

Daniel Hernández González  
Actuario de seguros

# El concurso de acreedores: ¿un nuevo campo de actuación para el actuario?

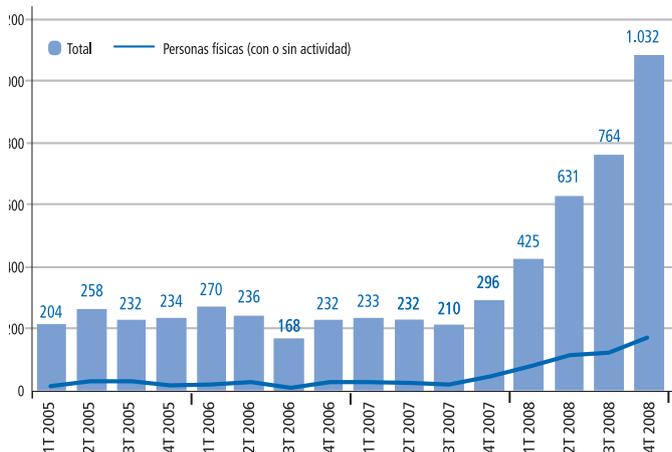
## El concurso de acreedores

El concurso de acreedores, definido y desarrollado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, tiene su principal razón de ser en los casos de insolvencia de un deudor común, persona natural o jurídica, que no pueda hacer frente a sus obligaciones exigibles en plazo y regularmente o que prevea que no podrá hacerlo en un futuro cercano. La finalidad del concurso no es el saneamiento de empresas o patrimonios sino la satisfacción de sus acreedores, si bien un convenio alcanzado dentro del procedimiento puede ser una herramienta útil a la hora de apoyar a aquellas entidades que se estimen viables, tanto en su propio beneficio como en el de sus acreedores, trabajadores y otros intereses. En la economía española de los últimos años el concurso ha tenido como grandes participantes a la industria auxiliar del automóvil, afectada por la deslocalización de los fabricantes y la competencia de economías emergentes, al sector textil y del calzado, coincidiendo con la apertura del mercado a la industria asiática, a las sociedades anónimas deportivas y, más recientemente, a los sectores inmobiliario y de la construcción, aunque una

gran parte de las insolvencias acaecidas tiene su origen en defectos estratégicos y/o causas netamente estructurales. Por otro lado, las posibilidades que ofrece la legislación concursal no han sido convenientemente aprovechadas por el tejido empresarial español, siendo muchas las entidades que han recurrido a esta alternativa tardíamente, cuando se encontraban ya sin posibilidades reales de recuperación.

La evolución del número de concursos de acreedores declarados por trimestre en nuestro país se recoge en el gráfico adjunto:

### Concursos declarados por trimestre



Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Según los datos que publica el Instituto Nacional de Estadística, la gran mayoría de los concursados han sido sociedades limitadas, aunque en el año 2008 han ganado peso las personas físicas, especialmente aquellas que no ejercen actividad empresarial. Las empresas en concurso son en su mayoría entidades con un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros, mientras que, por comunidades autónomas, Cataluña presenta un promedio histórico cercano al 23% del total de los procedimientos iniciados en España desde 2004, seguida de lejos por las Comunidades Valenciana y de Madrid. Por último cabe destacar que,

en consonancia con la situación económica actual, el número de concursos durante los primeros seis meses del año 2008 ha sido superior al número de procedimientos instados durante todo el ejercicio 2007.

## Características y desarrollo del procedimiento

La declaración de concurso de acreedores, sustituto de las antiguas quiebras y suspensiones de pagos para deudores comerciales y del concurso de acreedores y la quita y espera para deudores no comerciales, puede ser solicitada por el deudor –concurso voluntario– en caso de insolvencia actual o inminente, o por cualquiera de sus acreedores –concurso necesario–, en este último caso y entre otras causas por sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Será el juez de lo mercantil quien dictará un auto desestimando la solicitud o declarando el concurso y tal declaración no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el insolvente, aunque sus facultades para administrar y disponer de su patrimonio serán intervenidas o suspendidas, siendo dos las soluciones que se proponen a la concurrencia de acreedores sobre el patrimonio del deudor común: el convenio y la liquidación.

