

Fedra Valencia García

Abogada. Socio Cuatrecasas abogados.

## Directiva 1023/2019: Los mecanismos de alerta temprana

Se analiza la introducción en la Directiva de mecanismos de alerta temprana, la importancia de adoptar los mismos por parte de los estados miembros (incluida España), así como los modelos existentes en la actualidad.

### Contenido de la Directiva en relación con las alertas tempranas

La Directiva (UE) 2019/1023 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 (en adelante la "Directiva") introduce en su artículo 3 la referencia a las denominadas alertas tempranas.

En concreto, en el primer apartado del citado artículo se incluye un mandato para los estados miembros ("velarán"), para que los deudores tengan acceso o una o más herramienta de alertas temprana claras y transparentes. En este mismo apartado se indica cuál es la finalidad de dichas alertas que no es otra que permitir detectar aquellas circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente. De la misma manera estas alertas deben advertir al deudor de la necesidad de actuar sin demora. Para cumplir con este mandato (en mi opinión no puede hablarse de una obligación, en la medida en que no se pide a los estados miembros que lo lleven a cabo directamente, sino que pueden hacerlo personas distintas, otras administraciones, empresas privadas, asociaciones, etc.), se podrá contar con tecnologías de la información actualizadas.

En el segundo de los apartados del citado artículo 3 se recogen algunos mecanismos de alerta temprana (se trata de una lista no exhaustiva, sino ejemplificativa "podrán incluir"). Así, se recogen mecanismos de alerta que "avisen" cuando se dejan de efectuar determinados tipos de pago (por ejemplo, a determinados acreedores públicos o trabajadores, etc.). También se hace referencia a los servicios de asesoramiento que pueden prestarse por organismos públicos o privados. Y, finalmente, se refiere a incentivos para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor (contables, administraciones tributarias o de seguridad social), le adviertan sobre las evoluciones negativas.

Finalmente el último apartado del artículo 3 se refiere al acceso a la información sobre las alertas tempranas, que debe garantizarse (i) a los deudores y los representantes de los trabajadores en relación con la disponibilidad de las alertas tempranas, así como información sobre los procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas, (ii) al público un acceso en línea a información accesible y fácil de consultar, en especial, para las PYMES y (iii) en relación a los representantes de los trabajadores, los Estados Miembros podrán proporcionar apoyo para evaluar la situación económica del deudor.

### Justificación de las alertas tempranas

La necesidad de poner a disposición de los emprendedores (pequeñas y medianas empresas que constituyen la mayoría del tejido empresa-

La necesidad de poner a disposición de los emprendedores (pequeñas y medianas empresas que constituyen la mayoría del tejido empresarial europeo) mecanismos que les permitan detectar la situación de insolvencia cuando todavía están a tiempo de revertirla o de reducir sus efectos<sup>1</sup>, ha sido una constante en la Unión Europea desde el año 2000.

rial europeo) mecanismos que les permitan detectar la situación de insolvencia cuando todavía están a tiempo de revertirla o de reducir sus efectos<sup>1</sup>, ha sido una constante en la Unión Europea desde el año 2000. Así se suelen citar como hitos relevantes la Carta Europea de la pequeña empresa elaborada en mayo de 2000 que resultó en la Decisión del Consejo de la UE de 20 de diciembre de 2000 que aprobó el Programa plurianual a favor de la empresa y el espíritu empresarial, en particular para pequeñas y medianas empresas (2001-2005).

Con posterioridad, el 25 de junio de 2008, se elabora la Comunicación al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Pensar primero a pequeña escala "Small Business Act" para Europa". Y, en relación expresamente a las situaciones de insolvencia, se publican las Recomendaciones de la Comisión de 12 de diciembre de 2012 y la de 12 de marzo de 2014 que tratan de propiciar un nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. En ellas se advierte que la eficacia de los procedimientos concursales no viene determinada por el sistema jurídico, sino por disposiciones específicas como la solución extrajudicial, la existencia de procedimientos acelerados para las pymes y un sistema de detección precoz.

Estas mismas ideas se recogen en los Considerandos 17 y 22 de la Directiva que justifican la

necesidad de estos mecanismos de alerta temprana. En el Considerando 17 se afirma que las pymes (que representan el 99% de las empresas de la Unión) tienen más posibilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de empresas mayores y carecen de los recursos necesarios para reestructurarse. Para ayudar a estas pymes a reestructurarse con unos costes más bajos los estados miembros deben ofrecer herramientas tempranas para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar. Por su parte, el Considerando 22 resalta la importancia de que la conciencia de las dificultades financieras sea temprana, puesto que, en ese caso, será más probable evitar una insolvencia inminente o más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación (si la empresa ha quedado definitivamente deteriorada). Las herramientas de alerta temprana deben incentivar a los deudores a tomar medidas a tiempo, cuando empiecen a sufrir dificultades financieras.

