



NAVARRACAPITAL.ES

INFORMACIÓN ECONÓMICA PARA LAS EMPRESAS

EL CONCURSO Y SUS ALTERNATIVAS

Guía para la supervivencia empresarial
en tiempos de coronavirus

FEBRERO 2021

Del Burgo Rández

ABOGADOS





presentación

La crisis de la empresa es una realidad que no podemos desconocer en el actual contexto en que nos encontramos. La incertidumbre que la pandemia genera sobre la evolución de la economía española hace previsible que en las próximas semanas se produzca una cadena de incumplimientos en el pago de las obligaciones dinerarias. La acumulación de deudas que no pueden ser atendidas coloca al empresario ante una difícil situación cuya resolución no conviene demorar en el tiempo. Estas circunstancias arrastrarán a muchas empresas a situaciones de iliquidez que, con la ley en la mano, si no se logran paliar con recursos propios o ajenos, obligan a solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el empresario hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (si bien ese plazo ha quedado en suspenso mientras dure el estado de alarma).

Así las cosas, NavarraCapital.es ha considerado oportuno y conveniente la elaboración de la presente Guía que, lejos de ser un estudio doctrinal o jurisprudencial, pretende ofrecer al empresario información práctica y rápida que arroje luz sobre determinadas cuestiones jurídicas de lamentable actualidad tras la pandemia del Covid-19 y sus efectos económicos. Se ha utilizado para ello un lenguaje didáctico y comprensible para cualquier persona dedicada a la actividad empresarial.

Sin ánimo de abordar la variada casuística que una crisis económica como la actual puede generar en las diferentes empresas y sectores, se ha pretendido facilitar al empresario una sencilla herramienta que le permita diagnosticar la situación de su negocio, de cara a poder valorar adecuadamente la toma de decisiones en relación a su negocio. Todo ello con el propósito de evitar un escenario de liquidaciones masivas, y de consiguiente destrucción de tejido empresarial, como el que padecemos en la anterior crisis financiera. Ese es el objetivo que inspira esta Guía.



índice

I. EL CONCURSO.....	4
II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO.....	8
III. EL ESCENARIO IDEAL: EL CONVENIO.....	12
IV. EL PRECONCURSO Y LAS ALTERNATIVAS AL CONCURSO.....	16
V. CONCURSO CULPABLE O FORTUITO	21
VI. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD	25



I. EL CONCURSO

01. ¿Qué es un concurso?

Es la figura jurídica a la que se acogen las empresas cuando son o están a punto de ser insolventes, es decir, cuando no pueden pagar sus deudas. El concurso de acreedores es un instrumento jurídico previsto para tratar de resolver los problemas derivados de esas situación de insolvencia, bien mediante la obtención de un convenio que permita la continuidad de la empresa, bien mediante un procedimiento ordinario de liquidación que trate, dentro de lo posible, de minimizar el daño a los acreedores. La regulación del concurso se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Concursal, norma que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y vino a sustituir a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La nueva norma no altera el contenido esencial de la antigua y se limita, en principio, a recoger en un único texto las numerosas modificaciones de la Ley 22/2003 que se habían aprobado con anterioridad pues esta tuvo que ser reformada hasta en seis ocasiones entre 2009 y 2015. Conviene precisar que tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, las antiguas quiebras y suspensiones de pagos se vieron sustituidas por un procedimiento único (el concurso) que, como decimos, es una vía para resolver las situaciones de insolvencia de las empresas.

02. ¿Dónde se tramita el concurso?

En el año 2003, dentro del orden jurisdiccional civil, se crearon los llamados Juzgados de lo Mercantil en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital. A ellos corresponde la competencia para conocer de los procedimientos concursales. La solicitud de concurso se presenta ante el Juzgado Mercantil del domicilio de la empresa o del lugar en que radique su centro de intereses principales. Por cierto que, a efectos de determinar la competencia territorial del Juzgado, carece de virtualidad el cambio de domicilio social operado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso.

03. ¿Cuándo hay que pedir el concurso?

El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia, que puede ser actual (cuando no se pueden cumplir regularmente las obligaciones de pago exigibles) o inminente (cuando el empresario prevé que en breve no podrá cumplir regular y puntualmente las obligaciones de pago). La decisión de acudir al concurso no es voluntaria sino que viene impuesta obligación legal, toda vez que la ley impone un plazo de dos meses para solicitar la declaración de concurso desde la fecha en que se hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia de la empresa.

04. ¿Y cuándo se supone que hay que conocer ese estado de insolvencia?

La ley contempla algunos hechos de los que se presume el conocimiento del estado de insolvencia por parte del empresario y que, además, legitiman a cualquier acreedor para acudir al Juzgado de lo Mercantil a pedir el concurso de su deudora. Basta, pues, con que concurra alguno de los siguientes hechos: 1) existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme; 2) existencia de un título por el cual se hay despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago; 3)

existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; 4) sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 5) impago de obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social o salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades; o 6) alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes.

05. ¿Es obligatorio pedir el concurso en tiempos de pandemia?

El Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, amplía, como ya lo hizo el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive la suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso de acreedores.

06. ¿Y si no se presenta el concurso en esos dos meses?

Uno de los supuestos más frecuentes de calificación de un concurso como culpable es el incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso por parte del administrador dentro de ese plazo de dos meses desde que acontece la situación de insolvencia. Es decir, que si no solicitan el concurso voluntario de acreedores, los administradores, en los casos más extremos, pueden acabar teniendo que responder de las deudas de la empresa con su patrimonio personal, especialmente si su incumplimiento hace la bola de mayor tamaño, dicho sea coloquialmente, esto es, si agrava la insolvencia de la empresa. Además, en ese caso cualquier acreedor puede pedir la declaración de concurso de la empresa deudora.

07. En una empresa, ¿quién está legitimado para solicitar la declaración de concurso?

El órgano de administración.

08. ¿Qué documentación hay que presentar con la solicitud de concurso?

Inicialmente, junto al escrito de solicitud de concurso, que adopta forma de demanda, debe presentarse: 1) un poder notarial especial para la solicitud; 2) la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; 3) el inventario de bienes y derechos; 4) una relación de acreedores por orden alfabético; 5) un listado de trabajadores; 6) las cuentas anuales y, en su caso, los informes de gestión y los informes de auditoría de los últimos tres ejercicios; 7) la memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales; 8) una memoria de las operaciones realizadas con posterioridad a las últimas cuentas anuales; 9) si el deudor forma parte de un grupo de sociedades, las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados; 10) si el deudor estuviera obligado o remitir estados financieros intermedios, dichos estados financieros elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales.

09. ¿Es preceptiva la intervención de abogado?

Sí, la empresa que solicita el concurso debe estar representada por un procurador de los tribunales (a quien se confiere el poder antes reseñado) y asistida de abogado en todo el proceso.

10. ¿Qué diferencia hay entre el concurso voluntario y el necesario?

El concurso tiene la consideración de voluntario cuando lo solicita el propio deudor, mientras que el necesario lo promueve un acreedor. Hay una diferencia muy importante entre ambos, y es que en el primer caso, como regla general, el empresario conserva la gestión de la compañía si bien sus operaciones quedan intervenidas por la administración concursal; por el contrario, en el segundo caso perderá la gestión que pasará a manos de la administración concursal designada por el Juez.

11. ¿Cómo se declara el concurso?

Con una resolución del Juez en la que, entre otros posibles pronunciamientos, declara el carácter voluntario o necesario del concurso (según lo haya pedido el deudor o un acreedor); determina los efectos sobre las facultades de administración y disposición de la empresa respecto de su patrimonio; nombra la administración concursal; impone las medidas cautelares que entienda convenientes; llama a los acreedores a comunicar sus créditos; decide la publicidad que ha de darse a la declaración de concurso; y resuelve aplicar el procedimiento abreviado o simplificado (reduce los plazos a la mitad y se da, entre otras causas, cuando la estimación inicial del pasivo no supera los 5 millones de euros) o el ordinario.

