



PRESENTAR AHORA CONCURSO DE ACREEDORES O ESPERAR A 31/12

TRAS LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA, SE ADOPTARON MEDIDAS QUE BUSCABAN AJUSTAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES DE AQUELLAS EMPRESAS AFECTADAS POR LA CRISIS. FERNANDO J. GARCÍA, SOCIO DE AGM ABOGADOS, NOS HABLA DEL TEMA.

Como consecuencia de la declaración del estado de alarma fueron adoptadas en el ámbito del Derecho Concursal determinadas medidas de carácter transitorio y temporal que tenían por finalidad reducir, en la medida de lo posible, la responsabilidad de los administradores y gestores de las empresas cuya viabilidad se viese comprometida a consecuencia de la situación de crisis generada por la pandemia del coronavirus.

Dos de esas medidas, incluidas en el Real Decreto Ley 16/2020 de 28 de abril, eran: A) La suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2020, del deber de solicitar el concurso que incumbe al deudor (administradores del deudor si se trata de una persona jurídica) que se encuentre en estado de insolvencia y, como efecto de dicha suspensión, la prohibición de admitir a trámite solicitudes de concurso necesario hasta esa misma fecha.

B) La exclusión de las pérdidas del ejercicio 2020 a los efectos de determinar la existencia de la causa legal de disolución por pérdidas cualificadas prevista en el art. 363.1o.e de la Ley de Sociedades de Capital.

La interpretación de estas medidas debe orientarse, por un lado, a evitar que las circunstancias imprevistas y extraordinarias derivadas de la Covid-19 penalicen a las empresas y a sus administradores; y por otro

→ a favorecer la viabilidad de las empresas evitando que deban verse inmediatamente abocadas a la disolución o al concurso. Ese es el criterio que según parece será aplicado por los Juzgados y Tribunales mercantiles en general, habiendo emitido incluso los de Barcelona una nota expresando el criterio que aplicarán en caso de retraso en la solicitud de concurso de acreedores, que va en línea con esa interpretación.

En esa nota de criterios interpretativos a seguir, los juzgados mercantiles de Barcelona —y parece ser que los de Madrid irán en esa misma línea— alcanzan la conclusión de que conforme al art. 11 del citado RDL: “Cualquier deudor en situación de insolvencia, haya o no presentado la comunicación del precurso, no está obligado a solicitar el concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020, aunque no haya resultado directamente afectado por la crisis sanitaria y el estado de alarma. Tampoco responderá de las consecuencias que la Ley concursal liga con la falta de presentación del concurso, como la demora en la solicitud (art. 165.1o) o la responsabilidad por el déficit concursal (art. 172 bis), aunque se haya agravado la insolvencia durante el ejercicio 2020”.

La conclusión parece en principio clara y contundente, y resulta innegable que aporta una buena dosis de seguridad jurídica a los administradores y gestores de las empresas que se encuentran actualmente en situación de preinsolvencia o de insolvencia y que no saben si es mejor presentar inmediatamente el precurso o el concurso de acreedores dentro de los 2 meses que indica el art. 5 de la Ley Concursal, o bien acogerse a la moratoria del art. 11 del citado RDL y esperar hasta el 31/12/2020 para presentarlo a pesar de las devastadoras consecuencias que ello puede provocar en términos de agravación de la insolvencia y perjuicio para los acreedores.

Y aunque el criterio flexible sentado por los jueces parece que va en sentido de no imponer a los administradores y gestores sociales la responsabilidad por el déficit concursal generado durante los meses de

retraso en la presentación del concurso o precurso, nadie puede asegurar que esto vaya a ser así siempre y en todos los casos.

