LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA Y SU FUTURA TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

EARLY WARNING TOOLS AND THEIR FUTURE TRANSPOSITION INTO THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Rubén de los Bueis Castañares
Abogado. Doctorando en Derecho Mercantil en la UD

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2020.
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2020.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es el estudio de las herramientas de alerta temprana reguladas en la Directiva 2019/1023 y su transposición en nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, se analizará; en primer lugar, la regulación las herramientas de alerta temprana en la directiva comunitaria; en segundo lugar, el sistema de alertas tempranas italiano, toda vez que es muy probable que termine influyendo, al menos en parte, en nuestra normativa concursal, y; por último, la futura transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español y el papel fundamental de la administración pública en dicho cometido.

ABSTRACT: The aim of this paper is the study of the early warning tools regulated in the Directive 2019/1023 and their transposition in our legal system. To this end, it will be analyzed; in the first place, the regulation of early warning tools in the directive; secondly, the Italian early warning system, since it is very likely that it will end up influencing, at least in part, our bankruptcy law, and; finally, the future transposition of early warning tools in the spanish legal system and the fundamental role of the public administration in this matter.

PALABRAS CLAVE: Directiva (UE) 2019/1023, herramientas de alerta temprana, marcos de reestructuración preventiva.

KEYWORDS: Directive (UE) 2019/1023, early warning tools, restructuring frameworks.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Regulación de las herramientas de alerta temprana en la Directiva (UE) 2019/1023; 3. Las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico italiano; 4. La futura transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español; 5. El papel de la Administración Pública en la implantación de las herramientas de alerta temprana.

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, en vigor desde el 16 de julio del 2019, ha supuesto un gran avance en el proceso de armonización de la normativa de insolvencias y reestructuraciones comunitarias enmarcado en el plan de Unión de Mercados de Capitales. A través de esta norma el legislador europeo pretende reducir las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de insolvencias respecto de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que se traducen actualmente en una situación de incertidumbre para los inversores a la hora de evaluar el riesgo de sufrir dificultades financieras en uno o más Estados Miembros y, por ende, en un grave obstáculo para la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.[1]

Para lograr la citada armonización, la Directiva persigue un triple objetivo; i) garantizar que las empresas y empresarios viables que atraviesen dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; ii) permitir que los deudores personas físicas de buena fe insolventes puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad, y; iii) mejorar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular, con el fin de reducir su duración.

A pesar de que nuestra normativa concursal recoge parte de las previsiones normativas contenidas en la meritada Directiva – siendo fiel reflejo de ello la regulación del pre-concurso, de los acuerdos de refinanciación y del mecanismo de la segunda oportunidad – el legislador español deberá realizar importantes reformas en el Texto Refundido de la Ley Concursal a los efectos de cumplir con el mandato europeo y transponer correctamente la Directiva.

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del art. 34 de la Directiva los Estados Miembros deben adoptar y publicar, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma.

El objeto del presente artículo se circunscribe a un análisis de las herramientas de alerta temprana reguladas en la Directiva (UE) 2019/1023 y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, es preciso señalar que se trata de un simple esbozo, puesto que un examen en profundidad exigiría un estudio más extenso que el que se aborda en este trabajo.

[1] PULGAR EZQUERRA, J. "*Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023*". Diario La Ley, No. 9474

2. REGULACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023

El artículo 3 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de velar por que el deudor tenga acceso a herramientas de alerta temprana que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia y le adviertan de la necesidad de actuar sin demora.

De acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, así como en el considerando 17 de la norma, las herramientas de alerta temprana han sido concebidas por el legislador europeo pensando especialmente en las PYMES, toda vez que, por lo general, esta clase de empresas carece de los medios y recursos suficientes para contar con asesoramiento jurídico especializado que les ayude a identificar y prevenir eficazmente situaciones próximas a la insolvencia.[2]

Tal y como se infiere del apartado segundo de este mismo precepto, las alertas tempranas deberán operar en un ámbito interno respecto del deudor, sin que la información de su situación económica y financiera pueda trascender a terceros, hecha la salvedad de los representantes de los trabajadores, a los que los Estados Miembros deberán facilitar los medios necesarios para garantizar su acceso a información relevante y actualizada sobre la disponibilidad de las herramientas de alerta temprana, así como sobre los procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas.