12. Entonces, ¿es el juez quien designa a la administración concursal?

Sí, en el auto de declaración del concurso nombra a la administración concursal, quien dispone de un plazo de cinco días para aceptar el cargo. En la actualidad, quien desempeñe el cargo de administrador concursal debe reunir la condición de abogado en ejercicio, economista o auditor con cinco años de experiencia profesional y formación especializada en derecho concursal. También es frecuente que se designe a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista o auditor.

13. ¿Qué cometido cumple la administración concursal?

Presta distintas funciones como órgano auxiliar del Juez. Si el concurso es voluntario, las facultades de gestión y disposición patrimonial de la empresa quedan sometidas a la intervención de la administración concursal mediante su autorización o conformidad. Lo normal es que ésta, en su primera reunión con el empresario, le facilite unas instrucciones o normas básicas de actuación mientras dure el procedimiento. Si el concurso es necesario (porque lo insta un acreedor), en ese caso se suspende el ejercicio de esas facultades, de modo que la administración concursal toma el timón de la nave. En todo caso, la ley le atribuye un elenco de facultades en distintos órdenes (procesales, propias del órgano de administración de la empresa, laborales, de informe y evaluación, de realización de valor y liquidación, etcétera).

14. ¿La administración concursal percibe alguna clase de retribución?

Así es. Tiene derecho a una retribución con cargo a la empresa. Su retribución está fijada en un arancel fijado en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que se calcula atendiendo a la cuantía y la complejidad del concurso.

15. ¿Por qué fases discurre un concurso?

Podemos distinguir básicamente dos fases. La primera, llamada fase común, se dirige a evaluar la situación real patrimonial de la empresa. La administración concursal elabora un informe detallado que nos da la fotografía del momento en que se declaró el concurso. En ese informe se cuantifican los créditos de los acreedores y se determina su calificación, puesto que no todos tienen el mismo rango. También valora los bienes y derechos que conforman el activo de la empresa. La segunda es la fase de convenio (dirigida a alcanzar un acuerdo con los acreedores para dar continuidad a la empresa) o, alternatively, la fase de liquidación, que supone la defunción de la empresa y la venta de sus activos.

16. ¿Qué significa eso de que no todos los créditos de los acreedores son del mismo rango?

Históricamente, el derecho de quiebras partía de la idea de un tratamiento en igualdad de condiciones a los acreedores. Era el llamado principio de la “par conditio creditorum”. Sin embargo, la ley establece distintas clases de créditos, que pueden ser privilegiados (se clasifican, a su vez, en créditos con privilegio especial si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor), ordinarios y subordinados. La declaración de concurso levanta una especie de muro de contención sobre todos esos créditos, que no se pagan hasta conocer si se aprueba o no un convenio con los acreedores. Existen también los llamados créditos contra la masa, que tienen carácter preferente y deben pagarse a sus respectivos vencimientos, con mención especial a los que se devengan por el mantenimiento de la actividad empresarial durante el concurso.

17. ¿Cuál sería un ejemplo de cada uno de esos distintos créditos?

El crédito garantizado al banco con una hipoteca sobre la nave de la empresa sería privilegiado especial. Las retenciones tributarias y las cotizaciones de la Seguridad Social (hasta el cincuenta por ciento de su importe) tendrían el carácter de crédito con privilegio general. Las deudas comerciales con proveedores serían crédito ordinario. Si a quien se adeuda es a un socio con más del diez por ciento en el capital, entonces estaríamos ante un crédito subordinado. Por último, la retribución de la administración concursal sería un crédito contra la masa y, por tanto, con carácter preferente sobre los demás.

18. ¿Qué ocurre en la fase de liquidación?

La liquidación se configura en la ley como una solución subsidiaria en el concurso, aunque la realidad demuestra lo contrario pues durante la última crisis financiera la mayor parte de las empresas que entraron en concurso acabaron siendo liquidadas. Es la peor solución para el empresario y desde el punto de vista de la conservación de la actividad y de los puestos de trabajo (aunque parte de esto último puede salvarse si se transmiten las unidades productivas durante el proceso concursal). La ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidadora del concurso como alternativa a la de convenio, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación.

19. ¿Y en qué consiste la liquidación?

El fin último de la liquidación es la realización de los bienes que comportan la masa activa del concurso, su transformación en metálico y posterior pago a los acreedores. Por tanto, en una primera etapa se venden los bienes y, con el fruto de ello, en una segunda etapa se paga a los acreedores concursales.

II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO

20. ¿La declaración de concurso impide continuar la actividad de la empresa?

El hecho de que una empresa sea declarada en concurso no interrumpe el desarrollo de su actividad. Ahora bien, esta situación va a producir inevitablemente una serie de consecuencias, comenzando por la convivencia forzosa con una administración concursal que realizará funciones de control y fiscalización. Por difíciles que resulten las cosas en un escenario de crisis, es importante que el empresario no se esconda sino que, por el contrario, sea capaz de recabar la comprensión y colaboración de trabajadores, clientes, proveedores, entidades financieras, etcétera. Hay que evitar a toda costa una espantada generalizada. Y ello sólo se consigue con compromiso y planteamientos de viabilidad rigurosos que permitan asentar la convicción de que se trata de un bache provisional, producido por causas extraordinarias e imprevisibles, como sería el caso de la pandemia, que han abocado a la empresa a un punto de iliquidez.

21. ¿Desaparecen en ese caso los órganos de la empresa?

En caso de concurso voluntario se mantienen los órganos de gobierno de la empresa. No cesan los administradores ni desaparece la junta general de socios o accionistas. De hecho, el empresario conserva la capacidad de decisión y la iniciativa en la gestión de su negocio. Lo que sucede es que las facultades de administración y disposición de bienes se limitan en tanto que quedan afectadas por la intervención de la administración concursal. Ello se traduce en que los responsables de la empresa van a precisar la necesaria autorización de aquélla para operar en diversas áreas: cobros y pagos, fabricación, compras y ventas, obligaciones fiscales y de Seguridad Social, contabilidad, etcétera. Eso sí, en aras de facilitar la continuación de la actividad empresarial, la administración concursal tiene la potestad de determinar aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de la misma que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

22. ¿Cómo se gestiona esa relación con la administración concursal?

La colaboración leal con la administración concursal resulta decisiva para superar con éxito el concurso. No debe ser considerada como el enemigo o el verdugo de la empresa, ni se le debe tratar como tal. Por lo general, las personas dedicadas a la administración concursal son profesionales cualificados con los pies en la tierra que conocen el contexto económico en que vivimos y que desean sacar adelante un Convenio. La mayoría de las empresas que en los próximos meses tengan que acudir al concurso lo harán acuciadas por los efectos de la pandemia. Es difícil pensar que los administradores concursales sean ajenos a esa circunstancia. Con independencia de ello, la ley obliga al empresario a comparecer ante el Juzgado y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido, así como a colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. También debe poner a su disposición los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de la actividad.

23. ¿Una empresa en concurso puede vender activos? Por ejemplo, un local que no utiliza.

La idea de la que parte la ley es la de conservar los bienes y derechos que integran la masa activa de la empresa. Por eso, la regla general impide enajenar o gravar esos bienes y derechos sin autorización del Juez durante la fase común (es decir, hasta que se aprueba un convenio o se abre la liquidación). Sin embargo, nada impide a la administración concursal autorizar una determinada venta siempre que lo considere indispensable para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería. En ese caso, debe comunicar inmediatamente al Juez la venta realizada, acompañando la justificación de su necesidad. Obviamente, los actos de disposición propios del giro o tráfico de la actividad empresarial que son inherentes a su continuación también están permitidos.

24. ¿Hay que formular cuentas anuales estando en concurso?

Siguiendo bajo la premisa de que hablamos de un concurso voluntario sujeto por tanto a la intervención de la administración concursal, la respuesta es afirmativa. Subsiste, pues, la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, eso sí, bajo la supervisión de la administración concursal.

25. ¿Qué efecto tiene el concurso sobre los embargos trabados (por ejemplo, por Hacienda o la Seguridad Social) de las cuentas de la empresa o de derechos de crédito frente a sus clientes?