¿Qué ocurrirá, por ejemplo, cuando los administradores lleguen durante ese período a la conclusión, o no puedan razonablemente ignorar, que la empresa carece ya de viabilidad y que no podrá remontar la situación en ninguno de los escenarios previsibles por más que retrasen la solicitud de medidas concursales hasta el 31/12/2020 como se permite en el RDL? En este sentido, la norma indica que no se tendrá el deber de presentar el concurso en el plazo de 2 meses previsto en el art. 5 LC, no que se deje sin efecto dicho plazo ni que no se pueda o se deba cumplir con el mismo si la administración ordenada y diligente de la empresa así lo requiere. Se trata de una opción que cada administrador valorará y decidirá voluntariamente.

Y más aún, ¿qué pasa si durante esos meses en los que los administradores retrasan la presentación del concurso al amparo del plazo de gracia concedido en el RDL, y sabiendo que la empresa no va a tener viabilidad, se permiten por ejemplo solicitar créditos ICO a tipos de interés bonificados (conducta frecuente en esos últimos meses...), o realizan un inusual acopio de mercancías compradas a crédito a sus proveedores y no al contado como aconsejaría una diligente gestión, o sencillamente obtienen aplazamientos de pago de los impuestos o de cuotas a la Seguridad Social o mantienen ERTES bonificados a pesar de que saben que será improbable volver a abrir el negocio...?

Agravación del déficit

¿En esos casos también se exonerará también a los administradores por la agravación del déficit que hayan generado durante el período o parte el período en el que voluntariamente han retrasado la solicitud del concurso? No tenemos nada claro que la respuesta a esta cuestión vaya a ser afirmativa. Y menos aún que lo vaya a ser con carácter general en todos los juzgados mercantiles ni en las diferentes instancias judiciales, incluyendo la última del Tribunal Supremo.

A nuestro entender, dichas conductas podrían perfectamente incardinarse, no ya en el art. 165 de la Ley Concursal (actual art. 444 del nuevo TRLC) que se refiere a la pre-



EL CRITERIO FLEXIBLE DE LOS JUECES PARECE QUE NO VA A IMPONER A LOS GESTORES LA RESPONSABILIDAD POR EL DÉFICIT GENERADO

sunción de culpabilidad cuando se hubiese incumplido el deber de solicitar en plazo el concurso de acreedores, sino en el tipo general del art. 164.1 de la Ley Concursal (actual art. 442 del nuevo TRLC) que obliga a calificar el concurso como culpable cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Esto comportaría que la condena no se impusiese por el retraso en la solicitud –que es lo dispensado por el art. 11 del RDL– sino por cualquiera de las descritas actuaciones llevadas a cabo por los administradores desde el estado de alarma hasta la presentación del concurso el 31 de diciembre de 2020, al entenderse que, no pudiendo los mismos ignorar razonablemente que la empresa estaba indefectiblemente abocada al concurso por más que su presentación se retrasase, en lugar de emplear la debida diligencia y presentar dicho concurso o un pre concurso de forma inmediatamente, optaron por retrasarlo y mientras tanto ir incrementando

LA INTERPRETACIÓN DE LAS MEDIDAS DEBE SER EVITAR QUE LAS CIRCUNSTANCIAS DERIVADAS DEL COVID PENALICEN A LAS EMPRESAS

el pasivo con sus acreedores, lo que evidencia una actitud maliciosa o cuanto menos con culpa grave desde el punto y hora en el que perfectamente sabían que todos o gran parte de dichos créditos o de los pagos cuyo aplazamiento obtenían, no iban a poder ser atendidos después por la sociedad.

Estaríamos ante una utilización fraudulenta o maliciosa de la moratoria legal concedida en el RDL, ya que en lugar de utilizarla para la finalidad para la que fue aprobada (aliviar la situación de iliquidez que pueden estar padeciendo las empresas debido a la Covid-19, concediéndoles un plazo de gracia para que intenten remontar y conseguir su viabilidad), habría sido utilizada para mantener artificialmente una actividad que razonablemente no podía tener ninguna viabilidad, con el consiguiente perjuicio para los acreedores. Si a ello le unimos que no serán escasas las situaciones en las que parte de la liquidez obtenida a través de créditos ICO o aplazamientos de impuestos haya sido destinada al pago de otras obligaciones en la que pudiera estar comprometido el patrimonio de socios o avalistas, tendremos todas

