática, y, donde consideramos que **debería recogerse la participación de los trabajadores de la UP.**

Otra especialidad, la eliminación, con carácter general, de las vistas orales presenciales y su sustitución por vistas virtuales. La previsible sencillez de los asuntos y el uso de formularios explican que la participación de abogado y procurador, salvo en determinados supuestos, sea voluntaria, por lo que **las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas de trabajo asociado pueden tener un papel destacado.**

La transposición de la Directiva UE 2019/1023 por tanto, debe ser una nueva oportunidad en la fase preconcursal, **desde el punto de vista de los trabajadores de la UP como partes activas en los planes** y no limitarse únicamente, en materia laboral, a la posibilidad de resolver contratos en interés de la reestructuración, incluidos, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección (Artículo 624. Contratos de alta dirección, siguiendo con la anterior tónica en el Artículo 707.n. 4 La tramitación del plan de liquidación.)

Igualmente la visión institucional de la reestructuración en el procedimiento concursal, en todas sus fases y desde el punto de vista de los trabajadores de la UP, es una nueva oportunidad. Las nuevas normas relativas a la solicitud de concurso (Artículo 694 bis. Efectos de la apertura del procedimiento de continuación y del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento) con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas, en las que el deudor, junto con la solicitud de concurso, puede presentar una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas, en las que se **podría contemplar el supuesto de adquisición por los trabajadores.**

De este modo, el Anteproyecto de Ley da carta de naturaleza a aquellos instrumentos técnicos, arraigados en otras experiencias jurídicas como es el ***pre-pack administration***, debería de acompañarse, simplemente, de unas pocas reglas especiales que se establecen en relación con la reestructuración recogiendo opciones como las del ordenamiento Francés, Republica de Argentina, entre otros ordenamientos, así como experiencias vividas en

anteriores reconversiones industriales de la década de los 80 del siglo pasado en España¹².

Aportaciones – en rojo- al Articulado del Anteproyecto:

Al Artículo 710.-. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas, en su apartado 1, numeral 1º.

*La transmisión se llevará a cabo por venta directa en favor del tercero que ofrezca como mínimo un quince por ciento más del valor acordado y mantenga el resto de condiciones, **otorgando carácter preferente de tercero a los trabajadores de la empresa (o Unidad productiva) que se agrupen en empresa de economía social.***

Al numeral 5º “*Cuando se reciba más de una oferta cuyos contenidos difieran, objetivamente, en el modo en que se garantiza la continuidad de la empresa o del establecimiento mercantil, el mantenimiento de los puestos de trabajo o la satisfacción de los créditos, el deudor o la administración concursal, oídos los representantes de los trabajadores, presentarán un informe al juez, con propuesta de resolución, **dando preferencia, en su caso, a la presentada por los trabajadores para el mantenimiento de los puestos de trabajo a través de empresas de economía social, de no existir esta propuesta, el juez resolverá....** de acuerdo con el artículo que regula la regla de la preferencia en el Libro primero”.*

*Alternativamente, se proponen también **A los numerales 1º y 5º.***

“Si existieran varias ofertas, la adquisición deberá realizarse a favor de quienes ofrezcan un precio más elevado, salvo que una de las ofertas sea presentada por un colectivo de personas trabajadoras en la unidad productiva organizadas en una sociedad laboral o cooperativa de trabajo asociado, con el fin de continuar con la explotación de aquella, en cuyo caso tendrán preferencia siempre que no exista una diferencia en el precio de adquisición de más del 30 por ciento.

¹² Sobre ello nos remitimos a PASTOR SEMPERE. C, «Transferencias de empresas a los trabajadores organizados en cooperativa segunda oportunidad y pymes», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 27, 2017, págs. 175-197.

