

ESTUDIOS



ABRIL 2017



GUÍA DE ACTUACIÓN DE LA EMPRESA ANTE LA INSOLVENCIA



economistas
Consejo General

REFOR
expertos en economía forense

ceoe

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

GUÍA DE ACTUACIÓN DE LA EMPRESA ANTE LA INSOLVENCIA

ABRIL 2017



economistas
Consejo General

REFOR
expertos en economía forense

ceoe

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Todo proyecto empresarial comienza con la ilusión del emprendedor, que arriesga su dinero, su ilusión y su tiempo. En este reto, el empresario se interrelaciona con el entorno económico: con sus trabajadores, con los clientes que adquieren sus productos o servicios y con los proveedores que le suministran todo lo necesario. Con su esfuerzo, el empresario crea riqueza y genera puestos de trabajo.

Sin embargo, en ocasiones, distintos factores pueden provocar que un proyecto empresarial carezca de los recursos necesarios para seguir adelante. Un claro ejemplo es la crisis que ha atravesado nuestro país desde el 2008, y que ha supuesto un duro golpe para muchas de nuestras empresas. Los datos nos enseñan que durante estos años se han incrementado exponencialmente el número de empresas españolas en situación de insolvencia y que un reducido porcentaje de éstas alcanzaron un convenio con sus acreedores y lo cumplieron. Lamentablemente, es común que los procesos concursales en España acaben en la liquidación de la compañía.

Para tratar de corregir esta tendencia, el legislador ha afrontado hasta 6 reformas concursales entre los años 2009 al 2015, encaminadas a reducir el número de liquidaciones, incrementar el número de convenios e implementar un sistema más eficiente.

Nuestro régimen concursal tiene por finalidad establecer reglas que propicien la reasignación equitativa de los recursos y la igualdad de trato entre los acreedores, protegiendo la posición jurídica del empresario y el patrimonio de la empresa en crisis frente acciones de terceros. De esta forma, nuestro ordenamiento interviene en las reglas del mercado para proporcionar a la empresa tiempo que favorezca una salida negociada común que permita su continuidad o bien una liquidación ordenada.

El empresario que se ve inmerso en el deterioro del estado patrimonial de su empresa debe actuar con celeridad y responsabilidad en la adopción de las medidas correctoras necesarias para evitar que la situación sea irreversible. Por la propia supervivencia del proyecto empresarial, por su régimen de responsabilidad y por todos los que se pueden ver afectados por esta situación.

Para ello, es imprescindible que la empresa en situación de riesgo de insolvencia conozca a qué se enfrenta y tome las decisiones adecuadas con la antelación suficiente. Con esta finalidad nace la *Guía de actuación de la empresa ante la insolvencia*, magnífico estudio que tiene por objetivo trasladar a nuestras empresas una idea clara, práctica y esquemática de nuestro sistema concursal. Una herramienta didáctica excepcional para dar a conocer a nuestros empresarios el derecho aplicable en los momentos más difíciles.

Juan Rosell Lastortras

PRESIDENTE DE LA CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES

Desde que, en 2003, la legislación de las suspensiones de pagos y quiebras se concentrase en una sola Ley Concursal, hemos venido asistiendo, en cierto modo, a una “concursalización” de la insolvencia, de tal manera que se han desoido muchos aspectos de la misma acercándola al procedimiento concursal como si éste fuera un fin en sí mismo, más que un mecanismo para el restablecimiento de la actividad empresarial en todas sus posibilidades. Sin embargo, las múltiples reformas que esta Ley ha sufrido, comenzando por el RDL 3/2009 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, hasta la última Ley 1/2015 de mecanismos de Segunda Oportunidad, han ido marcando un cambio de tendencia en la manera de concebir qué es una insolvencia empresarial y cómo gestionar eficazmente el nuevo escenario en el que se encuentra la empresa en sus relaciones de mercado.

Estamos en un momento crucial y un punto de inflexión en el ámbito en el que se desenvuelve la gestión de las crisis de empresas. El recorrido de todas las reformas que se han venido sucediendo en este campo a nivel nacional, así como el Reglamento Europeo de Insolvencias —que entrará en vigor en junio de 2017 y con el que habrá de armonizarse nuestra legislación— trazan un entramado legislativo complejo en el que se recogen planteamientos y soluciones diversas.

Por ello, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y el Consejo General de Economistas —a través del Registro de Expertos en Economía Forense (REFOR), órgano especializado en esta materia de dicho Consejo— han decidido acometer conjuntamente la edición de esta *Guía de Actuación de la Empresa ante la Insolvencia* que, como su nombre indica, es un manual de orientación rápida y de consulta útil con el que facilitar las decisiones que se han de tomar en un momento crucial para el futuro de la empresa y buscar la mejor solución posible ante el proceso de crisis. La Guía aborda todas las fases del proceso: partiendo de la detección de la insolvencia, analiza las diferentes soluciones extra concursales que existen para alcanzar un acuerdo entre las partes, así como el concurso de acreedores y sus principales aspectos. Por tanto, esta es una publicación idónea para empresarios y gestores y administradores de empresas, pero muy útil también para todos aquellos que trabajan en el ámbito de la consultoría.

Tenemos que agradecer a nuestro compañero y ex presidente del REFOR, **Raimon Casanellas**, la elaboración de esta Guía, que constituye un nuevo enfoque con respecto a la *Guía de Actuación de la Empresa ante el Concurso*, editada por el Consejo General de Economistas en 2009. Dada la buena acogida que tuvo aquella edición, hemos decidido abordar, de la mano del mismo autor y, en este caso, junto a la CEOE, esta nueva publicación que es mucho más que una mera actualización.

Esperamos que este trabajo que ofrecemos cumpla con el objetivo de aportar luz sobre una materia de complejidad técnica y trascendencia social como es la insolvencia y sus efectos colaterales.

Valentín Pich Rosell

PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE ECONOMISTAS

Índice

LA DETECCIÓN DE LA INSOLVENCIA	9
1. Insolvencia e inviabilidad	9
2. Actuaciones preventivas	10
3. Actuaciones ante una situación de insolvencia inminente	11
3.1. Actuaciones de gestión	11
3.2. Actuaciones legales: comunicación de negociaciones con los acreedores (art. 5 bis de la Ley Concursal)	12
LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN	17
1. Amparados en el art. 71 bis de la Ley Concursal	18
2. Amparados en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal	18
3. Otros acuerdos de refinanciación	19
LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO	21
1. Ámbito de aplicación	21
2. La solicitud	21
3. El acuerdo	22
4. El concurso consecutivo al desacuerdo o al incumplimiento del acuerdo	23
5. La exoneración del pasivo insatisfecho	24
EL CONCURSO	27
1. Opción u obligación	27
2. Requisitos	27
3. Gestión y administración	28
3.1. La administración concursal	29
3.2. Los costes del concurso	29
3.3. Ejecuciones y apremios	30
3.4. Los acreedores	31
3.5. Las facturas rectificativas	32
4. Análisis de la viabilidad	33
5. La venta de unidades productivas	35
6. La liquidación	36
7. Reestructuración laboral	37
8. El convenio	38
8.1 La propuesta anticipada de convenio	38
8.2 La propuesta ordinaria de convenio	40
9. La calificación	41
10. La conclusión	42
CONCLUSIONES	45

“La detección temprana de una situación de futura insolvencia es fundamental, pues cuando ya se están incumpliendo los compromisos de pago es difícil poder implementar medidas correctoras y ni tan solo planificarlas.”

LA DETECCIÓN DE LA INSOLVENCIA

La detección temprana de una situación de futura insolvencia es fundamental, pues cuando ya se están incumpliendo los compromisos de pago es difícil poder implementar medidas correctoras y ni tan solo planificarlas. Es mucho más eficaz hacerlo cuando aún es posible disponer de tiempo y recursos.

1. INSOLVENCIA E INVIABILIDAD

Debe distinguirse desde el primer momento entre insolvencia e inviabilidad. Una empresa puede ser **solvente** (cumple sus compromisos de pago), pero **inviable** (no puede generar en el futuro los recursos suficientes para mantener su actividad). Puede a su vez ser **viable e insolvente**, o tanto inviable como insolvente. Debe aplicarse en cada caso la solución adecuada:

- **INSOLVENCIA Y VIABILIDAD DEL NEGOCIO:** hay que implementar medidas de reorganización, reestructuración y reconducción, y negociar con los acreedores y empleados acuerdos extrajudiciales o concursales (**propuestas de convenio y acuerdos laborales**).



