



Segona oportunitat. Marc econòmic i legal, i propostes

Desembre 2014

0. Introducció¹

Una de les causes del tancament definitiu d'empreses és la insolvència, la incapacitat de tornar els deutes que aquestes tenien contrets amb els seus creditors. La insolvència deixa un llast a molts dels empresaris que la viuen, perquè arrossegueu deutes per sempre, de manera que difícilment poden tornar a emprendre o fins i tot a seguir exercint d'empresaris. Hi ha casos en què el llast està justificat, però, en d'altres, quan han actuat amb la diligència deguda i bona fe, és una condemna que anul·la un actiu econòmic i social que és injust sacrificar.

En aquest INFORMES PIMEC defensem que els empresaris que han actuat amb la diligència deguda en l'exercici del seu càrrec haurien de tenir les seves segones i posteriors oportunitats (genèricament les anomenarem "segona oportunitat"), i que, per això, cal introduir modificacions en el marc legal i en les pràctiques judicials, amb l'objecte de facilitar el retorn dels empresaris a la seva activitat normal amb nous projectes, la qual cosa és, en definitiva, una forma de generar ocupació i riquesa.

Les modificacions que proposem en aquest document corresponen a l'àmbit econòmic. Hi ha un altre àmbit que queda directament afectat pels problemes d'insolvència i segona oportunitat que és el personal, el de l'empresari amb un projecte fracassat, i que repercuteix en la seva potencialitat per continuar essent empresari. Aquest tema el tractarem en l'INFORMES PIMEC següent. En aquest INFORMES responem en primer lloc a la pregunta de per què cal una segona oportunitat; a continuació argumentem que a Espanya, massa sovint, la insolvència es tradueix en liquidació total de l'empresa; en tercer lloc identifiquem el marc legal vigent; en el quart apartat destaquem una bona pràctica de gestió de venda d'empreses amb problemes financers; i finalment, en cinquè lloc, fem les propostes de PIMEC sobre la segona oportunitat entroncant-les amb les posicions d'institucions com el Banc d'Espanya, el Fons Monetari Internacional (FMI) o la mateixa Comissió Europea (CE).

¹ Aquest informe s'ha elaborat amb la participació activa del Departament Jurídic de PIMEC, el qual havia estudiat la problemàtica concursal a mitjan 2014. Les propostes que es van fer al seu dia queden recollides en aquest document.

1. Per què cal una segona oportunitat?

El concepte de segona oportunitat es refereix a facilitar a un empresari la possibilitat de reiniciar la seva activitat econòmica després d'una situació d'insolvència; reiniciar l'activitat, sigui en la seva mateixa empresa, en una altra o en una de nova.

En l'actualitat, molts petits empresaris i autònoms que han viscut un procediment concursal han hagut de viure un procés generalment desagradable i llarg; i quan aquest procés ha acabat amb liquidació, arrosseguen un deute quasi perpetu que els segresta qualsevol ingrés regular i també els impossibilita l'accés al crèdit si pretenen crear noves empreses.

Són diversos els motius per defensar la segona oportunitat:

- a) El tancament d'empreses per insolvència té una incidència que, en el món dels negocis, per principi, caldria considerar com a normal i perfectament possible. Per definició les empreses assumeixen risc, i els negocis no sempre van bé, sinó que han de fer front a incidències de manera més o menys continuada; en alguns casos acaben malament i cal tancar l'empresa sense poder, lamentablement, satisfer tots els deutes contrets.
- b) Les empreses amb problemes per tornar el deute, més enllà dels seus actius tangibles disposen d'un capital organitzatiu que constitueix un actiu de la societat. Aquest actiu també inclou l'empresari, l'artífex de l'organització. Sacrificant-lo, renunciem al fet que aquest empresari pugui crear noves organitzacions productives.
- c) La reestructuració d'una empresa amb dificultats per tornar els seus deutes, però econòmicament viable, permetria mantenir l'ocupació, l'aprofitament del seu capital organitzatiu i la continuïtat futura d'unes relacions proveïdor-client mútuament beneficioses. La reestructuració hauria de ser la primera opció d'una empresa amb risc d'insolvència.
- d) Sovint, quan l'empresari no es pot alliberar del deute associat a una insolvència i vol reiniciar la seva activitat en el món dels negocis, acaba en l'economia submergida.