Como señala la doctrina<sup>2</sup>, los retos a los que se enfrentan las pymes, cuando se enfrentan a situaciones de dificultad financiera, son los siguientes: (i) carecen de medios para identificar y reaccionar ante las dificultades financieras, no tienen incentivos para iniciar procedimientos gravosos y complejos que, además, pueden ge-

<sup>1</sup> Sobre la importancia de las alertas tempranas y los riesgos para las pymes puede verse BRENES CORTES, J. Revista Lex Mercatoria

<sup>2</sup> HERBOSA, I. y ARENAS, C. "La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)" Revista Aranzadi Unión Europea.

... las Recomendaciones de la Comisión de 12 de diciembre de 2012 y la de 12 de marzo de 2014 que tratan de propiciar un nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. En ellas se advierte que la eficacia de los procedimientos concursales no viene determinada por el sistema jurídico, sino por disposiciones específicas como la solución extrajudicial, la existencia de procedimientos acelerados para las pymes y un sistema de detección precoz.

nerarles un estigma social; (ii) pasividad de los acreedores, que no tienen interés, retorno, en invertir en reestructurar una micropyme; (iii) la información disponible es limitada; (iv) tienen dificultades para acceder a nueva financiación, (v) se superponen los regímenes de insolvencia empresarial y personal; (vi) activos insuficientes para financiar los procedimientos de insolvencia, lo que hace que esperen demasiado para actuar, lo que empeora las posibilidades de reestructurar y reducen los recursos para hacerlo.

### Modelos de alerta temprana existentes<sup>3</sup>

En Europa (e incluso en España) existen ya algunos mecanismos de alerta temprana. Se suelen citar los modelos francés, italiano y danés. Los dos primeros se critican por ser demasiado formalistas (el italiano fue aprobado en 2019 con lo que no se ha testado en la práctica en condiciones económicas normales), mientras que el danés se señala como el más exitoso.

En el sistema francés (recogido en su Código de Comercio – artículo 234-1) los “*commissaires aux comptes*” (auditores) deben advertir al órgano de administración de la compañía si detectan circunstancias que pudieran poner en peligro su continuidad. La deliberación del consejo sobre este informe debe comunicarse al Tribunal de Comercio y al comité de empresa. Debe señalarse que el Tribunal de Comercio en primera instancia no está formado por jueces profesionales, sino que lo forman comerciantes o empresarios quienes se supone cuentan con la experiencia suficiente como para saber si el órgano de administración toma medidas adecuadas. Si no fuera así se puede llegar a convocar una junta de accionistas en la que deberán decidir las medidas más adecuadas teniendo en cuenta un informe especial de los auditores. Estos últimos, si consideran que las medidas son inadecuadas para la continuidad de la empresa podrán informar al Tribunal de Comercio que convocará una vista para adoptar las medidas adecuadas (que pueden incluir una investigación, solicitud de información a las autoridades públicas bajo la amenaza de subordinación de sus créditos en caso de no colaborar).

El sistema italiano se recoge en el Decreto legislativo número 14 de 12 de enero de 2019 y parte (i) bien de un aviso de los auditores internos o externos a los administradores, (ii) bien de una comunicación al deudor de los acreedores públicos (el equivalente a la AEAT o TGSS). Si el deudor no actúa ante este aviso, los órganos de control deben informar a un organismo público denominado el “Organismo di composizione della crisi d’impresa” (OCRI) que tiene la capacidad de instar medidas en un procedimiento extrajudicial o facilitar el acuerdo con los acreedores.

<sup>3</sup> Véase LADO CASTRO-RIAL, C. “Alertas tempranas y Administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº33. Wolters Kluwer; LLORET, J. y otros “Alertas tempranas. La aplicación a la situación en España. Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial” Diario La Ley, nº 9640, Sección Tribunal, Wolters Kluwer; IRIARTE IBARGÜEN, A. “Detección de insolvencias: Alertas tempranas”, Diario La Ley nº 9573, sección Temas de hoy, Wolters Kluwer.

## Ponencias curso REFOR Refinanciación y Reestructuración

Finalmente, el sistema danés (early warning Denmark) es un modelo muchísimo menos formalista que cuenta con todo un historial de éxito. Se trata de una red de expertos, muchos voluntarios, que realizan el diagnóstico de las empresas que lo solicitan y que derivan a los empresarios a expertos (mentores) que les ayudan a adoptar las medidas menos gravosas o a liquidar de una forma eficiente. Además, el sistema cuenta con un sistema de monitorización que utiliza herramientas de "machine learning" y "big data" que tratan de identificar señales de distress que puedan ser detectadas en las cuentas anuales de las sociedades mercantiles.

