

La fuente de la fuerza. Incidencia del coronavirus en los concursos de acreedores

Alfonso Muñoz Paredes

Magistrado

Diario La Ley, Nº 9603, Sección Cuestiones de práctica concursal, 27 de Marzo de 2020, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

¿Por ventura es la sociedad otra cosa que una gran compañía, en que cada uno pone sus fuerzas y sus luces y las consagra al bien de los demás?

No hay individuo alguno que no pueda trabajar útilmente por el bien general. Unos pueden promoverlo con su celo, otros con su liberalidad, otros con su aplicación y talento, otros, en fin, con mil especies de auxilios necesarios para el logro de los comunes deseos.

Gaspar Melchor de Jovellanos.

La fuente de la fuerza, según *Sun Tzu*, radica en la unidad, no en el tamaño, y para la victoria es clave la fuerza moral —entendida como la armonía entre el pueblo y sus gobernantes- las virtudes de mando y el orden.

Patriotismo. En estos días difíciles muchos han querido encontrar en este concepto, por naturaleza geográficamente reducido, una barrera frente a una común amenaza que no conoce de países ni fronteras, como si un sentimiento pudiese más que la razón o la ciencia.

Pero ese sentimiento, común y natural, por el cual el hombre prefiere su patria a las ajenas, advertía Jovellanos, es por general estéril e ineficaz; para alcanzar a ser *virtud* obliga a sacrificar no pocas veces el propio interés al interés general, afligiéndose en los males públicos y llenándose de gozo en la común felicidad.

Lamentablemente, el patriotismo como virtud, decía el ilustrado asturiano, está cercano a muchos vicios políticos que lo destruyen del todo o frustran al menos sus saludables efectos. La vanidad es el más temible, porque suele abrigarse a su sombra. Y con ella, la ignorancia, siempre ciega: no conoce el bien para seguirlo, ni el mal para evitarlo; deja de hacer muchas cosas por temor de hacerlas mal, y cuando quiere obrar, ni sabe buscar caminos nuevos, porque no los conoce, ni huir de las sendas comunes y trilladas, porque desconoce los errores y males a que le han conducido.

Nuestra sociedad se enfrenta a un desafío desconocido para nuestro tiempo

Nuestra sociedad se enfrenta a un desafío desconocido para nuestro tiempo. Apenas sí quedan quienes hayan vivido las penurias de una guerra. Un temporal confinamiento nos parece un enorme sacrificio. Pero va a pasar; no para todos, pero pasará. Y más pronto que tarde. La batalla se va a librar en un doble frente, el sanitario y el económico. Y no es fácil predecir cuál va a ser más cruento.

Los hechos se suceden al galope. El día 12 se adopta un Real Decreto-ley con una leva de más de 18.000 millones y medidas de liquidez y reducción de costes de las empresas, especialmente PYMES, autónomos y del sector turístico. El día 14 se declara el estado de alarma, limitando la libertad de circulación y medidas de contención que comprometen el mantenimiento del tejido productivo. Y en el día de hoy ve la luz el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (LA LEY 3655/2020), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En su innominado preámbulo se admite que la crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía a una velocidad inusitada, minando la actividad productiva, la demanda externa e interna; las medidas de contención sanitaria han provocado una perturbación conjunta de demanda y oferta que afectará a las ventas, generando tensiones de

liquidez que podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptan medidas urgentes de estabilización.

El Gobierno acuerda hoy una movilización del 20% de nuestro P.I.B. (200.000 millones) para afrontar el impacto económico y social del coronavirus. Se busca un efecto rebote rápido, evitando un impacto permanente y estructural similar al de los años 2008-2009. Los jueces de lo mercantil tenemos bien presente aquellos años y los que les siguieron. La duda es si será suficiente para evitar un aluvión de concursos. La cantidad es elocuente, pero lo relevante es poner el dinero allí donde se necesita. Gestión, más que inversión.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (LA LEY 3343/2020). En la división platónica de las virtudes, la sabiduría era propia de la clase dirigente, propia de su alma racional. Para los guerreros, irascibles, y los artesanos, concupiscentes, quedaban la valentía y la templanza.

Legislar nunca ha sido tarea fácil. Hacerlo en tiempos de alarma requiere razón, valentía y templanza. Razón para no empoderarse en la propia y escuchar la ajena y, entre ambas, hallar la más idónea; coraje, para liberarse de las ataduras del miedo y adoptar decisiones, asumiendo que en todo caso serán criticadas; y moderación, para templar el coraje y evitar la temeridad.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, constituyó una reacción puramente defensiva, suspendiendo los plazos procesales (Disposición adicional segunda (LA LEY 3343/2020)), de prescripción y caducidad (Disposición adicional cuarta (LA LEY 3343/2020)). Recordemos su tenor.