L'empresa que afronta un problema d'insolvència hauria d'esgotar al màxim les seves possibilitats de reestructuració i de tenir continuïtat. Si, malgrat els esforços, el procés acaba en liquidació, l'empresari afectat que

ha actuat amb la diligència deguda i bona fe hauria de poder emprendre, amb la mateixa naturalitat que el primer, nous projectes empresarials.

2. A Espanya insolvència equival, massa sovint, a liquidació

Davant de situacions d'insolvència, el procediment estàndard existent a Espanya és el concurs de creditors, un procediment legal que acaba en conveni o en liquidació:

- En el primer cas, l'objectiu és que el creditor recuperi el màxim possible del deute i que l'empresa pugui seguir operant.
- En el segon cas, el procediment concursal es resol amb la finalització de l'activitat i el repartiment dels actius entre els creditors.

Hi ha altres formes de resoldre situacions d'insolvència. Una d'elles és la renegociació privada entre deutors i creditors, al marge del procediment concursal, amb l'objecte de reestructurar el deute de manera que l'empresa pugui seguir en funcionament o bé es liquidi ordenadament.² Una altra forma són les execucions hipotecàries, que permeten als creditors sol·licitar judicialment la venda forçosa de la garantia dels préstecs en subhasta pública per tal de recuperar una part del préstec. També existeix un sistema totalment privat similar a aquest com la dació en pagament, si hi ha acord entre les parts.

S'estima que a Europa la fallida representa el 15% dels tancaments d'empreses. Unes 700.000 pimes estan afectades per aquest problema anualment, amb uns 2,8 milions de llocs de treball implicats.³

Tot i això, en general les pimes, i especialment els autònoms i les microempreses, tenen grans dificultats per accedir als procediments judicials a causa dels seus elevats costos fixos i d'una complexitat administrativa i de relació inusual per a aquest tipus d'empresari. Potser és per això que a la majoria de països s'observa una baixa utilització d'aquesta opció legal entre les empreses petites. El fet potser també es pot explicar perquè les pimes tenen menys creditors i disposen d'unes estructures del

² Presenta certs avantatges com l'estalvi dels costos del procediment concursal i evitar publicitat adversa, però exigeix la coordinació entre l'empresa deutora i els diferents creditors, amb problemes d'informació asimètrica. Aquest procediment pot presentar més dificultats quan el nombre de creditors és gran i quan l'estructura del capital és més complexa.

³ Comunicació de la Comissió A "Small Business Act" for Europe. COM(2008) 394.

capital relativament senzilles, la qual cosa facilita l'ús de sistemes alternatius.

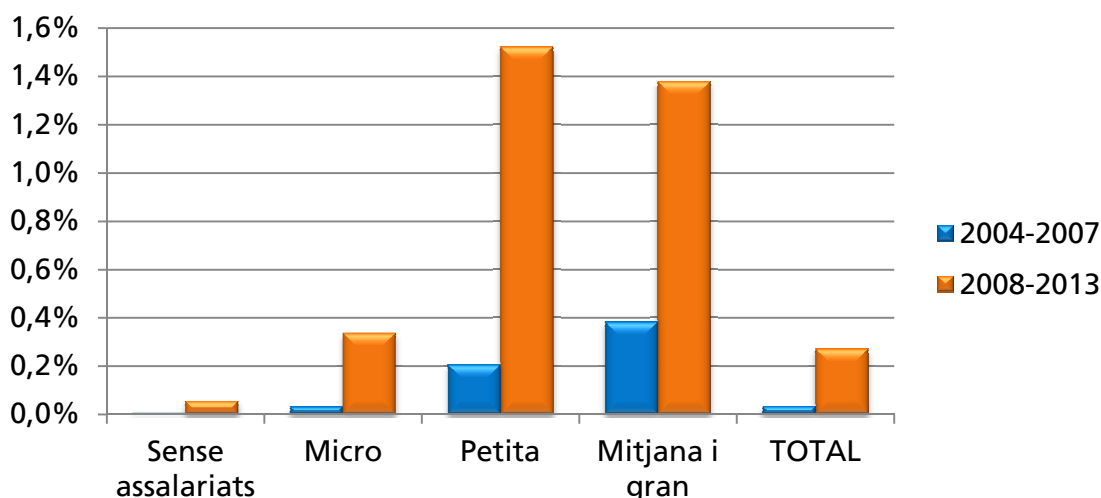
En qualsevol cas, a Catalunya, al 2013, van entrar en concurs un total de 1.866 empreses, de les quals un 13,7% va correspondre a empreses sense assalariats, un 51,1% a microempreses, un 24,3% a petites empreses, un 4,5% entre mitjanes i grans empreses, i un 6,4% a empreses no classificades segons el nombre d'assalariats. Les pimes, doncs, concentren la major part del nombre de concursos, en correspondència amb el fet que representen la gran majoria de les empreses del país.

