

CAPITULO ESPAÑA**INVESTIGADOR: JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ****“EL PLAN DE VIABILIDAD EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL”****CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL****UNIVERSIDAD DE VALLADOLID (ESPAÑA)****1. BREVE INTRODUCCIÓN.**

En la medida en que el tratamiento de las crisis empresariales, sea con instrumentos preconcursales, sea mediante el procedimiento concursal, tiene como una de sus finalidades esenciales evaluar la posibilidad de saneamiento y conservación de la actividad, resulta necesario, o al menos conveniente, la previsión de un examen lo más objetivo posible de la situación de dificultad o de insolvencia de la empresa en crisis, de manera que confirme las opciones reales de viabilidad en el futuro mediante un contraste riguroso. Se trata, pues, de proporcionar una base sólida a la opción conservativa, teniendo en cuenta que, en la realidad ya experimentada, un porcentaje muy elevado de procedimientos concursales han conducido, con más o menos prontitud, a la liquidación (en el caso español, una media cercana al 95% de los concursos declarados han concluido con liquidación); y, si esto ha sido así, resulta razonable que las pretensiones de continuidad de una empresa en crisis, especialmente si ya se encuentra, o está en trance de encontrarse, en situación de insolvencia, vengan avaladas por un análisis que, además de estimular el beneplácito de los acreedores, de suficientes garantías a socios, financiadores, inversores, etc., e incluso trabajadores, cuya aportación y colaboración resulte imprescindible.

Con independencia de la terminología con que el instrumento se pueda denominar en cada ordenamiento (plan de negocio, plan de viabilidad, con mayor frecuencia), el estudio de su exigencia y de su régimen jurídico (naturaleza, requisitos, efectos, etc.) constituye un aspecto de interés en el ámbito concursal. Convendrá, a este respecto, diferenciar la fase preconcursal, donde el plan de viabilidad puede constituir un elemento esencial para el éxito de una solución anticipada que evite el concurso a través de cualquiera de las fórmulas legalmente previstas, y la fase propiamente concursal, donde el plan de viabilidad aparecerá relacionado con la opción del convenio cuyo cumplimiento pueda conducir a la conclusión del concurso, siempre considerando que alcanzar un convenio cuando el procedimiento concursal ya está en marcha, y la insolvencia constatada, no suele ser una opción sencilla, como lo demuestran los datos de la realidad antes citados.

Siguiendo este criterio sistemático, en esta aportación se ofrece una exposición simple del estado de la cuestión en el Derecho español vigente; se comprenderá de inmediato que la exigencia del plan de viabilidad ofrece perfiles poco claros, pues ni siempre es exigible, ni, cuando lo es, tiene el mismo alcance. Más bien al contrario, cabe detectar que, en las situaciones en que el plan de viabilidad puede tener una función más relevante, que es en el precurso con el que se trata de solventar la insolvencia, la evolución legislativa no ha ido precisamente en dirección de una exigencia más rigurosa, sino más favorable a la voluntariedad, a criterio de las partes implicadas. Lo que pone de manifiesto una reflexión preliminar que no conviene olvidar: la exigencia ineludible de un plan de viabilidad serio, elaborado con rigor por profesionales independientes, puede retrasar y encarecer el proceso de negociación sobre la continuidad de la empresa en crisis; y ahí está el fiel de la balanza, en un complejo y delicado equilibrio entre agilidad y conveniencia, entre reducción

de costes y objetividad, no siempre sencillo de resolver.

2. EL PLAN DE VIABILIDAD EN LA FASE PRECONCURSAL.

Tras las sucesivas reformas experimentadas por la ley Concursal española desde su entrada en vigor en 2004, concretamente a partir del desencadenamiento de la crisis económica en 2008, el tratamiento de la fase preconcursal ha quedado materializado en dos instrumentos particulares: de un lado, los llamados acuerdos de refinanciación, introducidos por vía de urgencia en 2009 y complementados posteriormente en sus diversos aspectos (exclusión de las acciones de reintegración en caso de concurso posterior, en el artículo 71 bis; eficacia suspensiva de la comunicación de inicio de negociaciones, en el artículo 5 bis; homologación judicial para extensión de efectos, en la Disposición Adicional Cuarta, además de otras menciones relacionadas con el carácter de deuda de la masa de una parte de los nuevos ingresos de tesorería, o fresh money, o con la atribución de responsabilidad concursal cuando el concurso es calificado como culpable); de otro lado, los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos, introducidos en 2013 en el Título X, artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal, en el contexto de otras medidas de apoyo a emprendedores, pensados inicialmente para deudores de menor entidad (empresarios persona física, autónomos, profesionales, pequeñas y medianas empresas con forma societaria, etc.) y luego extendidos, desde 2015, a todo tipo de deudor persona natural, consumidores en general, para ponerlos en relación con la peculiar fórmula de segunda oportunidad, en forma de beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, reconocido desde entonces en el artículo 178 bis a este tipo de deudores.