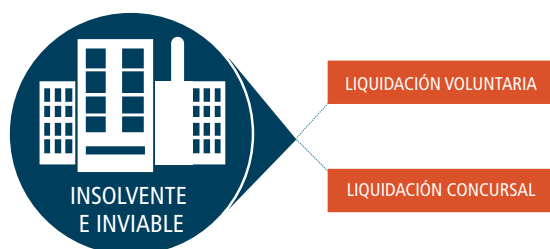
REORGANIZACIÓN

REESTRUCTURACIÓN

RECONDUCCIÓN

NEGOCIACIÓN

- **INSOLVENCIA E INVIABILIDAD:** aún en este caso es conveniente analizar las posibilidades de llegar a acuerdos extrajudiciales para liquidar la empresa (liquidación voluntaria). Si ello no es posible, deberá solicitarse el concurso (de liquidación).



Es posible que el negocio no sea viable con la estructura de la propia empresa y que ésta sea incapaz de reestructurarse, sea por falta de un equipo directivo adecuado, por falta de financiación o por otros motivos. En este caso, y como analizaremos posteriormente, cabe la **continuidad del negocio con otra estructura empresarial**, cediéndolo a una nueva compañía. La normativa concursal actual contiene alternativas para ello tanto en un escenario de liquidación como en uno de convenio con los acreedores.

2. ACTUACIONES PREVENTIVAS

En una situación de crisis, el estudio, preparación y aplicación de medidas correctoras se hace más difícil que en una situación de normalidad, dado que se dispone de menos recursos materiales y los recursos humanos acostumbran a haber perdido la motivación.

Es por ello que **es en situación de solvencia de la compañía cuando hay que dedicar esfuerzos a tener establecido un sistema adecuado de control económico-financiero**, así como un sistema de alertas ante riesgo de insolvencia futura (descenso significativo en la cifra de negocios o en los márgenes, necesidad de realizar bienes del activo inmovilizado, abandono del proyecto empresarial por parte de directivos —en especial, los directores financieros— cambios regulatorios en el sector, pérdidas de concesiones administrativas o distribuciones, retrasos en los pagos a los acreedores o en el cobro de clientes, no renovación de pólizas de crédito, etc.).

Es fundamental disponer de un buen **presupuesto de tesorería**, que supone la conversión de la información contable del presupuesto de la compañía en previsión de flujos de caja, que son los que permiten una adecuada gestión del circulante y de las necesidades de inversión, así como minimizar los costes financieros. Asimismo, debe prestarse especial atención

“En una situación de crisis, el estudio, preparación y aplicación de medidas correctoras se hace más difícil que en una situación de normalidad, dado que se dispone de menos recursos materiales y los recursos humanos acostumbran a haber perdido la motivación. Es por ello que es en situación de solvencia de la compañía cuando hay que dedicar esfuerzos a tener establecido un sistema adecuado de control económico-financiero.”

a la gestión de las existencias, del crédito a clientes y de la financiación recibida de los proveedores, previendo las variaciones del capital circulante derivadas de dicha gestión.

Si bien la Ley ya no sanciona la insolvencia, sí sanciona ciertas actuaciones del empresario o de los administradores que hayan provocado o agravado la situación de insolvencia. En efecto, la normativa concursal establece que, en caso de que se provoque o agrave la insolvencia por dolo o culpa grave del empresario o, en caso de personas jurídicas, por sus administradores, liquidadores o apoderados generales, y, en algunos casos muy concretos, incluso por los socios, serán inhabilitados por un plazo de dos a quince años. Además, todos estos últimos, pueden ser condenados a satisfacer a los acreedores todos o parte de los créditos que resulten finalmente incobrables.

Debe tenerse además en consideración la legislación societaria y, en concreto, el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la responsabilidad solidaria de los administradores respecto las obligaciones posteriores a la **causa legal de disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad de capital social**, a no ser que convoquen la junta general para adoptar el acuerdo de disolución, se restablezca el equilibrio patrimonial o soliciten la disolución judicial o el concurso de la sociedad.

3. ACTUACIONES ANTE UNA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA INMINENTE

3.1 Actuaciones de gestión

El primer análisis a efectuar, si se prevé la insolvencia de la empresa, es el referido a la viabilidad o inviabilidad de la misma.

Si la empresa es viable, ello deberá plasmarse en un **plan de viabilidad** y en la toma de decisiones que deriven en un ahorro de costes y en la reconducción de la compañía de acuerdo con las directrices del plan de viabilidad. Ello supone la asunción por todo el equipo de la empresa de los objetivos del plan, así como el inicio de **negociaciones con**

las entidades financieras, proveedores y empleados. Es factible asimismo contemplar aplazamiento de créditos públicos, pero con calendarios de pago realistas, así como la venta de activos no operativos.



Hay que ser muy realistas en el análisis de la viabilidad, no dejarse llevar por factores subjetivos y valorar las opiniones de asesores externos. Si no puede garantizarse con cierta razonabilidad la viabilidad futura, cuanto antes se inicie un proceso de liquidación voluntaria o concursal o, en su caso, la enajenación parcial o total del negocio, o al menos, se inicie su planificación, más éxito se tendrá en su realización.

3.2 Actuaciones legales: comunicación de negociaciones con los acreedores (art. 5 bis de la Ley Concursal)

Si bien la Ley Concursal impone la obligación de solicitar la declaración de concurso en caso de situación de insolvencia (a los dos meses de conocerla o de haber debido tener conocimiento de la misma), ello no es así en caso de insolvencia inminente.

No obstante, es en este caso cuando más aconsejable es presentar la solicitud, al menos, si no se tiene cierta certeza de que podrá revertirse la tendencia negativa. Si se espera para ello a estar en insolvencia, se tendrán menos recursos para preparar el concurso y hacer frente a los costes de su tramitación. Además, cuanto más se acerque la empresa a la insolvencia, peor será la imagen que tendrá de ella el mercado, y se irá perdiendo la confianza de los acreedores, clientes, directivos y trabajadores.

Finalmente, el peligro de que un acreedor se anticipe en la solicitud de concurso desaparece en insolvencia inminente, pues sólo el deudor tiene legitimación para ello.

“En caso de insolvencia inminente es cuando más aconsejable es presentar la solicitud declaración de concurso, al menos, si no se tiene cierta certeza de que podrá revertirse la tendencia negativa. Si se espera para ello a estar en insolvencia, se tendrán menos recursos para preparar el concurso y hacer frente a los costes de su tramitación. ”

El tiempo que se gana anticipándose a la finalización del plazo para tener que presentar el concurso permite:

- Analizar las posibilidades de viabilidad futuras y, en caso de valorarse positivamente, iniciar la preparación del **plan de viabilidad**. No es ocioso indicar que debe actualizarse la contabilidad, si no lo está.
- Preparar, en caso contrario, un **plan de liquidación** que contemple la venta de los activos maximizando el precio y minimizando el tiempo preciso para su enajenación. Como hemos indicado, cabe contemplar que el negocio o alguna parte del mismo pueda ser viable con otra estructura empresarial (con un nuevo equipo directivo totalmente distinto, con una compañía o grupo que aporte financiación inasumible por la propia empresa, o bien que aporte sinergias al negocio, etc.). Si ello es factible, se podrá presentar al juzgado una oferta vinculante de adquisición, que la norma prevé tramitar con mucha agilidad.
- **Revisar las actuaciones de los últimos años** (como mínimo dos) para analizar si algún acto puede resultar rescindido en caso de concurso o conllevar la culpabilidad de los administradores.
- **Prever la actividad de la empresa en situación concursal**, totalmente distinta a la anterior, dado el previsible descenso de la confianza del mercado y de los agentes más directamente implicados con la empresa, la situación de falta de recursos y los costes indirectos que comporta el procedimiento (pérdida de suministradores de bienes y servicios, sobre todo financieros, pérdida de clientes, disminución del poder de negociación con proveedores y trabajadores, desmotivación de estos y de los equipos directivos).
- **Prever la aparición de nuevos créditos** que en su día tan sólo eran contingentes: indemnizaciones al personal en caso de reestructuración de plantilla y devolución de efectos descontados de clientes.
- Prever una **mínima tesorería** para atender los costes del concurso, así como para las adquisiciones al contado de compras y servicios.

PRESENTAR EL CONCURSO ANTES DEL FIN DEL PLAZO

PERMITE:



Preparar el plan de viabilidad, en caso de valorarse positivamente



Preparar el plan de liquidación, en caso de no valorarse positivamente



Revisar las actuaciones de los últimos años



Prever la actividad de la empresa en situación concursal



Prever la aparición de nuevos créditos



Prever una mínima tesorería

Si la solicitud de concurso se presenta con la necesaria planificación, se facilita la reestructuración de la compañía, al preparar un escenario favorable a la negociación con los trabajadores y acreedores, que se realiza en concurso con los administradores concursales y bajo la tutela del juez mercantil, y habida cuenta de que la Ley Concursal permite convenios con quitas y/o esperas considerables.

