



La detección preventiva de la insolvencia: Una aproximación.

Estudio comparativo

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER



LA DIRECTIVA 2019/1023, DE 20 DE JUNIO DE 2019. UN ANALISIS.

El 16 de julio de 2019 entró en vigor la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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, la cual debe o debería ser transpuesta por los Estados Miembros en un plazo de dos años, que finaliza el 17 de julio de 2021. En adelante nos referiremos a ella como la Directiva sobre reestructuración e insolvencia.

Esta Directiva **surge como respuesta a las deficiencias del Derecho europeo de insolvencia y**, en particular, al problema que supone **la existencia de significativas diferencias en la normativa concursal de los distintos Estados Miembros, lo que obstaculiza el correcto funcionamiento del mercado interior**. Por este motivo, se propone incrementar el grado de armonización en esta materia reduciendo tales diferencias. Paradójicamente, el resultado final es mucho menos ambicioso, pues se trata de una Directiva de mínimos, que en muchos aspectos deja un amplio margen de libertad a los Estados Miembros para transponer su contenido.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER



Como su larga nomenclatura indica esta **Directiva se ocupa principalmente de tres aspectos: los procedimientos preconcursales**, la exoneración de deudas y un conjunto de medidas dirigidas a mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales y preconcursales.

La nueva legislación europea se inspira en la normativa estadounidense (el famoso *Chapter 11*) con dos objetivos fundamentales: (i) promover la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras de modo que puedan evitar la insolvencia (*debt restructuring*); y (ii) facilitar la exoneración de deudas de empresarios insolventes o sobre endeudados pero de buena fe que les permita volver a operar de nuevo en el mercado gozando de una segunda oportunidad (*fresh start*).

Esta Directiva tiene por objeto al deudor empresario (sea persona natural o jurídica), pero permite modificar este círculo de sujetos autorizando a los Estados Miembros a extender las normas sobre segunda oportunidad a no empresarios, y también a limitar las normas sobre procedimientos preconcursales a los empresarios personas jurídicas.

Sobre los procedimientos preconcursales (que la Directiva denomina “marcos de reestructuración preventiva”), **se exige que los Estados dispongan de procedimientos que permitan a los deudores con dificultades financieras impedir su insolvencia y garantizar su viabilidad**. Para ello se establecen una batería de medidas, que a grandes rasgos se hallan presentes en nuestra normativa concursal.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER



La Directiva, en su Artículo 3, desgrana las herramientas con la que deberían contar los estados miembros:

Artículo 3, Alerta temprana y acceso a la información

1. Los Estados miembros velarán por que **el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora.**

A los efectos del párrafo primero, los Estados miembros podrán utilizar tecnologías de la información actualizadas para las notificaciones y comunicaciones.

2. Las herramientas de alerta temprana podían incluir lo siguiente:

- a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos;
- b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados;
- c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, **como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, advierten al deudor sobre cualquier evolución negativa.**

29º Congreso AMA



3. Los Estados miembros garantizarán que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas.
4. Los Estados miembros velarán por que exista a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramienta de alerta temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las pymes.
5. Los Estados miembros podrán proporcionar apoyo a los representantes de los trabajadores para evaluar la situación económica del deudor.

29º Congreso AMA



La implantación de la Directiva (UE) 2019/1023 en lo referente a mecanismos de alerta temprana con casi toda seguridad obligará a:

1. La designación de nuevas obligaciones contables y/o mercantiles (información en CCAA).
2. Exigencia de informes anexos a las Cuentas Anuales.
3. Exigencias de informes de expertos para, la negociación o renegociación de deuda, solicitud de subvenciones y licitación obras o servicios.
4. Creación de registros de solvencia (registro de cumplidores).
5. La profesionalización de las tareas de identificación de la insolvencia, la gestión de la viabilidad, la negociación de la reestructuración, el seguimiento del cumplimiento de los planes.
6. La Intervención Administradores profesionales en fases previas.