En cada uno de estos dos instrumentos hay alguna presencia del plan de viabilidad, con distinto alcance, por lo que resulta conveniente ofrecer una sintética exposición diferenciada en cada caso, para una mejor apreciación de la especialidad en su función.

A. En los acuerdos de refinanciación.

El artículo 71 bis contiene el régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor con sus acreedores, a los que declara no rescindibles, lo mismo que a los negocios, actos, pagos y garantías que de ellos deriven, como excepción a las acciones de reintegración previstas en el artículo 71. El contenido de tales acuerdos, a los que en teoría puede optar cualquier deudor en fase preconcursal, aunque su configuración está más bien pensada para deudores de cierta relevancia económica, como así ha ocurrido en la práctica, es ciertamente amplio: en términos del propio precepto, y como mínimo, “la ampliación significativa del crédito disponible, o la modificación o extinción de las obligaciones, mediante prórroga de su plazo de vencimiento o establecimiento de otras contraídas en su sustitución”; pero tales medidas deben responder a “un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo”. Esta es la fórmula mediante la que expresamente se exige que el acuerdo preconcursal y extrajudicial de refinanciación esté vinculado a un plan de viabilidad; y no a cualquier plan de viabilidad o de negocio, sino a un plan específico que permita la continuidad de la actividad del deudor, concebido para un lapso temporal apreciable, que es lo que se quiere indicar con la clásica expresión, tan habitual en la dinámica económico-empresarial, del corto y medio plazo. No se trata, pues, de un plan de garantía indefinida, o de perspectiva intemporal, o de vocación permanente; puede tener efecto a largo plazo, pero la exigencia legal es más modesta, y alejada de lo ilusorio, tratándose de un deudor que requiere refinanciación porque ya está en dificultad, o quizá en insolvencia.

La exigencia de un plan de viabilidad que acompañe y de sentido al acuerdo de refinanciación es,

pues, bien evidente en la ley española. El problema es que, en la redacción actual, ese plan, que es obligatorio, ya no debe ser obligatoriamente avalado por un experto independiente; lo era cuando los acuerdos de refinanciación se introdujeron por primera vez en 2009, pues era requisito imprescindible para su eficacia que un experto independiente designado por el Registrador Mercantil informara, entre otros extremos, sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad. Pero, por razón de aliviar costes, la reforma operada en 2014 suprimió tal requisito como necesario, manteniendo la posibilidad de hacerlo como opción voluntaria, a solicitud del deudor o de los acreedores. En efecto, el apartado 4 del artículo 71 bis vigente así lo expresa, con algunas interesantes precisiones: la solicitud de deudor o de acreedores se dirige al Registrador Mercantil del domicilio del deudor, que es a quien corresponde el nombramiento del experto informante; el informe habrá de pronunciarse sobre el carácter realizable y razonable del plan, lo que abarca dos conceptos distintos, aunque muy relacionados entre sí (un plan no es realizable si no es razonable, pero tampoco es razonable si no es realizable), además de sobre la proporcionalidad de las garantías establecidas; si el informe contiene reservas o limitaciones, los firmantes del acuerdo deben evaluar expresamente su importancia, lo que supone indicar su voluntad de proseguir con el plan a pesar de ellas; el informe puede ser único y conjunto para varias sociedades de un mismo grupo, si el acuerdo de refinanciación y el plan les afecta a todas ellas; el experto a designar debe ser profesional idóneo para la función, a cuyo efecto se le somete a las condiciones de incompatibilidad y prohibición que la propia Ley Concursal exige a los administradores concursales en su artículo 28, y, además, a las que se establecen para los auditores de cuentas en su propia legislación.

La exigencia del plan, y su evaluación en los términos indicados, viene por tanto establecida respecto de los acuerdos de refinanciación en general, que son los establecidos en el artículo 71 bis, sean de naturaleza colectiva (suscritos al menos por tres quintos del pasivo), o de naturaleza particular y complementaria (previstos en el 71, bis, 2).