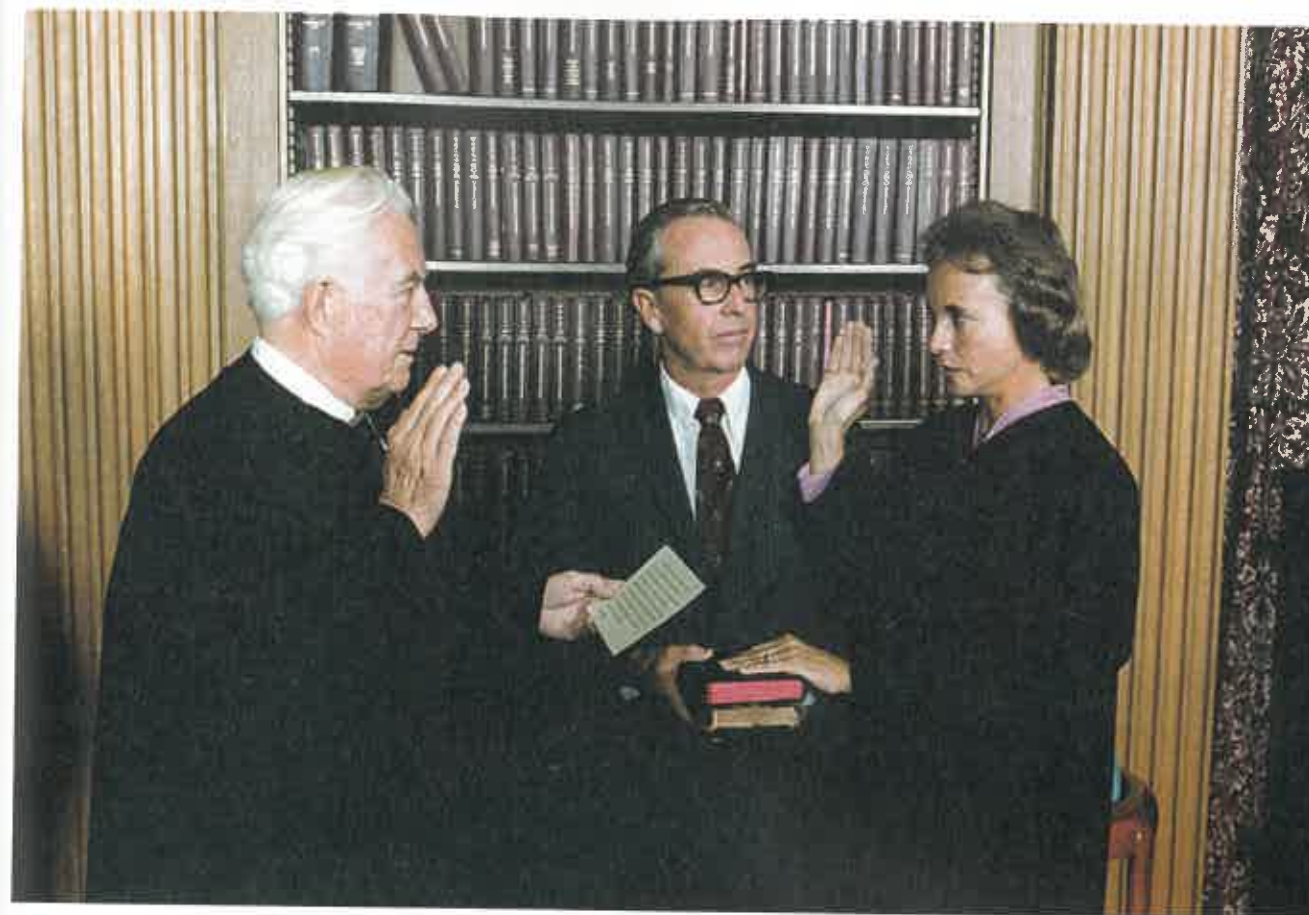


las circunstancias para poder afirmar que la respuesta a la pregunta planteada puede ser negativa en bastantes más casos de los que en principio podría pensarse.