La Disposición adicional segunda dispone que: (i) Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. (ii) El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo. (iii) No obstante, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

Y la Disposición adicional cuarta, aún más lacónica, prevé que los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.

A todo mercantilista la habrá surgido la duda. **¿Cómo influyen estas primeras medidas en el deber de solicitar el concurso? ¿Y en el deber del órgano de administración de convocar la junta general para acordar la disolución por pérdidas?**

El Real Decreto 463/2020 (LA LEY 3343/2020) no refiere la suspensión a los «plazos procesales», sino, a los «plazos previstos en las leyes procesales». La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY 1181/2003) (en lo sucesivo, LC) es tan procesal como sustantiva; la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) (en lo sucesivo, TRRLSC), puramente sustantiva, desaparecido el proceso especial de la LSA de 1951 (LA LEY 10/1951).

En un escenario de insolvencia se suceden tres plazos, a saber: el **plazo de 2 meses del art. 5 (LA LEY 1181/2003)** para instar el concurso desde que se detecte la situación de insolvencia; un segundo **plazo de 3 meses a contar desde que se haya efectuado la comunicación del art. 5 bis (LA LEY 1181/2003)**; y, finalmente, el **plazo de un mes de gracia** para la efectiva presentación del concurso si no ha conseguido remover antes la insolvencia que le afectaba.

El plazo de 2 meses del art. 5 LC (LA LEY 1181/2003), al igual que el de idéntica duración del art. 365 TRLSC (LA LEY 14030/2010), es un plazo material, pues aún no hay proceso. El plazo de 3 meses desde la comunicación es, sin duda, procesal (aunque la SAP de Barcelona, Sección 15.ª, de 6 de julio de 2016 (LA LEY 115645/2016) lo haya calificado de material), pues del proceso surge, y para su cómputo se estará al art. 133.3 LEC (LA LEY 58/2000), según el cual *«[l]os plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes»*. Y el postrero plazo de un mes para la efectiva solicitud de concurso es claramente procesal, pues la ley habla de mes «hábil», lo que es atributo de los plazos de esa naturaleza.

Si concluimos que la Ley Concursal participa de la naturaleza de las leyes procesales, los tres plazos sucesivos (2+3+1) quedarían afectados por la suspensión de la D.A. 2ª (LA LEY 1181/2003); pero no creo que sea así: lo suspendido son los plazos procesales (al margen de la naturaleza del continente legislativo).

Luego el plazo de 2 meses, societario o concursal, seguía activo tras el Real Decreto 463/2020. Para quien fuera insolvente, el contador de 2 meses no se había detenido; el deber de concursar persistía y el riesgo de un concurso necesario también. El Real Decreto-ley que hoy se publica también parece entenderlo así. Cuestión distinta es que, presentado uno u otro, ambos quedarían durmientes en el juzgado, salvo que el juez estimare que su tramitación puede causar un perjuicio irreparable, a tenor de la propia D.A. 2ª (LA LEY 3343/2020) y de los Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ.

El modelo alemán. En los últimos días ha trascendido que el Ministerio alemán de Justicia y Protección del consumidor está preparando un reglamento para suspender la obligación de solicitar el concurso, tomando como modelo la normativa aprobada en 2002, 2013 y 2016 con motivo de las grandes inundaciones padecidas. Se dice que el período de tres semanas que establece en el parágrafo 15a de la *Insolvenzordnung* es demasiado corto en estas circunstancias, pues por razones organizativas y administrativas no hay garantía de que los instrumentos acordados para apoyar la liquidez de las empresas lleguen a tiempo de evitar la solicitud de concurso, cuyo plazo se anuncia quedará suspendido hasta el 30 de septiembre de 2020, con posibilidad de ser prorrogado hasta el 31 de marzo de 2021.

Si finalmente se toman como modelo las reglamentaciones de 2013 y 2016, la suspensión del plazo legal para declararse en concurso quedará condicionada a que: (i) la aparición de la insolvencia o del sobreendeudamiento esté causalmente vinculada a los efectos de la epidemia del COVID-19; y (ii) el deudor está participando en negociaciones serias de financiación o reestructuración y existan, como consecuencia de ello, perspectivas razonables de reestructuración.