Declarado el concurso, el juez procederá al nombramiento, delimitación de responsabilidad y facultades de la **administración concursal**, cuyos cometidos esenciales serán los de intervenir los actos realizados por el deudor en el ejercicio de sus funciones patrimoniales o sustituirlo cuando haya sido suspendido de tales funciones, defender la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso así como redactar su informe concursal, al que se deben unir la lista de acreedores, el inventario de la masa activa y, si fuera pertinente, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas. Este informe contendrá una memoria de las principales decisiones y actuaciones de los administradores concursales, un estado de la contabilidad del deudor (si estuviera obligado legalmente a llevarla) y un análisis sobre la información aportada por éste sobre su historia económica y jurídica, los establecimientos de su titularidad y las causas del estado en que se encuentra, entre otros aspectos.

La **masa activa** estará compuesta por los bienes y derechos incluidos en el patri-

monio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren o adquieran hasta la conclusión del procedimiento, excepto los legalmente inembargables. La valoración del activo se realiza de acuerdo al valor de mercado teniendo en cuenta derechos, cargas, garantías y elementos similares, si bien la administración concursal puede solicitar para tal fin el asesoramiento de expertos independientes. Aunque no lo contempla la ley, en el ánimo de facilitar la posterior toma de decisiones por parte de los acreedores, entendemos que sería conveniente que se informase también sobre un hipotético valor en liquidación de los componentes de la masa activa cuando éste difiera del valor real de mercado.

Como contrapartida, la **masa pasiva** la forman los créditos contra el deudor que no tengan la consideración de créditos contra la masa. Será la administración concursal quien decidirá sobre la exclusión o inclusión en la lista de acreedores de los créditos comunicados, que una vez admitidos serán clasificados de la siguiente forma:

- **Créditos con privilegio especial:** entre otros, los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, con prenda constituida en documento público, con anticresis o los créditos por cuotas de arrendamiento financiero.
- **Créditos con privilegio general:** entre otros, los créditos salariales sin privilegio especial con ciertas limitaciones, las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas en cumplimiento de una obligación legal y, también, hasta la cuarta parte de los créditos subordinados cuyo titular sea el acreedor solicitante de la declaración de concurso.
- **Créditos subordinados:** entre otros, los créditos comunicados tardíamente o aquellos cuya titularidad recaiga en personas específicamente relacionadas con el deudor, las multas, sanciones y los intereses de cualquier clase, excepto los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la garantía.
- **Créditos ordinarios:** el resto de los créditos de la masa pasiva no contemplados en los puntos anteriores.

Por último, cabe destacar que los créditos contra la masa, definidos con precisión en la ley y entre los que se encuentran, por ejemplo, los generados por la actividad profesional o empresarial tras la declaración de concurso, se abonarán a sus respectivos vencimientos, por tanto con prioridad sobre los concursales, mientras que para estos últimos se establece una teórica prelación: privilegio especial, privilegio general, ordinarios y subordinados, siempre tenida en cuenta la posible existencia de créditos sometidos a condición resolutoria, denominados créditos condicionales, que tienen derechos concursales, cuantía y calificación, o de créditos litigiosos o sometidos a condición suspensiva que serán reconocidos como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que les corresponda.

Transcurrido el plazo habilitado para posibles impugnaciones sobre el inventario y la lista de acreedores, cuando el concursado no hubiere solicitado la liquidación –con la correspondiente apertura de la fase de liquidación– y no hubiera sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio (1), finalizará la fase común del concurso y se abrirá la fase de convenio.