La Ley Concursal, en su art. 5, regula un plazo de dos meses para solicitar el concurso una vez se conozca o se deba conocer la insolvencia de la empresa. No obstante, en caso de iniciarse negociaciones con los acreedores para intentar conseguir un acuerdo (el concursal de propuesta anticipada de convenio o un acuerdo extrajudicial, sea un "acuerdo de refinanciación", sea un "acuerdo extrajudicial de pagos", a los que nos referiremos seguidamente), se permite la ampliación del plazo hasta un máximo de seis meses (art. 5 bis de la Ley Concursal). En este caso, debe comunicarse al juzgado dicho

inicio de negociaciones y, para evitar la publicidad, puede solicitársele que el inicio de negociaciones no sea publicado en el Registro Público Concursal. Es interesante aprovechar esta ampliación del plazo para realizar las actuaciones descritas anteriormente y negociar las medidas que se vayan planificando con los acreedores y trabajadores.

La comunicación al juzgado impide a los acreedores, excepto a los de derecho público, iniciar ejecuciones de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad económica y se suspenderán por el juzgado las que estén en trámite.

“Si la solicitud de concurso se presenta con la necesaria planificación, se facilita la reestructuración de la compañía, al preparar un escenario favorable a la negociación con los trabajadores y acreedores, que se realiza en concurso con los administradores concursales y bajo la tutela del juez mercantil, y habida cuenta de que la Ley Concursal permite convenios con quitas y/o esperas considerables.”

“Al implementar los acuerdos de refinanciación se pretende evitar el concurso de aquellas empresas viables, pero con problemas coyunturales de financiación, mediante la protección de dichos acuerdos, sea evitando que en un posterior concurso puedan ser rescindidos, sea homologándolos judicialmente.”

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La Ley Concursal, en su versión original, la Ley 22/2003 de 9 de Julio, se había demostrado poco eficiente para resolver la insolvencia de empresas viables con dificultades de financiación. Las estadísticas nos muestran que más del noventa por ciento de las solicitudes acaban en liquidación y pocas veces se consigue una mínima satisfacción de los acreedores concursales, que son básicamente los que han generado su crédito antes de la declaración de concurso. Ello venía causado principalmente por la tardanza de las empresas en acogerse al concurso, el estigma que históricamente ha conllevado en España la entrada en los procedimientos de insolvencia, y una regulación demasiado restrictiva respecto a la vía del acuerdo concursal, el convenio. Pero, también, por la ausencia de procedimientos alternativos de resolución de la insolvencia, ajenos a los judiciales, como existían en países de nuestro entorno. A ello intentó dar respuesta el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, al implementar los llamados **acuerdos de refinanciación**, cuya regulación se ha ido modificando sustancialmente hasta el presente. Con ello se pretende evitar el concurso de aquellas empresas viables, pero con problemas coyunturales de financiación, mediante la protección de dichos acuerdos, sea evitando que en un posterior concurso puedan ser rescindidos, sea homologándolos judicialmente.



1. AMPARADOS EN EL ARTÍCULO 71 BIS DE LA LEY CONCURSAL

El apartado 1 del art. 71 bis se refiere a acuerdos de refinanciación no rescindibles. Para que no lo sean se exige que impliquen una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de obligaciones, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad económica en el corto y medio plazo. Además, el acuerdo debe ser **aprobado por un mínimo del 60% del pasivo**, debe emitirse certificación del auditor de la compañía o, en su ausencia, del que nombre el registrador mercantil, sobre dicha suficiencia de pasivo; y debe ser formalizado en instrumento público. Tampoco son rescindibles aquellos acuerdos que, no reuniendo estas condiciones, cumplan una serie de condiciones de índole financiera detallados en el apartado dos del art. 71 bis de la Ley Concursal y que se formalicen en instrumento público. El deudor y los acreedores podrán solicitar el nombramiento de **experto independiente** "para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado" así como las demás condiciones aplicables. La rescisión de estos acuerdos, en caso de concurso posterior, solo puede solicitarse por la administración concursal con fundamento en el incumplimiento de las condiciones exigidas.

2. AMPARADOS EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4ª DE LA LEY CONCURSAL

Se trata de acuerdos suscritos por acreedores que representen **al menos el 51 % de los pasivos financieros**, y que reúnan las condiciones contenidas en el apartado uno del art. 71 bis al que nos hemos referido, excepto en lo que se refiere a las mayorías de pasivo, dado que ya no requieren un mínimo de un 60 %, sino de un 51 %, pero referido este porcentaje a acreedores de pasivos financieros. Su **homologación judicial** impide que puedan ser rescindidos en concurso. Se entenderá que son acreedores de pasivos financieros los titulares de endeudamiento financiero, aunque no estén sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos los acreedores por operaciones comerciales, los laborales y los de derecho público.

A diferencia de los acuerdos amparados en el art. 71 bis, **los efectos de estos acuerdos homologados judicialmente pueden extenderse a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo y cuyos créditos no gocen de garantía real, o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real**, con las especialidades siguientes:

- Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 % del pasivo financiero, se les extienden las esperas de hasta cinco años, así como la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.
- Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 % del pasivo financiero, las esperas de cinco a diez años, las quitas y la conversión de deuda en acciones o participaciones. En este último caso, los acreedores disconformes tienen la opción de sustituir la capitalización de su deuda por una quita equivalente al importe del nominal

de los títulos que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o asunción. Asimismo, se les extenderá el efecto de la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco a diez años, en obligaciones convertibles, préstamos subordinados o con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero, así como la cesión de bienes o derechos en pago de la totalidad o parte de la deuda.

También se extienden los efectos de dichos acuerdos a los acreedores de pasivos financieros disconformes por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, pero en este caso se exigen mayorías superiores a las anteriores.

3. OTROS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Destacamos que son factibles otros acuerdos de refinanciación que no reúnan los requisitos anteriores, pero no se les aplicarán las protecciones frente a las acciones de rescisión. Esto no significa que sean necesariamente rescindibles. Lo serán si son perjudiciales para los acreedores en el sentido expresado por el artículo 71 de la Ley Concursal.

“Los acuerdos extrajudiciales de pago permiten a los deudores personas naturales, sean o no empresarios, o a personas jurídicas de pequeña dimensión, alcanzar un acuerdo con sus acreedores que no les obligue a solicitar el concurso. A su vez, a las personas naturales les permite pedir la liberación de sus deudas una vez liquidados sus bienes.”

LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Dichos acuerdos permiten a los deudores personas naturales, sean o no empresarios, o a personas jurídicas de pequeña dimensión, alcanzar un acuerdo con sus acreedores que no les obligue a solicitar el concurso. A su vez, a las personas naturales les permite pedir la liberación de sus deudas una vez liquidados sus bienes.



1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La posibilidad de solicitar dichos acuerdos está restringida a los deudores insolventes **personas naturales cuyo pasivo no exceda de los cinco millones de euros**, así como a las **personas jurídicas que, en caso de ser declaradas en concurso, el mismo no hubiere de revestir especial complejidad** en los términos previstos en el artículo 190 de la Ley Concursal (activo menor de 5 millones de euros, pasivo que no supere esta cuantía y menos de 50 acreedores). Para las personas jurídicas se exige además que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

2. LA SOLICITUD

En primer lugar, se deberá rellenar un formulario que consta como anexo a la Orden del Ministerio de Justicia del 29.12.15, con información sobre los bienes, los ingresos y gastos re-

gulares previstos, la lista de los acreedores y el detalle de los contratos. Deberá acompañarse certificado de antecedentes penales y certificados de sus rentas, en caso de persona física; certificados de las entidades financieras relativos a las cuentas corrientes, depósitos, o bienes de capital mobiliario; certificados de dominios y cargas del Registro de la Propiedad, si se es titular de bienes inmuebles, y las correspondientes escrituras. El empresario deberá también adjuntar un balance.

Para formalizar la solicitud el **empresario o la empresa persona jurídica deberá tramitar la solicitud a través del Registro Mercantil o la Cámara de Comercio** que haya asumido labores de mediación; la tramitación a través de notario queda restringida a las personas físicas no empresarios. A destacar, que no se podrán realizar actos de administración o disposición que excedan de los ordinarios (por ejemplo, venta de un coche o de la vivienda) y que la intervención de abogado no es preceptiva, pero sí aconsejable.

Seguidamente se nombrará un profesional que es el encargado de negociar el acuerdo con los acreedores, el llamado **mediador concursal**, cuyos honorarios deberán constar en el acta por el que se le nombra. Habrá que estar a su disposición para facilitarle la información adicional que precise y aclararle las dudas o errores que pueda haber en la información facilitada.