Pero ocurre que hay acuerdos de refinanciación homologables, en los términos de la Disposición Adicional Cuarta, cuyo alcance no coincide con lo establecido en el artículo 71 bis, pues para la homologación se exige la aceptación de al menos el 51% del pasivo financiero, requisito muy distinto de los tres quintos de todo el pasivo; hay, por tanto, acuerdos de refinanciación que no son homologables y acuerdos homologables que no los de refinanciación en los términos del 71 bis; dependerá de la estructura del pasivo en cada caso, del peso del pasivo financiero sobre el pasivo total, etc., y, aunque unos y otros acuerdos son irrevocables por igual, sólo los homologables podrán extender sus efectos a otros acreedores financieros en los términos de la citada

Disposición. La exigencia del plan de viabilidad viene ahora establecida, para estos acuerdos de refinanciación homologables, por remisión expresa al 71 bis, 4; en efecto, el apartado 5 de esta Disposición Adicional indica que con la solicitud de homologación se acompañara, en su caso (lo que es una expresa referencia a la voluntariedad), los informes de expertos independientes que hayan sido emitidos, dicho así, en plural, pues nada impide que se soliciten y emitan varios, por ejemplo, uno a petición del deudor y otro, o más, a petición de los acreedores o de grupos de acreedores, con el fin de que puedan ser valorados los distintos intereses en presencia.

B. En los acuerdos extrajudiciales de pagos.

Como ya se indicó, este instrumento preconcursal está pensado para deudores de menor entidad, tanto de naturaleza empresarial, como meramente civil; pueden optar a tales acuerdos, por tanto, personas naturales, sin más, siempre que cumplan determinados requisitos de “buen deudor”, establecidos en el artículo 231 de la Ley Concursal. El procedimiento se tramita con intervención de un “mediador concursal” que ayuda al deudor en la negociación con los acreedores, quedando en todo caso excluido el crédito público de los eventuales efectos del acuerdo.

Cabe pensar, por tanto, que la exigencia de un plan de viabilidad en estos casos, y especialmente si el deudor no tiene naturaleza empresarial, será más débil, pues parece razonable vincular tal exigencia al carácter empresarial del deudor, sea empresario individual, persona física, sea sociedad mercantil, persona jurídica. Sin embargo, el texto legal no es muy explícito al respecto.

En efecto, el artículo 236, 2, exige sin distinción que “la propuesta de acuerdo ha de incluir un plan de pagos, con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, y un plan de viabilidad, además de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara el deudor”. De esta precisión pudiera deducirse que el plan de viabilidad está pensado para el caso de que el deudor tenga actividad profesional o empresarial, de manera que la viabilidad y la continuación son dos aspectos de la misma exigencia; sin embargo, el texto legal parece distinguir el plan de viabilidad, como exigencia general para todo deudor, del plan de continuación de la actividad, cuando ésta sea profesional o empresarial, por lo que hay que entender que el plan de viabilidad, aunque con distinto contenido y alcance según los casos, debe elaborarse siempre; cuando el deudor es civil, se referirá al plan de cumplimiento del acuerdo de pagos estrictamente, cuando sea mercantil, a la continuación de la actividad, con mayor detalle. Confirma este criterio el hecho de que el artículo 242 bis, que contiene las especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarias, no hace excepción alguna: se refiere reiteradamente a la propuesta de acuerdo, sin otro matiz, y tal propuesta, por lo dicho en el 236, 2, contiene el plan de pagos y el plan de viabilidad, indistintamente, además del plan de continuación de la actividad, ahora sí, profesional o empresarial.

Por lo demás, tal plan de viabilidad, junto al plan de pagos, será presentado, una vez aceptado por el deudor, a los acreedores, que podrán también proponer alternativas o modificaciones en esta fase previa a la reunión (236, 3), como pueden hacerlo luego, en

el transcurso de la reunión, sin alterar las condiciones de pago de acreedores ausentes, pero que aceptaron el plan previamente (237). Lo que no está contemplado en este supuesto de plan de viabilidad relacionado con el acuerdo extrajudicial de pagos es la posibilidad de que pueda ser objeto de informe de experto, al menos en los mismos términos en que lo está en los acuerdos preconcursales de refinanciación; probablemente el legislador no ha querido mencionar esa posibilidad, ni siquiera con carácter voluntario, con el fin de simplificar el trámite en este caso, pero nada impide que tal informe se emita voluntariamente, a solicitud del deudor o de los acreedores, y con cargo a quien lo solicite, con el fin de aportar más credibilidad y fiabilidad al plan presentado.