Como hemos visto la directiva apunta expresamente a la utilización de herramientas de alertas tempranas, que deben ser facilitadas por los estados y que consistirá en facilitar la detección a través de un test de insolvencia para que pueda actuar con la diligencia debida que se espera de cualquier comerciante.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE
PARTAGER



Este test consistirá fundamentalmente en la aplicación de ratios financieros, pero parece claro que la aplicación de estos será mas efectiva en empresas auditadas pues su información será mucho mas fiable y por lo tanto los resultados de la aplicación de las ratios será mas fiable.

El problema surge en las empresas no auditadas en las que habrá que analizar la situación de la empresa y la información que la misma ha ido reflejando en sus estados financieros para poner de manifiesto, en su caso, la detección de omisiones, la revisión las diferentes masas patrimoniales del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias y la comprobación de que estas estén correctamente clasificadas, revisión del control interno, de la calidad de la información, detección de practicas contables que disimulan una situación mas grave (no deterioro de cartera de clientes, inmovilizado, operaciones con socios y empresas vinculadas..), detectar señales de alarma (Disminución de ingresos, Previsión de cambios regulatorios en el sector, Realización de ventas de activos no necesarios que disimulan una situación de iliquidez....)

Por tanto, para la aplicación de estos indicadores deberemos contar con unos estados financieros que recojan la realidad de la empresa, por lo que **parece mas que necesario que los profesionales que cita la directiva sean auditores de cuentas y expertos contables.**

29º Congreso AMA



En cuanto a los ratios a aplicar, estos serian objeto de un extenso estudio y principalmente deben ir dirigidos a medir el **grado de solvencia** de una empresa a corto, medio y largo plazo, y además sirven para anticipar problemas de cash flow. Podemos citar a modo de ejemplo los siguientes: Liquidez general, Prueba ácida, Prueba defensiva, Índice de tesorería, Capital de trabajo, Periodo medio de cobro. **Ratios de Gestión o Actividad** Ratio de rotación de cartera (cuentas a cobrar), Rotación de inventarios, Periodo medio de pago a proveedores, Rotación de caja y bancos, Rotación de activos totales, Rotación de activo fijo. **Ratios de Endeudamiento o Apalancamiento:** Ratio de endeudamiento, ratio de endeudamiento a corto y ratio de endeudamiento a largo. **Ratios de Rentabilidad:** Rentabilidad de la empresa en general, Rentabilidad del capital, Rentabilidad del capital propio, Rentabilidad de las ventas. **Ratios de predicción de Insolvencia: El ratio de Edward Altman.** Este modelo relaciona varios ratios: situación de liquidez, margen obtenido con fondos propios, volumen de ventas y reservas. El Dr. Oriol Amat desarrolló estos mismos ratios actualizándolos y adaptándolos a la economía española. Modelo Kannitz y un largo etc...

En cuanto a los países AMA, Italia ha tomado la delantera con la aprobación del **Decreto Ley nº 147 del 26 de octubre de 2020**, con el cual introduce las correcciones oportunas al “Código de la crisis”

29º Congreso AMA



ITALIA

El Decreto Legislativo n° 14 de 12 de enero de 2019 introduce en Italia el “Código de la crisis de empresa” (Codice della crisi) que contiene las novedades del procedimiento de alerta y de resolución de la crisis empresarial, además de modificar las normas vigentes sobre las medidas de regulación de crisis y sobre la liquidación judicial (ex quiebra) de la empresa.

El Código tiene como objetivo:

1. Reformar de forma orgánica y unitaria la cuestión de los procedimientos concursales y la crisis del sobreendeudamiento;
2. simplificar el sistema normativo en su conjunto, a fin de superar las dificultades de aplicación e interpretación derivadas de la formación de directrices jurisprudenciales no consolidadas y contradictorias;
3. satisfacer la necesidad de seguridad jurídica y mejorar la eficiencia del sistema económico para hacerlo más competitivo.

El nuevo implemento normativo debió entrar en vigor el 15 de agosto de 2020. No obstante, debido a la epidemia del Covid-19, el Legislador Italiano ha modificado la entrada en vigor del “Código de la crisis” al 1 de septiembre de 2021.

