CUESTIONES PRÁCTICAS DEL CONCURSO SIN MASA: LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y LA LIQUIDACIÓN DEL ACTIVO

1.- Introducción.

En ocasiones los abogados concursalistas se encuentran con clientes que son empresas de menos de 2 millones de Euros de facturación, entre 0 y 20 empleados, sin tesorería, con poco activo (normalmente stock y alguna máquina), que prácticamente quieren entregar las llaves de la empresa para que se presente el concurso. Normalmente, el cliente ya ha intentado remontar la empresa, ya ha intentado hablar con algún proveedor o competidor para intentar venderla, o al menos vender el activo, y ya ha descartado la posibilidad de continuar con la actividad empresarial.

Ante este escenario, al abogado concursalista se le plantean dos dilemas, principalmente. El primero se refiere a qué hacer con los trabajadores. El segundo se refiere a qué hacer con el activo.

La teoría es clara: se debe presentar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la situación de insolvencia[1]. Pero la empresa ya no tiene tesorería. Cada día que pasa genera nuevas deudas, principalmente con los trabajadores, la Seguridad Social, y con el propietario de la nave de alquiler. Un ERE lleva entre 30 y 60 días, y el Auto de declaración de concurso puede tardar entre unas semanas y varios meses.

2.- El primer dilema: los trabajadores.

Si espera a presentar el concurso, que se declare, que se nombre un administrador concursal, y que la extinción de los contratos de trabajo se haga como un ERE concursal, pueden pasar varios meses. Durante este tiempo, los trabajadores no van a cobrar porque la empresa no tiene dinero, y tampoco van a percibir su prestación de desempleo del SEPE, porque su contrato no está extinguido y siguen dados de alta en la empresa. Además, generará unos créditos contra la masa con las indemnizaciones que seguramente harán que el concurso acabe con la solicitud de archivo por falta de masa activa. Habrá hecho trabajar a un administrador concursal que habrá tenido que gestionar un ERE y que emitir el informe del art. 290 LC y, probablemente, no alcance para cobrar sus honorarios.

[1] Partimos de la idea que todos los concursos sin masa, incluidos los de microempresas, se tramitan por la vía de los arts 37 bis y ss. LC, por lo que no haremos referencia al procedimiento especial de microempresas, que presenta otras muchas problemáticas en la práctica.

En cambio, si se apresura a extinguir los contratos de trabajo antes de que se declare el concurso, seguramente podrá extinguir los contratos en 30 días (normalmente algo más) y conseguirá adelantar el momento en que los trabajadores pueden acudir al SEPE para solicitar la prestación de desempleo. Con suerte, los trabajadores podrán pagar con normalidad sus recibos de cada mes (alquiler, hipoteca, luz, agua, etc). Además, los créditos por las indemnizaciones no serán crédito contra la masa, sino crédito concursal.

Pero el ERE concursal, es decir, ejecutado por un administrador concursal, tiene también sus ventajas. La principal es que, si nos encontramos con una plantilla de empleados que plantean la impugnación del ERE, o incluso acciones de responsabilidad contra los administradores, suele ser recomendable iniciar el ERE bajo el paraguas de un administrador concursal y del juzgado de lo mercantil, que será el competente para ver todo este tipo de acciones.

Por tanto, parece que los más prudente sería empezar por el ERE, y no presentar el concurso hasta que se produzca la extinción de los contratos de trabajo. Salvo que, por circunstancias del caso, el administrador de la sociedad a concursar y/o los trabajadores vayan a quedar más protegidos si el ERE se inicia y desarrolla bajo la tutela del administrador concursal.

Pero esto conlleva un problema respecto al FOGASA, que comentamos en el apartado siguiente.

3.- El segundo dilema: el activo.

El segundo dilema es qué hacer con el activo. ¿Es mejor liquidarlo rápido y presentar una solicitud de concurso sin masa?, o ¿es mejor solicitar el concurso y que se nombre un administrador concursal que liquide el activo?

El problema es que la segunda opción requiere conservar el activo, y eso suele ir a costa del propietario de la nave de alquiler, quien verá como la concursada deja de pagarle y, o bien decide interponer una demanda de desahucio (que tardará unos meses) o bien espera a que el administrador concursal liquide el activo y le devuelva la nave (que tardará también unos cuantos meses).