La Directiva no ofrece un concepto de herramientas de alerta temprana, pero establece a título ejemplificativo, que estas podrán consistir en:

a) Mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;

b) Servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados, e;

c) Incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, adviertan al deudor sobre cualquier evolución negativa.

De igual forma, la Directiva adolece de una gran indeterminación respecto sobre qué ha de entenderse por información relevante, así como respecto a la relación o incidencias de las herramientas de alerta temprana sobre los deberes de los administradores frente a la probabilidad de insolvencia.[3]

Por último, y antes de pasar al siguiente epígrafe, conviene destacar que la presente Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración preventiva derivados de las herramientas de alerta temprana.

Esta exclusión de responsabilidad responde al carácter pernicioso que puede tener un procedimiento de reestructuración preventiva para los acreedores de aquel deudor

[2] CUENA CASAS, M. "*La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuesta de Transposición al Derecho Español".* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 32. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 39-70.

[3] LADO CASTRO-RIAL, C. *"Líneas esenciales de la Directiva".* Revista Aranzadi Unión Europea, 8-9 (2019), pp. 51-69.

que de forma injustificada se haya visto inmerso en un procedimiento de estas características. En efecto, de no existir esta exclusión, un acreedor podría exigir responsabilidad a la Administración Pública al demostrar que la situación próxima a la insolvencia del deudor no justificaba la adopción de un plan de reestructuración, y consecuentemente, tampoco el perjuicio que se le hubiese irrogado en sus derechos frente a aquel.

3. LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

El 12 enero de 2019 fue derogada la ley concursal italiana (*Legge Fallimentare*) de 1942 promulgándose el *Codice della crisi d'impresa e della insolvenza* (en adelante Código de Crisis). Una gran parte de las disposiciones del código se encuentran ya en vigor, no obstante, el articulado del código no estará vigente en su totalidad hasta el 1 de septiembre de 2021.[4]

Con la promulgación del Código de Crisis el legislador italiano lleva a cabo una reforma integral del derecho de la insolvencia con la intención manifiesta de fomentar la continuidad de las empresas viables que experimenten situaciones de crisis. Así se deduce de la nueva regulación de los acuerdos de reestructuración y refinanciación de la deuda, de los marcos de responsabilidad de administradores y, en lo que ahora interesa, de la regulación de un sistema de alerta temprana y un procedimiento simplificado para favorecer que el deudor, fundamentalmente las PYMES, alcancen un acuerdo con los acreedores con la ayuda de un organismo público.[5]

El sistema italiano de alertas tempranas se estructura en dos fases consecutivas perfectamente diferenciadas;

1. La monitorización interna de la solvencia de la sociedad y de la gestión del órgano de administración por parte de un auditor o, en su caso, sociedad de auditoría, y;
2. La puesta en marcha de un procedimiento ante un organismo público que favorezca el acuerdo entre el deudor y sus acreedores cuando la referida monitorización no sea suficiente para revertir las dificultades económicas y/o financieras de la sociedad.

Es conveniente estudiar con detenimiento la regulación del sistema de alertas tempranas de nuestro homólogo italiano porque como se ha expuesto anteriormente, puede terminar influyendo, en mayor o menor medida, en nuestra normativa concursal, como ya sucedió, por ejemplo, a la hora de implementar otras medidas relacionadas con los acuerdos de refinanciación.

[4] El término original para la entrada en vigor del Código de Crisis estaba comprendido en el sentido de la formulación originaria del párrafo 1 del citado art. 389 D.Lgs. n. 14/2019, con fecha de 15 de agosto de 2020, con excepción de algunas disposiciones reglamentarias ya en vigor desde el 16 de marzo de 2019, según lo previsto en el párrafo 2 de dicho artículo (se trata en particular del: párrafo primero del art. 27, art. 350, art. 356, art. 357, art. 363, art. 364, art. 366, art. 375, art. 377, art. 378, art. 379, art. 385, art. 386, art. 387 y art. 388).
[5] Arts. 12 a 25 del Código de Crisis.

Precisamente por ello, las siguientes líneas contendrán un breve análisis de sus dos fases;

1. La monitorización interna de la solvencia de la sociedad y de la gestión del órgano de administración por parte de un auditor o, en su caso, sociedad de auditoría:

El legislador italiano impone a los órganos de control de la sociedad, refiriéndose expresamente al auditor y a la sociedad de auditoría, cada uno en el marco de sus funciones, la obligación de comprobar que el órgano de administración evalúa de forma continua la situación económica y financiera de la sociedad y que, además, actúa en consecuencia con los resultados de dichas evaluaciones. De igual forma, los órganos de control quedan obligados a examinar la evolución previsible de la gestión llevada a cabo por el órgano de administración, debiendo comunicar por escrito y de forma fehaciente a este último cuando de dicho examen se desprendan *"indicios fundados de crisis"*.

