

## **Inconvenientes de nuestro sistema concursal, un error proyectado y una solución para insolvencias empresariales.**

23 MAYO, 2013 - AUTOR: FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO FUENTE: HAYDERECHO.COM

### **El problema: nuestro actual tratamiento legal de las insolvencias empresariales.**

En los últimos años el rigor de la crisis ha puesto de manifiesto graves defectos en nuestro sistema concursal, que contempla un único procedimiento concursal judicial, muy rígido, y que es ineficiente, lento y costoso.

Nuestra mejor doctrina ha puesto de manifiesto sus perniciosos efectos:

- El principal, su incapacidad para lograr el objetivo de conservación de la empresa y, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los puestos de trabajo. Casi el 90 % de los concursos terminan en liquidación, y sólo poco más del 10 % en convenio. Nuestro sistema, en vez de ser un hospital de curación de empresas en dificultades, es un cementerio para la mayoría de ellas. Lo que supone una enorme destrucción de riqueza material e inmaterial, especialmente grave en nuestra situación.

- También, su impotencia para conseguir la satisfacción de los acreedores ordinarios, a pesar de ser éste en teoría un fin prioritario de la Ley Concursal según su propia exposición de motivos. Con frecuencia sólo son los acreedores preferentes, aparte de la administración concursal, los que de verdad obtienen algo sustancial de tanta destrucción. En perjuicio, por ejemplo, de los consumidores, que raramente de obtienen la devolución por servicios ya pagados y no satisfechos, como en los casos conocidos de agencias de viajes, aerolíneas, academias de idiomas, etc. Y de muchas empresas acreedoras de la concursada, que reciben un daño terrible con esos impagos definitivos. Algunas incluso se pueden ver abocadas a su vez al concurso por causa de ellos.

- A estos inconvenientes se ha de añadir el de los excesivos costes tanto temporales como económicos del proceso concursal. Frente al rapidísimo sistema de declaración de concurso en USA, por ejemplo, aquí se tarda no menos de un mes en preparar la solicitud de concurso. Y la declaración judicial de concurso desde esa presentación puede demorarse hasta seis meses. Si la empresa tenía alguna esperanza de supervivencia, plazos tan largos acaban definitivamente con ella. Y los costes del concurso suponen un lastre añadido más.

Existen además otros problemas de raíz social y cultural: los empresarios solicitan el concurso demasiado tarde, cuando su situación está ya demasiado deteriorada para llegar a un acuerdo que pueda satisfacer a los acreedores y salvar la empresa. Huyen del concurso por conocer sus inconvenientes y costos y su previsible final. Pero también por el estigma social que éste representa. La solicitud y apertura pública de la situación concursal supone una verdadera huída de proveedores y clientes, y hunde las esperanzas de recuperación de la empresa.

Por todo ello el empresario en dificultades agradecería tener otras vías que le permitieran una solución más temprana y eficaz. Que, dada la situación de colapso de nuestros tribunales, debería desenvolverse necesariamente en un ámbito extrajudicial.

### **El erróneo proyecto de solución que impulsa el Gobierno.**

Nuestro legislador, aunque tarde, parece haber sido consciente del problema. Y de que una forma de paliar el mismo sería establecer la posibilidad de un proceso preventivo extrajudicial en favor del deudor insolvente, con la intervención de un tercero neutral que aproxime a las partes y les ayude a negociar la salida a la crisis y a evitar el Concurso con todos sus inconvenientes. Esta solución (una vez más aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid) se recoge en el todavía Anteproyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores. Pero si sus promotores se acercan en el diagnóstico, fallan por completo en el tratamiento. La configuración de este proceso previo es tan errónea que su fracaso está casi asegurado.

Destaco los **inconvenientes** que considero más importantes.

- La exclusión de esta posibilidad para muchas empresas: las que en el concurso no podrían utilizar el proceso abreviado. Con lo que la misma se limita a los empresarios personas físicas y a ciertas PYMES. Si los defectos del actual sistema y sus rigideces los sufren toda clase de empresas, no se ve la razón de esta restricción. El objetivo de la posible salvación de la empresa debe existir para todas ellas.

- El carácter público del proceso. La dirección de todo el proceso se encarga precisamente a unos funcionarios encargados de dar publicidad: los registradores mercantiles. Y se da al mismo la mayor publicidad posible: anotación en todos los registros de bienes, constancia en el “Registro Público Concursal”, y notificación para su participación a todos los acreedores.

