

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONCURSAL Y PRECONCURSAL EN ESPAÑA

En este recuadro se revisan las principales características y carencias de los procedimientos de insolvencias en España. Con carácter general, estos procedimientos desempeñan una importante función para el desarrollo de la actividad empresarial, ya que permiten distinguir entre empresas insolventes pero viables, cuya deuda debe ser reestructurada, y no viables, que han de ser liquidadas. En este sentido, la evidencia internacional¹ pone de manifiesto que la existencia de sistemas de insolvencia eficientes contribuye a una mayor productividad agregada, a más innovación y a un aumento de la inversión empresarial. Asimismo, un buen funcionamiento de estos mecanismos incentiva la actividad de intermediación de los bancos, al facilitar que estos puedan recuperar una parte de los créditos impagados. Finalmente, el correcto funcionamiento de los procedimientos de insolvencia para personas físicas estimula el emprendimiento, ya que los empresarios individuales tenderán a estar menos preocupados por la posibilidad de quebrar, dado que pueden quedar exonerados del pago de una parte de sus deudas.

En España, los procedimientos preconcursales y concursales (concurso de acreedores) se rigen por la Ley Concursal (en adelante, LC), que fue aprobada en 2003 y entró en vigor el 1 de septiembre de 2004². No obstante, el aumento de los concursos de acreedores producto de la crisis financiera global dejó patente diversas disfuncionalidades del sistema, lo que llevó a seis reformas de la LC en el período 2009-2015. Estos procedimientos también pueden ser utilizados por los consumidores, si bien este recuadro se centra en el caso de las empresas y de los autónomos. El esquema 1 muestra los diversos procedimientos preconcursales y concursales atendiendo a la tipología de la empresa.

El concurso de acreedores tiene como objetivo resolver una situación de insolvencia mediante dos vías: convenio o liquidación. Un convenio es un acuerdo entre los

acreedores y la empresa deudora que incluye una reestructuración de deuda, cuyo objetivo es que los prestamistas recuperen la máxima proporción de crédito posible y que la compañía continúe operando. Un convenio puede contemplar una quita (reducción del nominal de la deuda), una espera (aplazamiento del calendario de pagos), capitalizaciones de deuda y la cesión de bienes o derechos en pago de créditos. Para alcanzar un convenio se requiere el voto favorable de una mayoría del crédito ordinario, que consiste mayoritariamente en crédito sin garantía. La liquidación implica la venta de los activos de la empresa para pagar a sus acreedores, siguiendo un determinado orden de prelación.

Asimismo, existen dos mecanismos preconcursales cuyo objetivo es resolver problemas de insolvencia detectados en una fase temprana: el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) para personas físicas y pequeñas empresas, y los acuerdos de refinanciación, a los que predominantemente recurren sociedades de cierta dimensión. Dentro de estos últimos existe una variante: los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente, que conceden más protección a la empresa deudora.

Por último, en el caso de personas físicas, ya sean autónomos o propietarios de pequeñas empresas, existen dos fórmulas concursales: la liberación inmediata de las deudas tras la liquidación del patrimonio del deudor y el mecanismo de segunda oportunidad (MSO), que consiste en un plan de pagos de cinco años hasta obtener la exoneración del resto de las deudas.

En comparativa internacional, el uso de los concursos de acreedores en España ha sido tradicionalmente muy escaso, incluso en períodos de crisis económica. Este fenómeno se explica principalmente por la baja utilización de estos procedimientos por parte de autónomos y microempresas (empresas con menos de diez trabajadores),

1 M. A. McGowan, D. Andrews y V. Millot (2017), *Insolvency regimes, zombie firms and capital reallocation*, OECD Economic Department Working Papers Eco, n.º 31; V. V. Acharya y K. Subramanian (2009), «Bankruptcy Codes and Innovation», *The Review of Financial Studies*, 22(12), pp. 4949-4988; J. Ponticelli y S. Alencar (2016), «Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil», *Quarterly Journal of Economics*, 131(3), pp. 1365-1413; R. La Porta, F. López de Silanes, A. Shleifer y R. W. Vishny (1997), «Legal Determinants of External Finance», *Journal of Finance*, n.º 53, pp. 1131-1150; M. Giannetti (2003), «Do Better Institutions Mitigate Agency Problems? Evidence from Corporate Finance Choices», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 38(1), pp. 185-212; J. Qian y P. Strahan (2007), «How Laws & Institutions Shape Financial Contracts: The Case of Bank Loans», *Journal of Finance*, 52(6), pp. 2803-2834; G. Rodano, N. Serrano-Velarde y E. Tarantino (2016), «Bankruptcy Law and Bank Financing», *Journal of Financial Economics*, 120(2), pp. 363-382; W. Fan y M. White (2003), «Personal bankruptcy and the level of entrepreneurial activity», *Journal of Law and Economics*, 46:2, pp. 543-568, y J. Armour y D. Cumming (2008), «Bankruptcy Law and Entrepreneurship», *American Law and Economics Review*, 10(2), pp. 303-350.