Recibida la anterior comunicación el órgano de administración dispondrá de un plazo razonable a determinar por el órgano de control – que en ningún caso podrá ser superior a treinta días – para responder e informar sobre las soluciones encontradas y las medidas adoptadas. En caso de que el órgano de administración no responda a la comunicación, o bien responda de forma evasiva o faltando a la verdad, el órgano de control informará sin demora al *organismo di composizione della crisi d'impresa* (en adelante, OCRI[6]) que tramitará el procedimiento de resolución asistida de la crisis, debiendo desarrollarse el mismo de forma reservada y confidencial. Cabe aclarar, no obstante, que el deudor a petición propia podrá acudir directamente al procedimiento de resolución asistida de la crisis mediante solicitud motivada dirigida al OCRI.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalar que el Código de Crisis prevé la obligación de la Agencia Tributaria y el Instituto Nacional de la Seguridad Social de informar a la OCRI cuando el deudor ostente créditos cualificados frente a ellas y habiéndose requerido de pago al mismo, este no haya liquidado la deuda en un plazo de 90 días a partir de la notificación del citado requerimiento. A estos efectos, se reputarán créditos cualificados, atendiendo a su antigüedad y cuantía, los referidos en el apartado segundo del art. 15 del Código de Crisis.

En resumen, puede concluirse que el sistema italiano de alertas tempranas en esta primera fase consiste en un monitoreo interno por parte del órgano de control de la sociedad y en un deber de informar impuesto a determinados acreedores públicos.[7]

2. La puesta en marcha de un procedimiento ante un organismo público que favorezca el acuerdo entre el deudor y sus acreedores cuando la referida monitorización no sea suficiente para revertir las dificultades económicas y/o financieras de la sociedad:

[6] La OCRI es el organismo público italiano de solución asistida de la crisis. Este organismo cuenta con una sede en cada Cámara de Comercio, Industria, Artesanía y Agricultura y tiene confiadas las siguientes tareas; a) recibir los informes elaborados por los órganos de control o acreedores públicos cualificados del deudor en los que se reflejen los indicios fundados de crisis de la empresa. (arts. 14 y 15 del Código de Crisis); b) gestionar la fase de alerta para todas las empresas con independencia de su tamaño y; c) asistir al empresario, a petición propia, en el procedimiento de resolución asistida de crisis para las grandes empresas. (Disposición General Primera, Capítulo Primero, art. 2 del Código de Crisis).

[7] ZORZI, A. *"The Italian Insolvency Law Reform"*. Pp. 17-21. disponible en: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422 (última consulta 04/09/2020)

Transcurrido un plazo de 15 días laborables desde la recepción de la solicitud del deudor, de la comunicación del órgano de control de la sociedad o de los acreedores públicos cualificados a los que antes se ha hecho referencia, la OCRI convocará al deudor ante un órgano colegiado constituido al efecto, que estará compuesto por un «administrador de alertas» y por tres expertos (principalmente, juristas y economistas[8]). Si el órgano colegiado considera que se trata de un deudor al que no le son de aplicación las herramientas de alerta temprana o en su caso, que la crisis a la que se alude no es cierta, ordenará el archivo de las actuaciones.

Para predecir la situación de crisis empresarial se atiende a indicadores internos elaborados trienalmente por el Consejo Nacional de Auditores y Expertos Contables[9].

Estos indicadores tendrán en cuenta múltiples factores, siendo los más significativos – ex art. 13 del Código de Crisis –;

a) La sostenibilidad de la deuda, que consistirá en medir la proporción de deudas a corto plazo cubiertas por el activo corriente una vez descontadas las existencias. (*Acid test*);

b) La adecuación de los recursos propios con respecto a los de terceros, esto es, la relación entre el Patrimonio Neto y el Capital Social, y;

c) Los retrasos reiterados y significativos en los pagos a acreedores.