3. EL PLAN DE VIABILIDAD EN EL CONVENIO CONCURSAL.

En el contexto del desarrollo del procedimiento concursal, y aunque haya sido una opción muy minoritaria frente a la liquidación, la continuidad de la actividad se relaciona directamente con la consecución de un convenio entre el deudor y sus acreedores. La Ley Concursal española contiene un régimen ciertamente detallado del convenio en los artículos 98 a 141, donde se regulan el conjunto de aspectos (procedimiento, requisitos, contenido, aprobación, efectos, cumplimiento e incumplimiento, etc.)

Es precisamente en el amplio artículo 100, que se refiere al contenido del convenio, donde aparece la exigencia de un plan de viabilidad: primero, el apartado 4 exige que las propuestas de convenio vayan acompañadas de un plan de pagos en el que se detallen los recursos previstos para el cumplimiento de dicho plan; y, a continuación, el apartado 5 exige que, “si se prevé contar con recursos derivados de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la propuesta se acompañe, además, de un plan de viabilidad que especifique los recursos necesarios,

los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros”, a lo que se añade aún que los créditos concedidos al concursado para financiar el plan de viabilidad deben satisfacerse en los términos que fije el convenio, sin duda para que sea conocida y valorada la posibilidad real de hacerlos frente.

Siendo ésta la regla general, cabrán algunas variantes sobre el alcance del plan de viabilidad en los supuestos especiales de convenio que están admitidos legalmente, esto es, en el caso excepcional de las propuestas de convenio condicionadas (en concursos conexos, de grupo) y en el de las propuestas con contenidos alternativos, de los artículos 101 y 102, respectivamente.

No hay una previsión concreta de evaluación del plan por experto, lo que obedece a una razón concreta: el convenio se tramita dentro de un procedimiento concursal en el que ya está actuando un administrador concursal, como órgano del concurso que tiene carácter profesional. Lo que procede entonces es que sea este administrador quien, al evaluar la propuesta de convenio, evalúe también el plan de viabilidad cuando haya sido necesario presentarlo en el caso de continuación de la actividad; esto es lo que prevén tanto el artículo 107 (para el supuesto de propuesta anticipada de convenio, presentada desde la solicitud de concurso), que contempla la doble posibilidad de informe favorable y desfavorable o con reservas, pudiendo el juez en este caso paralizar la propuesta

anticipada de convenio, como el artículo 115 (para el supuesto de propuesta de convenio presentada posteriormente, cuando se abra la fase correspondiente), de manera que, en este caso, el informe desplegará eficacia en la consideración de los acreedores cuando se someta a su aceptación la propuesta de convenio, tanto ssi fue presentada por el deudor, como por los acreedores legitimados, pues no se hace distinción al respecto.

4. LA PREVISIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO PROYECTADO.

Vista la situación del derecho concursal español respecto de la exigencia de un plan de viabilidad en fase preconcursal y dentro del procedimiento concursal, cuando éste deriva a la fase de convenio, conviene una breve referencia final a la previsión que en este momento hay en el Derecho comunitario proyectado, al que en su día habrán de adaptarse los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea.

En este momento, existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, presentada en noviembre de 2016 y aún en tramitación, sobre “marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración”. En lo que aquí interesa, la Directiva pretende principalmente armonizar el régimen de la preconcursalidad, mediante ciertos mecanismos que han de configurar un marco uniforme de reestructuración preventiva para deudores en riesgo de insolvencia y con dificultades financieras. El instrumento fundamental al respecto ha de ser el llamado “plan de reestructuración”, cuyo contenido está detallado en el artículo 8 de la Propuesta de Directiva.

Se hace allí mención, dentro de la información a proporcionar en el plan de “un dictamen o declaración motivada de la persona responsable de proponer el plan de reestructuración que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan propuesto puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo, y en el que se expongan asimismo las condiciones sine qua non para su éxito”. Se trata, pues, de una novedosa fórmula de expresar el alcance y los efectos esperados de un estudio de viabilidad que avale el plan de reestructuración, y

a tal fórmula habrán de atenerse, con cierto margen de apreciación en la trasposición de la norma, los derechos nacionales cuando la Directiva esté en vigor.