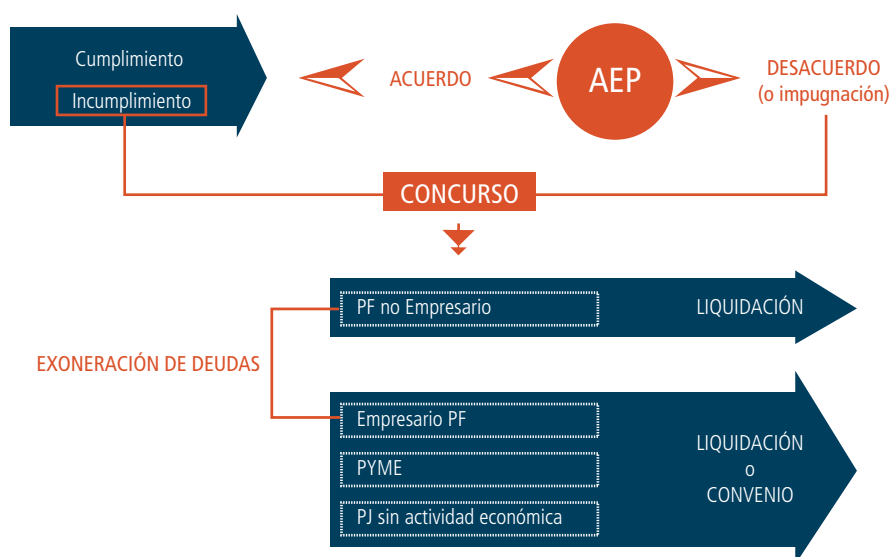
Asimismo, dado que el mediador concursal debe remitir a los acreedores una propuesta de **plan de pagos, plan de viabilidad** y copia de los eventuales acuerdos o solicitudes de aplazamiento de los créditos de derecho público o de sus fechas de pago, el empresario o la persona jurídica colaborarán con el mismo para ello. A esta propuesta los acreedores podrán formular otras alternativas, en cuyo caso, el mediador concursal se lo comunicará al deudor para que decida si las acepta.

“Los acuerdos extrajudiciales de pago permiten a los deudores personas naturales, sean o no empresarios, o a personas jurídicas de pequeña dimensión, alcanzar un acuerdo con sus acreedores que no les obligue a solicitar el concurso. A su vez, a las personas naturales les permite pedir la liberación de sus deudas una vez liquidados sus bienes.”

3. EL ACUERDO

En una reunión, que tendrá lugar como máximo a los dos meses siguientes a la aceptación del cargo de mediador concursal, se debatirá sobre la **propuesta de acuerdo**, que podrá incluir **quitas y aplazamientos de pago hasta los diez años** y se aprobará o rechazará por

una mayoría del 60% o el 75% del pasivo afectado por el acuerdo (se excluyen los créditos de derecho público), según sea la cuantía de la quitas o el plazo de la espera propuesta. Si se aprueba el acuerdo, se eleva a escritura pública, y, si no se aprueba, el mediador concursal solicitará al juez la declaración de concurso denominado consecutivo. Ello también sucederá si el acuerdo no acaba cumpliéndose. Es por ello que en caso de aprobación del acuerdo, el deudor deberá facilitar al mediador concursal la información pertinente para que él pueda constatar su cumplimiento.



4. EL CONCURSO CONSECUTIVO AL DESACUERDO O AL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

En el concurso consecutivo a la falta de acuerdo o a su incumplimiento se procederá a liquidar los bienes para pagar las deudas hasta donde alcancen, pero los empresarios y personas jurídicas pueden solicitar un convenio con sus acreedores. Dado que cuando el administrador concursal (generalmente el mismo profesional que fue nombrado mediador concursal) solicite el concurso deberá presentar un informe y un plan de liquidación, o alternatively una propuesta de convenio, habrá que facilitársele toda la información que solicite a estos efectos. Nos remitimos al capítulo siguiente en lo concerniente a la tramitación de este concurso posterior a la eventual falta de acuerdo o incumplimiento del mismo.

“Al presentar la solicitud de concurso, el mediador concursal informará al juzgado sobre si se cumplen los requisitos para que el deudor, si es persona natural, pueda beneficiarse de la liberación de las deudas que no puedan ser atendidas a lo largo del procedimiento, si bien, no será hasta la conclusión del concurso cuando el juez declare, en su caso, la liberación de las mismas.”

5. LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

Al presentar la solicitud de concurso, el mediador concursal informará al juzgado sobre si se cumplen los requisitos para que el deudor, si es persona natural, pueda beneficiarse de la liberación de las deudas que no puedan ser atendidas a lo largo del procedimiento, si bien, no será hasta la conclusión del concurso cuando el juez declare, en su caso, la liberación de las mismas.

Es muy importante tener en cuenta que **para conseguir dicha exoneración, el deudor persona física deberá solicitarla cuando se le dé traslado de la rendición final de cuentas y solicitud de conclusión** que habrá presentado el administrador concursal ante el juzgado. Ello sucederá cuando se le hayan ya liquidado sus bienes y atendido en lo posible sus deudas con base a dicha liquidación y a sus ingresos (aquellos que se hayan podido destinar a ello por superar la fijación de una cuantía para las necesidades familiares, los llamados “alimentos”).

La exoneración requiere de una serie de requisitos, entre los cuales, el de no haber sido condenado por una serie de delitos, que no haya sido declarado culpable el concurso (lo que requiere actuaciones del deudor con dolo o culpa grave en perjuicio de sus acreedores), que se haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y que se hayan satisfecho los créditos privilegiados (que incluyen los hipotecarios y una parte de los de derecho público) y los créditos “contra la masa” (que incluyen básicamente los generados durante el acuerdo extrajudicial y el concurso).

En el caso de deudores con un pasivo inicial que supere los cinco millones de euros, no hace falta el requisito del acuerdo extrajudicial previo, porque ellos no están facultados para acogerse al mismo, pero en contrapartida deben haber atendido también el 25 % de los créditos concursales ordinarios.

Aún en el caso de que no se hayan podido atender estos créditos privilegiados y contra la masa, podrá conseguirse la liberación del pasivo restante, que no incluirá a los créditos de derecho público ni por alimentos, sometiéndose a un **plan de pagos quinquenal**, aceptando asimismo la inclusión en el Registro Público Concursal durante el plazo de cinco años de la comunicación conforme se ha obtenido este beneficio. A esta información solo podrán tener acceso aquellos que demuestren un interés legítimo, por ejemplo, quienes vayan a concederle un préstamo. La concesión del beneficio tendrá carácter provisional hasta que transcurra el plazo de cinco años. Durante ese plazo podrá revocarse el beneficio si se constata que el deudor ha ocultado ingresos, bienes o derechos embargables, si no cumple las obligaciones de pago previstas en el plan de pagos, si mejora su situación económica por herencia, legado, donación o juego o incurre en alguna de las causas que hemos citado anteriormente y que impiden la concesión de la exoneración.

Si no se consigue cumplir el plan de pagos, pero se destina a ello al menos la mitad de los ingresos embargables o la cuarta parte (este porcentaje solo es aplicable a aquellos deudores incluidos en el art. 3.1, a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012), el juez podrá declarar también la exoneración de las deudas que no se hayan satisfecho.

“Si bien, como ya hemos indicado, el concurso es un instrumento al alcance de la empresa para reflotarse o para liquidarse con cese de actividad, le puede suponer asimismo una obligación. La obligación de solicitarlo se da cuando se conoce o debe conocerse la situación de insolvencia (...) Si no se solicita dentro de plazo, un acreedor lo puede instar con el peligro de que acabe declarándose culpable por retraso.”

EL CONCURSO

1. OPCIÓN U OBLIGACIÓN

Si bien, como ya hemos indicado, el concurso es un instrumento al alcance de la empresa para reflotarse o para liquidarse con cese de actividad, le puede suponer asimismo una obligación. La Ley Concursal, en el apartado dos del artículo 2, define la insolvencia como sigue: “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. Asimismo, el apartado primero del artículo 5 regula dicha obligación al indicar que: “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”.

La obligación de solicitarlo se da, pues, cuando se conoce o debe conocerse la situación de insolvencia, pero, el **concurso voluntario**, el instado por el deudor mismo, se puede solicitar asimismo cuando se prevé dicha situación (insolvencia inminente).

Hay que destacar que el incumplimiento de esta obligación comporta la posibilidad de que el concurso sea declarado culpable, con las consecuencias a que nos hemos referido anteriormente (inhabilitación del empresario o de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la empresa o, en algunos casos sus socios, e incluso, pago por todos estos últimos de todo o parte de lo que no consigan cobrar los acreedores). Si no se solicita dentro de plazo, un acreedor lo puede instar (en este caso el concurso se define como “necesario”) con el peligro de que acabe declarándose culpable por retraso.

