

CONCLUSIONES ESTUDIO CONSEJO GENERAL ECONOMISTAS “ANÁLISIS DE LA PYME EN LA REFORMA CONCURSAL Y LA INCIDENCIA DEL CRÉDITO PÚBLICO” 16 DE JULIO DE 2014

INTRODUCCIÓN

A) LA EMPRESA CONCURSAL TIPO EN ESPAÑA ES UNA MICROPYME CON PLANTILLA DE 1 A 9 TRABAJADORES Y VOLUMEN DE NEGOCIO INFERIOR A 2 MILLONES DE EUROS.

B) DADO QUE LA EMPRESA TIPO CONCURSAL ES DE MUY PEQUEÑA DIMENSIÓN LA INCIDENCIA DE LOS CREDITOS PUBLICOS EN LA MISMA ES MUY INTENSA

C) SITUACIÓN PRIVILEGIADA DE LOS CRÉDITOS DE HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

D) PROPUESTAS ADICIONALES DE MEJORA DE CARA A LA REFORMA CONCURSAL

INTRODUCCIÓN:

Como ha planteado el FMI en su reciente informe respecto a España las claves de la salida de la crisis en nuestro caso pasan necesariamente por una política de crecimiento económico como una única vía de acciones de lucha contra el desempleo en nuestro contexto. La salida de la crisis española necesita de medidas acertadas respecto de los efectos lastrados de la misma y también aprender de las experiencias aunque hayan sido negativas en muchos aspectos.

En materia de recuperación y viabilidad de las empresas una de las llamadas más insistentes está en la necesidad de que los agentes implicados coadyuven de forma decidida en lo que a ellas les corresponde.

En este sentido el crédito público de las Administraciones Públicas, es determinante ya que en las geografías de las pymes, y especialmente en el ámbito concursal, desempeña un papel de lastre y debería ser revisado en profundidad.

Los impulsos normativos en materia de refinanciación que se han realizado recientemente se deben aplicar y extender también al crédito público como tal.

Las cifras tanto en el tono macro como microeconómicamente hablando, son contundentes y nos dicen que conforme se reduce el tamaño de la empresa en dificultades, mayor es el papel estratégico que representa la Hacienda Pública y la Seguridad Social, en las posibles soluciones de continuidad.

Las razones cuantitativas en el marco de las dificultades financieras en el 2014 como efecto de salida de la crisis son determinantes para encontrar la más rápida y eficiente salida de la misma. En este entorno, el esfuerzo de los agentes implicados es fundamental y máxime en las pymes. El mismo, podría superar, en determinados casos, el 50% , si además del crédito tributario y el de la seguridad social, incluimos también el de otras Administraciones autonómicas y locales, deudas, contratos, etc.

A) LA EMPRESA CONCURSAL TIPO EN ESPAÑA ES UNA MICROPYME CON PLANTILLA DE 1 A 9 TRABAJADORES Y VOLUMEN DE NEGOCIO INFERIOR A 2 MILLONES DE EUROS.

Al realizar un análisis dentro del número de concursos que corresponde a pymes y dentro de las mismas al dividir las entre autónomos (empresas con un solo trabajador), micropymes (cifra de plantilla inferior a 10 trabajadores y volumen de negocios inferior a 2 millones), pequeñas empresas (cifra de 10 a 49 trabajadores y volumen de negocios de 2 hasta 10 millones de euros) y medianas empresas (de 50 a menos de 250 trabajadores y volumen de negocios de 10 a 50 millones de euros), podemos concluir que la gran mayoría de los concursos en nuestro país, son micropymes (58% en el año 2013 con un crecimiento desde 2005, que suponía el 48%), con **plantilla de 1 a 9 trabajadores y volumen de negocio inferior a 2 millones de euros**. Hacemos notar, que ni siquiera la mayoría de empresas en concurso son pequeñas empresas (pues en 2013 representaron el 28,43%). Esto es, el número de concursos de empresas hasta 10 millones de euros de volumen de negocio (si incluimos en las mismas autónomos, micro y pequeñas empresas es del 78, 71%). Téngase en cuenta que con datos de enero 2013 del DIRCE (Directorio Central de Empresas del INE) el número de empresas que disponen de menos de 9 asalariados (una de las variables para configurarlas como micropymes) es de 3.006.979 que del total de empresas en nuestro país, 3.142.928, suponen más del 95% de todas las empresas. En comparación con la Unión Europea, las microempresas (de 0 a 9 empleados) en España suponen el 95,7% del total de empresas, 3,6 puntos por encima de la estimación disponible para el conjunto de la UE en 2012 (92,1%). **Consideramos que el legislador debería ser consciente en las reformas de la ley concursal que se están produciendo, de esta realidad concursal de nuestro país: la pequeña dimensión del concurso.**