La oferta realizada por los trabajadores de la unidad productiva se podrá condicionar a la efectiva obtención de la capitalización de la prestación por desempleo, respecto de aquellos trabajadores de la unidad productiva que integren a la sociedad adquirente, a cuyos efectos tendrán derecho a obtener del SEPES un informe donde, en caso de que proceda, se indique la previsible cuantía a la que podría optar cada uno de los empleados interesados en realizar la oferta.

En ningún caso se incluirá, en los efectos derivados de la declaración de una sucesión de empresas, a los trabajadores que conformen el colectivo de personas trabajadoras de la misma organizadas en una sociedad laboral o cooperativa de trabajo asociado que adquieran la unidad productiva”.

Si bien la plataforma de liquidación (Disposición adicional quinta. Plataforma electrónica de liquidación de bienes) podrá ser utilizada para favorecer la transmisión de la empresa o de las unidades productivas y podría favorecer también para sus adquirentes fueran sus trabajadores. Por lo señalado el Libro Tercero incluye una **especie de derecho de tanteo general** y consideramos que debería de añadirse uno que contemplara de manera **específica para los trabajadores de la UP**. Entendemos que la redacción actual del Anteproyecto de Ley permitirá a cualquier tercero adjudicarse la empresa o la unidad productiva siempre que ofrezca, con el resto de las condiciones iguales, un incremento del 15 por ciento o más del precio fijado para la transacción original. Sin embargo, este derecho de tanteo se reducirá a un 5 por ciento de incremento cuando la parte con quien se hubiera acordado la transacción original fuese una persona especialmente relacionada con el deudor. Debería incluirse “personal laboral” no solo alta dirección¹³. Con ello se eliminan incentivos para que el personal laboral que no venga asumiendo funciones de dirección y gestión de la empresa concursada pueda participar en la entidad adquirente o pueda adquirir capital en la propia concursada y tomar una posición de control. Por otro lado, debería tenerse en cuenta lo especialmente relevante que es este problema en sociedades cooperativas en concurso, dado que el personal directivo puede

¹³ Debe ser observado que la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación del art. 146 bis LC (que permite la subrogación en la posición contractual de la concursada, sin consentimiento de la otra parte; la cesión de licencias y autorizaciones administrativas; y la no subrogación en las obligaciones de pago de los créditos no satisfechos antes de la transmisión) al establecer la exclusión, nos delimita a las personas especialmente relacionadas con la concursada. Ello puede facilitar la transmisión a favor del personal que ejerce funciones directivas de la propia entidad cooperativa. En el TRLC, al considerar las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, se menciona a los "directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales" (art. 283.1.2º TRLC).

COCETA, CIF. F78606514. calle Virgen de los Peligros, 3 planta 4. Madrid 28013.
mail contacto: confederacion@coceta.coop
teléfono móvil : 627405714

ser remplazables (gerente contratado), no así sus socios de trabajo, lo que suele alejar a inversores profesionales.

Es, precisamente, aquí cuando debería hacerse una mención expresa al posible acuerdo de transmisión de la UP por parte de la sociedad concursada con los trabajadores (y socios de trabajo) de su UP que debería ser beneficioso para estos últimos, pues, presumiblemente, será la oferta que más puestos de trabajo preserve y en el que, por tanto, este derecho de tanteo general quedaría desactivado.

De seguir en la redacción actual -y no reconocer, como hemos insistido, un **derecho de preferencia y tanteo específico para los trabajadores (no solo un tratamiento beneficioso exclusivo del personal que ejerce funciones directivas)**- vendría a adjudicar la UP al tercero ajeno a la masa laboral de la empresa que ofrezca, con el resto de las condiciones iguales, un incremento del 15 por ciento o más del precio fijado para la transacción original acordada por el empresario y la masa laboral de la empresa organizada en cooperativa de trabajo asociado. La nueva redacción de la “regla” perseguiría empujar al alza el precio (30 por ciento) en la venta directa de la empresa para beneficio de todos los acreedores del procedimiento especial de liquidación, pero, asimismo, preservar el mayor número de puestos de trabajo.

Madrid, 22 de agosto de 2021