2. REQUISITOS

Al solicitar el concurso, lo que deberá realizarse mediante abogado y procurador, exceptuándose la intervención de este último profesional para las personas naturales en el concurso

consecutivo a la falta de acuerdo o incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, deben acompañarse los siguientes documentos:

- MEMORIA de la historia económica y jurídica, de las actividades de los establecimientos, oficinas y explotaciones, así como de las causas de la insolvencia y valoraciones y propuestas de viabilidad, identidad del cónyuge y régimen económico matrimonial, y en caso de persona jurídica, identidad de los socios o asociados, de los administradores o liquidadores, del auditor de cuentas, y datos del grupo del que pueda formar parte. En el concurso de herencia, datos del causante.
- INVENTARIO DE BIENES Y DERECHOS, con diversas características de los mismos.
- RELACIÓN DE ACREEDORES junto con la identificación de los mismos, en especial su correo electrónico, dado que mediante el mismo el administrador concursal nombrado por el juzgado podrá informarles y requerirles información; además, diversos datos de los créditos de los que son titulares.
- PLANTILLA DE TRABAJADORES, en su caso, e identidad de su órgano de representación.
- Si el deudor es empresario o está obligado a llevar contabilidad, CUENTAS ANUALES y, en su caso, INFORMES DE GESTIÓN Y DE AUDITORÍA DE LOS TRES ÚLTIMOS EJERCICIOS. Si, además, forma parte de un grupo empresarial, cuentas anuales, informes de gestión consolidados e informes de auditoría de los tres últimos ejercicios, así como memorias de las operaciones realizadas con las demás sociedades del grupo durante dicho período.
- MEMORIA DE LOS CAMBIOS SIGNIFICATIVOS DEL PATRIMONIO POSTERIORES A LAS ÚLTIMAS CUENTAS ANUALES formuladas y depositadas y de las operaciones extraordinarias.
- ESTADOS FINANCIEROS INTERMEDIOS, en su caso.

3. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN

En el concurso voluntario, el solicitado por el deudor, normalmente no se suspenden sus facultades patrimoniales, pero se sujetan a la **intervención de la administración concursal**, mediante su autorización. Por el contrario, en el concurso necesario, el instado por un acree-

"En el concurso necesario, el instado por un acreedor, la norma general es la suspensión de las facultades patrimoniales que pasan a ser a cargo de la administración concursal. "

dor, la norma general es la **suspensión de dichas facultades** que pasan a ser a cargo de la administración concursal. En ambos casos, en el auto de declaración de concurso el juez abre la llamada **"fase común"**, nombra a la administración concursal e insta a los acreedores para que comuniquen sus respectivos créditos a la administración concursal.

3.1. La administración concursal

La administración concursal es el órgano del procedimiento que tiene encomendadas amplias facultades de control de la actividad del deudor, de información a los acreedores y al juzgado, de acciones procesales tales como instar acciones de reintegración, acciones de responsabilidad contra los administradores, liquidadores o auditores, o instar la calificación culpable, en su caso, del concurso.

En el campo laboral negocia con los trabajadores los expedientes de regulación de empleo y está facultado para extinguir o suspender los contratos de alta dirección.

En la fase de liquidación, y en caso de suspensión de facultades patrimoniales del deudor, se amplían sus facultades, dado que además de las funciones habituales, debe realizar las propias del deudor, como las de administración y disposición del patrimonio, la llevanza de la contabilidad, la presentación de liquidaciones tributarias, la enajenación de los bienes o el pago de los créditos. Sus múltiples funciones están detalladas actualmente en el artículo 33 de la Ley Concursal.

Es un órgano unipersonal, excepto en los concursos denominados "de especial trascendencia", en los que se nombra también a un administrador concursal designado por un acreedor. Pueden ser administradores concursales tanto **abogados como economistas, titulares mercantiles o auditores con cinco años de experiencia, así como sociedades integradas como mínimo por un abogado y un economista, titular mercantil o auditor**. Su retribución está sujeta a un arancel que atiende fundamentalmente a la dimensión del activo y del pasivo.

3.2. Los costes del concurso

Al solicitar el concurso, incluso en un escenario de liquidación, hay que disponer de una tesorería mínima para poder atender los costes que conlleva su tramitación.

Se trata de los **honorarios de abogado y procurador**, estos últimos sujetos a un arancel, pero no así los de abogado, por lo que hay que solicitar presupuesto que incluya la asistencia y representación durante todo el procedimiento.

También habrá que atender los **honorarios de la administración concursal**, sujetos a arancel, por lo que son estimables con antelación. Finalmente, habrá que pagar el coste de los edictos, derivado de sus inscripciones en el Registro Mercantil y en los otros registros públicos, en especial, el de la Propiedad.

“Al solicitar el concurso, incluso en un escenario de liquidación, hay que disponer de una tesorería mínima para poder atender los costes directos e indirectos que conlleva su tramitación. Los costes indirectos van acrecentándose a lo largo del transcurso del concurso, por lo que insistimos en la necesidad de adoptar una estrategia clara de reconducción lo antes posible.”

En cuanto a otros posibles **costes indirectos** del procedimiento, podemos distinguir los siguientes:

- Pérdida de clientes.
- Pérdida de suministradores de bienes y servicios (sobre todo financieros).
- Pérdida de poder de negociación (con los suministradores y con los trabajadores básicamente).
- Desmotivación de los trabajadores y equipos directivos.
- Dedicación de los directivos a las exigencias del procedimiento.
- Pérdida de imagen en el mercado.

Todos estos costes indirectos van acrecentándose a lo largo del transcurso del concurso, por lo que insistimos en la necesidad de adoptar una estrategia clara de reconducción lo antes posible.

3.3. Ejecuciones y apremios

Durante el concurso **no pueden iniciarse ejecuciones ni seguirse apremios administrativos o tributarios**. Hasta la aprobación del plan de liquidación pueden continuarse los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiese dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes, siempre que dichos bienes no resulten necesarios para la continuidad de la actividad.

Las actuaciones en tramitación se suspenden y, además, el juez está facultado para decretar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados en dichas actuaciones, excepto respecto a los embargos administrativos.

Los acreedores con garantía real no pueden iniciar la ejecución sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde

la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación. Las actuaciones ya iniciadas se suspenden.

3.4. Los acreedores

Los acreedores deben comunicar su crédito a la administración concursal a instancias de ésta. Subsiste esta obligación aunque no reciban esta solicitud, que habitualmente les es remitida por correo electrónico. Si no lo realizan corren el riesgo de que su crédito no sea incluido en la lista de acreedores del concurso. La comunicación deberá contener el concepto del crédito, su cuantía, fecha de adquisición, vencimiento, características (litigioso, con condición suspensiva o resolutoria) y la calificación (de privilegio especial, de privilegio general, ordinario o subordinado). Si se invoca un privilegio especial, se deberán indicar los bienes o derechos a que afecte, así como, en su caso, los datos registrales. Se acompañará copia del título o de los documentos relativos al crédito.

Los créditos contra la masa son básicamente los generados después de la declaración del concurso, pero también, entre otros, los créditos por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, con el tope del doble del salario mínimo, los de costas y gastos judiciales ocasionados por la representación del deudor, o el 50% de los créditos que se hayan concedido en el marco de un acuerdo de refinanciación que supongan ingresos de tesorería.

Los demás créditos se clasifican en:

- **Créditos con privilegio especial:** entre otros, los garantizados con hipoteca o prenda sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados. El privilegio especial solo alcanza la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía. Asimismo, los que corresponden a contratos de leasing sobre los bienes arrendados.
- **Créditos con privilegio general:** comprenden los salarios hasta un salario diario del triple del salario mínimo, las indemnizaciones laborales en cuantía limitada al mínimo legal y calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo, las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, los capitales coste de Seguridad Social y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral; las retenciones tributarias y de seguridad social; los créditos que corresponden a trabajo personal no dependiente y a derechos de autor devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso; los créditos tributarios, de Seguridad Social y de derecho público hasta el cincuenta por ciento de su importe; los créditos por responsabilidad civil extracontractual; los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y concedidos al amparo de acuerdos de refinanciación que reúnan las condiciones del art. 71 bis de la Ley Concursal, en la parte que no constituya crédito contra la masa; y los créditos titularidad del acreedor que, en su caso, haya instado el concurso, que no sean subordinados y hasta el cincuenta por ciento de su importe.

- **Créditos subordinados:** entre otros, los que sean comunicados tardíamente; los créditos por recargos e intereses, excepto los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la garantía; los créditos por multas y sanciones; los créditos de los administradores; los créditos, diferentes de los préstamos, de los socios titulares de al menos un diez por cien del capital, o bien un cinco por cien, si se trata de sociedades con valores admitidos a cotización.
- Los créditos no incluidos en los apartados anteriores son los denominados **créditos ordinarios**.

A los acreedores que se han personado en el concurso a través de procurador y abogado se les dará traslado de las actuaciones más trascendentes del concurso como la emisión del informe de la administración concursal, los incidentes concursales, las acciones procesales que inste la administración concursal tales como las de reintegración, la presentación del plan de liquidación o de la propuesta de convenio. Sin embargo, **pueden asistir e intervenir en la junta de acreedores que se celebre en un escenario de convenio sin necesidad de estar representados por procurador o abogado**. También podrán recibir por correo electrónico, que les remitirá la administración concursal, información diversa como el informe que emite sobre la contabilidad, cuentas del deudor y memoria que se acompaña a la solicitud de concurso, así como sobre el activo, la lista de acreedores, la valoración de la empresa y su situación patrimonial (informe del art. 75 de la Ley Concursal); proyecto de inventario y lista de acreedores previo al referido informe; impugnaciones a dicho informe del art. 75 de la Ley Concursal y sus contestaciones; el informe que se eleva luego a definitivo con base al anterior; informe de evaluación del convenio, en su caso; informes trimestrales sobre el estado de liquidación, en caso de liquidación, y rendición final de cuentas.