Precisamente en España ya funciona una herramienta de autoevaluación (saludempresarial.ipyme.org) que se basa en la respuesta que el empresario da a un cuestionario del que resulta un "diagnóstico" sobre la salud de su empresa (las preguntas no son sólo financieras, sino que trata de hacer una evaluación global en cuanto a los recursos humanos, relaciones comerciales, etc.).

También ofrece a las pymes una evaluación sobre su situación la "información financiera PYME" que se regula en la ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Se trata de un informe que las entidades financieras deben proporcionar a las pymes de forma obligatoria y gratuita cuando se reduce la financiación y que se puede demandar de forma voluntaria (pero bajo coste) por las pymes a sus entidades financieras. Ciertamente es una herramienta de evaluación muy valiosa (las entidades financieras cuentan con mucha información), pero sólo se proporciona a la empresa, necesariamente, cuando ya se han apreciado dificultades que han llevado al banco a decidir reducir su financiación; es decir, su valor de alerta temprana es escaso. Adicionalmente, el hecho de que se tenga que pagar (los honorarios son fijados por las entidades) cuando se solicita voluntariamen-

te, unido al temor de que si la información no es buena se reduzca la financiación, desincentiva también el uso de esta herramienta.

Por último, en nuestro país también funciona un servicio similar al sistema danés (de hecho forma también parte de "early warning europe"), como el "SOS EMPRESA" que se ha desarrollado en la Comunidad de Madrid (comunidad.madrid/servicios/empleo/programas-especificos-apoyo-emprendedores). La valoración que podemos hacer de este programa es que funciona bajo petición, es decir, obliga al emprendedor a ser consciente de sus dificultades para pedir ayuda.

### Trasposición de la Directiva. Modelos de futuro

La Directiva debe incorporarse a la legislación de los estados miembros (trasponerse) antes de junio de 2021 (aunque los estados pueden solicitar que el plazo se amplíe un año más). Esto obligará a que en España se desarrollen herramientas de evaluación (que permitan determinar cuando existe una situación de "preinsolvencia") y mecanismos de intervención (que favorezcan una actuación temprana que propicie la reestructuración o la liquidación en mejores condiciones).

En cuanto a las herramientas de evaluación, en mi opinión, se reforzarán las obligaciones de los administradores sobre las manifestaciones que deberán realizar en cuanto a la aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Ello obligará a los auditores a realizar también un cierto control sobre la viabilidad de la compañía y su continuidad en el corto plazo. Esta solución tiene la ventaja, como apunta la profesora PULGAR<sup>4</sup>, de mantener la alerta en un nivel interno de forma que se evita que se produzca, en teoría, el riesgo de la profecía autocumplida (esto es, que la propia advertencia

<sup>4</sup> PULGAR, J. "Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: administradores, accionistas y acreedores", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº30, sección Estudios, Wolters Kluwer.

... incrementar las obligaciones de los administradores todavía más (el artículo 19 de la Directiva establece nuevas obligaciones en caso de probabilidad de insolvencia) puede generar el efecto contrario del deseado: en lugar de propiciar la actuación temprana de los administradores se puede generar una suerte de inactividad o aversión al riesgo contraria al desarrollo de una actividad empresarial.

sobre el riesgo de insolvencia conlleve, al hacerse pública, que la empresa empiece a tener dificultades con sus financiadores, proveedores o clientes, produciéndose una auténtica situación de insolvencia). Sin embargo, si esa evaluación conlleva a una intervención obligatoria puede que se genere una resistencia a evaluar. Además, incrementar las obligaciones de los administradores todavía más (el artículo 19 de la Directiva establece nuevas obligaciones en caso de probabilidad de insolvencia) puede generar el efecto contrario del deseado: en lugar de propiciar la actuación temprana de los ad-

ministradores se puede generar una suerte de inactividad o aversión al riesgo contraria al desarrollo de una actividad empresarial.

En cuanto a los mecanismos de intervención me parece dudoso que pueda desarrollarse una participación intensa de las administraciones públicas (tales como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social), cuya actuación ha sido siempre más recaudatoria que de apoyo a las empresas; aunque es posible que desde organismos públicos (cámaras de comercio, agencias de desarrollo, ayuntamientos) se pueda prestar algún tipo de apoyo a los emprendedores. Y ello sin olvidar la participación de asociaciones privadas que también pueden desarrollar un papel relevante para detectar y actuar cuanto antes en una situación de dificultades financieras.

Tendría sentido desarrollar otro tipo de herramientas (autoevaluaciones, información financiera, informes sobre test de solvencia), que las empresas tuvieran que obtener y actualizar de forma habitual (no sólo en un momento de dificultad, lo que reduciría la resistencia a acudir a las mismas). Sin embargo, dudo que este en la mente del legislador incorporar este tipo de herramientas en este momento.