29º Congreso AMA



Entre tanto, y tras la publicación de la Directiva UE 2019/1023 de junio de 2019, el legislador italiano ha publicado un decreto corrector, **el Decreto Ley nº 147 del 26 de octubre de 2020**, con el cual introduce las correcciones oportunas al “Código de la crisis” (D. Lgs. n. 14/2019), teniendo en cuenta también la Directiva UE 2019/1023.

Por tanto, gracias al nuevo “Código de la crisis empresarial” se ha previsto en Italia un procedimiento de emergencia destinado a prevenir la crisis de las empresas, entendida como el desequilibrio económico financiero, y **destinado a iniciar un procedimiento asistido de carácter administrativo, y por tanto no judicial**, con el objetivo de resolver ese estado de desequilibrio.

En el “Código de la crisis” la función de vigilancia es solicitada al órgano administrativo y al órgano de control de las empresas, mientras que la solución asistida viene a ser solicitada ante un organismo creado *ex novo* con sede en la Cámara de Comercio y que se asiste de la actividad desarrollada por los comerciantes, abogados y asesores/consultores de trabajo inscritos en un listado que requiere una formación específica profesional prevista para la función solucionadora de la crisis.

En Italia el término “crisis” o “crisis de la empresa” no significa quiebra ni concurso y viene referido más a un concepto de “crisis empresarial”. El término puede ser interpretado como una crisis empresarial derivada de una situación de desequilibrio financiero.

29º Congreso AMA



El “Código de la Crisis” del año 2019 contenía en su art. 13 los indicadores premonitorios de la situación de crisis. También confiaba al “Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili” el honor de establecer cada tres años, tales indicadores (patrimoniales, económicos y sobre todo financieros) en base a diversos sectores de actividad. También se consideran como indicadores de la crisis los retrasos importantes en los pagos repetidos y significativos, también sobre la base de lo dispuesto en el artículo 24:

- a) La existencia de cuentas por pagar por salarios vencidos por al menos sesenta días por un monto igual a mayor a la mitad del monto total mensual de los salarios;
- b) La existencia de acreedores comerciales vencidos por al menos ciento veinte días por un monto mayor que el de los acreedores vencidos;
- c) La superación, en los últimos estados financieros aprobados, o en todo caso durante más de tres meses, de los índices elaborados Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili”

El papel del “dottori commercialisti” en relación con el inicio de la alarma, es el de poder ser parte del OCRI, Instituto de la Cámara de Comercio, es decir, el Organismo encargado de solucionar la crisis.

29º Congreso AMA



Obviamente, el dottori commercialisti que desempeña el papel de revisor o colegio sindical (órganos de control) tiene el deber de llevar a cabo la alerta, es decir, debe de solicitar al órgano administrativo tomar las decisiones correctivas necesarias para evitar la crisis y en ausencia de estos correctivos, o en caso de que estos sean valorados como insuficientes, será obligatorio iniciar el procedimiento de alerta ante el OCRI.

Por tanto, la normativa italiana de enero de 2019 en relación a la alerta de la crisis contiene ya la transposición de la Directiva UE promulgada en junio de 2019 y lo que relevante encomienda a los dottori commercialisti el deber de llevar a cabo la alerta.

29º Congreso AMA



FRANCIA

Los textos vigentes en Francia, pendientes de la transcripción de la Directiva europea 2019/1023 del 20 de junio solo será de aplicación en 2021, se rigen por la ordenanza de 12 de marzo de 2014.

Esta ordenanza está estructurada en la mejora de la prevención para las empresas.

Esta mejora conserva los fundamentos que existían antes de la apertura del procedimiento concursal, a saber:

- el mandato ad hoc.
- Conciliación mediante la mejora de estas herramientas preventivas, en particular modificando la posibilidad de contratos continuos en curso, para no penalizar la vida de la empresa y fijando muy claramente los honorarios de los interesados, conciliadores y otros expertos.

Además, se aumentan las competencias de los presidentes de los Tribunales Comerciales. Pueden hacerse cargo de ciertos procedimientos por sí mismos.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE
PARTAGER



Lo mismo se aplica al deber del auditor de advertir, que en particular se ha visto reforzado por las medidas anti-Covid.