Es relativamente frecuente que la empresa entre al concurso con algún procedimiento de ejecución en curso. En no pocas ocasiones el empresario demora la presentación del concurso buscando una inyección de liquidez allí donde fuere posible y en ese tiempo los acreedores instan ejecuciones que derivan en embargos. Hay que decir, en primer lugar, que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio de la empresa. Lo que tienen que hacer los acreedores en estos casos es comunicar a la administración concursal el importe de lo que se les adeuda. Ahora bien, el concurso no impide que continúen los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo ni las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes de la empresa, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, pero siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

26. ¿Pero qué pasaría entonces con esos embargos?

Pongamos un ejemplo. Una empresa de hostelería declarada en concurso mantiene su actividad con intención de alcanzar un acuerdo con sus acreedores que dé solución por la vía del convenio a su situación de insolvencia. Sin embargo, Hacienda le ha embargado derechos de crédito y saldos en las cuentas bancarias, y ha conseguido hacerse con parte del dinero. Sin la plena disposición del saldo de sus cuentas, así como de los derechos de crédito que ostenta frente a deudores y clientes, es evidente que no puede tener abierto el negocio con ciertos visos de normalidad, ni tampoco proponer un convenio que permita mantener el empleo y continuar su actividad. Para “abrir la persiana” hay que afrontar una serie de gastos fijos, tales como la compra de productos, alquileres, nóminas de sus empleados, cotizaciones de Seguridad Social y retenciones de IRPF, gastos generales, etcétera. Si no puede disponer del saldo de sus cuentas bancarias, o de los derechos de crédito a su favor por estar embargados, se bloquearía de tal manera la actividad que se vería obligada a cesar en su desarrollo y solicitar la liquidación. Y no es esa, desde luego, la finalidad del negocio.

27. ¿Y entonces?

Los tribunales mercantiles reconocen que el metálico o los derechos de cobro tienen la consideración de necesarios, si van destinados a satisfacer los gastos que origina la actividad empresarial, directa o indirectamente. Ello permite pedir al Juez la declaración de necesidad de esos derechos de crédito y de los saldos de las cuentas bancarias de la empresa por ser esenciales para continuar con la actividad empresarial. La consecuencia de esa declaración judicial debería ser el levantamiento y la cancelación de los embargos administrativos acordados sobre tales bienes necesarios, si bien, ello no conllevaría la devolución de todas las cantidades ingresadas en cumplimiento de las diligencias de embargo, sino sólo de aquellas que han sido obtenidas en el procedimiento de apremio una vez declarado el concurso. Ello revela nuevamente la importancia de no retrasar la declaración del concurso si se quiere evitar que acreedores veloces y voraces hincen el diente sobre las cuentas de la empresa.

28. ¿El banco podría ejecutar la hipoteca de la nave?

Si no lo ha hecho antes de declararse el concurso, en tal caso tendrá que esperar hasta que se apruebe el convenio o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera abierto la fase de liquidación. Y si el banco inició la ejecución con anterioridad, la declaración de concurso suspende la ejecución hipotecaria cuando recae sobre bienes que sean necesarios para la continuidad de la actividad, como sería el caso de la nave de producción o del local comercial que constituya el centro de trabajo.

29. ¿Qué sucede con los contratos de la empresa?

La ley no quiere que se pierdan aquellos contratos necesarios o cuyo mantenimiento tiene un interés especial para la empresa. El concurso no debería echar por tierra las relaciones contractuales que precisamente permiten sostener la actividad y dotarle de recursos. Por eso, no tienen validez las cláusulas, habituales en los contratos, que facultan a cualquiera de las partes para resolverlos o extinguirlos por la sola causa de que la otra parte ha sido declarada en concurso. Asimismo, esta declaración concursal no afecta a vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplir por alguna de las partes o por ambas (suministros, arrendamientos, etcétera). En estos casos, la empresa concursada debe pagar los créditos devengados por esas prestaciones periódicas con posterioridad a la declaración de concurso, de manera que la otra parte los cobrará en sus vencimientos. Por otro lado, si la empresa quisiera resolver un contrato de escaso interés para sus fines, podría solicitarlo con apoyo de la administración concursal. Y si fuera la otra parte quien pretendiere esa resolución, incluso aunque mediare causa para ello, el Juez, ateniendo al interés del concurso, podría ordenar su cumplimiento. En resumen, cabe la posibilidad de mantener la vigencia de contratos con obligaciones recíprocas aunque la concursada hubiese incumplido y la otra parte tuviese causa para la resolución; y, por el contrario, también puede suceder que un contrato que ya no interese a la empresa concursada se resuelva a pesar de no existir incumplimiento de la otra parte. Todo ello bajo el principio del interés del concurso.

30. ¿Qué ocurre si el propietario de un local comercial o de una nave industrial quiere demandar a la empresa por impago de las rentas?

En general, el incumplimiento del contrato de arrendamiento puede dar lugar a la rescisión del contrato y al lanzamiento hasta recuperar la plena posesión por la propiedad. Sin embargo, si la arrendataria ha sido declarada en concurso, el propietario tiene que interponer la demanda ante el Juez de lo Mercantil que conoce del concurso. Y éste tiene la facultad de rechazar el desahucio si considera que el local comercial o la nave industrial es esencial para la actividad de la empresa concursada, debiendo, eso sí, abonar las rentas que vayan venciendo como créditos contra la masa, lo que supone que tendrán prioridad de cobro frente a los créditos concursales.

31. ¿Y los contratos de los trabajadores?

Por lo que se refiere a los contratos de trabajo, la empresa, la administración concursal o los representantes de los trabajadores están facultados para pedir al Juez la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la suspensión o la extinción colectiva de los mismos. La adopción de estas medidas exige, con carácter general y salvo que la demora perjudique la viabilidad de la empresa o cause perjuicio a los trabajadores, un informe previo de la administración concursal. El procedimiento incluye un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores y con la administración concursal tendente a alcanzar un acuerdo que, de lograrse, será sometido a un informe de la autoridad laboral y, recibido éste, el Juez resolverá confirmando el acuerdo, si lo hubiere, y, a falta de éste, de conformidad con la legislación laboral. También cabe suspender o extinguir, a petición de la empresa o de la administración concursal, los contratos de alta dirección.

32. ¿Se revisan de algún modo las operaciones de la empresa anteriores a la declaración de concurso?

Así es. La administración concursal debe examinar los actos realizados dentro de los dos años anteriores a la fecha del auto de declaración del concurso. Y si considera que son perjudiciales para la masa activa, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, presentará una demanda para su anulación.

33. ¿Cuál sería un ejemplo de ello?

Supongamos una empresa con varios préstamos bancarios vigentes, uno de los cuales está avalado personalmente por el administrador de la empresa. Poco antes de solicitar el concurso, el administrador toma la decisión de disponer de fondos sociales para cancelar anticipadamente el préstamo que le afecta por su condición de avalista. Esa disposición monetaria causa un perjuicio objetivo a la empresa y beneficia a uno de sus acreedores en detrimento de los demás. Otro ejemplo típico: el vehículo de empresa que poco antes de ir al concurso milagrosamente pasa a nombre de empresario sin mediar contraprestación o sin una justa equivalencia.

34. ¿Cómo sabemos si una determinada operación ha resultado perjudicial?

Habrá que estar al caso concreto. No obstante, ello sucederá, por ejemplo, siempre que salgan bienes de la empresa por actos de disposición a título gratuito. Y cabe presumir que hay perjuicio patrimonial, entre otros casos, cuando la operación se realiza a favor de alguna persona especialmente relacionada con la empresa (socios y administradores, así como sus familiares cercanos, y sociedades del mismo grupo).

35. ¿Qué pasa si el juez declara que el acto ha sido perjudicial?

Los bienes que salieron de la empresa tendrán que volver a la misma para satisfacer los créditos de los acreedores. Puede ocurrir que la contraparte hubiera actuado de buena fe, en cuyo caso tendrá que devolver el bien, con sus frutos e intereses, y su crédito será considerado contra la masa. De esta forma se reintegra el bien al mismo tiempo que se paga la contraprestación. Si, por el contrario, hubiera mala fe en su actuación, entonces la contraparte debe devolver el bien igualmente, pero se queda con un crédito subordinado (sin derecho a la restitución simultánea), con lo que probablemente nunca llegue a cobrar nada. Y ello sin perjuicio de su condena a indemnizar por todos los daños y perjuicios que hubiere causado.