En cualquier caso, y como no podría ser de otra forma, estos indicadores diferenciarán entre empresas por sector de actividad, toda vez que, por ejemplo, no es lo mismo considerar que una empresa intensiva en capital humano tiene que cumplir con los indicadores de endeudamiento de otras intensivas en maquinaria.[10]

Atendiendo a estos criterios, en caso de que el órgano colegiado constatase la existencia de crisis empresarial, determinará con el deudor las posibles medidas correctoras y fijará un plazo no superior a tres meses en los que deberá negociar con sus acreedores, plazo que podrá prorrogarse incluso por otros tres meses para el caso de que las negociaciones con estos fuesen positivas. De no ser posible el acuerdo, se pondrá fin al procedimiento y se informará a la fiscalía para que proceda a presentar la solicitud de concurso en el caso de que el deudor sea insolvente.

4. LA FUTURA TRANSPOSICIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

No cabe duda de que las herramientas de alerta temprana, siempre que se utilicen adecuadamente, pueden llegar a ser un remedio extrajudicial clave para garantizar que el deudor pueda detectar de forma temprana situaciones de crisis próximas a la insolvencia y pueda así, tomar las medidas necesarias para revertir su situación.

[8] Art. 17.4 del Código de Crisis.
[9] Art. 13 y ss. del Código de Crisis.
[10] LLORET, J. CAICOYA, J. LLORENTE, R. "*Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de distress empresarial"* Diario La Ley, No. 9640.

No obstante, son varias las barreras que el legislador debe sortear sí finalmente decide implantar un sistema de alertas tempranas como el italiano en el ordenamiento jurídico español:

En primer lugar, se ha de señalar que el régimen legal previsto para determinar la obligación de una empresa de auditar sus cuentas es más severo en Italia que en España. El art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital establece que están obligadas a contratar los servicios de un auditor las empresas que cumplan durante dos ejercicios consecutivos, al menos, dos de los siguientes requisitos; a) importe neto de la cifra de negocio superior a 5.7000.000 euros; b) activos superiores a 2.850.000 euros y; c) número medio de trabajadores superior a 50. Sin embargo, tras la última modificación del art. 2477 del *Codice Civile*, para que una empresa italiana esté obligada a contratar a un auditor basta con que en los dos ejercicios anteriores haya contado con un número medio de trabajadores superior a 20[11]. En consecuencia, se auditan más empresas en Italia que en España, lo que no favorece la implementación exitosa del sistema de alertas temprana italiano en el ordenamiento jurídico español.

En este mismo sentido, otra barrera difícil de franquear consiste en que en España las cuentas anuales de la sociedad se formulan por el órgano de administración al tercer mes de finalizar el ejercicio, y es entonces cuando, en su caso, pueden ser auditadas. Trasladándolo al escenario económico actual, esto se traduce en que el auditor de una empresa en situación de crisis a fecha de junio de 2020 por causa del COVID-19, informaría de la crisis que atraviesa la misma a la autoridad competente tras la formulación de las cuentas anuales, esto es, a partir del mes de marzo del ejercicio siguiente, momento en el que probablemente la empresa se encuentre en un estado de insolvencia irreversible.

A todo ello se suma la escasa utilidad que han demostrado los sistemas de alertas tempranas tan formalistas como el italiano, que, de ser finalmente acogido por el legislador español, probablemente terminaría siendo utilizado fraudulentamente por algunas empresas insolventes para evitar temporalmente la obligación de solicitar el concurso. No se debe obviar que nuestro ordenamiento jurídico cuenta ya con un procedimiento de reestructuración de deuda – el mal llamado pre-concurso – que, salvo en contadas excepciones, es utilizado indebidamente para retrasar y preparar la posterior solicitud de concurso del deudor. La práctica jurídica ha demostrado que los sistemas de alerta temprana complejos y burocratizados como el italiano tienden a ser en la mayoría de los casos antesalas ruinosas de procedimientos concursales.[12]

Precisamente por este motivo, la transposición de las herramientas de alerta temprana en el ordenamiento jurídico español debería articularse a través de la regulación de un procedimiento informal, en concreto, un procedimiento de *mentoring*, en el que un equipo de expertos en la gestión de crisis empresariales asesore de forma confidencial al deudor, proponiéndole soluciones y guiándole en las negociaciones con sus acreedores.