Tanmateix, les empreses que presenten concurs de creditors representen un percentatge baixíssim de les empreses existents. A més, l'estadística assenjala que el procediment concursal és molt més habitual a les mitjanes i grans empreses que no pas a les petites i les micros.

El fenomen sembla que es relaciona amb el fet que els administradors d'empreses grans i mitjanes rarament ofereixen garanties reals personals, una pràctica que està molt estesa entre els petits i microempresaris. Les dades confirmen que, com més gran és la dimensió de l'empresa, major és la proporció d'empreses que van a concurs de creditors, tal com es pot observar al Gràfic 1.

En el mateix gràfic també es veu la incidència de la crisi, que ha fet créixer molt la proporció d'empreses concursades. Per cert, les que més ho han fet han estat les petites.

Gràfic 1. Empreses concursades sobre el total d'empreses segons dimensió a Catalunya



Font: Elaboració pròpia a partir de l'INE

Malgrat les dades anteriors, quan comparem els registres indicats amb els d'altres països, Espanya presenta un nombre molt més baix de concursos, tant en relació amb el nombre d'empreses existents com amb el d'empreses que desapareixen. Ho destaca el Banc d'Espanya (2012):

- Al 2010 es van comptabilitzar 14,6 concursos per cada 10.000 empreses existents, lluny dels 217 de França, dels 212 d'Àustria, dels 137 del Regne Unit, o dels 89 d'Alemanya.
- En relació a les empreses que desapareixen, al 2006 el nombre de concursos va ser del 0,4%, molt inferior al de països com Àustria (29%), França (28%), Regne Unit (12%) o Alemanya (12%). És a dir, el concurs com a via de tancament d'empreses és molt baix a Espanya. Es tanca per altres vies diferents de la concursal.

Els experts⁴ justifiquen la baixa utilització del procediment concursal a Espanya per la pràctica impossibilitat d'alliberar el passiu per part del deutor insolvent. S'addueix també que els procediments concursals són lents i costosos, molt més que les solucions extrajudicials. No obstant això, aquests factors només explicarien una part de la baixa utilització dels esmentats procediments, ja que entre les grans empreses també s'observa una utilització inferior a la d'altres països del nostre entorn.

El cert és que a Espanya la utilització del recurs concursal no només és molt baixa, sinó que normalment s'hi arriba tard. En la pràctica, el 95% de les empreses que el fan servir és perquè es troben en fase molt avançada de problemàtica solvent i acaben en liquidació.

3. Una regulació sobre insolvència que avança massa a poc a poc

A Espanya, el marc legal dels procediments concursals es basa en la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, la qual ha sofert diverses modificacions posteriors:

- El Reial Decret Llei 3/2009, de 27 de març, de mesures urgents en matèria tributària, financera i concursal davant l'evolució de la situació econòmica.
- La Llei 13/2009, de 3 de novembre, de reforma de la legislació processal per a la implantació de la nova oficina judicial.

⁴ Miguel García-Posada i Juan S. Mora-Sanguinetti (Banc d'Espanya, 2012 i 2013)

- La Llei 38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal.
- La Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització.
- La Llei 17/2014, de 30 de setembre, per la qual s'apliquen mesures urgents en matèria de refinançament i reestructuració del deute empresarial.
- I la darrera, el Reial Decret Llei 11/2014, de 5 de setembre, de mesures urgents en matèria concursal, en discussió parlamentària per a esdevenir llei en el moment de redactar aquest document.⁵

Amb aquest bagatge legislatiu, sobretot en els darrers cinc anys, no es pot dir que el procediment concursal no preocupi el legislador, i la realitat és que s'hi han introduït millores. La qüestió és si aquestes van en el sentit i tenen la intensitat que requeririen. No és objecte d'aquest informe entrar en els detalls de les mancances que presenta un tema tan complex i de naturalesa fonamentalment jurídica com aquest. I més quan les principals mancances han estat recollides pel Banc d'Espanya (2012) i per l'FMI (2014) en el seu *Strengthening the Insolvency Framework for SMEs*.

