

GUÍA PRÁCTICA CUESTIONES RELEVANTES A TENER EN CUENTA POR LAS EMPRESAS Y SUS ADMINISTRADORES/DIRECTIVOS ANTE SITUACIONES DE INSOLVENCIA GENERADAS COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS DERIVADA DEL COVID-19

1. Antecedentes

La presente crisis sanitaria derivada del virus conocido como COVID-19 ha supuesto que el Gobierno se haya visto obligado a declarar el estado de alarma por medio del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el Estado de Alarma, de fecha 14 de marzo de 2020, que ha supuesto de facto una paralización parcial de nuestra economía. Asimismo, en fecha 28 de marzo, el Gobierno anunció la paralización de toda actividad económica “no esencial” hasta el próximo día 9 de abril.

Todo ello ha supuesto un parón obligatorio, aunque transitorio, de la actividad que desarrollan la mayoría de empresas de este país y a su vez una falta de ingresos generalizada que está golpeando con fuerza su capacidad de solvencia. Derivado de lo anterior, se está produciendo ya y se va a producir en las próximas semanas situaciones de falta de liquidez que imposibilitarán el cumplimiento de las obligaciones de pago frente a acreedores de todo tipo.

Como consecuencia de todo ello, las empresas están implementando toda una serie de medidas para hacer frente a esta situación y con la esperanza que la presente situación se reconduzca lo antes posible.

Desde ETL GLOBAL ADD, como observadores privilegiados de esta situación, hemos visto como, durante las dos primeras semanas de vigencia del Estado de Alarma, los empresarios destinaron todos sus esfuerzos a implementar medidas laborales (ERTEs) para mitigar el coste laboral y social de su cuenta de explotación; entre la segunda semana y la tercera semana los esfuerzos se han destinado a obtener acceso al primer tramo de avales del ICO (20MM€) liberados vía préstamos otorgados por las entidades financieras; y a partir de la cuarta semana los esfuerzos se centran ya en como reducir el coste de cumplimiento de determinados contratos, en especial los financieros, de arrendamiento y con determinados proveedores no estratégicos.

Dicha evolución demuestra que cada semana que pasa las empresas tienen más dificultades para cumplir en el corto y medio plazo con sus obligaciones de pago y que se están produciendo ya situaciones de tensiones de tesorería e incluso de insolvencia.

Las medidas implementadas por el Gobierno en los Reales Decretos-ley 8, 9, 10,11, 12, 13 y 14 de 2020, han supuesto determinadas ayudas para las empresas, pero la realidad es que ante una situación de ingresos nulos o muy reducidos en sus actividades, los gastos fijos mensuales consistentes en facturas de proveedores, nóminas, cotizaciones sociales, impuestos, acreedores financieros, arrendamientos, suministros, etc, no se han reducido lo suficiente.

Los principales expertos vaticinan una oleada de insolvencias y solicitudes de concursos de acreedores tras el Estado de Alarma, opinión que desde el despacho compartimos, salvo que se produzca un rescate generalizado por parte del Estado a las empresas.

Las ayudas económicas desplegadas por el Gobierno consistentes en nuevas líneas de avales por importe de 100MM€ (únicamente se han puesto en marcha los dos primeros tramos por importe de 40MM€) claramente resultarán insuficientes para ayudar a nuestro tejido empresarial ante la grave crisis de ingresos generada por el parón económico decretado por el Estado de Alarma y ello obligará a muchas empresas, ante una situación de insolvencia, a verse obligadas a solicitar el concurso de acreedores.

El concurso de acreedores sigue teniendo en nuestro país un claro porcentaje de fracaso; ya que el 90% de las empresas que acuden al concurso acaban en liquidación. Claramente ello demuestra que el proceso concursal no obtiene el resultado esperado y básicamente los expertos coinciden en el diagnóstico al respecto.

Las patologías básicas de la gran mayoría de los concursos son que el mismo sigue siendo visto como un estigma tanto por el deudor como por los acreedores, siendo ésta la patología esencial que hace que ninguna de las partes tenga interés en el mismo; ya que ni el deudor tienen interés por no ver posible salvar su negocio acudiendo a dicho mecanismo, y tampoco los acreedores tienen interés en participar en el mismo ya que consideran que sus opciones de cobro en el marco de un concurso son prácticamente nulas.