III. EL ESCENARIO IDEAL: EL CONVENIO

36. ¿Qué es un convenio?

El convenio es una forma de terminación del procedimiento concursal. De hecho, según señalaba la exposición de motivos de la Ley 22/2003, es la solución “normal” del concurso y, de hecho, se trata de incentivar con distintas medidas, aunque la experiencia demuestra que, en la mayoría de los casos, lamentablemente, no es así como acaban las cosas. El convenio constituye un acuerdo entre la empresa y sus acreedores que evita la liquidación del patrimonio y permite la continuidad de la actividad empresarial, de manera que puedan satisfacerse las deudas de aquéllos en la cuantía convenida, dentro del plazo pactado y con las garantías establecidas en dicho convenio.

37. ¿Es aconsejable intentar siempre el convenio?

El escenario ideal sería que todas las empresas con dificultades de liquidez que se ven abocadas a un concurso sepan utilizar esta herramienta para alcanzar un acuerdo con sus acreedores y salir con vida del procedimiento judicial. El convenio es la solución mágica al concurso, pero no hay que hacerse trampas al solitario; el convenio sólo tiene sentido desde la premisa de la viabilidad de la empresa. En otro caso, si más allá de una situación de insolvencia nos encontramos con problemas estructurales que comprometen la continuidad del negocio o con factores externos que lo hacen ineficiente económica y financieramente, empeñarse en un convenio que luego no podrá ser cumplido, es un desperdicio de tiempo y energías. Con ello defraudaríamos las legítimas expectativas de cobro de los acreedores. No se trata de ayudar a salvar todas las empresas, sino sólo a aquéllas que sean viables y, dentro del riesgo inherente al desarrollo de cualquier negocio, aquellas que tengan perspectivas fundadas de futuro. Muchas veces es mejor dejar caer, que arrastrar.

38. ¿Pero esa viabilidad de la empresa no se ve afectada negativamente por la propia situación concursal?

En la mayoría de los casos, inevitablemente, será así. Primero, por los gastos asociados al procedimiento judicial (honorarios de abogado, derechos del procurador, retribución de la administración concursal, etcétera). Segundo, y más importante, porque hay daños colaterales que en mayor o menor medida incidirán en el valor de la empresa, sobre todo en el caso de las PYMES. Pensemos en una previsible pérdida reputacional, las reticencias de clientes y proveedores o, incluso, la deserción de personal en puestos clave que puede verse tentado por la competencia. Son factores de riesgo que están ahí. Hay que tenerlos muy presentes y saber abordarlos adecuadamente. Gestionar la situación con explicaciones y actuaciones proactivas frente a terceros (clientes, proveedores, etcétera) es la clave en este tipo de situaciones.

39. ¿Quién determina si la empresa es o no viable?

Cuando hablamos de viabilidad en el ámbito concursal nos referimos a la capacidad de la empresa para pagar las deudas que resulten del convenio sin devenir nuevamente en insolvente, al menos en el periodo de tiempo en que aquél deba cumplirse. No hablamos, pues, de eficiencia o competitividad, sino de capacidad para cumplir las obligaciones de pago asumidas en el convenio con los acreedores, si bien es evidente que para ello hará falta que la actividad ordinaria de la empresa genere recursos suficientes para mantenerse a flote y hacer frente a tales deudas. Las propuestas de convenio deben ser serias y dotadas de credibilidad. Para ello se exigen dos documentos fundamentales: i) un plan de pagos, con expresión de las cuantías y los plazos en el que se proyecta pagar; y ii) un plan de viabilidad, que detallará los recursos necesarios para cumplir el convenio, los medios y las condiciones para obtenerlos. La administración concursal debe evaluar la propuesta de convenio y será la junta de acreedores quien la deliberará y votará en consecuencia.

40. ¿En qué puede consistir un convenio?

Un convenio puede contener proposiciones de quita (una reducción de la deuda) o de espera (un aplazamiento de la misma). Generalmente, los convenios suelen ser mixtos, en tanto que suelen incluir tanto quitas como esperas. El convenio, en definitiva, supone una modificación pactada con los acreedores sobre el vencimiento y la cuantía de sus créditos. La propuesta puede contemplar distintas alternativas de quitas o esperas, y cabe plantear proposiciones específicas para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Además, pueden incluirse compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación.

41. ¿Qué mayorías son necesarias para aprobar un convenio?

Previamente, hay que tener en cuenta que la administración concursal debe elaborar una lista de acreedores donde especifique la cantidad que se adeuda a cada acreedor y la clasificación de sus respectivos créditos pues, como hemos señalado, no todos tienen el mismo rango. Dicho ello, cuanto mayor sea el sacrificio que se exija a los acreedores, más amplia será la mayoría requerida para la aprobación del convenio. Así pues, para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta de acreedores son necesarias las siguientes mayorías:

- » El 50 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo. No obstante, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra.
- » El 65 por ciento del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio o alguna de las alternativas que contenga tuviera cualquier otro contenido al expuesto en el apartado anterior.

42. ¿Todos los acreedores votan la propuesta de convenio?

Tienen derecho de voto los acreedores ordinarios (el caso más típico, los proveedores a los que se dejó a deber facturas cuando se declaró el concurso), no así los subordinados (por ejemplo, el administrador de la empresa a quien se adeuda la retribución o los socios que dieron un préstamo a la compañía). Por su parte, si los acreedores privilegiados votan a favor del convenio quedan sometidos a su contenido, lo que supone tanto como perder su privilegio.

43. ¿Esos privilegios no dificultan la aprobación de un convenio?

Lo que dificultan realmente es la propia la viabilidad de la empresa puesto que, salvo que se impliquen y voten el convenio, los acreedores privilegiados no se ven afectados por su contenido, lo que significa que, si no se alcanza un acuerdo con ellos al margen del concurso, una vez aprobado el convenio, pueden proceder a ejecutar sus garantías y privilegios. Este es, si se nos permite, una de las grandes disfunciones de nuestro modelo concursal. Un empresario, a pesar de todas las adversidades, consigue mantener en marcha su negocio durante el procedimiento concursal y logra no solamente conservar la confianza de sus proveedores, sino que éstos le voten el convenio a pesar del sacrificio económico que les supone (cobrarán menos y tarde). Gracias a ello la empresa va a poder tirar para adelante y mantener los puestos de trabajo. Pero entonces Hacienda y la Seguridad Social le esperan a la puerta del Juzgado con el hacha en la mano para cobrar sus privilegios. No es razonable. Muchos convenios se han visto frustrados por este motivo. Y ello ha abocado a disolución a muchas empresas. Confiamos en que los efectos devastadores de la pandemia ablanden los corazones de las Administraciones Públicas y se presenten a apoyar convenios o a cerrar acuerdos extrajudiciales en mayor medida que lo han hecho hasta ahora.

44. ¿Qué papel juega el juez a la hora de aprobar el convenio?

Si nadie formula oposición al convenio, el Juez dicta sentencia aprobando el convenio aceptado por la junta de acreedores, aunque tiene la potestad de rechazarlo de oficio si aprecia que se ha infringido alguna norma legal. Por otro lado, si algún acreedor impugna el convenio, el Juez lo aprobará o rechazará sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el Juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo.

45. ¿Qué ocurre después de aprobar el convenio?

La empresa recupera las facultades de disposición y administración de su patrimonio, en principio de forma total, aunque el propio convenio puede establecer limitaciones a ello. La administración concursal presenta la rendición de cuentas relativa a su gestión y cesa en sus funciones. En algunas ocasiones se acuerda darle funciones de seguimiento a los efectos de que realice actuaciones de comprobación e información al Juzgado sobre la marcha de la actividad de la empresa y sobre el cumplimiento del convenio. Pero no es obligatorio. Por último, los pagos a los acreedores pasan a regirse por lo convenido, con sus quitas y/o esperas, que serán las mismas para acreedores ordinarios y subordinados, si bien éstos últimos no empezarán a cobrar hasta que se hayan satisfecho todas las deudas de los ordinarios.