[11] Art. 2477 del *Codice Civile*, originalmente modificado por el art. 389 del Código de Crisis, fue enmendado por el art. 2 bis del Decreto Ley 18 de abril de 2019, No. 32 (convertido en ley, con enmiendas, por la Ley 14 de junio de 2019, No. 55). Los umbrales previstos en el apartado c del meritado artículo – en vigor desde el 16 de diciembre de 2019 – son los siguientes: a) activo: 4 millones de euros; b) ingresos: 4 millones de euros; c) número medio de empleados: 20. Basta con sobrepasar un único umbral durante dos ejercicios fiscales para que resulte obligatorio nombrar a un auditor.

[12] PULGAR EZQUERRA, J. *"Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019; legislación preconcursal de emergencia".* Diario La Ley, N.º 9608.

Un perfecto ejemplo de cómo la Directiva podría tomar una forma concreta en el ordenamiento español, es el proyecto europeo *Early Warning Europe* (en adelante, EWE), cofinanciado por el Programa de la UE para la Competitividad de las PYME (COSME) y dirigido por el *Business Development Centre of Central Denmark,* que se desarrolló entre los años 2016 a 2019 en nueve países. En un primer momento estuvo enfocado a cuatro países piloto; España, Grecia, Italia, y Polonia, pero habida cuenta del éxito del proyecto, se optó por ampliar los países de destino a seis países más; Croacia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Lituania y Luxemburgo. Durante esos tres años EWE ofreció asesoramiento gratuito, imparcial y confidencial de forma exitosa a más de 3.500 empresas que atravesaban dificultades económicas y/o financieras, ayudándolas a prevenir la insolvencia y dar continuidad a sus negocios o, en su caso, a afrontar de la mejor forma posible el procedimiento de liquidación.

La clave del éxito de EWE, que sigue los pasos de su antecesor, el proyecto *Early Warning Denmark,* se basó en la colaboración entre las instituciones y en la red de mentores especializados en resolución de crisis y conflictos empresariales de la que formaron parte tanto entidades privadas como públicas. Asimismo, también tuvo una especial trascendencia el software desarrollado por el *Business Development Centre of Central Denmark*, que permitió a los participantes del proyecto beneficiarse de las ventajas del *Big Data* identificando señales de alerta en las cuentas anuales archivadas digitalmente por las compañías en sus bases de datos.[13]

Tras la finalización de EWE todos los Estados Miembro que formaron parte del proyecto crearon una red permanente de colaboración – bautizada con el mismo nombre, *Early Warning Europe Network* – que tiene como objetivo implantar de forma eficaz las herramientas de alerta temprana y los mecanismos de reestructuración preventiva en todos los países de la Unión Europea, así como promover vínculos permanentes entre las instituciones comunitarias y los gobiernos de cada Estado Miembro.

Sin embargo, en España aún queda un largo camino por recorrer para lograr la implantación de herramientas de alerta temprana y mecanismos de reestructuración que resulten eficaces para prevenir y atajar la insolvencia de las PYMES. Además de las deficiencias que presenta nuestra legislación concursal en esta materia – y que es de esperar sean subsanadas tras la transposición de la Directiva 2019/1023 – los informes finales del proyecto EWE revelan que en nuestro país existen dos obstáculos principales que reducen notablemente la eficacia de estas herramientas y mecanismos de reestructuración preventiva; 1) las barreras administrativas, ligadas fundamentalmente al régimen descentralizado de comunidades autónomas y; 2) las ligadas con la cultura empresarial nacional, en la que el fracaso empresarial se vincula con la ineptitud o incluso con el fraude.[14]

No obstante, no se ha de obviar que, si bien España no cuenta actualmente con un sistema de alertas tempranas, si dispone sin embargo de ciertas herramientas de alerta como las elaboradas por el Ministerio de Industria, que permiten al deudor realizar una autoevaluación de su negocio para prevenir estadios próximos a la insolvencia y ofrece recomendaciones para evitar situaciones de riesgo. Asimismo, desde la entrada en vigor de la circular 6/2016 de 31 de junio del Banco de España en octubre de 2016, las entidades financieras cuentan con los medios necesarios para elaborar un documento denominado

[13] The Journal of INSOL Europe; *"Early warning systems in Denmark and Europe",* pp. 20-21.
[14] CUENA CASAS, M. "*La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 …",* op. cit., pp. 39-70.

"Información Financiera-PYME" que incluye la calificación crediticia del deudor atendiendo a ratios de deuda y sectoriales que podrían ser de utilidad a la hora de transponer la directiva comunitaria, en particular, respecto a la determinación de los indicadores y parámetros que ayuden a prevenir situaciones de insolvencia.

5. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA IMPLANTACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA

De conformidad con el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2019/1023, los EM tienen la obligación de velar por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana que: 1º) sean claras y transparentes[15]; 2º) permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente, y; 3º) adviertan de la necesidad de actuar sin demora.

Asimismo, el apartado 4 del citado artículo establece que lo EM velarán por que exista información en línea y a disposición del público sobre la posibilidad de acceder a las herramientas de alerta temprana, y que dicha información se presente en un formato sencillo y de fácil acceso, en especial para las PYMES.

Las herramientas de alerta temprana pueden ser desarrolladas por los EM o por entidades privadas, esto es, los EM no están obligados a llevar a cabo directamente las prestaciones de servicios que puedan incluirse como herramientas de alerta temprana, sino únicamente a garantizar que se cumpla el objetivo fijado en la Directiva. De esta forma, las Administraciones Públicas se constituyen en meros garantes, pero no necesariamente en prestadoras de los servicios que puedan incardinarse en las herramientas de alerta temprana.

Sin perjuicio de lo anterior, el apartado segundo de este mismo precepto establece, a título ejemplificativo, que las herramientas de alerta temprana podrán incluir *"mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos…".* El legislador europeo se refiere así a los impagos de créditos frente a la administración pública, en concreto, a impagos de impuestos o de cotizaciones sociales.[16]

En caso de que el legislador español al transponer la Directiva optase finalmente por incluir este mecanismo de alerta dentro de las herramientas de alerta temprana, la competencia para ejecutarlo recaería sobre la Administración Pública.

En este sentido, una vez constatada la existencia de impagos de créditos tributarios o de la Seguridad Social la Administración Pública (Tributaria o de Seguridad Social) estaría obligada a informar al deudor de la necesidad de adoptar medidas para poder revertir su situación. La finalidad de este mecanismo de alerta consiste en que el deudor pueda contar de forma temprana con la información necesaria para adoptar la decisión de acometer un proceso de reestructuración preventiva que le permita «cambiar de rumbo»[17] evitando así la insolvencia y, por ende, la declaración de concurso de acreedores.

[15] Esto ha de completarse con lo expuesto en el considerando 22 de la Directiva, en el que se prevé que la información que proporcionen las herramientas de alerta temprana ha de ser *"… actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva".*

[16] Así se desprende del considerando 22 de la Directiva, en virtud del cual: *"(…) Las herramientas de alerta temprana (…) podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social."*

[17] MOLLER, M. "Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Primer semestre de 2020. En Madrid. Ed: Wolters Kluwer. pp. 571-572.

Como se puede apreciar, para que el citado mecanismo funcione, resulta imprescindible que la alerta se active en tiempo real, y la advertencia al deudor por parte de la Administración Pública se lleve a cabo en un momento en el que este se encuentre en un estadio próximo a la insolvencia, y no en un estado de insolvencia actual.

Sin embargo, los plazos amplios de prescripción previstos en la Ley General Tributaria y la Ley General de la Seguridad Social no incentivan que la Administración Pública lleve a cabo una monitorización efectiva (temprana) de los impagos de créditos tributarios y de seguridad social. En efecto, los arts. 66 de la LGT y 24 de la LGSS establecen un plazo de prescripción de 4 años para que la Administración Pública pueda reclamar esta clase de créditos, lo que dificulta enormemente el éxito de este mecanismo de alerta.

Una medida encaminada a incentivar la fiscalización temprana de la deuda podría consistir en la reducción de estos plazos, si bien, debería ir acompañada de un plan de actuación dirigido a reforzar los recursos personales y materiales con los que cuenta el sector público, pues de lo contrario, las arcas públicas podrían sufrir grandes pérdidas.

El segundo mecanismo de alerta en el que puede participar la Administración Pública consiste en la prestación – directa o indirecta – de servicios de asesoramiento profesional. Así se desprende del ya citado art. 3.2.b) de la Directiva, en virtud del cual; *"los servicios de asesoramiento podrán prestarlos organismos públicos o privados".*

En el supuesto de que el legislador determine que la Administración Pública deba prestar directamente estos servicios sería preciso desarrollar canales institucionales de información y asesoramiento, de fácil acceso, en especial, para las PYMES.