B) DADO QUE LA EMPRESA TIPO CONCURSAL ES DE MUY PEQUEÑA DIMENSIÓN LA INCIDENCIA DE LOS CREDITOS PUBLICOS EN LA MISMA ES MUY INTENSA

Se observa en este ejemplo I, representativo real de concursos, como el crédito público, AEAT y Seguridad Social, se concentra especialmente en una empresa de menos de 5

millones de pasivo, pues supone un 20% de los créditos. A medida que va creciendo el pasivo el porcentaje del crédito público, va disminuyendo. Para una empresa de 5 a 10 millones de euros de pasivo baja al 6% y si el pasivo se incrementa de 10 a 50 millones no llega al 2%.

Ejemplo I:

PROCEDIMIENTO CONCURSAL	PASIVO HASTA 5 MILLONES €	DE 5 A 10 MILLONES €	DE 10 A 50 MILLONES
1) Pasivo 2,2 millones €	% Crédito AEAT 19,31% % Crédito T.G.S.S 0,68% TOTAL PUBLICOS 19,99%		
2) Pasivo 8,3 millones €		% Crédito AEAT 5,21% % Crédito T.G.S.S 0,75% TOTAL PUBLICOS 5,96%	
3) Pasivo 24,2 millones €			% Crédito AEAT 1,59% % Crédito T.G.S.S 0,00% TOTAL PUBLICOS 1,59%
Fuente: REFOR-CGE			

En este II ejemplo , a partir de una muestra representativa, podemos deducir, que los concursos con pasivo a inferior a 1 millón de €, el crédito público (AEAT+TGSS) representa un 32,5% que es un porcentaje muy elevado (especialmente de SS). Para concursos de pasivo entre 1 e inferior a 5 millones € todavía sigue siendo significativo (un 12%, pero fundamentalmente por el crédito con Hacienda Pública). A partir de 5 millones de pasivo y hasta diez va disminuyendo, ya es sólo del 4,6% y para empresas con pasivo superior a 10 millones el crédito público no es significativo (0,4%). **Como conclusión, el peso del crédito público es muy intenso en los concursos de las micropymes.**

Ejemplo II:

Tramos pasivo (mill. €)	% AEAT	% TGSS	% crédito público
< 1	17,4	15,1	32,5
1 < x < 5	10,3	1,8	12,0
5 < x < 10	2,3	2,4	4,6
> 10	0,2	0,2	0,4
Promedio	2,5	0,6	3,0

Fuente. Muestra del REFOR-CGE

Recientemente se difundió en los medios que Hacienda Pública había realizado quitas en concursos de acreedores por valor de 74 millones de euros desde 2006. Si procedemos a calcular el número de concursos desde dicho año hasta el momento la cifra sería de entorno a unos 40.000. De media, según estos datos, Hacienda Pública habría realizado quitas por valor medio del concurso de 1800 euros en números redondos, lo que es una cantidad muy pequeña, en relación al pasivo de los concursos.

A partir de estos datos, en los que se observa que **España es un país fundamentalmente de muy pequeñas empresas (autónomos y micropymes)**, desde el Consejo General de Economistas, con el apoyo técnico de su órgano especializado el Registro de Expertos en Economía Forense, REFOR-CGE, consideramos que se debe fomentar que las pymes acudan al concurso, y no opten por otro tipo de soluciones drásticas, en caso de que se encuentren en esta situación de insolvencia. Teniendo en cuenta que en las pymes que entran en concurso, el peso del crédito público, Hacienda Pública y Seguridad es muy elevado, hemos propuesto al Congreso de los Diputados, en la línea establecida por el Fondo Monetario Internacional, en un reciente informe de 7 de julio¹ (además del realizado en mayo de 2014) a través de un conjunto de enmiendas que en la reforma concursal se laminen gran parte de los privilegios de las mismas, tanto en la fase preconcursal como en la fase concursal propiamente dicha. De esta forma se permitiría extender la reforma de los acuerdos de refinanciación, solución extraconcursal de la mediación y solución de convenios, a los créditos públicos, de modo, que los mismos pudieran incluir quitas y esperas. Sería aplicar criterios más de tipo económico y empresarial a medio plazo, más que de tipo jurídico procesalista, garantizando la subsistencia de muchas pymes que irían irrevocablemente a liquidación, de forma que las propias Administraciones Públicas, consiguieran cobrar sus créditos gracias a determinados aplazamientos y quitas, en un periodo posterior. Con el número tan elevado de liquidaciones, más del 95% de los concursos en 2013 terminaron en liquidación según últimas cifras de Estadística concursal de Registradores, es preferible reducir estas cifras y que las Administraciones Públicas puedan seguir cobrando sus créditos, al subsistir las empresas y no quedar liquidadas.