46. Aprobado un convenio, ¿se exigen responsabilidades por haber ido al concurso?

Al finalizar el procedimiento concursal se tramita una sección en la que se califica si el concurso ha sido fortuito o culpable y, en este último caso, las consecuencias que la culpabilidad deben acarrear para la empresa, sus representantes y los llamados cómplices. Esta sección tiene lugar siempre que la empresa acaba en liquidación y cuando se aprueba un convenio con una quita superior a un tercio del importe de los créditos de los acreedores o con una espera superior a tres años. De este modo, basta con que no concurra una de esas limitaciones para evitar que se entre a calificar el concurso.



IV. EL PRECONCURSO Y LAS ALTERNATIVAS AL CONCURSO

47. ¿Qué significa que una empresa esté en precurso?

La ley reconoce un periodo de gracia a aquellas empresas con dificultades de tesorería a fin de que traten de solucionar su situación antes de acudir al concurso. En ese tiempo “extra”, tienen la posibilidad de negociar con sus acreedores o de alcanzar un acuerdo de financiación.

48. ¿De cuánto tiempo hablamos?

Cuatro meses en la práctica, puesto que la ley concede tres meses para lograr el acuerdo con los acreedores o la refinanciación y, si finalizara ese periodo sin solventar la situación, hay un mes adicional para presentar al Juzgado la solicitud de declaración de concurso.

49. ¿Se interviene judicialmente la empresa en precurso?

Para ser precisos, el término precurso se emplea coloquialmente para referirse a aquella empresa que ha realizado al Juzgado de lo Mercantil la comunicación regulada en los arts. 583 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal -el “famoso” artículo 5.bis de la derogada Ley 22/2003-. Esa comunicación puede presentarse antes de que venza el plazo para solicitar el concurso, de dos meses desde que el empresario hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia. Hecha la comunicación antes de ese momento, ya no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Pues bien, el Juzgado se limita a dejar constancia de dicha comunicación, pero no interviene en la marcha de la empresa ni designa una administración concursal. Así que el precurso no cambia la actividad ordinaria de la empresa ni afecta a sus órganos de administración y dirección, que siguen ejerciendo el mando con plenas facultades.

50. ¿Se hace pública la situación de precurso?

No necesariamente. La ley contempla que se inserte en el Registro Público Concursal (<https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/>) la resolución del Judicial que acusa recibo de la comunicación presentada. Sin embargo, la empresa, en esa comunicación, puede pedir expresamente su carácter reservado. Si lo pide así, no se hace la publicación en dicho registro y, desde ese punto de vista, la imagen de la empresa queda intacta de cara al exterior. Nadie tiene por qué conocer que una empresa ha pedido el precurso.

51. ¿El precurso protege en alguna medida a la empresa?

Podemos hablar de dos mecanismos de protección. Primero, se bloquea la posibilidad de que los acreedores demanden el concurso necesario de la empresa, pues el precurso suspende la obligación de presentar el concurso voluntario cuando se da una situación de insolvencia. Segundo, los acreedores

no pueden iniciar ni continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad o empresarial.

52. ¿Y quién dice si un bien resulta o no necesario?

La empresa, en su comunicación, debe señalar si hay ejecuciones contra su patrimonio y, en su caso, cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para mantener la actividad en marcha. La resolución del Juzgado así lo hará constar. Si alguien mostrara disconformidad por entender que un determinado bien no tiene carácter necesario, será el Juez quien tenga la última palabra sobre el particular.

53. Parece que todo son ventajas en el precurso.

La idea es buena porque supone un periodo de tregua o una última oportunidad para que la empresa pueda reconducir su situación antes de caer en el concurso. Sin embargo, no es una vía aconsejable para aquellas empresas que adeuden cantidades importantes a la Hacienda o la Seguridad Social (de nuevo, los privilegios...), porque el precurso no evita que se inicien o continúen los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público. De esta manera, los loables esfuerzos por salvar la empresa en un escenario de precurso pueden darse al traste si entretanto, al mismo tiempo que se negocia con los proveedores o con las entidades financieras, las Administraciones Públicas se abalanzan sobre la empresa (por ejemplo, embargando sus cuentas bancarias) durante ese supuesto periodo de tregua.

54. ¿Cómo acaba el precurso?

Si pasan tres meses desde la comunicación al Juzgado sin haber alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya no se encontrara en estado de insolvencia.

55. Otra cosa. ¿Qué es una propuesta anticipada de convenio?

La empresa puede tratar de adelantar una solución negociada a través una propuesta anticipada de convenio, mecanismo que se introdujo la ley con el propósito simplificar el procedimiento judicial. Se trata de negociar con los acreedores para recabar adhesiones a una propuesta de convenio incluso con anterioridad al procedimiento concursal. Si ello se logra, el concurso se simplifica enormemente pues queda circunscrito básicamente a: i) evaluar, por parte de la administración concursal que a tal efecto se designe, el contenido de la propuesta anticipada en atención al plan de pagos y de viabilidad; ii) verificar si las adhesiones alcanzan la mayoría legalmente exigida para su aprobación; y, en su caso, iii) homologar judicialmente el convenio mediante sentencia.

56. ¿Qué ventajas tiene?

Este mecanismo ofrece claras ventajas respecto de la tramitación de un concurso al uso. La primera, celeridad a la hora de propiciar el acuerdo, no siendo necesario tramitar la llamada fase de convenio que encarece el procedimiento y, peor aún, lo dilata durante un tiempo que la empresa no puede permitirse. La segunda, la obtención de adhesiones a la propuesta anticipada no se ve encorsetada por las reglas propias de la fase de convenio, sino que resulta mucho más flexible. La tercera, puesto que

contamos de antemano con adhesiones suficientes, no se celebra una junta de acreedores, que muchas veces resulta una caja de sorpresas en cuanto a las manifestaciones y sentido del voto de los acreedores concurrentes, muchos de los cuales no asisten precisamente felices viendo sus créditos mermados por las quitas y esperas del convenio. Se gana, pues, en rapidez, control y seguridad jurídica, valores básicos en el devenir de cualquier compañía mercantil.

57. ¿Qué requisitos hay que cumplir para que se admita a trámite?

Si la propuesta anticipada se presenta con la solicitud de concurso voluntario, debe ir acompañada de adhesiones de los acreedores de cualquier clase cuyos créditos alcancen la décima parte del pasivo presentado por la empresa. En otro caso, si se presenta la propuesta anticipada estando en curso el procedimiento concursal (la ley da margen para ello), deben presentarse adhesiones que superen la quinta parte del pasivo.

58. ¿Es aconsejable recurrir a esta figura?

Habrà que estar a cada caso concreto. Pero en el contexto actual provocado por la pandemia, la propuesta anticipada de convenio puede suponer una tabla de salvación para muchas empresas en situación de insolvencia porque permite encauzar una solución consensuada con los acreedores previamente incluso a la solicitud de concurso. Acudir al Juzgado sin una estrategia definida es un error que puede acabar con la liquidación y el cierre de la empresa. Frente a ello, la propuesta anticipada ofrece certidumbre. Y eso, en los tiempos que corren, no es poca cosa.

59. Hablemos ahora de los acuerdos de refinanciación. ¿En qué consisten?

Son mecanismos dirigidos a afrontar situaciones de crisis empresarial en un ámbito extrajudicial. La ley contempla la posibilidad de que los acuerdos que la empresa alcance con sus acreedores, al margen del proceso concursal para conseguir así la continuidad de su actividad, puedan homologarse judicialmente. Obviamente, para que un acuerdo de esta naturaleza prospere es preciso que la empresa sea viable y económicamente rentable, previo análisis del correspondiente plan de negocio que pueda soportar esos acuerdos con acreedores.

60. ¿Qué clases de acuerdos de refinanciación existen?