La **fase de convenio** se sustenta en la convocatoria de una junta de acreedores y en la existencia de una propuesta de convenio, generalmente presentada por el deudor, que podrá contener diferentes alternativas para la satisfacción de las deudas, que no podrá ser condicionada y que deberá contener proposiciones de quita y/o espera. Respecto de los créditos ordinarios la quita no podrá superar el 50% ni la espera cinco años a partir de la firmeza del convenio; sin embargo, *«excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites»*, aspecto que en la práctica se utiliza en más situaciones de las realmente previstas en el espíritu normativo gracias a

una muy discutible interpretación de los literales «*Administración económica competente*» y «*especial trascendencia para la economía*», dando así lugar a una amplia subjetividad: ¿Son las sociedades anónimas deportivas de especial trascendencia para la economía? ¿Es más importante una gran empresa situada en una población industrial con capacidad y oportunidades en varios sectores económicos que la mediana empresa de un pequeño territorio sin recursos y sin industria adicional relevante? ¿Es –o debe ser– el Ministerio de Economía la «*Administración económica competente*» a la que se refiere la ley o también lo son las comunidades autónomas, las corporaciones locales u otras entidades similares?

Así pues, la **Ley 22/2003** obliga a la presentación de al menos una proposición de quita y/o espera para los créditos ordinarios, pero permite además proposiciones adicionales alternativas entre las que se incluyen las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos que, según la redacción del articulado en distintos apartados –y aquí existe controversia y escasa jurisprudencia–, pudieran no estar sometidas a los plazos de espera y quita referidos.

La **propuesta de convenio** deberá ir acompañada de un plan de pagos que detalle los recursos previstos para su cumplimiento. Si se prevé que estos recursos van a ser generados por la actividad, se unirá también a la propuesta un plan de viabilidad en el que se concretarán los recursos necesarios, los medios y condiciones para su obtención y, en su caso, los compromisos a asumir por terceros. Ambos planes deberán ser evaluados por la administración concursal.

Por otra parte, la **Junta de acreedores**, que se constituirá mediante la concurrencia de los titulares de al menos la mitad del pasivo ordinario, deliberará y votará sobre las propuestas de convenio presentadas. Los acreedores con privilegio no afectarán al quórum de constitución, ni sus créditos privilegiados se someterán a los efectos del convenio que resultare aprobado excepto cuando manifiesten expresamente su aquiescencia para los mismos; en otro caso,

la no adhesión del privilegio determinará su satisfacción fuera del procedimiento. Como norma general una propuesta será aceptada cuando, al menos, haya obtenido el voto favorable del 50% del pasivo ordinario (2), aceptación que supondrá la aprobación del convenio, cuya eficacia dará lugar al cese de los efectos de la declaración de concurso.

Sin embargo, si no se presenta en plazo una propuesta de convenio, ninguna de las presentadas es admitida a trámite o aprobada en junta de acreedores, o se declara judicialmente la nulidad o el incumplimiento del convenio, se procederá a la apertura de la **fase de liquidación**. Igualmente, el deudor podrá pedir la liquidación en distintos momentos dentro del procedimiento concursal, mientras que deberá solicitarla durante la vigencia del convenio cuando conozca la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas en virtud del mismo, solicitud para la que está también facultado cualquier acreedor.

En liquidación, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, que recaerán de nuevo en los administradores concursales, quienes presentarán al juez un plan para la realización de la masa activa del concurso y un informe trimestral sobre el estado de las operaciones. En todos los casos de apertura de liquidación, o cuando el convenio proponga una quita superior a un tercio del total de los créditos o una espera superior a tres años, se abrirá la fase de calificación del concurso, fortuito o culpable, presentando la administración concursal un informe sobre los hechos relevantes para tal calificación y una propuesta de resolución.

En la práctica surgen discrepancias en el caso de una empresa en liquidación que quiera ser adquirida por un tercero. Por un lado están las tesis que defienden que el adquirente, aunque se haga cargo del activo empresarial, no tiene por qué subrogarse en determinadas deudas del concursado en aras al beneficio generalizado que se obtiene por la continuidad empresarial: mantenimiento de puestos de trabajo, generación de riqueza, etc., atendiendo «*al interés del propio concurso*». Otras tesis in-

ciden en que debe darse la subrogación, pues la transmisión de una empresa es inequívocamente una sucesión empresarial y, entre otros aspectos, no se puede vulnerar el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 44, aunque se haga en interés del concurso.