Para facilitar la reestructuración de las empresas, se ha reforzado el privilegio del "dinero nuevo" frente a los financieros históricos.

Finalmente, los empleados están más integrados y sus opiniones son más contundentes con estas nuevas disposiciones.

Además, para permitir la transferencia de los activos de la empresa, si no se garantiza su continuidad de operación, se ha establecido la posibilidad, cuando la empresa aún no se encuentre en quiebra, de preparar una asignación de "preembalaje", que reduce los retrasos y, por tanto, la incertidumbre económica.

Los cambios en las ordenanzas anti-Covid también han acelerado los tiempos de consulta con los proveedores y la posibilidad de acelerar aún más la desinversión comercial en el contexto de dificultades de continuidad comercial.

29º Congreso AMA



También en Francia, **el Ministerio Público (Ministerio de Justicia) está presente en todos los niveles del procedimiento. Este hecho se debe a la legislación francesa donde los Tribunales de Comercio son Tribunales integrados por comerciantes y no por jueces dependientes de los Ministerios de Justicia.**

Esto es un gran factor diferenciador. En resumen: la legislación francesa actual ya concede cierta importancia a los empleados y a la empresa en detrimento de los acreedores en algunas ocasiones.

Las medidas de salvaguardia y conciliación deben permitir evitar, en la medida de lo posible, la quiebra o la liquidación de la empresa que debe seguir siendo el resultado final.

Para evitar esta situación, las funciones de los auditores de cuentas y del Tribunal de Comercio se han visto reforzadas por los procedimientos de alerta consagrados en el Código de Comercio.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER



ESPAÑA

En España, no ha entrado en vigor la Directiva UE 2019/1023 de junio de 2019 desconociéndose cuando podremos tener un marco normativo con el que poder hacer frente a la detección temprana de la insolvencia. A pesar de la urgente necesidad de contar con este marco, tampoco se han tomado medidas legislativas, como en el caso de Italia, que concreten quienes serán responsables de elaborar los indicadores premonitorios de la situación de crisis y quienes se encargaran de detectar el cumplimiento o incumplimiento de estos.

Mientras tanto y a la espera de contar con un marco legal, el reciente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>) en su artículo 2º, califica **la insolvencia** como actual o **inminente**, encontrándose en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. **Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.**

A la previsión de esta insolvencia inminente es a donde deben enfocarse los mecanismos de detección temprana.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE
PARTAGER



Sin embargo, este mismo texto no aporta ninguna regla de prevención clara para que tanto el deudor como sus acreedores pueda detectarla, aunque de la solicitud de declaración de concurso que presente cualquier acreedor **deberá fundarse en alguno de los hechos externos reveladores** del estado de insolvencia que se citan en el artículo 2º, aunque la mayoría sirven mas para confirmarla que para detectarla.

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

4. La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

- 1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.
- 2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.
- 3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- 4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

29º Congreso AMA



5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

En definitiva, solo el punto 3º y 5º parecen capaces de detectar de forma anticipada la insolvencia.

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER



CONCLUSIONES

En Italia el marco de detección temprana de la insolvencia está claramente definido, los índices serán elaborados cada tres años por Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili” (Consejo Nacional de Contadores y Contables) y el dottori commercialisti que desempeña el papel de revisor o colegio sindical (órganos de control) tendrá el deber de llevar a cabo la alerta.

En Francia, las funciones de los auditores de cuentas y del Tribunal de Comercio se han visto reforzadas por los procedimientos de alerta consagrados en el Código de Comercio.

En España, se esta a la espera de la trasposición de la Directiva, no habiéndose tomado ninguna nueva medida de detección temprana para anticiparse a la Crisis provocada por el COVID y lamentablemente no se espera que el papel de los auditores de cuentas salga reforzado.

29º Congreso AMA





Miembros de la Comisión concursal y viabilidad de empresas

Eduardo Molina

Manuel Ibañez

Antonio Soldani

29º Congreso AMA

COMPARTIR
CONDIVIDERE

PARTAGER