El **escudo protector** (*Schutzschild*), con todo, probablemente no libere de toda amenaza. El legislador alemán, en esos antecedentes normativos, no privó a los acreedores de la facultad de solicitar el concurso necesario. Se explicó entonces que las medidas legislativas no imponían un riesgo excesivo a los acreedores, ya que su derecho a solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia no se veía afectado y, además, la suspensión se hacía depender de la existencia de negociaciones serias y prometedoras de financiación o reestructuración. *A fortiori*, como se disponía que los organismos de recaudación de seguridad social y tributos se abstendrían de aplicar medidas coercitivas (Circular RS 2013/247 de la GKV-Spitzenverband, de 13 de junio de 2013), era poco probable —se insistía— que se produjeran solicitudes de concurso promovidas por acreedores.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (LA LEY 3655/2020) viene a llenar el vacío que la premura impidió colmar en el Real Decreto-ley por el que se declaró el estado de alarma. Las novedades para sociedades no cotizadas, en lo que aquí nos ocupa, son, en síntesis, las siguientes:

a. Formulación de cuentas. El plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social para la formulación de cuentas queda suspendido hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha (art. 40.3 (LA LEY 3655/2020)).

b. Auditoría obligatoria. En el caso de que, a la fecha de declaración del estado de alarma, ya se hubieran formulado las cuentas del ejercicio anterior, el plazo para la verificación contable de esas cuentas, si la auditoría fuera obligatoria, se entenderá prorrogado por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma (art. 40.4 (LA LEY 3655/2020)).

c. Junta de cierre de ejercicio. La junta general ordinaria para aprobar las cuentas del ejercicio anterior se reunirá necesariamente dentro de los tres meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formular las cuentas anuales (art. 40.5 (LA LEY 3655/2020)).

d. Derecho de separación. Aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden (art. 40.8 (LA LEY 3655/2020)).

e. Convocatoria de junta del art. 365 TRLSC (LA LEY 14030/2010). En caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma (art. 40.11 (LA LEY 3655/2020)).

f. Responsabilidad solidaria por deudas. Si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido

durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese período (art. 40.12 (LA LEY 3655/2020)).

g. Deber de solicitar el concurso. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior (art. 43.1 (LA LEY 3655/2020)).

h. Preconcurso. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY 1181/2003) (art. 43.2 (LA LEY 3655/2020)).

De estas medidas nos interesa detenernos en la disolución por pérdidas y la solicitud de concurso, patologías económicas no necesariamente concurrentes, como nos recuerda la STS de 1 de abril de 2014 (LA LEY 40095/2014). En efecto, nuestro derecho privado ha venido contemplando tradicionalmente dos remedios para las situaciones de genuina patología empresarial, en función de la menor o mayor gravedad en la sintomatología: la disolución y liquidación societaria, de un lado, y la solución concursal, de otro.

Como regla de principio, si la sociedad se halla en causa de disolución por pérdidas cualificadas el administrador viene obligado a convocar junta general para que acuerde la disolución y subsiguiente liquidación social (art. 365 TRLSA (LA LEY 14030/2010)); si, por el contrario, la situación es de insolvencia, lo procedente es solicitar la declaración de concurso (art. 5 LC (LA LEY 1181/2003)).

Las pérdidas cualificadas son un estado contable, cuyo contenido viene determinado y condicionado por el Código de Comercio

Las pérdidas cualificadas son un estado contable, cuyo contenido viene determinado y condicionado por el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital, el Plan General Contable y las resoluciones del ICAC. Con la crisis inmobiliaria, ya se había tratado de mitigar el deber de disolver con los Reales Decretos-leyes de 2008 y 2010. La Disposición Adicional única del Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre (LA LEY 18388/2008), dispuso que «[a] los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el segundo párrafo del art. 163.1

TRLSA (LA LEY 3308/1989), y para la disolución prevista en los arts. 260.1.4.º (LA LEY 3308/1989) de dicho texto legal y 104.1 e) de la LSRL (LA LEY 1210/1995), no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del inmovilizado material, las inversiones inmobiliarias y las existencias», norma aplicable a los dos ejercicios sociales que se cerraron a partir de su entrada en vigor y que se prorrogó posteriormente por el Real Decreto-Ley 5/2010 de 31 de marzo, «sin solución de continuidad y a todos los efectos legales, durante los dos ejercicios sociales que se cierran a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley» (art. 1 (LA LEY 6074/2010)).

Finalmente la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en su Disposición final séptima (LA LEY 14949/2014), acordó, únicamente para los ejercicios sociales que se cerraran en el año 2014:

«1. A los solos efectos de la determinación de las pérdidas para la reducción obligatoria de capital regulada en el artículo 327 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LA LEY 14030/2010), y para la disolución prevista en el artículo 363.1.e) del citado Texto Refundido (LA LEY 14030/2010), así como respecto del cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso contemplado en el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY 1181/2003), no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias o de préstamos y partidas a cobrar.»

La crisis actual, al ser global y no sectorial, impedía adoptar medidas similares.