Nosotros defendemos la segunda opción, puesto que entendemos que las empresas son inseparablemente bienes, derechos y obligaciones. Además de los efectos sobre cotización a la Seguridad Social de los trabajadores por las cuotas no ingresadas, no podemos olvidar que la no asunción de las deudas compromete los derechos de los acreedores, en cuya defensa ya hemos dicho que encuentra la Ley Concursal su finalidad esencial. La no subrogación fomenta el fraude empresarial y entendemos que crea para el acreedor una doble vara de medir que no favorece la solución normal del procedimiento, el convenio, máxime cuando ya el artículo 100.2 de la Ley 22/2003 indica que pueden figurar en la propuesta de convenio alternativas basadas en la total enajenación de los bienes a un tercero que «*incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos a los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio*». Por último conviene destacar que, en la práctica, la subrogación no ha impedido que entidades en liquidación con proyectos estratégicos de continuidad eficientes, el suficiente apoyo tecnológico y financiero de terceros y el compromiso de sus acreedores hayan continuado su actividad empresarial.

### La administración concursal

Como regla general y con las limitaciones, responsabilidades e incompatibilidades recogidas en la legislación, la administración concursal estará formada por un abogado y un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil colegiados, ambos con experiencia profesional mínima de cinco años de ejercicio efectivo, y por un acreedor titular de un crédito ordinario o con pri-

vilegio general no garantizado. Cuando este acreedor sea una persona jurídica (3) será representado por un economista, auditor o titulado mercantil con los mismos requisitos que los anteriormente mencionados; cuando sea una Administración Pública, la designación del profesional que formará parte de la administración concursal podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas, tal es el caso del actuario, que no percibirá retribución alguna con cargo a la masa del concurso.

Los administradores concursales serán nombrados por el juez «entre quienes, reuniendo las condiciones legales, hayan manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro Oficial de Auditores de Cuentas o al correspondiente colegio profesional, en el caso de los profesionales cuya colegiación resulte obligatoria. A tal efecto, el referido registro y los colegios presentarán en el decanato de los juzgados competentes (...) los respectivos listados de personas disponibles. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria se inscribirán en las listas que a tal efecto se elaborarán en el decanato de los juzgados competentes, acreditando su compromiso de formación en la materia concursal».

Como ya se ha indicado, los administradores concursales, actuando de forma colegiada, intervendrán las actuaciones del deudor y supervisarán las cuentas anuales en caso de concurso voluntario o formularán dichas cuentas y administrarán y dispondrán del patrimonio empresarial en caso de concurso necesario. Igualmente, entre otras funciones, podrán solicitar la modificación de condiciones de trabajo de los trabajadores del concursado, rehabilitar contratos de crédito, de préstamo y de adquisición de bienes con los límites que recoge la ley, o iniciar acciones de reintegración y rescisión de los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso que hayan causado perjuicio a la masa activa. Como contrapartida, responderán solidariamente frente al deudor y los acreedores de cualquier daño y/o perjuicio causado por actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la

diligencia pertinente, y percibirán una retribución fijada mediante un arancel atendiendo a la cuantía del activo, del pasivo y a la complejidad del concurso, en los términos indicados en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre.

Junto a todo lo anterior, un desempeño fundamental de la administración concursal es la evaluación del plan de viabilidad y de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos, principalmente como garantía para la toma de decisiones de los acreedores en defensa de sus intereses dentro del procedimiento.