Pero si opta por la primera opción, que es liquidar el activo, se enfrenta a otros problemas: En primer lugar, tiene que hacerlo de manera que nadie le pueda reprochar el precio obtenido por la venta. Por tanto, es recomendable intentar obtener más de una oferta y poder defender que el precio al que se vende el activo es el precio que

habría obtenido un administrador concursal – liquidador. En segundo lugar, si presenta un concurso sin masa, no se nombrará administrador concursal salvo que un acreedor lo solicite a su costa y, por tanto, nadie podrá certificar los créditos de los trabajadores. Esto perjudica enormemente a los trabajadores, ya que para que el FOGASA les abone los salarios e indemnizaciones pendientes necesitan, o bien una sentencia laboral que se haya intentado ejecutar y un Auto de declaración de insolvencia respecto de la empresa, o bien un Auto de declaración de concurso de un juzgado mercantil y un certificado de un administrador concursal.

4.- La posible solución.

Los juzgados mercantiles de Barcelona adoptaron unos criterios interpretativos en los que recomendaban que cuando se presente un concurso sin masa, se pida el nombramiento de un administrador concursal para que certifique los créditos laborales. De esta manera, se mitiga enormemente el problema anterior. Sin embargo, la literalidad de esos criterios dice que los trabajadores deben estar dados de alta en la empresa al momento de presentar el concurso, pero ya hemos dicho que suele ser recomendable iniciar el ERE antes de presentar la solicitud de concurso, para acelerar el cobro de la prestación de desempleo y evitar que las indemnizaciones sean crédito contra la masa. Además, presentar un concurso sin masa con trabajadores dados de alta parece algo irresponsable por parte del administrador societario, ya que deja a los trabajadores en un limbo jurídico que les aboca a un retraso tremendo en el cobro de las prestaciones.

En nuestra experiencia, cuando se presenta un concurso sin masa, el Juzgado sigue los trámites del art. 37 bis y ss. LC, pero no nombra un administrador concursal para que certifique los créditos laborales, aun habiéndolo solicitado expresamente por otrosí.

En nuestra humilde opinión, la posible solución a todo lo anterior pasa precisamente por eso: nombrar un administrador concursal a los solos efectos de certificar los créditos laborales frente al FOGASA, y pero que no tenga la obligación de presentar el informe del art. 290 en el plazo de dos meses, ni tampoco tenga que presentar la comunicación de falta de masa del art. 249 LC. Eso sí, la concursada debería conservar algo de tesorería para pagar unos honorarios por ese trabajo. Es la solución planteada por los juzgados mercantiles de Barcelona, pero haciendo efectivo ese nombramiento de administrador concursal, aunque los contratos de trabajo ya se hayan extinguido con anterioridad a la solicitud de concurso sin masa. El administrador concursal designado tendrá la labor de comprobar el informe de vida laboral de la empresa, las nóminas para determinar los salarios base y las antigüedades, y emitir los certificados para el FOGASA. Pero no tendrá que realizar el resto de las obligaciones propias del cargo (comunicación a los

acreedores, intervenir cuentas, emitir informes, comunicar la insuficiencia de masa, informe final, ni rendición de cuentas).

De esta manera, creemos, se podría acelerar la liquidación de estas empresas, evitando la generación de deudas innecesarias, y sin perjudicar a los trabajadores. El administrador societario liquida el activo, gestiona el ERE de extinción de los contratos, paga a los acreedores que pueda respetando la prelación de créditos, y luego presenta un concurso sin masa. Y si nadie solicita el nombramiento de un administrador por la vía del art. 37 quater LC (en nuestra experiencia nunca lo hemos visto), el Juzgado nombra uno a los solos efectos de emitir los certificados de los trabajadores para el FOGASA. Con esto, se obtiene una liquidación más rápida y eficaz que con la tramitación normal del concurso sin perjudicar a los trabajadores. Y, claro está, quedan a salvo las acciones contra el administrador que los acreedores podrán ejercitar.

La presente nota es meramente divulgativa y no supone ni vinculación con su contenido ni asesoramiento de ningún tipo. Para más información o asesoramiento: info@gimenez-salinas.es