Todo ello es el caldo de cultivo de la segunda patología detectada y que consiste en que cuando una empresa llega al concurso su situación es irremediable puesto que el mismo se produce tarde y mal, sin capacidad alguna de maniobra por carecer en absoluto el deudor de recursos financieros.

Asimismo, la crisis financiera del año 2008, que se extendió en nuestro país hasta el año 2014, puso de manifiesto la dificultad para las pymes de nuestro país de dar cumplimiento íntegro al enjambre de normativa existente, lo que a la postre significó que muchos gestores y administradores se vieran envueltos en procedimientos de reclamación por responsabilidad patrimonial personal puesto que la falta de cumplimiento de dichas normas fue considerada como un agravamiento de la insolvencia.

Por ello, desde ETL GLOBAL ADD publicamos la presente Guía práctica explicativa sobre las principales medidas en materia concursal adoptadas por el Gobierno, así como las distintas instituciones pre concursales existentes bajo la legislación actual con el fin que la misma pueda servir de ayuda a la hora de planificar las medidas de prevención a adoptar por parte de las empresas para intentar evitar una posible situación concursal; o, en caso de no ser posible, para intentar llegar a dicho concurso en la mejor posición posible; así como consejos para evitar posibles responsabilidades de los administradores de las empresas a la vista de la jurisprudencia existente, derivada de la crisis del 2008.

Esta Guía no pretende ser exhaustiva y su función es únicamente informativa; por lo que las instituciones jurídicas en ella enunciadas únicamente se exponen de forma sucinta y limitada sin que se aborde en las mismas un análisis detallado y profundo, por lo que en ningún caso podrá la presente Guía sustituir ningún tipo de asesoramiento jurídico personalizado.

2. Actuaciones a llevar a cabo por todo administrador diligente durante el actual estado de alarma y la crisis generada por el COVID-19

2.1. *¿Qué actitud debe adoptar un administrador diligente en la actual situación?*

La situación generada por la crisis derivada por el Covid-19 está generando situaciones de mucha tensión para las empresas.

A nuestro juicio, ante la actual situación, todos aquellos administradores y/o gestores de empresas que hayan visto afectadas su actividad por las medidas adoptadas por los distintos gobiernos deben adoptar una actitud de prevención máxima hasta que su actividad no se normalice con el objetivo principal de viabilizar la empresa, así como para evitar posibles responsabilidades.

Aunque resulta imposible generalizar aquellas actuaciones que resultarían necesarias puesto que cada empresa es diferente, además de adoptar con carácter general una actitud de prevención y cumplimiento, desde ETL GLOBAL ADD entendemos que dicha

actitud general de prevención, cuanto menos debería conllevar la realización de las siguientes actuaciones:

- Realizar planes de tesorería con varios escenarios (optimista y pesimista) con una previsión de 3 meses a 6 meses, debiendo actualizarse el mismo mes a mes. Esta actuación permitirá conocer las necesidades de tesorería durante dicho periodo y en consecuencia conocer si se prevén tensiones de caja durante el mismo.
- Priorizar las gestiones de cobro de clientes en aquellos casos en que las mismas sean diferidas a la entrega de un producto y/o la prestación de un servicio con el fin de aumentar las disposiciones de tesorería de la empresa.
- Analizar la cadena de suministro, en caso de resultar de aplicación al caso en concreto, para confirmar si la misma se puede ver afectada por las restricciones en vigor y por lo tanto producirse una ruptura de la misma que podría llevar a la empresa a incumplir sus obligaciones con sus clientes.
- Realizar un análisis de gastos de la compañía con el fin de establecer cuales resultan esenciales para el mantenimiento de la actividad y cuales podrían ser reducidos o incluso eliminados en caso de resultar necesario.
- Analizar si resulta necesaria financiación externa para superar las posibles tensiones de tesorería que pudieran producirse. En ese sentido, el Gobierno ha aprobado la puesta en disposición de 200.000 millones de Euros en líneas de avales a través del ICO y tras un primer tramo de 20.000 millones de Euros, el pasado 10 de abril se publicó en el BOE la Resolución por la que se ponía en marcha el segundo tramo por 20.000 millones de Euros adicionales.
- Realizar una auditoría de los contratos suscritos por la sociedad con el fin de analizar aquellos que podrían incumplirse sin generar responsabilidad para la empresa por aplicación de las instituciones de "fuerza mayor" y "rebus sic stantibus".
- Revisar de forma continuada el protocolo de seguridad con relación a la prevención del contagio del Covid-19 para los trabajadores de la empresa y de los terceros que acudan a la misma.