Podemos hablar de acuerdos de refinanciación generales y específicos, estos últimos referidos concretamente a la reestructuración de los pasivos financieros. Dentro de los generales existen acuerdos suscritos por acreedores cuyos créditos representan al menos tres quintos del pasivo de la empresa y que tienen por objeto la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento o mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. El acuerdo se construye sobre un plan de viabilidad, debe formalizarse en escritura notarial y el auditor tiene que certificar que concurre el quórum de acreedores exigido legalmente. También puede haber acuerdos sobre actos concretos formalizados notarialmente con los acreedores que reúnan las siguientes condiciones: i) que incrementen la proporción de activo sobre el pasivo previa; ii) resultar un activo corriente superior o igual al pasivo corriente; iii) existir proporcionalidad entre las deudas y las garantías resultantes; y iv) resultar un tipo de interés aplicable a la deuda subsistente no superior a un tercio del aplicable a la deuda previa.

61. ¿Y los acuerdos con las entidades financieras?

Los acuerdos de refinanciación específicamente referidos a los pasivos financieros se utilizan con cierta frecuencia por grandes empresas pero son los grandes desconocidos para las PYMES. Es una medida a analizar en estos tiempos en los que las entidades financieras se muestran colaboradoras porque tienen una gran ventaja: si lo apoyan acreedores financieros que representen un determinado porcentaje del pasivo, en ese caso los efectos del acuerdo de refinanciación se extenderán a aquellos otros acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o que incluso hayan mostrado su disconformidad.

62. ¿Qué requisitos deben cumplir los acuerdos de refinanciación de pasivos financieros?

Para poder adoptar esta clase de acuerdos es necesaria la suscripción de, al menos, el 51 por ciento de los acreedores de pasivos financieros. Además, deben darse las siguientes condiciones: i) que suponga la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de obligaciones, mediante la prórroga del plazo de su vencimiento o mediante la sustitución de obligaciones; ii) que se cuente con un plan de viabilidad de la actividad empresarial a corto y medio plazo; iii) que el auditor de cuentas certifique la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo; y iv) que se formalice en escritura pública.

63. ¿Cuál es la principal ventaja de estos acuerdos?

Si lo apoyan acreedores financieros que representen un determinado porcentaje del pasivo, en ese caso sus efectos se extenderán a aquellos otros acreedores que no hayan suscrito el acuerdo o que incluso hayan mostrado su disconformidad.

64. ¿Qué porcentajes son esos?

La ley distingue entre acreedores de pasivos financieros sin garantía real y con garantía real:

- » Si el acuerdo ha sido suscrito por, al menos, el 60 por ciento del pasivo financiero en caso de acreedores sin garantía real, o por el 65 por ciento en caso de acreedores con garantía real, se producirá la extensión de efectos respecto a esperas (de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad) con un plazo no superior a cinco años o respecto a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo periodo.
- » Si el acuerdo ha sido suscrito por, al menos, el 75 por ciento del pasivo financiero en caso de acreedores sin garantía real, o por el 80 por ciento en caso de acreedores con garantía real, se producirá la extensión de efectos respecto a esperas con un plazo de cinco años o más (con un máximo de diez), respecto a quitas o respecto a la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

65. ¿Interviene de alguna forma el juez?

Así como en los acuerdos de refinanciación generales no hay intervención judicial, en los de pasivos financieros, si se logran esas mayorías y se cumplen los requisitos antes indicados, el Juez dicta una resolución homologando del acuerdo que se publica en el Registro Público Concursal y en el BOE.

66. **Por último, ¿qué es la llamada mediación concursal y por qué se está impulsando en estos tiempos de incertidumbre?**

Es otra figura preconcursal que tiene por objetivo posibilitar una especie de convenio con los acreedores (el acuerdo extrajudicial de pagos) que remueva la situación de insolvencia fuera del Juzgado y bajo la dirección de un mediador. Sólo en caso de que la empresa no lograra el acuerdo, o si luego lo incumpliere, tendría que irse al concurso (conocido como concurso consecutivo). En estos momentos de colapso judicial, cuando se produzca la apertura de los juzgados de lo mercantil, será una posibilidad a analizar en la búsqueda de la agilidad y rapidez de las empresas en crisis

67. **¿Quiénes pueden acogerse a esta figura?**

La ley permite acudir a la llamada mediación concursal a cualquier persona natural en estado de insolvencia cuyas deudas no superen los 5 millones de euros. Ello incluye a los empresarios o emprendedores que desarrollan el negocio a título particular, a aquellos que ejercen actividades profesionales o tienen aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social y, por último, a los trabajadores autónomos. Tratándose de personas jurídicas, empresas u otro tipo de entidades (asociaciones, fundaciones, etcétera), deben cumplir los siguientes requisitos: i) que sus acreedores sean menos de 50; ii) que la estimación inicial del pasivo sea inferior a los 5 millones de euros; iii) que la valoración de los bienes y derechos no alcance los 5 millones de euros; y iv) que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

68. **¿Cómo se inicia la mediación concursal?**

El administrador de la empresa tiene que solicitarlo mediante formulario normalizado al Registrador Mercantil de su domicilio o a la Cámara de Comercio. En el ámbito de la Comunidad Foral, la Cámara Navarra de Comercio, Industria y Servicios tiene asumidas las funciones de mediación concursal a través de su Corte de Mediación, integrada por profesionales especializados en asuntos mercantiles.

69. **¿Cómo se desarrolla la mediación concursal?**

En síntesis, el mediador concursal, tras comprobar los datos y la documentación que se le aportan y, en especial, verificar la existencia y la cuantía de los créditos, convoca a la empresa y a sus acreedores a una reunión. Su finalidad es deliberar y votar la propuesta de acuerdo remitida por el mediador para el pago de los créditos pendientes a la fecha de la solicitud, pudiendo consistir aquélla en quitas, esperas (no más de 10 años), cesiones de bienes o derechos a los acreedores para pagar todos o parte de los créditos, conversión de deuda en acciones o préstamos participativos, etcétera. Es importante señalar que la propuesta debe incluir un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y un plan de viabilidad. Igual que pasa con los acuerdos de refinanciación, la ley exige distintas mayorías según el contenido de la propuesta para extender sus efectos a los acreedores, incluso, en determinadas condiciones, a los que tienen garantía real.

70. **¿Continúa la actividad de la empresa durante la mediación concursal?**

Sí. La única limitación que se le impone es la de abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

V. CONCURSO CULPABLE O FORTUITO

71. ¿Qué es la calificación del concurso?

Es una sección que se tramita dentro del propio procedimiento concursal en aquellos casos en que la empresa tiene que ser liquidada o se aprueba un convenio en términos excesivamente gravosos para los acreedores. En esa sección se valora la conducta de la empresa, es decir, si el estado de insolvencia o su agravamiento fue debido al infortunio (concurso fortuito) o a una actuación dolosa o culpable (concurso culpable) de sus administradores y gestores.

72. ¿Quién determina si el concurso debe ser calificado como fortuito o culpable?

Dependerá de la administración concursal y del Ministerio Fiscal. Si ambos coinciden en considerar que el origen de la insolvencia fue debido a circunstancias que no merezcan reproche, en ese caso se declara el concurso fortuito sin que nada más haya que valorar. Por el contrario, bastará con que cualquiera de ellos proponga calificarlo como culpable para que se entre a examinar si procede o no esa calificación y, en su caso, las personas a que deban verse afectados por ella, así como las que hayan de ser consideradas cómplices. Evidentemente, la última palabra la tiene el Juez de lo mercantil que conoce del concurso.

73. ¿Los acreedores juegan algún papel a la hora de calificar el concurso de uno u otro modo?

La ley únicamente les reconoce el derecho a alegar cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable antes de que la administración concursal y el Ministerio Fiscal emitan sus respectivos informes.

74. ¿Cuándo un concurso es culpable?

La ley parte de una regla general: el concurso debe ser declarado culpable cuando el estado de insolvencia se ha generado o agravado mediando dolo (es decir, de manera intencionada) o culpa grave. A partir de ahí, se establecen una serie de presunciones que, con mayor o menor intensidad, vienen a revelar esa conducta intencionada o gravemente negligente, que en tal caso sería imputable a los administradores, de hecho y de derecho, o a los apoderados generales, así como a quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

75. ¿Qué es un administrador de hecho?