Posibles actuaciones

Por ello nuestra recomendación es la siguiente:

1. Para los proveedores y acreedores en general de empresas que puedan estar atravesando dificultades a consecuencia del Covid-19: A) Que antes de conceder cualquier financiación o suministro a crédito exijan la entrega de estados financieros actualizados auditados o bien firmados por los administradores sociales que prueben que representan la imagen fiel y exacta de la situación económica financiera de la empresa, así como también de un compromiso de dichos gestores que no asumirán ni incrementarán pasivos en determinados ámbitos o partidas previamente determinadas con el asesoramiento de expertos. B) Si el deudor retrasa la solicitud del concurso acogiéndose al art. 11 del RDL y existen indicios de que puede haber retrasado maliciosamente dicha solicitud, contrayendo mientras tanto obligaciones y pasivos que no podrá atender, el acreedor puede instar el concurso necesario de dicho deudor con las consiguientes consecuencias para los administradores en términos de responsabilidad. Entendemos que en este supuesto no debería aplicar la moratoria en cuanto a la no admisión de concursos necesarios recogida en el RDL; y que, de aplicarse tal moratoria, el concurso necesario no debería quedar postergado por el voluntario que después presente el



propio deudor o que cuanto menos debieran tenerse en cuenta para la calificación de culpabilidad de tal concurso voluntario las causas alegadas por el acreedor en su solicitud de concurso necesario. C) Si el deudor ya hubiese presentado concurso, personarse inmediatamente en el procedimiento para supervisar las labores que y los informes que vaya realizando el Administrador Concursal (AC), así como para intervenir en su momento en la sección de calificación del concurso y alegar las causas que permitan una calificación de culpabilidad del mismo y la condena de los administradores sociales al pago del déficit concursal si sus actuaciones hubiesen agravado la insolvencia de la empresa. En este sentido señalar que aunque, ciertamente, es al AC y al Fiscal a quienes corresponde realizar la propuesta de calificación de culpabilidad

o no del concurso, no estando obligados a acoger las realizadas por los acreedores personados, debe tenerse en cuenta que conforme a la jurisprudencia existente y al propio TRLC (Texto Refundido de la Ley Concursal) que entrará en vigor el próximo 1 de septiembre, los acreedores que hubiesen realizado propuestas podrán recurrir en apelación la sentencia de calificación si la misma no recoge alguna de las causas propuestas por la AC o por el Fiscal, y ello sin perjuicio de la posibilidad de accionar la responsabilidad del propio AC cuando no hubiese acogido causas de culpabilidad debidamente fundamentadas que hubiesen sido alegadas por dicho acreedor en su propuesta de calificación.

2. Para aquellos administradores y gestores de empresas que atravesen o estén atravesando situaciones de liquidez u

otras dificultades financieras derivadas de la pandemia, aunque se trate de situaciones pasajeras: A) Que sometan a asesoramiento legal experto en la materia cualquier operación inusual que vayan a realizar de aquí al 31 de diciembre de 2020 y que comporte un incremento del pasivo de la empresa. B) Que ante la existencia de dudas fundadas y razonables sobre la viabilidad futura de la empresa o sobre su capacidad para devolver los créditos y asumir las obligaciones contraídas durante este periodo de pandemia, no esperen al 31/12/2020 para presentar el pre-concurso o el concurso de acreedores sino que lo presenten inmediatamente con la finalidad de abrir negociaciones y ver si es posible alcanzar un convenio o bien aplicar un pre-pack concursal para proceder con urgencia a la venta de la Unidad Productiva, salvando así la actividad de la empresa y el mayor número posible de puestos de trabajo sin riesgo alguno de responsabilidad para los administradores.

ES AL ADMINISTRADOR CONCURSAL Y AL FISCAL A QUIENES CORRESPONDE REALIZAR LA PROPUESTA DE CALIFICACIÓN DE CULPABILIDAD