C) SITUACIÓN PRIVILEGIADA DE LOS CRÉDITOS DE HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS CONCURSOS DE ACREEDORES

c.1. Créditos de la Hacienda Pública en los concursos de acreedores:

La Ley 7/2012 de intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que modifica la Ley General Tributaria (LGT), reguló un nuevo aspecto antes no contemplado en situaciones en concurso de acreedores.

Así el artículo 65 de la LGT quedó redactado de la siguiente forma:

“En caso de concurso del obligado tributario, no podrán aplazarse o fraccionarse las deudas tributarias que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa.

Las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere este apartado serán objeto de inadmisión”

¹ Informe FMI sobre España 7 julio 2014: “Los acreedores públicos (Hacienda Pública y Seguridad Social) tienen poca flexibilidad para la reestructuración de la deuda fuera de los Tribunales y no se llevan a la mesa de negociaciones con otros acreedores, lo cual es particularmente problemático para las PYME. Una estrategia integral y voluntaria, catalizada por el sector oficial y que armonice los incentivos de todos los interesados, podría hacer ‘avanzar rápidamente’ la reestructuración y mejorar las perspectivas de crecimiento”

Además, para que no exista duda al respecto, la AEAT, dictó en 2013, una Instrucción en materia de aplazamientos y fraccionamientos en materia de retenciones: Instrucción 6/2013, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago en materia de retenciones e ingresos a cuenta y de deudores en situación de concurso de acreedores:

“Con el objeto de homogeneizar las actuaciones de los órganos de recaudación, el 9 de diciembre de este año, la Directora del Departamento de Recaudación, ha dictado la Instrucción 6/2013, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago en materia de retenciones e ingresos a cuenta y de deudores en situación de concurso de acreedores, que viene a adaptar lo dispuesto en la Instrucción 1/2009 a los cambios que la Ley 7/2012, de 29 de octubre, supuso en dichas materias”.

Las novedades significativas de la misma implicaron en primer lugar, la inadmisibilidad, con carácter general, de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta. No obstante, y de acuerdo con la normativa vigente, excepcionalmente dichas solicitudes podrán ser objeto de concesión cuando de los datos obrantes en las bases de datos de AEAT, y de los aportados por el interesado, quede suficientemente acreditado que la ejecución de su patrimonio pudiera:

- Afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y el nivel de empleo de la actividad económica respectiva o,

- Producir grave quebranto para los intereses de la Hacienda Pública.

Por otra parte, y en cuanto a la tramitación de solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento en caso de concurso de acreedores, **la referida Instrucción se limita a adecuar la misma a los mandatos específicos de la normativa concursal, declarando en términos generales la inadmisibilidad de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas concursales**, como consecuencia directa de la propia vis atractiva del proceso concursal.

Respecto de los créditos contra la masa, y en consonancia de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley General Tributaria, y el artículo 84.2 de la Ley Concursal, se clarifica la obligación de pago de los mismos a su vencimiento, deviniendo las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento que sobre los mismos se presenten inadmisibles por imposibilidad legal.

Al no admitirse las solicitudes de aplazamiento supone el inicio del período ejecutivo. Esto se está aplicando así en base a lo dispuesto en el artículo 47.3 del Reglamento General de Recaudación (RGR), precepto en el que se establece que la inadmisión de una solicitud de aplazamiento implica que se tenga por no presentada y, por lo tanto, se inicia para dicha deuda el período ejecutivo y se devengan los recargos del mismo regulados en el artículo 28 del mismo texto legal.

A partir de ese momento si antes de la notificación del recargo de apremio se paga, el recargo será del 5%, después de la notificación de la providencia el recargo será ya del 10% (recargo de apremio reducido) si se pagan deuda y recargo antes de que finalice el plazo previsto en el artículo 62.5, y del 20% (recargo de apremio ordinario) más intereses de demora si se satisface la deuda después.