Por un lado, aquél que actúa abiertamente como administrador de la empresa, tanto a nivel interno como frente a terceros, a pesar de no tener un título válido para ello (ya sea porque su cargo caducó o porque hubo algún defecto en su nombramiento). Por otro lado, y lo que es más frecuente, se tiene por administrador de hecho a quien permanece oculto, es decir, aquella persona que no actúa oficial ni formalmente como administrador frente a terceros, pues la empresa tienen su propia administración de derecho, pero que en realidad ejerce plenamente ese cargo aunque de puertas afuera no se le perciba como tal. Pensemos en el socio mayoritario de una PYME que toma las decisiones aunque quien las ejecute sea el administrador de derecho. Tratándose de grupos de sociedades, existe el riesgo, que habrá que analizar en cada caso, de que la matriz merezca esa consideración, especialmente cuanto mayor sea el grado de integración y centralización empresarial y el poder de dirección unitario ejercido por aquélla sobre sus filiales.

76. ¿Cuáles son esas circunstancias que hacen presuponer que un concurso es culpable?

Hay que distinguir entre un grupo de supuestos de hecho que conducen directamente a calificar el concurso como culpable, de otro grupo de casos que, si se dan, no en todos los casos llevan a concluir que hubo culpa, ya que cabe la posibilidad de demostrar que la falta de cumplimiento de los deberes legales fue excusable.

77. ¿Qué supuestos implican automáticamente la calificación culpable?

El concurso será culpable siempre que se den algunas de las siguientes circunstancias: i) incumplimientos contables relevantes; ii) actos para simular una situación patrimonial ficticia; iii) inexactitud en los documentos presentados por la empresa; iv) alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores; y v) salida fraudulenta de bienes

78. ¿Qué se entiende por incumplimientos contables?

Llevar una doble contabilidad, por ejemplo, o cometer irregularidades relevantes que dificulten gravemente o impidan comprender la situación patrimonial o financiera real de la empresa. Algunas muestras de esto último serían las siguientes: no provisionar saldos de créditos comerciales impagados o de dudoso cobro, cuando se arrastran desde años atrás, con lo que se distorsionan los resultados y la imagen financiera de la compañía para eludir una situación de fondos propios negativos; simular existencias que no son tales; no reflejar contablemente deudas fiscales resultantes de liquidaciones tributarias de importe significativo; activar un crédito fiscal para mejorar los fondos propios pese a ser notoria la inviabilidad del negocio; o contabilizar una factura de cuantía elevada que no se corresponde a un derecho de crédito, por tratarse de un pedido que había sido anulado.

79. ¿Qué quiere decir la salida fraudulenta de bienes?

El carácter fraudulento se interpreta en el sentido de dejar a los acreedores sin bienes para cobrar sus créditos. Ni siquiera hace falta un ánimo especial de dañar. Aunque pueda concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para apreciar el fraude basta con una simple conciencia de causar un perjuicio a los acreedores.

80. ¿Algún ejemplo de ello?

Un caso típico sería la constitución de una empresa paralela con el mismo objeto social a la que desviar facturas o la propia cartera de clientes sin abonar ninguna suma por ello.

81. ¿Y la simulación patrimonial?

Hablamos de simulación cuando se pretende aparentar un estado de las cosas diferente al real. Por ejemplo, descontar facturas y efectos mercantiles sin respaldo en operaciones reales, con los que se obtiene financiación creando una situación patrimonial inexistente; o también a través de las denominadas “letras de pelota” o “papel de colusión”, utilizadas para conseguir financiación de los bancos de forma fraudulenta.

82. ¿Cuáles son esos otros supuestos que no suponen automáticamente la calificación del concurso como culpable?

La ley relaciona un grupo de casos en los que se presume la culpabilidad del concurso, si bien esa presunción puede destruirse mediante prueba en contrario para que se califique entonces como fortuito. Son los siguientes: i) incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso; ii) no formular las cuentas anuales de los tres últimos años, no auditarlas (si procediera) o no depositarlas en el Registro Mercantil o en el que corresponda (una sociedad cooperativa, por ejemplo, en el Registro de Cooperativas); y iii) no colaborar con el Juez o la administración concursal.

83. ¿El retraso en la solicitud del concurso es causa de culpabilidad?

Hemos aludido anteriormente al plazo legal para solicitar el concurso de dos meses a partir de la fecha en que se conoce o debe conocer la situación de insolvencia. El supuesto que mayores dudas ha planteado es el del empresario que deja pasar ese plazo porque está centrado en negociar con sus acreedores una solución extrajudicial. En no pocas ocasiones se ha declarado fortuito el concurso presentado tardíamente al quedar demostrado que se realizaron intentos de reflotar la empresa mediante préstamos, avales, ampliaciones de capital, acuerdos con la banca, los trabajadores o acreedores. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de Spanair, donde se apreció una actuación diligente de los administradores al demorar durante un año la solicitud de concurso mientras negociaban la entrada de Qatar Airways en el capital, lo que estuvo muy cerca de concretarse. La sentencia absolvió a los exconsejeros de la aerolínea por no apreciar inacción en ellos, ya que buscaban evitar el concurso a través de una posibilidad razonable y más favorable para la empresa y sus acreedores, como era la entrada de ese posible nuevo socio. Dicho ello, hay que ser consciente del riesgo de culpabilidad que asume el empresario si demora la presentación del concurso. Los tribunales son rigurosos cuando el retraso provoca una acumulación de pérdidas al negocio si es inviable o cuando se ha cesado la actividad empresarial.

84. Pero si el empresario intenta evitar el concurso a toda costa para buscar una solución, ¿assume también ese riesgo?

Hay que distinguir entre actuaciones para superar una situación de insolvencia y las que se llevan a cabo para eludir la solicitud de concurso. Sea como fuere, en el supuesto examinado por una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (de 20 de diciembre de 2019), el empresario, que arrastraba deudas fiscales y de Seguridad Social, no se libró de la calificación culpable a pesar de haber realizado una ampliación de capital, un expediente de regulación de empleo y la venta de una nave propiedad de la empresa, continuando ésta con su ocupación como arrendataria, puesto que todo ello no removió sus problemas de tesorería. Esto es una razón, por la que, en atención a las circunstancias extraordinarias creadas por la pandemia del Covid-19, diferentes voces han solicitado que se amplíe el plazo legal de solicitud del concurso para dar más tiempo a las empresas en la búsqueda de soluciones.

85. ¿No colaborar con la administración concursal también es causa de concurso culpable?

Así es. Se trata de evitar conductas o incumplimientos posteriores a la declaración de concurso que se sancionan con la calificación culpable. Por ejemplo, no aportar a la administración concursal la contabilidad de la empresa, omitir la existencia de bienes o cuentas bancarias o, incluso, realizar operaciones a sus espaldas. También se incluye en este deber de colaboración la falta de asistencia a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

86. ¿Qué consecuencias tiene que el concurso se califique como culpable?

Que el concurso se califique como culpable puede tener graves consecuencias para las personas afectadas, es decir, para aquéllos que por ejercitar de hecho o de derecho la representación de la empresa se les considere responsables de los actos o negocios que han determinado la calificación culpable. La sentencia que se dicte se pronunciará sobre los siguientes aspectos: (i) la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar a cualquier persona durante un periodo de 2 a 15 años; ii) la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores de la empresa y, en su caso, la obligación a devolver los bienes o derechos obtenidos indebidamente; y iii) la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados a la empresa.

87. ¿Esa responsabilidad implica tener que pagar a los acreedores?

La sentencia puede condenar a las personas afectadas por la calificación a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que no acaben cobrando una vez liquidado el activo de la empresa. Ahora bien, para ello es necesario que la conducta que determina la calificación culpable haya sido la causante de la generación o agravación de la insolvencia. Un ejemplo. La falta de depósito de las cuentas anuales no parece que genere una situación de insolvencia, ni tampoco que la agrave. En este caso, el concurso será, en principio, declarado como culpable, lo que no implicará que el empresario deba saldar de su bolsillo los créditos insatisfechos de los acreedores. Por el contrario, el alzamiento de bienes o las enajenaciones fraudulentas sí motivarán, cuando menos, un agravamiento de la insolvencia que dará lugar a la oportuna responsabilidad concursal.