3.5. Las facturas rectificativas

La declaración de concurso le permite al acreedor resarcirse del IVA facturado emitiendo una factura rectificativa.

Las obligaciones impuestas por la normativa actual al emisor y al receptor de facturas rectificativas se encuentran reguladas en los arts. 80. Tres y 114 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y en el art. 24 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Los principales requisitos exigidos por la normativa actual para que el **acreedor** del concursado (emisor de facturas rectificativas) pueda modificar su base imponible de IVA son los siguientes:

- Que el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto, el concursado, no haya hecho efectivo el pago al acreedor de las cuotas repercutidas y que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. El plazo para poder realizar la

modificación de la base imponible es de 3 meses desde la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso.

- Que el acreedor expida y remita al concursado y a la administración concursal una nueva factura o documento sustitutivo en la que se rectifique o, en su caso, se anule la cuota repercutida, en la forma prevista en el artículo 15 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre.
- Que las operaciones cuya base imponible se pretenda rectificar hayan sido facturadas y anotadas en el libro registro de facturas expedidas por el acreedor en tiempo y forma.
- Que el acreedor comunique a la AEAT (mediante el modelo 952) la modificación de la base imponible practicada, en el plazo de un mes contado desde la fecha de expedición de la factura rectificativa. A esta comunicación deberá acompañarse la copia de las facturas rectificativas.
- Que el acreedor haga constar en la declaración-liquidación inmediatamente posterior a la declaración del concurso el importe de las cuotas rectificadas como aumento de las cuotas deducidas (pudiendo generar, en su caso, el derecho a la oportuna devolución de IVA).

Por otro lado, las obligaciones impuestas por la actual normativa al **concurado** que recibe las facturas rectificativas se encuentran definidas en el art. 24.2.b) del Reglamento del IVA y 114.2.2º de la Ley IVA y son las siguientes:

- Que comunique a la AEAT (mediante el modelo 952) la circunstancia de haber recibido las facturas rectificativas que le haya enviado el acreedor, consignando el importe total de las cuotas rectificadas, en el mismo plazo previsto para la presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el párrafo siguiente.
- Además de la comunicación a que se refiere el número anterior, deberá efectuarse la rectificación de las deducciones en la declaración-liquidación correspondiente al período en que se ejercitó el derecho a la deducción de las cuotas soportadas, sin que proceda la aplicación de recargos ni de intereses de demora.

4. ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD

Lo lógico es que antes de solicitar el concurso se haya iniciado el análisis de la viabilidad de la empresa, sea porque se ha iniciado ya un proceso extrajudicial de negociación con los acreedores, sea porque la situación de insolvencia exige dicho análisis.

Pero, si ello no se ha hecho, la preparación de la solicitud del concurso debería ser la ocasión para hacerlo. Si el escenario futuro es el de continuidad de la empresa, es conveniente formular un **plan de viabilidad**, con materias tales como las siguientes:

- Análisis de la evolución reciente de la compañía, con mención especial a la generación y desarrollo de la situación de crisis.
- Diagnóstico externo.
- Análisis de la posición competitiva.
- Diagnóstico interno: de las ventas y la clientela, de las adquisiciones de bienes y/o servicios y los proveedores, de las existencias; análisis del proceso productivo; análisis del sistema administrativo y de gestión.
- Modificaciones propuestas en la gestión del circulante, del capital fijo, del capital humano, del capital organizativo (procedimientos de información y coordinación), del relacional (relaciones externas con colaboradores, clientes, proveedores, competidores, aliados), así como en la estructura financiera.
- Cuentas de pérdidas y ganancias, balances de situación y estados de flujos de efectivo previsionales.
- Análisis de sensibilidad, es decir, de las consecuencias de las desviaciones en las hipótesis establecidas.
- Sistema de control del plan de viabilidad.

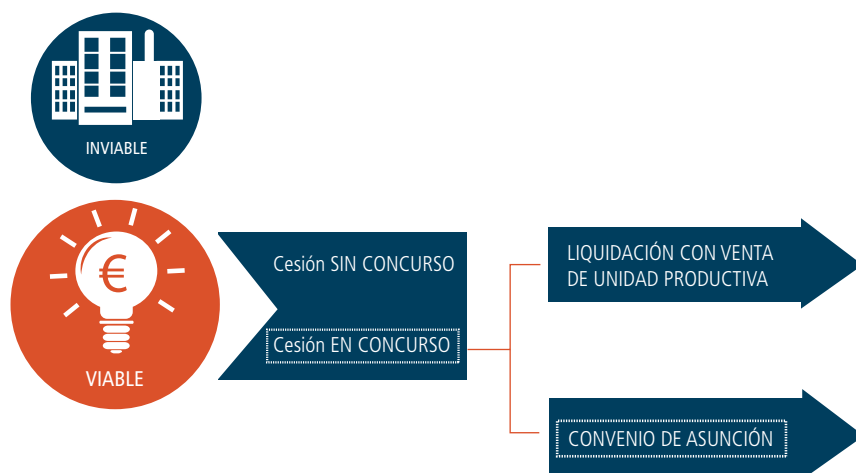


PLAN DE VIABILIDAD ▶ Análisis de la evolución reciente

- ▶ Diagnóstico externo
- ▶ Análisis de la posición competitiva
- ▶ Diagnóstico interno
- ▶ Modificaciones propuestas
- ▶ Cuentas de pérdidas y ganancias, balances, etc.
- ▶ Análisis de sensibilidad
- ▶ Sistema de control del plan de viabilidad

5. LA VENTA DE UNIDADES PRODUCTIVAS

Si no es posible reflotar la empresa, con acuerdos de quitas o esperas con sus acreedores que se prevean asumibles por los mismos y otras medidas de reestructuración y reconducción razonables, debe planificarse su liquidación, es decir, la enajenación de todos sus activos. Puede suceder, sin embargo, que el negocio objeto de la empresa sea viable con una estructura distinta, o ello puede acontecer para alguna de sus unidades de negocio. Si este es el caso, **es factible la venta de las unidades productivas en un escenario de liquidación**. De acuerdo con lo regulado en el art. 146 bis de la Ley Concursal, se ceden al adquirente los derechos y obligaciones de los contratos, licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad y éste queda subrogado sin necesidad del consentimiento de la otra parte, excepto en aquellos contratos, licencias o autorizaciones administrativas en los que el adquirente haya manifestado la voluntad de no subrogarse. **Tampoco se subroga en la obligación de pago de los créditos pendientes del concursado, excepto los laborales y los de Seguridad Social**. El apartado cuarto del art. 149 de la Ley Concursal, aunque establece que se considerará a los efectos laborales y de Seguridad Social que existe sucesión de empresa, exonera de la misma aquellos salarios e indemnizaciones pendientes de pago antes de la enajenación que sean asumidos por el Fondo de Garantía Salarial.



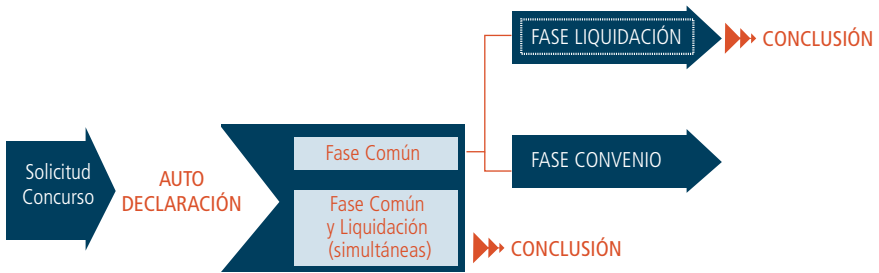
Si se consigue obtener una **oferta vinculante de compra de la unidad productiva** antes de solicitar el concurso y se adjunta ésta al plan de liquidación que se presente al juzgado junto con la solicitud de concurso, el juez deberá aplicar el “procedimiento abreviado”, regulado en los artículos 190 a 191 quater de la Ley, con plazos menos dilatados que los del “procedimiento ordinario”.

“Si la actividad empresarial no se prevé viable, ni mediante la propia compañía, ni por medio de la cesión a un tercero, deberán liquidarse los activos maximizando el precio y minimizando el tiempo para conseguirlo. Por ello, en este caso es conveniente solicitar la liquidación al instar el concurso.”

6. LA LIQUIDACIÓN

Si la actividad empresarial no se prevé viable, ni mediante la propia compañía, ni por medio de la cesión a un tercero, deberán liquidarse los activos maximizando el precio y minimizando el tiempo para conseguirlo. Por ello, en este caso es **conveniente solicitar la liquidación al instar el concurso**. Además, si no existen contratos laborales vigentes y la empresa ha cesado en su actividad, el juez debe aplicar también el **procedimiento abreviado**, lo que coadyuva en agilizar la liquidación.