Comentario: aparte de que la medida no nos parezca conveniente por motivos económicos, y más en la situación que atraviesan nuestras empresas, y especialmente como observamos las pequeñas empresas en las que como comentamos se concentra la deuda tributaria, consideramos desafortunada la redacción de la norma y su interpretación (artículo 65.2 de la LGT) **al declarar la inadmisibilidad de la solicitud de aplazamiento de unas deudas tributarias por inaplazables** (las de retenciones) cuando **el mismo precepto contiene una excepción a dicha inaplazabilidad, los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria, esto es, los del artículo 82.2.b) de la LGT,** “cuando el obligado tributario carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo o de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente.”

No obstante, todo esto parece bastante discutible y, desde luego, contra la inadmisión de la solicitud de aplazamiento se pueden presentar recurso o reclamación económico-administrativa según el artículo 47.4 del RGR.

Por ello, desde el Consejo General de Economistas, CGE ya propusimos la derogación de la reforma operada en la Ley General Tributaria en 2012 de imposibilidad de aplazar o fraccionar pagos en concursos de acreedores, en el documento que elaboramos en 2012 y en las enmiendas presentadas en la última reforma concursal en 2014 al Congreso: “Decálogo de propuestas a la reforma concursal”, que esperamos que en la tramitación en el Congreso de los Diputados sean tenidas en cuenta.

c.2.Créditos de la Seguridad Social en los concursos de acreedores:

Si analizamos el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social podemos observar la posición privilegiada, como así textualmente se reconoce en los concursos de acreedores.

Artículo 24 Transacciones sobre los derechos de la Seguridad Social

“No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.

El carácter privilegiado de los créditos de la Seguridad Social otorga a la Tesorería General de la Seguridad Social el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial.”

Adicionalmente podemos referirnos a una Circular de 2013 del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con instrucciones de actuación ante las reformas concursales sobrevenidas y que desarrolla en su instrucción octava las actuaciones:

8.1.1. Convenio General de acreedores

Las Direcciones Provinciales serán competentes para la adhesión solo por el crédito ordinario a los convenios de acreedores cuando en la propuesta concurren las siguientes circunstancias:

Que la quita no exceda del 30% del crédito ordinario, siempre que dicho porcentaje no supere los 200.000,00 euros.

Que la espera no exceda, en ningún caso de los cinco años y no contenga más de dos años de carencia total de pago.

En los demás supuestos se requerirá la previa autorización expresa del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social...”

...Con carácter general y a falta de la autorización expresa a la que se ha hecho referencia, la Tesorería General de la Seguridad Social ejercerá el derecho de abstención respecto de la parte del crédito que tenga el carácter de privilegiado, y se abstendrá en las votaciones de Convenio por la parte del crédito ordinario, salvo que las circunstancias del expediente aconsejen, previa consulta a la Subdirección General de Procedimientos Ejecutivos y Especiales de Recaudación, votar en contra.”

Comentario: como podemos observar la posición privilegiada de la Seguridad Social se recoge en su propia normativa (Ley de la Seguridad Social y Circular 2013 que lo desarrolla, así como en fase preconcursal y concursal). La posición general es la de abstención en los procedimientos concursales, y sólo excepcionalmente y a través de una cadena centralizada de autorizaciones se puede llegar a un convenio, con una espera de cinco años y no puede contener más de dos años de carencia total de pago (debería ser posible llegar hasta diez años y sin esta carencia de pago como en las refinanciaciones) y en el caso de las quitas que se pueda superar el 30%, que no sólo se pueda realizar respecto a los créditos ordinarios y que se pueda superar los 200.000 euros.

Proponemos por tanto la supresión del artículo 24 de la Ley General de la Seguridad Social y de la correspondiente Circular de 2013, que debería ser sustituida por otra más flexible, que permita quitas y esperas, al mismo nivel que los acuerdos de refinanciación, y sobre todo tipo de créditos en los concursos de acreedores, y no sólo los ordinarios.

Finalmente, otro punto importante en cuanto a la Seguridad Social especialmente (también afectaría a la Hacienda Pública) es por ejemplo, **en la postergación en los créditos contra la masa, del crédito público del artículo 84.3 de la Ley Concursal, que se permita que el administrador concursal lo realice, de forma que pueda mantener la empresa en funcionamiento** y si bien a muy corto plazo la TGSS no reciba las correspondiente cuotas de la Seguridad Social, sin embargo, al mantenerse la empresa y no liquidarse, pueda ir cotizando y pagando a la Seguridad Social. Relacionado con lo anteriores, proponemos que **se considere por la TGSS que en caso de las ventas de unidades productivas, no considere, como está haciendo, que existe sucesión de empresa**, de forma que el adquirente de dichas unidades productivas no “herede” la deuda con la Seguridad Social,

con la finalidad de que estas operaciones, que salvan empresas, sean más atractivas y se estimule acudir a ellas.