VI. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

88. ¿Qué es la segunda oportunidad?

En España, el precursor de la segunda oportunidad fue un Juez de Barcelona que en el año 2010 declaró extinguidas las deudas no satisfechas de un matrimonio de ancianos en concurso de acreedores. Por más que esta decisión contravenía preceptos del Código Civil y la Ley Concursal, que disponían expresamente lo contrario, el Juez, en su resolución, dijo negarse a condenar a la inanición a quienes lo habían perdido todo, como era el caso de aquellos esposos. El principio de justicia material sobre el que el Juez de Barcelona motivó su fallo inspiraría ese mismo año a la Audiencia Provincial de Navarra, para gran revuelo de los operadores financieros, cuando en un conocido auto declaró no haber lugar a proseguir la ejecución por el resto del patrimonio del deudor una vez adjudicada la finca hipotecada. Posteriormente, en el año 2015, se introdujo en la ley un mecanismo dirigido específicamente a personas físicas en situación de insolvencia con la finalidad de que pudieran encarrilar nuevamente su vida sin arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrían satisfacer. En suma, es una excepción al principio general de responsabilidad patrimonial universal de nuestro derecho (del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros).

89. ¿Cómo se tramita el procedimiento?

Se debe cumplimentar un formulario inicial normalizado con una serie de documentos, entre ellos, su relación de bienes y la lista de acreedores. Ello se presenta ante el Notario, si el deudor es persona física no empresario o, en otro caso, ante el Registro Mercantil o la Cámara de Comercio. En este segundo caso, tiene que aportar el correspondiente balance. Una vez recibida la solicitud, se levanta un acta en la que se incorporará la documentación entregada y se abre un expediente para la designación de un mediador concursal, con quien se dará inicio al procedimiento, deteniéndose desde ese mismo momento los embargos existentes y congelando los intereses devengados para evitar que las deudas sigan aumentando. A partir de ahí, podemos distinguir dos fases: una primera, la de la búsqueda del acuerdo extrajudicial, que si no se consigue aboca directamente a la segunda fase, la del concurso consecutivo, donde se solicita el beneficio de la exoneración de las deudas.

90. ¿Qué ocurre si no se logra un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores?

El mediador concursal se dirigirá al Juzgado de Primera Instancia (en caso de persona física no empresaria) o al Juzgado de lo Mercantil (en caso de persona física empresaria) que corresponda al domicilio del deudor para solicitar la declaración de concurso.

91. ¿En qué condiciones se puede exonerar al deudor del pago de las deudas?

Debe tratarse de una persona que haya visto liquidado su patrimonio y que sea deudor de buena fe, entendiendo por tal al que cumpla los siguientes requisitos: i) que el concurso no haya sido declarado culpable; ii) que no haya sido condenado por delitos económicos, fiscales o contra los derechos de los trabajadores;; y ii) que pague todos los créditos contra la masa y los privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial previo, al menos el 25 por ciento de los créditos ordinarios. Si no cumple este último requisito, como alternativa se le exige además:

- » Que acepte someterse a un plan de pagos durante 5 años para hacer frente a los créditos contra la masa, a los créditos privilegiados y a los créditos de derecho público y por alimentos que no se hubiesen satisfecho.
- » Que no haya incumplido sus obligaciones de colaboración e información.
- » Que no haya obtenido este beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en los 10 últimos años.
- » Que en los 4 años anteriores a la declaración del concurso no haya rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad..
- » Que acepte de forma expresa que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de 5 años.

92. ¿Los efectos de la exoneración se extienden a todas las deudas?

El mecanismo de la segunda oportunidad permite que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y decimos de la mayor parte de las deudas porque si el Juez aprueba la llamada exoneración del pasivo insatisfecho, el deudor se liberaría de lo que adeude a sus acreedores ordinarios y subordinados, pero no de las deudas derivadas de préstamos hipotecarios o con entes públicos, aunque esto último se ha matizado recientemente como veremos más adelante.

93. Entonces, ¿las deudas con Hacienda o la Seguridad Social no quedan exoneradas?

Hasta la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal que, recordemos, tuvo lugar el pasado 1 de septiembre de 2020, la exoneración del pasivo insatisfecho incluía los créditos de derecho público (en tal sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de julio de 2019). No obstante, la nueva norma prevé de modo expreso que la exoneración definitiva no se extiende a los créditos de la Administración o de derecho público, como pueden ser las deudas con Hacienda o con la Seguridad social, incluidos intereses, recargos y sanciones.

94. ¿Y las deudas derivadas de un préstamo hipotecario?

Quedan fuera de la aplicación de la ley las deudas garantizadas con hipoteca, aunque el beneficio de la exoneración podría extenderse a la deuda que quedase pendiente con el banco después de la subasta y ejecución de un inmueble. En otras palabras, las deudas hipotecarias subsistentes tras haber perdido la vivienda podrían ser condonadas. Dicho ello, algunas sentencias han entendido que no es necesario vender o perder la casa en el proceso concursal siempre que la hipoteca esté al corriente de pago, si bien ello supone lógicamente que hay que seguir pagando la hipoteca.

95. ¿Qué plazo hay para pagar las deudas no exoneradas?

Como hemos señalado, quedan fuera de este beneficio los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, que deberán haber sido satisfechos con anterioridad a la solicitud de exoneración o, de lo contrario, mediante un plan de pagos con un máximo de 5 años. Durante ese mismo plazo las deudas pendientes no podrán devengar interés

96. ¿Quién es el mediador concursal y qué papel desempeña en este procedimiento?

El mediador concursal es el profesional designado por el Notario, el Registro Mercantil o la Cámara de Comercio, según el caso, para intentar en una primera instancia el acuerdo extrajudicial de pagos con el consentimiento del deudor. Comprueba la documentación, convoca a los acreedores a la reunión, prepara el plan de pagos, fija una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, etcétera. Si hay concurso consecutivo, el mediador, como regla general, pasa a convertirse en administrador concursal y deberá ejercer las funciones inherentes a dicho cargo.

97. ¿Cuánto tiempo tarda en resolverse el procedimiento?

La ley prevé que la fase inicial del acuerdo extrajudicial tenga una duración máxima de 2 meses. La segunda fase, la del concurso, vendrá condicionada en función del activo a liquidar, que en la mayoría de los casos suele ser poco o inexistente, por lo que el procedimiento en su conjunto, incluyendo tanto su fase extrajudicial como judicial, puede ser relativamente rápido. Eso sí, dependerá de la carga de trabajo del Juzgado competente.

98. ¿Cómo se concede la exoneración del pasivo insatisfecho?

Si se cumplen todos los requisitos, el Juez que conoce del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. El reconocimiento definitivo lo concederá el Juez, a petición del deudor, una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos.

99. ¿Las deudas se eliminan para siempre?

Las deudas desaparecerán de forma definitiva una vez transcurridos 5 años. Durante este periodo, no se tendrán que pagar las que se hayan exonerado, si bien en ese tiempo se puede revisar su situación si los acreedores así lo solicitan porque sospechan que no ha obrado de buena fe (por ejemplo, ocultando ciertos bienes) o si ha habido una mejora en su situación económica.

100. ¿Es obligatoria la intervención de un abogado en el proceso?

Para tramitar el acuerdo extrajudicial de pagos no es precisa legalmente la intervención de abogado, si bien resulta recomendable debido a la cantidad de documentación que hay que aportar, la obligación de cumplimentar de forma correcta el formulario y la necesidad de previo análisis de la situación económica del deudor. Para el concurso consecutivo sí es obligatorio contar con abogado y procurador.



NAVARRACAPITAL.ES
INFORMACIÓN ECONÓMICA PARA LAS EMPRESAS

T. 848 41 98 93 | comunicacion@navarracapital.es

www.navarracapital.es



T. 948 206 416 | administracion@delburgorandezabogados.com

www.delburgorandezabogados.com