En línea con lo anterior, cabe destacar la posibilidad de que estos servicios puedan prestarse por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación reguladas en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de comercio, Industria, Servicios y Navegación, habida cuenta de que el artículo 2.1 de esta ley las define como *"órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas (…)".*

Otra posibilidad es que estos servicios de asesoramiento sean prestados desde el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constituye uno de los tres elementos esenciales del Proyecto Nueva Empresa, junto al régimen jurídico de la Nueva Empresa y el sistema de contabilidad justificada.

CIRCE consiste en una red de puntos de asesoramiento e inicio de tramitación (PAIT), en los que se asesora y se prestan servicios a los emprendedores, tanto en la fase incipiente de sus proyectos empresariales, facilitando la creación de la empresa y el inicio efectivo de su actividad, como en sus primeros años de vida, contribuyendo así a su correcto desarrollo.[18] Actualmente, este instrumento depende del Ministerio de Industria, Comerio y Turismo, en la Dirección General de Pequeña y Mediana Empresa, y ha sido desarrollado por el Real Decreto 628/2003, de 7 de junio, dando lugar al establecimiento de dos tipos de puntos de Atención al Emprendedor (PAE);

[18] LADO CASTRO-RIAL, C. *"Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración".* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Primer semestre de 2020. En Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 235-248.

a) Puntos de atención públicos: en los que el servicio es prestado por instituciones públicas o vinculadas con estas (Ayuntamientos, Cámaras de comercio, Agencias de Desarrollo, notarías[19], etc.):

b) Puntos de atención privados: en los que el servicio es prestado por organismos privados, tales como Colegios Profesionales, asociaciones profesionales, y agrupaciones de empresas firmantes del convenio de colaboración con la DGPYME.

En lo que al asesoramiento privado se refiere, cabe traer a colación el sistema de alertas tempranas danés, en el que la prestación del asesoramiento a empresas en crisis, se realiza de forma gratuita, imparcial y confidencial por voluntarios expertos en la materia, cubriendo la totalidad de las áreas de conocimiento relevantes; como la jurídica, la de gestión, contabilidad, planificación estratégica, marketing, etc.[20]

En efecto, la clave del sistema danés, proveniente del proyecto *Early Warning Danmark*, al que anteriormente se ha hecho referencia, reside en la colaboración permanente de despachos especializados en insolvencias, los cuales destinan un número de horas *pro bono* para lograr que las empresas en crisis puedan revertir su situación, o en su caso, de no ser factible su recuperación, puedan afrontar el procedimiento concursal de forma ordenada y eficiente. Se trata de un escenario en el que todos ganan: los empresarios salen antes de su situación de crisis, o en su caso, del procedimiento concursal, sus opciones de una segunda oportunidad mejoran, se conservan los puestos de trabajo, las pérdidas de los acreedores se minimizan y los tribunales no se saturan. Además, las estadísticas muestran que las pérdidas que sufre la Administración Pública disminuyen en un 20% en el caso de sociedades canceladas con la ayuda de las herramientas de alerta temprana y reestructuración preventiva.[21]

No obstante, si bien este sistema de alerta temprana puede ser viable a pequeña escala, su implementación a gran escala, y en concreto en España, requeriría de financiación y apoyo de la Administración Pública.

En consonancia con lo anterior, se ha de valorar hasta qué punto es compatible el asesoramiento gratuito a empresas en situación de *distress* con el régimen de ayudas de Estado, cuyo fin es evitar el riesgo de que éstas puedan provocar distorsiones a la competencia y el mercado interior.

El concepto de ayuda de Estado se encuentra regulado en el art. 107.1 TFUE, que establece que *"salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre EM, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".*

Se trata, por tanto, de un concepto comunitario de ayuda de Estado amplio y expansivo, de carácter material y no formal, que abarca todo tipo de ayuda otorgada a las empresas con cargo a recursos estatales o sobre los que el estado tenga un poder de

[19] De conformidad con el art. 13.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: *"Los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) serán oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes."*

[20] LADO CASTRO-RIAL, C. *"Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración"*, op. cit., pp. 235-248.