Volvamos al Real Decreto-ley 8/2020 (LA LEY 3655/2020). El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de junio de 2016,

rec. 142/2014 (LA LEY 59416/2016), señaló que «[s]olo la situación patrimonial fijada en base a estos criterios contables puede tomarse en consideración para decidir si concurre la causa legal de disolución por pérdidas agravadas», lo que no quiere decir que el deber de convocar junta nazca exclusivamente con la formulación de las cuentas anuales, pues es constante jurisprudencia que basta con que la situación de desequilibrio contable resulte de un balance de comprobación o un estado de situación (SSTS de 30 de octubre de 2000 (LA LEY 326/2001), 18 de julio de 2002, 9 de marzo de 2006 (LA LEY 21799/2006) o 14 de julio de 2010 (LA LEY 113861/2010), entre muchas). No era suficiente, por tanto, para enervar el deber de disolución y la consiguiente responsabilidad del administrador con suspender el deber de formulación de cuentas (art. 40.3 (LA LEY 3655/2020)), siendo necesaria una previsión complementaria. Para ello, el Real Decreto-ley 8/2020 (LA LEY 3655/2020), como hemos visto, combina la suspensión del plazo del art. 365 (LA LEY 14030/2010) para convocar junta con la excusión de los administradores de responder de las deudas sociales contraídas durante la vigencia del estado de alarma.

Con respecto a la suspensión del plazo, el Real Decreto-ley admite que afecta tanto a la causa de disolución previa a la declaración del estado de alarma como a la acaecida durante su vigencia. Si, siendo previa, no se había agotado ya el plazo de 2 meses, éste «se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma» (art. 40.11 (LA LEY 3655/2020)). La suspensión, a diferencia de la interrupción (a efectos prescriptivos), no genera un nuevo plazo, sino la reanudación del anterior; repárese en que falta aquí una previsión similar a la contenida en el apartado 3 del art. 40 (LA LEY 3655/2020) para la confección de cuentas, que dispone expresamente que el plazo de 3 meses del art. 253 TRLSC (LA LEY 14030/2010) para elaborar las cuentas se reanuda de nuevo por otros 3 meses. En el deber de convocar, siendo el efecto suspensivo, decaído el estado de alarma **el reloj de 2 meses no se pone en cero, sino que se retoma allí donde quedó parado.**

La segunda medida a efectos disolutorios, ese perdón temporal que se concede a los administradores limitado a las deudas sociales contraídas durante la vigencia del estado de alarma, puede provocar ciertas disfunciones en el funcionamiento ordinario de la sociedad, pudiendo acontecer que, recuperada cierta liquidez (pero vigente la obligación de disolver), se destine ésta a pagar a los acreedores posteriores al levantamiento del estado de alarma (de cuyo pago los administradores no quedan liberados), con preterición de los generados durante su vigencia, que solo tendrán el respaldo del patrimonio social. A mayores, el art. 40.12 (LA LEY 3655/2020) participa de los mismos problemas interpretativos que el art. 367 (LA LEY 14030/2010); a falta de mayor precisión legal, habrá que entender que cubre todo tipo de obligaciones (y no solo las contractuales), debiendo estar, para fijar la fecha de su nacimiento (dentro o fuera del estado de alarma) al cuerpo de jurisprudencia creado en torno al art. 367 (SSTS de 10 de marzo de 2016 (LA LEY 14383/2016); 1 de marzo (LA LEY 6227/2017), 18 de julio (LA LEY 110888/2017) y 29 de noviembre de 2017 (LA LEY 170450/2017); 10 de abril de 2019 (LA LEY 39756/2019); 16 de enero de 2020 (LA LEY 72/2020)).

En relación al concurso y al «preconcurso», las medidas legales parecen, a primera vista, acertadas. El plazo de gracia, ciertamente, es menos generoso que el previsto en Alemania, pero no está causalmente vinculado a la crisis epidémica, de modo que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia, ya sea el COVID-19 causa única, principal o concomitante, tendrá el beneficio de la suspensión del plazo. Y el escudo es más amplio, pues protege del concurso necesario. Evitamos así lo que los alemanes, en gráfica expresión, denominan la carrera de los acreedores (*Wettlauf der Gläubiger*).

Echo en falta una referencia al incumplimiento del convenio concursal. Dado que el Tribunal Supremo (sentencia de 13 de abril de 2016, rec. 2910/2013 (LA LEY 29700/2016)) ha declarado que el deber del art. 142.2.I LC (LA LEY 1181/2003) no está sujeto al plazo de 2 meses, si durante el estado de alarma acontece el incumplimiento, nacerán con él tanto deber de solicitar la liquidación cuanto el derecho de los acreedores a denunciar su incumplimiento (art. 140 (LA LEY 1181/2003)) o la aparición de la «reinsolvencia» (art. 142.2.II).

La norma, seguramente, sea mejorable y quizás lo sea efectivamente en un futuro próximo. Con más tiempo de reflexión (apenas hemos dispuesto de unas horas y con la razón nublada por el confinamiento) sus defectos y sus virtudes aparecerán con mayor nitidez. Mas no sería justo criticar con acidez una norma alumbrada de urgencia. Intentemos, cada uno, aportar nuestras luces para su mejor aplicación. Yo aquí dejo las primeras mías.