

Doctrina

Por **Aurelio Gurrea Chalé**, presidente de Dictum Abogados y del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

El plan de viabilidad en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

SUMARIO. I. Introducción. II. La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. III. El Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. a) *Institutos concursales del Proyecto de Ley.* b) *Institutos preconcursales del Proyecto de Ley.* c) *El procedimiento especial para microempresas.* IV. Cálculo y autodiagnóstico. V. El plan de viabilidad.

Introducción

El Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, presentado por el Gobierno de España en las Cortes para la adaptación a la legislación patria de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, va a cambiar notoriamente nuestra legislación concursal, fundamentalmente, el procedimiento especial para microempresas que recoge el Capítulo III del Título I que regula los efectos de la apertura del procedimiento especial y los institutos preconcursales, que son a los que nos vamos a referir en el presente trabajo sobre el plan de viabilidad: los planes de reestructuración.

II. La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 ¹

Antes de pasar a comentar lo que nos dice el Proyecto, veamos cómo se expresa la Directiva al respecto.

En este texto normativo, todo lo relacionado con la viabilidad empresarial se centra en la reestructuración.

Ya el considerando 3 previene que *cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto.*

Con lo cual nos viene a decir que no se intente la reestructuración de una empresa no viable, porque, sin lugar a duda, es la liquidación la que supondría un mejor provecho para los acreedores.

En el considerando 22 nos dice: *Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.*

En líneas generales, es lo mismo que hemos comentado de forma breve anteriormente. Pero, no cabe duda, que, una vez detectadas las dificultades financieras, para tomar esas medidas oportunas entre ellas, la reestructuración, se tendrá que confeccionar un plan de viabilidad para mostrarlo a la entidad o entidades que vayan a financiar dicha reestructuración.

Centrándonos más en la reestructuración, el Considerando 24: *El marco de reestructuración. Nos dice, que el deudor debe indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial.*

También en el Considerando 26 nos habla de una prueba de viabilidad a costa del deudor pre-insolvente para poder reestructurar: *Los Estados miembros deben poder introducir una prueba de viabilidad como condición para acceder al procedimiento de reestructuración preventiva previsto en la presente Directiva. Dicha prueba debe llevarse a cabo sin comprometer los activos del deudor, lo que podría hacerse, entre otros ejemplos, concediéndose una suspensión provisional o llevando a cabo la evaluación sin demora injustificada. Ahora bien, la ausencia de perjuicio financiero no debe impedir a los Estados miembros exigir a los deudores que demuestren, a su costa, su viabilidad.*

Y entrando en el articulado, la Directiva establece normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en

dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor (Vid. Artículo 1.1.a).

La Directiva cuando habla del contenido de los planes de reestructuración no habla de plan de viabilidad sino de exposición de motivos y así el artículo 8 nos dice al respecto: *Contenido de los planes de reestructuración. Los Estados miembros exigirán que los planes de reestructuración presentados para su adopción de conformidad con el artículo 9 o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el artículo 10 contengan, como mínimo, la información siguiente:*

...

h) ***una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado.***

Esa “exposición de motivos”, tal cual está configurada en la Directiva, es un plan de viabilidad en toda regla, sobre todo porque tiene que ofrecer esa explicación y esa “perspectiva razonable” de evitar la insolvencia y de garantizar la viabilidad.

Por tanto, basándonos en lo que previene la Directiva (UE) 2017/1132, es fundamental, bajo nuestro punto de vista, aportar un plan de viabilidad dentro del plan de reestructuración, para poder demostrar esa viabilidad durante el plazo establecido en dicha reestructuración.

III. El Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Vayamos ahora al Proyecto de reforma del texto refundido de la Ley Concursal que acaba de entrar en el Congreso de los Diputados para su trámite parlamentario.

a) *Institutos concursales del Proyecto de Ley*

Respecto a los procedimientos concursales y al examen de la viabilidad empresarial, el actual Texto Refundido de la Ley Concursal, recoge en su artículo 332.1 que *cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además del plan de pagos, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros*. Este artículo no se ha modificado con el Proyecto de Ley.

Lo que sí se ha introducido a través del Proyecto de Ley, es un nuevo artículo 401 bis donde se habla de la modificación del convenio o, lo que es lo mismo, recoge parte del artículo 8 del RD Ley 16/2020, de 28 de abril de Medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid 19 en la Administración de Justicia. Estableciendo en el párrafo 1 que, *transcurridos dos años de su vigencia, el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en riesgo de incumplimiento por causa que no le sea imputable a título de dolo, culpa o negligencia y siempre que se justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos concursales satisfechos, de los que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, devengados o habiendo sido contraídos durante el periodo de*

cumplimiento del convenio, no hubieran sido satisfechos, junto con un inventario de sus bienes y derechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos. Aquí el Proyecto de Ley es claro al exigir un Plan de viabilidad con la modificación pretendida del convenio en vigor, cuando éste se encuentre en riesgo de incumplimiento.

b) *Institutos preconcursales del Proyecto de Ley*

El vigente Texto Refundido de la Ley Concursal, en su artículo 598, que trata del “acuerdo colectivo de refinanciación”, nos dice que, dicho acuerdo, debe responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la empresa. Y en el 604, al tratar del “acuerdo singular de refinanciación”, también establece que el acuerdo debe responder también a un plan de viabilidad. Requisito también exigible para obtener la homologación del acuerdo (art. 606 TRLC) y que habrá que acompañar como anejo al instrumento público que firmarán todos los suscribientes de dicho acuerdo. Respecto al “acuerdo extrajudicial de pagos”, se recoge en el artículo 672 la necesidad de acompañar un plan de viabilidad cuando se prevea contar con los recursos que genere la actividad de la empresa para hacer frente a los pagos establecidos

En el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, el *Libro II Del derecho preconcursal*, cambia las denominaciones del “acuerdo extrajudicial de pagos” y los “acuerdos de refinanciación”, por el genérico de plan de reestructuración y los define en su artículo 614 como *los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos*.