[21] MOLLER, M. *"Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis"*, op. cit., pp. 571-572.

actuación y concedida bajo diversas formas (subvenciones, ventajas fiscales, créditos blandos) que moderen las cargas que han de soportar normalmente las empresas con la consiguiente reducción de los ingresos del presupuesto estatal.[22]

En este sentido, para que una medida nacional sea calificada de «de ayuda de Estado» es necesario que confiera una ventaja selectiva a su beneficiario, – siempre que éste ejerza una actividad económica, cualquiera que sea su forma jurídica y modo de funcionamiento – provocando así un falseamiento de la competencia. En estos términos se pronuncia la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012[23] al establecer qué; *"Con el fin de apreciar si una medida tiene carácter selectivo, es necesario examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, dicha medida puede favorecer a determinadas empresas en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable*"[24]. Por tanto, no es suficiente que se constate una diferencia de trato, ni que tal medida afecte a determinados sujetos, sino que se requiere, además, que esa diferencia de trato no se encuentre justificada y que introduzca discriminaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho régimen común, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.

La STJUE de 16 de marzo de 2017 en relación a la compatibilidad de la exoneración de deudas por IVA con el régimen comunitario de ayudas estatales dispuso que las personas a las que no se les permitía el acceso al procedimiento de la segunda oportunidad (italiana), ya fuese porque no estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de ese procedimiento o porque no cumplían los requisitos previstos en el art. 142 de la ya derogada *Legge Fallimentare*, no se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las personas a las que se concedía ese beneficio, *"habida cuenta de que el objetivo perseguido por esas disposiciones, que es el de permitir a una persona física declarada en concurso, deudor de buena fe, reanudar una actividad empresarial habiendo quedado descargado de las deudas que, al término del procedimiento concursal del que ha sido objeto esa persona, no han sido satisfechas".*

En este supuesto, el TJUE defendió que no existía una discriminación no justificada entre los deudores que tenían acceso a la exoneración y los que se les denegaba dicho acceso, pues entendió que ambos se encontraban en una situación fáctica y jurídica distinta, y, por lo tanto, no comparable. De ahí que la sentencia comentada concluyese que; *"una liberación de deudas como establece la legislación italiana no pueda calificarse de ayuda de Estado".*

Trasladándolo al supuesto que ahora nos ataña, cabe concluir que no parece que la financiación del asesoramiento profesional a empresas en situación de insolvencia con cargo a fondos públicos deba reputarse como una ayuda de Estado incompatible con el Tratado, toda vez que no concurre la característica de que esta medida constituya una ventaja selectiva en los términos expresados por el TJUE.

[22] CUENA CASAS, M. "*Crédito Público y Exoneración de Deudas*" Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 27. Segundo semestre de 2017. Madrid. Ed: Wolters Kluwer, pp. 242-248.
[23] STJUE de 29 de marzo de 2012, Asunto C- 417/10.
[24] En este mismo sentido se pronuncia también la ya citada STJUE de 16 de marzo de 2017, Asunto C493/15.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1 LIBROS Y PUBLICACIONES:

- CUENA CASAS, M. "Crédito Público y Exoneración de Deudas" Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 27. Segundo semestre de 2017. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- CUENA CASAS, M. "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuesta de Transposición al Derecho Español". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 32. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- The Journal of INSOL Europe; "Early warning systems in Denmark and Europe". Publicación mensual, julio-agosto de 2019.
- LADO CASTRO-RIAL, C. "Alertas tempranas y administraciones públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 33. Segundo semestre de 2020. Ed: Wolters Kluwer.
- LADO CASTRO-RIAL, C. "Líneas esenciales de la Directiva". Revista Aranzadi Unión Europea, 8-9. Publicación mensual agosto-septiembre de 2019. Ed: Aranzadi, S.A.U.
- LLORET, J. CAICOYA, J. LLORENTE, R. "Las herramientas de autodiagnóstico para la alerta temprana en situaciones de *distress* empresarial" Diario La Ley, No. 9640.
- MOLLER, M. "Early Warning Europe: Asistencia a las PYMES en crisis". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm 33. Primer semestre de 2020. Madrid. Ed: Wolters Kluwer.
- PULGAR EZQUERRA, J. "Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023". Diario La Ley, No. 9474.
- PULGAR EZQUERRA, J. "Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019; legislación preconcursal de emergencia". Diario La Ley, N.º 9608.
- ZORZI, A. "The Italian Insolvency Law Reform". disponible en SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3492422 (última consulta 04/09/2020).

6.2 RESOLUCIONES DEL TJUE:

- STJUE de 29 de marzo de 2012, Asunto C - 417/10
- STJUE de 16 de marzo de 2017, Asunto C - 493/15.