Con ello no se evitan los efectos perniciosos del proceso concursal judicial que antes hemos destacado: el estigma que de forma inmediata recibe la empresa y la huída de clientes y proveedores, que acelera y puede hacer inevitable la liquidación de la empresa. Puede sorprender que se haya optado por este sistema, a pesar de la mayor eficacia demostrada en otros países por procedimientos más reservados. El hecho de que la Dirección General de los Registros (y del Notariado) haya tenido un importante protagonismo en la elaboración del proyecto, y de que su Director General sea precisamente un registrador mercantil puede explicar, al menos en parte, esta equivocación.

A tales registradores mercantiles se les atribuyen además funciones exorbitantes que escapan de su capacidad de análisis, como es decidir a priori (!), antes de permitir la apertura del proceso, si el deudor cuenta con patrimonio, efectivos líquidos e ingresos previsibles suficientes como para lograr con posibilidades de éxito un acuerdo razonable. Tal vez piensan los autores del proyecto que tales funcionarios disponen de una especie de bola de cristal que les permiten ver las opciones del futuro. Lo que es seguro es que su confianza en la autonomía privada de los interesados tiende a cero.

- Los efectos excesivos del inicio del proceso sobre la capacidad de obrar de la empresa. Como la prohibición de solicitar la concesión de nuevos créditos o de utilizar medios de pago electrónico ¡E incluso la devolución de las tarjetas de crédito! Con ello se priva a la empresa de posibilidades que pueden ser imprescindibles para su supervivencia y se acentúa el estigma al que antes nos referimos. Una cosa es establecer controles reservados a estas nuevas posibilidades de endeudamiento y otra cosa es esta absoluta prohibición tan dañina. De nuevo se copian acríticamente los efectos del concurso judicial puro, en una nueva manifestación de rigidez, cuando de lo que se trataría es precisamente de evitarlos.

- La participación, como figura central, de un (mal) llamado “mediador concursal”, por supuesto nombrado por el Registrador Mercantil. Si ya el adjetivo “concursal” es disuasorio, el nombre tampoco responde a la realidad, pues sus facultades directivas e incluso decisorias en un proceso encorsetado en exceso, van a impedir la generación de confianza entre los interesados y la apertura a soluciones imaginativas (win/win) que son imprescindibles en una verdadera mediación. Este mediador incluso se convierte automáticamente en administrador concursal en caso de que no se logre un acuerdo y haya que ir al concurso, con lo que se le da un verdadero incentivo perverso en favor de esa “no solución” y se acaba con su necesaria neutralidad. El concepto se pervierte y las

posibilidades de solución que una verdadera mediación podría aportar se reducen al mínimo.

La consecuencia de esta configuración del proceso es que va a generar en el empresario en dificultades la misma alergia que hoy le produce el concurso. No se va a lograr así el objetivo de que acuda a esta solución en una fase más temprana de las dificultades, cuando éstas no se han hecho aún insalvables y se puede lograr con más facilidad la salvación de la empresa.

### **Otra opción más eficaz: la solución belga.**

Existen otras formas mucho más eficaces y eficientes de organizar un proceso previo extrajudicial con estos fines preventivos. En este sentido ha resultado especialmente exitosa la experiencia de Bélgica tras su “Ley de Continuidad de las Empresas” de 31 de enero de 2009, en la que se crea la figura de un mediador empresarial al que se le dota de algunas facultades especiales que no pervierten de forma absoluta su misión.

La función de este “mediador de empresa” en Bélgica consiste en asistir y asesorar al deudor en dificultades, en ayudarle a reflexionar sobre la estrategia de la empresa y a plantear un plan de viabilidad, e intervenir como intermediario con los acreedores para conseguir reanudar el diálogo con ellos, lograr su colaboración en la elaboración del plan y su aceptación, y hacer posible su implementación. Por lo tanto sus funciones son más amplias y proactivas que las del “mediador puro”. Aunque no asume funciones gestoras o administrativas.