Otra ventaja de la presentación del plan de liquidación junto con la solicitud de concurso es la rapidez con que se tramita: el secretario da traslado por diez días a la administración concursal para que lo informe y a los acreedores para que puedan realizar alegaciones. Además, al aprobar el plan el juez puede acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.



Hay que destacar, no obstante, que si no se solicita la liquidación al instar el concurso, le está permitido al deudor hacerlo en cualquier momento y en este caso el juez acordará la apertura de la fase de liquidación dentro de los diez días siguientes. También está facultada para solicitarla la administración concursal en caso de cese de la actividad, que puede decretarse a petición suya.

En la fase de liquidación se suspenden las facultades de administración y disposición patrimoniales y, si el deudor es persona jurídica, se cesan a los administradores o liquidadores y se les sustituye por la administración concursal.

Excepto en el caso que hemos comentado de solicitud de concurso acompañando el plan de liquidación, éste es formulado por la administración concursal de acuerdo con las disposiciones de los arts. 148 y 149 de la Ley Concursal. Después de dar traslado del mismo a los acreedores y a la representación de los trabajadores es aprobado por el juzgado.

Los créditos contra la masa deben pagarse a su vencimiento, pero dicha norma puede alterarse por la administración concursal siempre que presuma que podrán ser atendidos todos, pero sin afectar a los créditos de los trabajadores, los alimenticios, los tributarios y los de la Seguridad Social. Asimismo, si considera que el activo es insuficiente para poder atender los créditos contra la masa, también puede alterar el orden de pago, comunicándolo al juzgado, dando preferencia a los créditos imprescindibles para concluir la liquidación; seguidamente, y por este orden, a ciertos créditos salariales e indemnizaciones, a los alimentos y a los créditos por costas y gastos judiciales.

Los créditos concursales ordinarios se atienden una vez pagados, en su caso, los créditos contra la masa, los créditos con privilegio especial, que se satisfacen con cargo a los bienes y derechos afectos, y los créditos con privilegio general. Estos se pagan en el orden en el que figuran relacionados en el apartado 3.4. Si se consigue satisfacer todos los créditos ordinarios, se atienden a continuación los subordinados.

7. REESTRUCTURACIÓN LABORAL

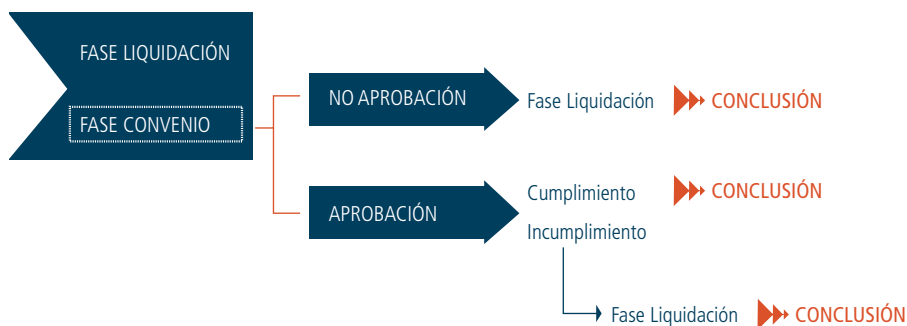
Los expedientes de regulación de empleo (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados y despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducciones de jornada) son competencia del juez del concurso. También, las acciones resolutorias individuales del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (se trata de extinciones de los contratos a instancia de los trabajadores por incumplimientos graves del empresario) motivadas por la situación económica o la insolvencia del empresario. El inicio del expediente es instado por la administración concursal, por el deudor o por la representación de los trabajadores, una vez emitido el informe de la administración concursal, a no ser que su demora pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa o del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores. El juez convoca al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas que no puede superar los treinta días naturales, o quince, si la empresa cuenta con menos de cincuenta trabajadores.

Si el expediente afecta a más de cincuenta trabajadores debe acompañarse un “**plan de acompañamiento social**” que contemple su incidencia en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Si finalmente hay acuerdo, el letrado de la administración de justicia (anteriormente denominado “secretario judicial”) recaba un informe de la autoridad laboral que debe ser emitido en el plazo de quince días. Emitido dicho informe o transcurrido dicho plazo, a los cinco días hábiles el juez convalida el acuerdo, salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Si no se alcanza el acuerdo, antes de dictar auto resolviendo el expediente, el letrado de la administración de justicia convoca a las partes a una audiencia para alegaciones y aportación de pruebas. Dicho trámite puede ser sustituido por uno de alegaciones por escrito de tres días.

Destacamos que los despidos disciplinarios y objetivos siguen siendo competencia de la jurisdicción social.

8. EL CONVENIO



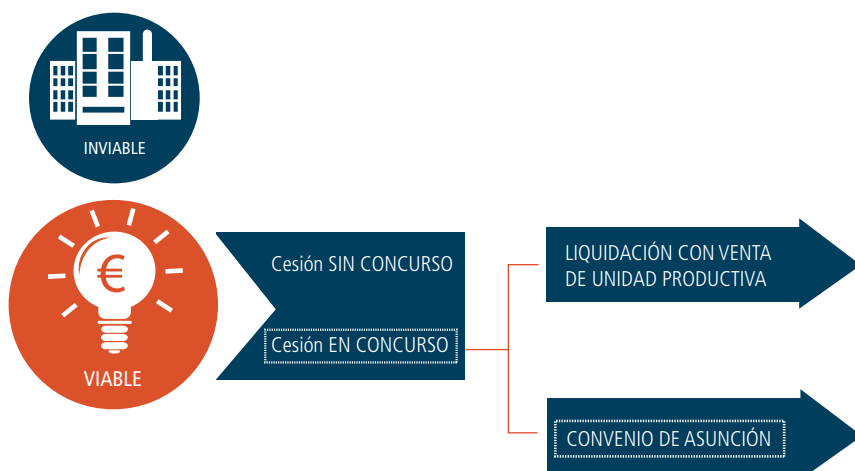
8.1 La propuesta anticipada de convenio

El deudor puede presentar una propuesta de convenio desde la solicitud de concurso (concurso voluntario) o desde la declaración de concurso (concurso necesario, el instado por un acreedor) hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. La propuesta debe acompañarse de un **plan de pagos** y, en caso de que se precisen los recursos que genere la continuación de la actividad, de un **plan de viabilidad**. También, de **adhesiones de acreedores** que representen más de la décima parte del pasivo si se acompañan a la solicitud de concurso; en caso contrario, deben suponer una quinta parte del pasivo. Se trata en este caso de la denominada “propuesta anticipada de convenio” que es informada por la administración con-

“El deudor puede presentar una propuesta de convenio desde la solicitud de concurso (concurso voluntario) o desde la declaración de concurso (concurso necesario, el instado por un acreedor) hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos.”

cursal en el plazo de diez días, una vez admitida a trámite y dado traslado de la misma por el letrado de la administración de justicia. Para que sea aprobada la propuesta, las adhesiones, que pueden presentarse hasta la expiración del plazo de impugnación del informe de la administración concursal, deben superar:

- El 50 % del pasivo ordinario, si la propuesta contiene quitas no superiores a la mitad del importe del crédito, esperas con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, excluidos los créditos públicos y los laborales. Si la propuesta consiste en el pago íntegro de los créditos ordinarios en un plazo no superior a tres años o en su pago inmediato con una quita inferior al 20 %, es suficiente el voto a su favor de una porción de pasivo superior a la que vote en contra.
- El 65 % del pasivo ordinario, si contiene quitas superiores a la mitad del importe del crédito, esperas de más de cinco años, pero no superiores a los diez, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo (excluidos los créditos públicos y los laborales), o la conversión de deuda en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados o participativos, préstamos con intereses capitalizables o instrumentos financieros. Asimismo, proposiciones de enajenación de unidades productivas (convenio denominado “de asunción”, dado que el adquirente debe comprometerse a



continuar con la actividad económica), así como cesiones en pago, siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la actividad y que su valor razonable no sea superior al de los créditos que se extinguen.

Si se reúnen las adhesiones mencionadas y no hay oposición ni el juez lo rechaza de oficio por infracción de normas, dictará sentencia aprobatoria. El convenio vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados. Los acreedores privilegiados también quedarán vinculados si se han adherido a la propuesta o cuando concurran mayorías de acreedores de su misma clase del 60% o el 75%, según se trate de unas u otra clase de las medidas citadas anteriormente (la que requiere un 50% del pasivo ordinario o la que requiere un 65% respectivamente).

La ventaja de la presentación de una propuesta anticipada de convenio radica en la **agilidad en su tramitación**, lo que reduce los costes a que nos hemos referido anteriormente, sobre todo, los indirectos, dado que van muy ligados a la reducción de los plazos concursales.