## El papel del actuario en el concurso de acreedores

Dentro del concurso de acreedores, la primera posibilidad que se abre para el actuario -en sus diversas alternativas profesionales- es el apoyo y la orientación al acreedor en su solicitud de concurso necesario de uno de sus deudores, así como el asesoramiento a los deudores inmersos en un procedimiento concursal, entre otros aspectos, en la elaboración de proyectos estratégicos, de negocio y especialmente en el diseño de planes de viabilidad y de pagos en ambientes de riesgo e incertidumbre, pues tales son los escenarios en los que se mueve la actividad del concursado.

Una segunda alternativa surge con el posible nombramiento del actuario como administrador concursal, designación para la que entendemos necesarias nociones en materia concursal desde el punto de vista jurídico y procedimental, además de los pertinentes conocimientos sobre empresa, economía y sectores productivos.

Dentro de esta opción el desempeño dentro del concurso de funciones vinculadas a la auditoría y contabilidad requiere conocimientos de contabilidad financiera y analítica, consolidación, análisis de estados financieros y auditoría y, por ello, el legislador capacita como administrador concursal al «auditor», considerado como aquel profesional inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. El actuario está habilitado para acceder a este registro cumpliendo los requisitos de conocimientos

teóricos y/o prácticos exigidos en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y la legislación que la desarrolla, así como en la Orden EHA/1820/2008, de 19 de junio, del Ministerio de Economía y Hacienda y la Resolución de 10 de mayo de 1991 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Sin embargo, las funciones auditora y contable no son el único elemento relevante en el desempeño de la administración concursal, pues tan importante como las anteriores es la gestión empresarial, sobre todo cuando será necesario sustituir o supervisar a los deudores durante el procedimiento, lo que requiere, para una mayor eficiencia en sus funciones, conocimientos en materia mercantil, laboral, fiscal, financiera y de dirección de empresas.

Por ello, la ley también capacita para formar parte de la administración concursal al «economista o titulado mercantil colegiado». Los Colegios de Economistas españoles tienen un turno de actuación profesional a través del cual los profesionales habilitados -entre los que se encuentra por su formación el actuario- pueden acceder al ejercicio de la actividad citada, si bien en la práctica cada una de estas instituciones exige de forma restrictiva diferentes requisitos adicionales para acceder al turno de actuación citado: alta en el Impuesto de Actividades Económicas, colegiación durante un tiempo determinado u otros que pudieran ser objeto de cierta controversia en un entorno competitivo y liberalizado.

A este respecto, el Consejo General de Colegios de Economistas de España ya presentó en su momento una propuesta excluyente sobre la composición de la administración concursal (4) en la que indicaba «que los únicos profesionales cualificados para preparar un plan de viabilidad son los economistas, y otro tanto ocurre con las labores de gestión de la empresa», solicitando la exclusión de abogados y auditores de la función concursal. Aun cuando entendemos que es preferible un sólido conocimiento de las disciplinas expuestas, la legislación no determina como condición necesaria que el administrador concursal sea un experto en todas las materias que

abarcan el concurso para desempeñar su labor, pues parte de la complementariedad entre los participantes –no descartamos que por motivos ajenos a la mera capacidad profesional–, permitiendo a su vez que, con el beneplácito del juez, la administración concursal recurra al apoyo de terceros para apuntalar su desempeño, aspecto que puede cobrar relevancia en procedimientos abreviados –donde actúa un único administrador– o en insolvencias de entidades complejas.

Nosotros entendemos que el propio colegio profesional de los actuarios, el Instituto de Actuarios Españoles, podría también impulsar, si lo estimase conveniente, existiese demanda profesional para ello y para el caso de colegiación obligatoria, la participación del actuario en la administración concursal a través de sus propias listas, puesto que nuestro perfil profesional se ampara sin duda en la definición más amplia de «economista» que sugiere la ley, aunque elementos hostiles y contratiempos subyacentes no faltarían en esa andadura. En caso de colegiación no obligatoria también creemos que nada impide que el actuario, con los requisitos legales exigidos, participe por sí mismo en las listas existentes en los juzgados.