D) PROPUESTAS ADICIONALES DE MEJORA DE CARA A LA REFORMA CONCURSAL

En la tramitación que se está realizando en el Congreso de los Diputados de la reforma concursal a través de la convalidación del Real Decreto ley 4/2014 y de otros Reales Decretos que se están preparando, de forma complementaria, hemos propuesto desde el Consejo General de Economistas, CGE, a través del documento “Decálogo de propuestas a la última reforma concursal 2014”, 38 enmiendas, con el apoyo de nuestro órgano especializado el REFOR-CGE y adicionalmente las siguientes propuestas adicionales, entre las que seleccionamos las siguientes:

1º) Creemos que **las personas jurídicas que pueden ser administradores concursales deben ser sociedades profesionales, dado que este tipo de sociedades reúnen más garantías y controles que las mercantiles, y resultan, según opinión generalizada de los jueces de lo mercantil, más idóneas para la gestión de los concursos de acreedores**

2º) Adicionalmente, **con el objetivo de reforzar el papel desempeñado por el administrador concursal, consideramos importante que se concreten las horas de formación necesarias para ser administrador concursal, por parte de los distintos profesionales que pueden ser administradores concursales: abogados, auditores, economistas y titulados mercantiles. De forma que todos los profesionales cumplan un mínimo de horas de formación inicial y continua anual, en colaboración con los Consejos y Colegios Profesionales.** Por ello, en la enmienda que hemos presentado en el Congreso hemos incluido 150 horas de especialización concursal y 30 horas de formación anual continua en materia concursal. Estamos de acuerdo en crear, por principio de legalidad un nueva sección cuarta en el Registro Público Concursal y mantener las profesiones que permiten el acceso a la administración concursal en el artículo 27.

2º) **Estimamos conveniente que se dividan los concursos en tres segmentos, de forma que las designaciones sean específicas para cada sector según criterios de eficiencia. En cualquier caso consideramos que siempre será el Juez de lo Mercantil, quien designe, porque valoramos el papel desempeñado por estos jueces desde la creación de los juzgados especializados en 2003 (véase más abajo tabla adjunta):**

- Pequeños concursos (abreviados): persona física o sociedad profesional inscrita en el Registro Público Concursal designada por sorteo y turno correlativo
- Medianos (ordinarios): personas físicas o sociedad profesional inscritas en el Registro Público Concursal elegida discrecionalmente y motivadamente por el Juez de lo Mercantil en función de una serie de parámetros: idoneidad curricular del administrador concursal, áreas de especialización, número de procedimientos concursales en los que haya sido nombrado, sectores de la actividad de los concursos en los que haya sido designado y otra información de interés que pudiera ser relevante a los efectos de facilitar la idoneidad del candidato.

- Grandes (especial trascendencia): sociedades profesionales de dimensión suficiente para estos concursos inscritas en el Registro Público Concursal designadas discrecionalmente por el Juez

TIPO DE CONCURSOS DE ACREEDORES	TIPO ADMINISTRADOR CONCURSAL	SISTEMA DE NOMBRAMIENTO
Pequeños (abreviados)	- Persona física - Sociedad profesional	Sorteo y turno rotatorio
Medianos (ordinarios)	- Persona física - Sociedad profesional	Designación discrecional y motivada del Juez con una serie de parámetros
Grandes (especial trascendencia)	- Sociedad profesional de suficiente dimensión	Designación discrecional y motivada del Juez con una serie de parámetros

3º) Proponemos que se cree un Instituto dentro del Ministerio de Justicia, que, en colaboración con los Colegios y Consejos Profesionales y Corporaciones correspondientes de las profesiones que permiten ser administrador concursal, abogados, auditores, economistas y titulados mercantiles, homologue la formación y organice, en su caso, exámenes de entrada al mismo, de forma análoga al ICAC del Ministerio de Economía.

4º) Estamos de acuerdo que se incorpore un criterio de eficiencia como nuevo principio regulador de los honorarios del administrador concursal . No obstante, estimamos necesario que se admita prueba en contrario o alegar justa causa en determinadas situaciones, en la consideración del trabajo de administrador concursal como deficiente, para evitar instaurar un tipo de responsabilidad objetiva.

5º) Pensamos que debe incluirse una disposición transitoria que permita un tiempo suficiente, de vacatio legis, para establecer el nuevo sistema de designación del administrador concursal: 1 de enero de 2016, de forma que se evite que convivan ambos sistemas y se produzca una situación de incertidumbre y de posible caos.