Tenemos, pues, un solo procedimiento de reestructuración preventiva para empresas y empresarios viables, que se hallen en dificultades financieras, que les permita continuar con su actividad. Este es uno de los fundamentos de la Directiva que se traspone a la legislación española: los planes de reestructuración. Ahora bien, para ser viable ante terceros, hay que probarlo; y creemos, que la única forma de probar que se es viable es con un plan de viabilidad serio y riguroso.

Dentro del contenido del plan de reestructuración dice el artículo 633.10º del Proyecto, que deberá incluir: *La exposición de las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración y de las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor.*

Sin entrar en la pobre redacción literaria del artículo, esas “razones”, creo que tienen que responder a un plan de viabilidad, ya que solo este instrumento puede ofrecer esa perspectiva “razonable” sobre la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo.

Dentro de los requisitos que establece la Ley para que un plan de reestructuración pueda ser homologado, el artículo 638-1º dispone que... *el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y Asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo.*

Esta perspectiva razonable nada más que se puede conseguir con la elaboración de un plan de viabilidad.

Véase, asimismo, los arts. 654.4º, 659.4º del Proyecto, sobre la impugnación del Auto de homologación del plan de reestructuración, cuando dicho plan no ofrezca una perspectiva

razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo.

Por tanto, bajo nuestro punto de vista, sería necesario como requisito general, aportar con el plan de reestructuración, un plan de viabilidad.

c) El procedimiento especial para microempresas

Se aplicará en líneas generales a personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial, habiendo empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Tener un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

Este procedimiento especial para microempresas podrá tramitarse como procedimiento de continuación o como procedimiento de liquidación con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento (art. 685.5)

Este plan de continuación podrá ser presentado por el deudor o por los acreedores con la solicitud de apertura del procedimiento especial o en los diez días hábiles siguientes a la declaración de dicho procedimiento (art. 697.1). También el experto en la reestructuración tendrá facultades de propuesta del plan de continuación, podrá emitir opiniones técnicas sobre cualquiera de los extremos susceptibles de afectar a la formación de la voluntad de los acreedores en relación con el plan, y podrá mediar entre el deudor y sus acreedores (art. 704.5).

En cuanto al contenido de dicho plan de continuación deberá de adjuntarse al mismo una memoria que explique las condiciones necesarias para el éxito del plan de “reestructuración” (sic) y las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa

en el medio plazo (art. 697 ter.1.9º). Con lo cual, lo mismo que decíamos en el capítulo anterior sobre los institutos concursales, habrá que aportar, a este plan de continuación, un plan de viabilidad para demostrar esa “perspectiva razonable” de la viabilidad de la empresa en el medio plazo. En este precepto no se habla de corto plazo.

También con referencia a su homologación judicial (art. 698 bis), uno de los requisitos para ello, es que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual, y el plan ofrezca una perspectiva razonable de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo. Perspectiva razonable que, como hemos repetido, se tendrá que probar con un plan de viabilidad.

IV. Cálculo y autodiagnóstico

Según la *Disposición adicional tercera*, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, se pondrá a disposición de los empresarios y profesionales un programa de cálculo automático del plan de pagos, con inclusión de distintas simulaciones de plan de continuación, que será accesible en línea sin coste para el usuario. Creemos que un plan de pagos solo no es suficiente para evaluar la viabilidad de la empresa, a no ser que en esas “simulaciones” se incluyan otros datos, como los ingresos previsibles de ventas, los activos que se pueden aplicar a la financiación, aportaciones de socios, etc.

También la *Disposición adicional quinta* recoge que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo mantendrá, en la dirección electrónica que se determine, un servicio que permita a las pymes comprobar en todo momento su situación de solvencia. O lo que es lo mismo, para se hagan el autodiagnóstico de salud empresarial. No sabemos si ese autodiagnóstico servirá para adjuntarlo al plan de continuación o habrá que

realizar un plan de viabilidad por la propia empresa o por un profesional independiente.

V. El plan de viabilidad

No vamos a entrar en la mayor o menor cantidad de datos que conlleva un plan de viabilidad, ya que depende de la empresa a evaluar. Explicarlo, en que consiste y como se elabora, nos llevaría mucho tiempo y escaparía a la brevedad que conlleva este artículo. Aunque hay que decir al respecto, que el objetivo principal de un plan de viabilidad es generar confianza y credibilidad en la toma de medidas de continuidad y reestructuración de las empresas. Es, por tanto, un conjunto ordenado de medidas y acciones a tomar y a aplicar por el empresario a efecto de reconducir a la empresa a una situación económica y financiera positiva. También se habla de plan de viabilidad cuando se refiere a las medidas y acciones consensuadas con los diversos agentes, a fin de renegociar los contratos o acuerdos (convenios) existentes, adecuándolos a la obtención de los nuevos flujos de caja esperados. Corolario: “Sin renegociación no hay viabilidad”.