Este “mediador de empresa” es elegido en Bélgica por el juez a requerimiento del deudor, y puede desarrollar su función o bien dentro del procedimiento concursal ya iniciado, o bien antes del mismo, supuesto que es el que aquí más nos interesa, con el objetivo de conseguir un acuerdo amigable que lo evite. Por el origen de su nombramiento esta persona goza de una posición de independencia. Y además se trata de un experto en insolvencias empresariales. Lo que hace que pueda ganar la imprescindible confianza del deudor y restablecer la de los acreedores.

El acuerdo entre el deudor y varios de sus acreedores (los que él elija y considere necesarios, no necesariamente todos) se consigue al margen de cualquier procedimiento formal, es completamente libre, y no está sujeto a publicidad, ni siquiera cuando se deposita ante el tribunal (en nuestro caso podría hacerse ante un notario). Se conserva así

la confidencialidad, los terceros no tienen conocimiento del convenio, y el rescate se realiza con total discreción, con gran flexibilidad y preservando la imagen de la empresa. Esta reserva consigue que no se perjudique el crédito de la empresa. Y permite al deudor elegir los acreedores con los que considera necesario tratar.

Los acreedores participan mucho más en la búsqueda de soluciones a partir de un mejor conocimiento de la situación, y se les concede el necesario protagonismo. Todo lo cual ayuda sobremanera a alcanzar un acuerdo. Los que son parte del convenio evitan de esta forma perder un cliente. Y los ajenos al mismo incrementan sus posibilidades de cobro, gracias al rescate de la empresa.

Los acreedores que acepten el convenio reciben el incentivo de la protección en caso de quiebra posterior, pues estos acuerdos no pueden ser objeto de rescisión concursal, aunque sí de la acción pauliana común, para evitar el riesgo de fraude.

En nuestro ordenamiento, sin embargo, la situación de desbordamiento de los juzgados mercantiles, la rigidez y lentitud de las actuaciones judiciales, y la dificultad para mantener el secreto de las mismas, creemos que no los hace aptos para esta función en la actualidad. Sin embargo contamos con otros funcionarios independientes, obligados y acostumbrados al secreto en sus actuaciones, con una imagen de neutralidad y capaces de dar confianza, que serían muy adecuados para presidir estos procesos extrajudiciales, incluso participar activamente en los mismos, y recoger sus principales incidencias.

### **Las bases de una propuesta para nuestro ordenamiento.**

La solución extrajudicial, atendiendo a la experiencia Belga, y a las necesidades de adaptación a nuestro ordenamiento, para ser efectiva, debería responder a ciertas exigencias:

- La necesidad de salvar la confidencialidad del proceso y de no limitar en exceso la capacidad de actuación del deudor. Para evitar el estigma social y la pérdida de crédito y facilitar las opciones de supervivencia de la empresa. Y fomentar así que el deudor utilice este instrumento en una fase mucho más temprana de sus dificultades.

- La utilización de la mediación con toda su potencialidad. Resulta especialmente interesante la posibilidad de que actúen en mediación, por una parte, un experto en

insolvencias empresariales y, por otra, un profesional con la debida preparación y capaz de dotar de especial confianza y seriedad al proceso

- El establecimiento de medidas incentivadoras de un acuerdo que facilite a la empresa superar la situación. Como son facilidades fiscales. O el dejar constancia fehaciente de las propuestas finales ofrecidas a ciertos acreedores si las mismas fueran rechazadas. Si se trata de cantidades semejantes o superiores a las conseguidas después en el concurso el juez podría así decretar una reducción o liberación al deudor de este exceso. Y, desde luego, en personas físicas resulta imprescindible introducir la posibilidad de descarga o “fresh start” en dicho proceso concursal posterior.

- Se debería facilitar la flexibilidad para llegar a acuerdos por parte de las administraciones públicas (fundamentalmente Hacienda y Seguridad Social), cuyos créditos en el actual proceso concursal muchas veces impiden el acuerdo y obligan a ir a liquidación, matando así la gallina de los huevos de oro (la empresa).

- Y establecer los adecuados mecanismos de protección de los acreedores minoritarios que no participen en esta negociación reservada.

Un proceso extrajudicial preventivo que responda a estas exigencias conseguiría salvar muchas empresas en dificultades y supondría una contribución decisiva a nuestra riqueza y al empleo. Está aún en manos de nuestros responsables políticos el corregir el rumbo del actual Anteproyecto para evitar un fracaso seguro en la solución planteada para las insolvencias.