8.2. La propuesta ordinaria de convenio

A diferencia de la propuesta anticipada, la ordinaria **requiere ser aprobada en junta de acreedores**, excepto si éstos superan los 300, en cuyo caso el juez puede acordar su tramitación escrita. La propuesta puede presentarse desde la expiración del plazo de comunicación de créditos hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta. En caso de que el deudor no presente ninguna propuesta ni haya solicitado la liquidación, también pueden presentarla acreedores que superen conjuntamente una quinta parte del total del pasivo.

Si el concurso es abreviado, la propuesta debe presentarse como máximo a los cinco días de la **notificación del informe de la administración concursal**. Además, si se presenta la propuesta junto con la solicitud de concurso, su tramitación es muy rápida y su aceptación por parte de los acreedores se realiza por escrito, disponiendo de un plazo para ello de hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe de la administración concursal.

La propuesta ordinaria es informada por la administración concursal y **es aprobada en junta por las mismas mayorías de voto que la propuesta anticipada**. La prohibición de voto que existía anteriormente para los acreedores que hubieran adquirido su crédito después de la declaración de concurso ha quedado eliminada. Para que la junta pueda constituirse, se requiere la concurrencia de acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso, o bien la mitad del pasivo que pudiera resultar afectado por el convenio, excluidos los acreedores subordinados.

La vinculación de los acreedores al convenio aprobado judicialmente es análoga a la de la del convenio aprobado a raíz de una propuesta anticipada.

Aprobado el convenio, tanto consecuencia de una propuesta anticipada como ordinaria, cesan los efectos de la declaración de concurso, salvo los deberes de colaboración e información del concursado. Además, éste deberá informar semestralmente al juzgado acerca de su cumplimiento.

Si el convenio se incumple, cualquier acreedor podrá solicitar al juez la declaración de incumplimiento, y dictada dicha declaración, se abrirá la fase de liquidación y la administración concursal volverá a ejercer sus funciones, en especial, las de la liquidación de los activos. También puede solicitar la declaración de incumplimiento el deudor que conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas.

9. LA CALIFICACIÓN

Si la empresa entra en liquidación concursal, se aprueba un convenio con una quita igual o superior a un tercio y una espera de tres o más años, o se incumple el convenio, se abre la denominada "sección de calificación". Ello puede tener como consecuencia la calificación del concurso como "culpable" si en la generación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave del deudor y, en el caso de persona jurídica, de sus administradores, liquidadores, apoderados generales, o socios que hubieran obstaculizado un acuerdo previo de refinanciación, cuando, además, hubieran tenido alguna de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

"Si la empresa entra en liquidación concursal, se aprueba un convenio con una quita igual o superior a un tercio y una espera de tres o más años, o se incumple el convenio, se abre la denominada "sección de calificación" y puede obtenerse la calificación del concurso como "culpable" en base a determinados supuestos establecidos en la Ley"

La Ley establece unos supuestos de culpabilidad que no admiten prueba en contrario, como la inobservancia de llevar contabilidad, la doble contabilidad o la comisión de irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera; la inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso; el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores; la simulación patrimonial ficticia; la salida fraudulenta de bienes o derechos en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso; o la apertura de liquidación de oficio por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.

Otros supuestos admiten prueba en contrario: el incumplimiento o retraso en el deber de solicitar la declaración de concurso; el incumplimiento del deber de colaboración con el juez y la administración concursal; la falta de asistencia, en su caso, a la junta de acreedores; la falta de formulación, depósito o sometimiento a auditoría obligatoria de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

Los acreedores pueden personarse en la sección de calificación y hacer alegaciones. La administración concursal emite un informe proponiendo el concurso como culpable o fortuito. Se da traslado del informe al Ministerio Fiscal para que a su vez informe. Si coinciden ambos informes en su propuesta de concurso fortuito, se archivan las actuaciones. En caso contrario, se da audiencia al concursado y a los posibles afectados o los que pudieran ser declarados cómplices para que puedan oponerse.

Si la sentencia es de culpabilidad, tendrá las siguientes consecuencias:

- Se inhabilitará por plazo de dos a quince años a las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona.
- Se declarará la pérdida de cualquier derecho que estas personas o los declarados cómplices puedan tener como acreedores concursales o de la masa y se les condenará a devolver los bienes o derechos que, en su caso, hayan obtenido indebidamente del patrimonio del concursado o hubiesen recibido, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- Se condenará a los cómplices a la indemnización de los daños y perjuicios causados.
- Si la sección de calificación ha sido abierta como consecuencia de la liquidación, podrá también condenarse a los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica concursada, así como a los socios (por actuaciones obstaculizadoras en un escenario de acuerdo de refinanciación previo al concurso) al pago a los acreedores de parte o la totalidad de los créditos que resulten incobrables a través del procedimiento concursal, "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia".

10. LA CONCLUSIÓN

El concurso concluye por:

- Pago de todos los créditos
- Cumplimiento del convenio aprobado
- Desistimiento o renuncia de los acreedores
- Inexistencia de bienes o derechos para hacer frente a los créditos pendientes de pago

“Desafortunadamente, la inexistencia de bienes o derechos para hacer frente a los créditos pendientes de pago es la causa más frecuente de conclusión del concurso. ”

Desafortunadamente esta última es la causa más frecuente de conclusión. En este caso, cuando la administración concursal constate la **insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa** lo comunicará al juzgado y procederá en el futuro al pago de los créditos en el orden que hemos indicado en el anterior apartado 6.

Después de liquidar toda la masa activa, la administración concursal podrá solicitar la conclusión razonando que el concurso no será calificado como culpable, que no existen acciones viables de reintegración ni de responsabilidad de terceros pendientes de ejercitarse, o bien que lo que se obtendría de ello no sería suficiente para atender los créditos contra la masa. En caso contrario, deberá esperarse a la sentencia de calificación, si se declara fortuito, o a su ejecución, si se declara culpable, o al ejercicio de las acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros, para concluir el concurso.

El juez, al dictar la conclusión del concurso de persona jurídica, acuerda su extinción y dispone la cancelación de su inscripción en los registros públicos.

Alternativamente, al concluir el concurso de persona física, ésta puede obtener la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos indicados en el apartado 5 (*página 17*).

CONCLUSIONES



El riesgo es inherente a la actividad empresarial, pero hay que minimizarlo en lo posible.

Ello es aplicable al riesgo de insolvencia, por lo que la empresa debe dotarse de los mecanismos adecuados para prevenirla y actuar con agilidad si finalmente se llega a una situación de insolvencia.



La normativa actual dispone de procedimientos extrajudiciales para dar solución a dichas situaciones: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago.

Los primeros están protegidos frente a eventuales acciones de rescisión y bajo ciertas condiciones sus efectos se extienden a todos los acreedores de pasivos financieros.

Mediante los acuerdos extrajudiciales de pago, las personas naturales, sean o no empresarias, y las personas jurídicas de pequeña dimensión, entre ellas las pymes, pueden alcanzar un acuerdo con sus acreedores que les evite el concurso. En caso contrario las personas naturales pueden conseguir la exoneración de sus deudas, una vez liquidados sus activos y al concluir el concurso.



Si estas medidas no son suficientes, el concurso puede ser la vía adecuada para reflotar una determinada empresa insolvente o para liquidarla cesando su actividad.

Si la aplicación de las medidas de reestructuración que prevé el concurso, no permite la viabilidad de la empresa, cabe también ceder el negocio, mediante la enajenación de la unidad productiva o de algunas de ellas. En todo caso, es fundamental el análisis de la viabilidad a efectos de escoger la vía más adecuada.



Antes de solicitar el concurso hay que prever sus costes.

No solo los honorarios de abogado, arancel del procurador, publicación de edictos y arancel de la administración concursal, sino también los indirectos provocados por la desconfianza que esta situación causa a los agentes relacionados con la empresa, que se agrava con el transcurso del tiempo.



Si se ha abierto la fase de liquidación, se ha aprobado un convenio con una quita igual o superior a un tercio y una espera de tres o más años, o se ha incumplido el convenio, se abre la sección denominada de calificación.

Puede tener consecuencias gravosas para el deudor y, en caso de personas jurídicas, para sus administradores, liquidadores, apoderados generales e incluso para sus socios, si estos últimos han obstaculizado un previo acuerdo de refinanciación. En todo caso, para que ello sea así, debe haber mediado dolo o culpa grave de los mismos en la generación o agravación de la insolvencia.

© REFOR Expertos en Economía Forense del Consejo General de Economistas
CEOE Confederación Española de Organizaciones Empresariales

Depósito legal: M-9590-2017

ISBN: 978-84-86658-50-2

Diseño y maquetación: desdezero, estudio gráfico

Impresión: Menagui Artes Gráficas

ESTUDIOS

GUÍA DE ACTUACIÓN
DE LA EMPRESA
ANTE LA INSOLVENCIA



ABRIL 2017