2 Ley 22/2003, de 9 de julio. El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el Texto Refundido de la Ley Concursal debido a las numerosas reformas del texto original. Véase el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONCURSAL Y PRECONCURSAL EN ESPAÑA (cont.)

que constituyen el grueso del tejido productivo en España. En el caso de los autónomos, en 2019 hubo 2 concursos por cada 10.000 autónomos en España, frente a los 32 de Francia y los 74 de Inglaterra y Gales. En cuanto a las microempresas, en 2019 hubo 10 concursos por cada 10.000 microempresas españolas, frente a los 105 de Francia³.

El escaso uso de esta figura en nuestro país se debe fundamentalmente a dos causas: i) la baja eficiencia del sistema concursal, evidenciada por la lentitud de los procedimientos (su duración media se sitúa entre tres y cuatro años)⁴ y ocasionada, al menos parcialmente, por la

congestión de los Juzgados de lo Mercantil, y ii) el reducido atractivo de los concursos de acreedores para las personas físicas, debido a la dificultad para obtener una exoneración de las deudas. En particular, el crédito público (deudas tributarias, cotizaciones a la Seguridad Social) no es exonerable, y este suele suponer un componente importante de la deuda de microempresas y de autónomos. Además, algunos expertos destacan que el plan de pagos del MSO es excesivamente largo (cinco años), si bien la transposición de la directiva de la Unión Europea sobre insolvencias⁵ debería reducir la duración del plan de pagos a un máximo de tres años. Por último, un elemento disuasorio adicional reside en el hecho de que los costes

Esquema 1

MECANISMOS PRECONCURSALES Y CONCURSALES PARA SOCIEDADES NO FINANCIERAS Y EMPRESARIOS INDIVIDUALES



FUENTE: M. García-Posada Gómez (2020), *Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal*, Documentos Ocasionales, n.º 2029, Banco de España.

a Menos de 50 acreedores, pasivo estimado que no supere los cinco millones de euros, activo que no exceda dicha suma.

3 M. García-Posada Gómez (2020), *Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del COVID-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal*, Documentos Ocasionales, n.º 2029, Banco de España.

4 M. García-Posada Gómez y R. Vegas (2018). «Bankruptcy reforms in the midst of the Great Recession: the Spanish Experience», *International Review of Law & Economics*, vol. 55, September 2018, pp 71-95.

5 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA CONCURSAL Y PRECONCURSAL EN ESPAÑA (cont.)

del procedimiento (costes judiciales, sueldos de los administradores concursales y de los abogados) son altos y, en buena parte, fijos o no suficientemente dependientes del importe de la deuda y de los activos de la empresa. Todo esto, junto con el estigma que puede ocasionar el uso de los mecanismos preconcursales y concursales, hace que las empresas⁶ suelen recurrir a los concursos de acreedores solo como última opción, lo que conlleva que la gran mayoría de dichos concursos terminen en liquidación⁷, puesto que las empresas llegan a estos procedimientos en condiciones financieras de extrema vulnerabilidad.

Finalmente, en cuanto a los procedimientos preconcursales, los acuerdos de refinanciación parecen estar cumpliendo bien su función de mecanismo alternativo a los concursos para empresas de cierta dimensión. Por el contrario, el escaso uso de los AEP revela que estos no son atractivos para los autónomos y

los propietarios de pequeñas empresas⁸. Según algunos expertos⁹, existen dos razones que explican este fenómeno. Primero, la negociación de la deuda con los acreedores de derecho público queda fuera del AEP. Segundo, los incentivos económicos de los posibles mediadores a recomendar un AEP a los potenciales beneficiarios son generalmente escasos, debido a que las retribuciones suelen ser muy bajas, por lo que la mayoría no lo hacen y tampoco informan de la existencia de este procedimiento a los deudores. En este contexto, algunos analistas¹⁰ han propuesto distintas vías para fomentar la participación y el buen desempeño de profesionales involucrados en los procesos preconcursales y concursales: por ejemplo, incrementando las retribuciones de los mediadores concursales a quienes se encomienda la gestión y la negociación del AEP, garantizando las retribuciones de los administradores concursales y aumentando el alcance de la aplicación de la justicia gratuita —el llamado «turno de oficio»— al ámbito concursal.

6 M. A. McGowan y D. Andrews (2018), *Design of insolvency regimes across countries*, OECD Economics Department Working Papers, n.º 1504.

7 El 93 %, según M. García-Posada y R. Vegas (2018), «*Bankruptcy reforms in the midst of the Great Recession: the Spanish Experience*», *International Review of Law & Economics*, vol. 55, September 2018, pp 71-95.

8 Según Van Hemmen (2020a), entre el 1 de marzo de 2015 y el 31 de marzo de 2020 solo se iniciaron 93 AEP de empresas. E. Van Hemmen (2020a), *Estadística concursal. Anuario 2019*, Colegio de Registradores de la Propiedad y de lo Mercantil de España, Madrid.

9 S. Van Hemmen (2020b), «*Acompañando la segunda oportunidad*», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 50.

10 M. Celentani y F. Gómez Pomar (2020), «Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas: *déjà vu all over again*», *InDret*, 3/2020.