Cal fer constar també que hi ha directrius clares al voltant de com s'hauria de tractar la insolvència i el fracàs empresarial. Només cal consultar les múltiples recomanacions de la Comissió, la darrera de les quals data del març de 2014,⁶ com a continuació de les que s'havien fet als anys 2007 i 2012, a part de les que contenen els documents relatius a la *Small Business Act* dels anys 2008 i 2011.

4. Una actuació en la bona línia en matèria concursal

La gestió de la insolvència a Catalunya presenta una singularitat interessant digna de ser mencionada. Es tracta de l'acord entre el Departament d'Empresa i Ocupació i els jutjats mercantils de Catalunya en virtut del qual aquests darrers comparteixen informació de les empreses en concurs, amb la finalitat que inversors privats en puguin conèixer les característiques i,

⁵ En aquest procés de discussió parlamentària, en el moment de tancar aquest document alguns mitjans de comunicació (veure *Expansión* de 30 de desembre de 2014) apunten la intenció del Govern central d'establir una llei de segona oportunitat per als autònoms, que contemplaria quitances i moratòries entre altres mesures.

⁶ C(2014) 1500 final.

eventualment, invertir-hi, amb la conseqüència de mantenir l'activitat de la unitat productiva. Des de l'acord de col·laboració, al març de 2013, s'han tractat 340 empreses concursades i, d'aquestes, s'ha aconseguit vendre'n 113, tot mantenint el 80% dels seus empleats.

La Direcció General d'Indústria, que és qui gestiona aquest projecte, té per objectiu mantenir vives les empreses (buscant compradors, facilitant l'elaboració de plans de viabilitat, fent de medidora, mantenint activa la base de dades, etcètera) abans que liquidar, atès que la liquidació representa, en certa manera, el final. Els jutges mercantils de Catalunya sembla que han entès que abans de liquidar cal maximitzar les oportunitats de donar continuïtat a l'empresa.

Ara bé, la línia d'actuació indicada està bàsicament orientada a facilitar la venda d'actius a tercers interessats i, en canvi, es presta poca atenció a mantenir l'empresa en mans del mateix empresari, cosa que vindria a equivaldre a una segona oportunitat, en aquest cas de la mateixa empresa i del mateix empresari. L'elaboració de plans de viabilitat primerencs, quan les dificultats financeres comencen a aparèixer, permetria corregir rumb i mantenir vives moltes empreses que, després d'un procés de degradació financera, acaben en liquidació.

5. Propostes de PIMEC en favor de la segona oportunitat

Un dels problemes del tractament de la insolvència a Espanya és que no està pensat per a l'anomenat *fresh start*, no facilita la recuperació de la figura empresarial que ha tingut un fracàs en el seu projecte de negoci.

Tal com hem argumentat més amunt, l'empresari que ha patit un fracàs empresarial actuant de bona fe i amb la diligència deguda, hauria de tenir una segona oportunitat.

A continuació presentem els principals problemes del tractament de la insolvència i la segona oportunitat, i les propostes de PIMEC per resoldre'ls:

- 1) **L'entrada en procediments concursals es fa massa tard**, quan la situació d'insolvència és greu i, en conseqüència, és més difícil la reestructuració de l'empresa o la venda adequada dels seus actius (inclosa l'empresa), i major és el sacrifici que s'exigeix als creditors. Aquest problema es podria afrontar amb plans de reestructuració dissenyats i aplicats a temps. **Caldria impulsar un sistema de reacció ràpida als problemes d'insolvència**, donant suport a l'aplicació de plans de reestructuració i

fomentant la implicació i el treball conjunt de deutor i creditors, si cal amb suport públic. En aquest sentit, la CE (2012) destaca que **la primera prioritat hauria de ser la prevenció.**