En cualquier caso, el valor añadido del actuario en este campo no es desdeñable puesto que las complejas situaciones empresariales en caso de concurso de acreedores requieren del análisis y toma de decisiones en situaciones de riesgo e incertidumbre bajo un prisma de racionalidad económica y financiera, actuaciones para las que éste es perfectamente competente. En la práctica, muchas de las eva-

luaciones realizadas sobre los planes de pagos y de viabilidad son meros elogios de declaraciones de intención, se orientan principalmente a la exención de responsabilidad del profesional actuante y, a nuestro juicio, no responden a los mínimos requisitos que les son exigibles.

Otra alternativa a tener en cuenta es el posible apoyo externo a la administración concursal en aquellos aspectos que traten conjuntamente tiempo y riesgo o entren dentro de las nuevas perspectivas para la profesión, por ejemplo, las nuevas determinaciones de valor recogidas en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, en particular el valor razonable cuando no existe mercado activo o el valor en uso «valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados a un tipo de interés de mercado sin riesgo, ajustado por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros», caracterización que a mayor abundamiento recoge el real decreto en su exposición de motivos: «los elementos deben contabilizarse (...) y siempre que su valor pueda determinarse con fiabilidad. Todo ello, sin perjuicio de que en algunos casos (...) para obtener la mejor estimación de su importe dicho análisis deba realizarse a partir de las probabilidades asignadas a los posibles escenarios o desenlaces del correspondiente riesgo».

Dentro del sector público, el actuario tiene dos campos de actuación respecto al proceso concursal muy similares a los ya comentados; el primero se centra en el asesoramiento económico-financiero y la valoración de propuestas de convenio y

planes de viabilidad en ambiente de riesgo, siempre dentro de una perspectiva de defensa del crédito institucional, mientras que el segundo abarca su participación como administrador concursal en representación de las Administraciones Públicas, solución que, junto a una garantía de independencia, presenta un menor coste para unas empresas que normalmente arrastran serios problemas de liquidez. Sin embargo, entre otras trabas existentes, la falta de interés, conocimientos y sensibilidad de los órganos públicos de decisión hacia temas, no ya actuariales, sino meramente económicos, no invitan al optimismo en cuanto al desarrollo real de esta alternativa.

## Conclusiones

Más allá de la participación del actuario en el sector asegurador o el financiero, en consonancia con su competencia profesional y formación multidisciplinar, se abren otras posibilidades que no deberían desdesharse para su posible impulso profesional, siempre atendiendo a lo que nosotros consideramos la función básica de la profesión: la solución a los problemas que desde diversos ángulos se planteen.

En particular, la formación del actuario permite que éste asuma responsabilidades en los concursos de acreedores y sus procedimientos anejos, ya sea de forma individual o a través de sociedades y empresas de auditoría y/o consultoría, permitiendo así un desarrollo profesional en mercados alternativos a los habituales que apoyaría el interés que la labor del actuario ha de tener para la sociedad en su conjunto. ●

## Notas

1. La propuesta anticipada es una oportunidad que ofrece la ley para solventar el procedimiento con mayor celeridad y menores gastos, con la posibilidad de obviar ciertos requisitos para la superación de los límites de quita y espera establecidos para el caso general, alternativa que creemos no ha sido convenientemente explotada por los deudores. Otra posibilidad que reduce plazos y costes es el procedimiento abreviado, accesible a deudores que, entre otros requisitos, tengan un pasivo que no supere el millón de euros.
2. En los casos de pago íntegro en un plazo no superior a tres años o de quita inferior al 20% y pago inmediato será suficiente para aprobar la propuesta de convenio que vote a favor una porción del crédito ordinario mayor que la que vote en contra.
3. Excepto en los casos de entidades de crédito, entidades aseguradoras o deudores sometidos a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que tienen sus particularidades propias en la designación de su representante.
4. Comentarios al Anteproyecto de Ley Concursal; Documento nº 2; diciembre 2001; Consejo General de Colegios de Economistas de España. Registro de Economistas Forenses.