- 2) **La dificultat d'obtenir finançament durant els procediments preconcursal i concursal.** L'increment del risc percebut per les entitats bancàries comporta que aquestes restringeixin el crèdit, cosa que dificulta la superació de la insolvència o, simplement, provoca el concurs de creditors. Això és especialment greu quan es tracta d'empreses viables amb problemes temporals, que el que necessiten és, precisament, crèdit. Durant la negociació d'un acord extrajudicial o d'un conveni de creditors, caldria garantir el finançament bancari i suspendre l'execució dels béns amb garanties reals. La transformació del **deute en participació de capital** que ja preveu la llei actual va en la bona línia, però **està més pensat per a mitjanes i grans empreses que no pas per a pimes, i menys encara per a microempreses i treballadors autònoms.** Aquesta necessitat de no posar traves a nou finançament per a empreses en reestructuració és un factor que també destaca la CE (2014).
- 3) S'estan fent passos en el bon sentit en l'àmbit de la venda de les empreses (o algunes de les seves unitats) amb problemes de solvència, però caldria **aprofundir-hi des de la pròpia justícia. Caldria millorar les condicions de venda de les unitats productives** dins del concurs de creditors, i alhora establir mecanismes per tal de facilitar l'adquisició d'aquestes unitats productives **per part dels propis empresaris.** Caldria corregir els problemes d'ineficiència que observa l'FMI (2014) en les liquidacions, aspecte estretament lligat al moment en què les empreses accedeixen al procediment concursal.
- 4) **El diferent tractament dels deutes en funció dels creditors no està ben resultat.** Existeixen creditors amb privilegis especials com és la banca i l'Administració (per deutes tributaris i de Seguretat Social), atès que tenen preferència per sobre dels ordinaris a l'hora d'exigir el retorn del deute. Aquests creditors privilegiats només es veuen afectats pels convenis si s'hi mostren expressament d'acord, entre altres tractaments diferencials, quan **caldria que se sotmetessin a les mateixes quitances i/o esperes que la resta de creditors.** Aquesta problemàtica és una de les més destacades per a les institucions competents com la CE (2011) o l'FMI (2014).

- 5) **Els costos dels procediments concursals resulten cars.** La presentació d'un procediment judicial de concurs de creditors comporta una sèrie de despeses (honoraris d'advocats, procuradors, administradors concursals, despeses del concurs, etc.) que són més difícils d'afrontar quan es tracta de pimes i autònoms i que caldria **fer assequibles econòmicament**. Les dificultats per accedir als procediments concursals són recurrentment destacades pel Banc d'Espanya (2012) i la CE (2011).
- 6) La legislació no permet l'exoneració dels deutes no satisfets en concloure un procediment concursal. Aquest contempla **l'ajornament i permet quitances sota requisits molt restrictius**. Això provoca que els deutors arrossequin els deutes durant llargs períodes de temps (de vegades tota la vida), fet que n'impedeix la funció empresarial, un problema especialment rellevant entre pimes i autònoms, que acostumen a donar garanties amb el patrimoni personal. L'arrossegament del deute durant llargs períodes està relacionat directament amb el tracte privilegiat del deute amb els bancs i amb les administracions públiques, com ja hem indicat. Es proposa la **condonació total dels deutes associats a una insolvència en el termini màxim de 3 anys** en el cas d'empresaris persones naturals que hagin actuat de bona fe, quan la conclusió del concurs sigui per liquidació o per insuficiència de massa activa i sigui qualificat de fortuït.⁷ Les facilitats que es demanen en aquest sentit exclouen aquells deutors insolvents **que haguessin actuat amb negligència o amb mala fe**. Tal com ho destaquen la CE (2011 i 2014), l'FMI (2014) o el Banc d'Espanya (2012), la inexistència de la figura del *fresh start* i l'alliberament ràpid dels deutes és un dels principals problemes per oferir una segona oportunitat en el cas espanyol.

⁷ La Comissió especifica que aquests 3 anys haurien de començar a comptar des de l'inici del procediment d'insolvència en cas que aquest acabi en liquidació d'actius, o des de l'inici del pla de reemborsament en cas de conveni.

Bibliografia:

- Banc d'Espanya (2012), *El uso de los concursos de acreedores en España*.
- Banc d'Espanya (2014), "El endeudamiento de la economía española: características, corrección y retos" a *Informe anual 2013*.
- Banc Mundial (2014), *Doing Business 2014*.
- Comissió Europea (2011), *A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*.
- Comissió Europea (2012), *Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*. COM(2012) 742.
- Comissió Europea (2014), *Recomendación de la comisión sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*. SWD(2014) 61 final i SWD(2014) 62 final.
- FMI (2014), "Strengthening the Insolvency Framework for SMEs" a *IMF Country Report No.14/193*.
- Global Entrepreneurship Monitor (2014), *Informe Executiu Catalunya 2013*.