2.2. ¿Qué implica actuar como un administrador diligente?

Cada situación será específica, si bien consideramos que como rasgo común a todos los administradores, éstos deberán actuar de forma diligente y como hemos apuntado extremar precauciones en las decisiones que adopten y en todo caso para evitar posibles responsabilidades personales.

A nuestro juicio, el ejercicio de sus competencias de forma diligente implicará conforme al artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital cumplir los siguientes requisitos:

- Informarse de manera puntual y completa sobre la marcha de la sociedad.
- Recabar informes de los distintos departamentos de la empresa o de asesores externos a la hora de formarse una opinión sobre decisiones sustanciales para la empresa en dicha situación de tensión.
- Establecer procedimientos específicos para la adopción de determinadas decisiones empresariales relevantes.
- Adoptar aquellas decisiones que resulten necesarias para la viabilidad de las actividades de la empresa sin interés personal en el asunto objeto de la decisión y de buena fe.

Aquellas decisiones que se adopten cumpliendo los requisitos anteriores se entenderán adoptadas en el marco del estándar de un empresario diligente y por lo tanto exoneradas de responsabilidad aunque finalmente se derive un daño para la sociedad o terceros en su aplicación, puesto que se adoptarán bajo la denominada discrecionalidad empresarial.

Finalmente, revisar y, en su caso, suscribir una póliza de responsabilidad patrimonial de los administradores y directivos de la empresa para el supuesto de que pudieran ser responsabilizados de haber causado daño a la empresa o a terceros en ejercicio de sus cargos.

2.3. *¿Habiéndose pospuesto la obligación de formular las cuentas anuales, debe realizarse un cierre del ejercicio 2019? ¿La contabilidad del ejercicio 2020 debe llevarse al día?*

Aunque si bien es cierto que el Real Decreto-ley 8/2020 ha pospuesto la obligación de formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2019, lo cierto es que conforme al Código de Comercio la obligación de llevanza de la contabilidad no ha quedado desactivada y por lo tanto se debe proceder al cierre contable del ejercicio 2019, así como continuar con la llevanza de la contabilidad durante el ejercicio 2020 de manera ordinaria.

A mayor abundamiento, ante la actual situación, recomendamos extremar la llevanza de la contabilidad puesto que la misma permitirá disponer de información actual y veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa. Ello permitirá a los administradores el poder adoptar aquellas decisiones que resulten necesarias para la empresa disponiendo de dicha información al día, lo cual a nuestro juicio resulta esencial en esta situación.

3. Insolvencia y consecuencias que genera dicha insolvencia desde el punto de vista legal/concursal

3.1. *¿Qué es la insolvencia?*

La insolvencia en su sentido jurídico está definida en el art. 2.1 de la Ley Concursal (LC), el cual establece que se considera insolvente al que no tiene con qué pagar; encontrándose en dicho estado el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, siendo indiferente la causa de dicha imposibilidad, y sin que sea necesario un incumplimiento total de sus obligaciones, bastando con que sea generalizado.

Ahora bien, el art. 2.4 de la LC establece que, en la práctica, el incumplimiento de determinadas obligaciones, especialmente delicadas, suele evidenciar el deterioro de la situación financiera y un estado de insolvencia. De ahí que presuma en estado de insolvencia al deudor que se encuentra en tal situación. Se trata de un supuesto de sobreseimiento parcial, pero cualificado por el legislador.

En todos los casos, el incumplimiento de obligaciones sensibles ha de ser generalizado en referencia a las obligaciones de una misma clase, lo que excluye un incumplimiento ocasional. El legislador ha tasado lo que entiende por generalizado, haciendo referencia a un plazo de tres.

Se consideran obligaciones sensibles las siguientes:

- las obligaciones tributarias materiales, no las formales exigibles, durante tres meses de forma consecutiva o alternativa, de carácter principal o accesorio frente a la Hacienda Estatal, la de las CCAA y haciendas de las entidades locales. Puntualizar que

no son exigibles las obligaciones respecto de las cuales haya alcanzado un acuerdo de aplazamiento con la administración.

- las de pago de cuotas de la Seguridad Social en cualquiera de sus modalidades de devengo mensual y de sus correspondientes recargos por mora y apremio, y demás conceptos de recaudación conjunta, durante tres meses anteriores.
- los salarios, indemnizaciones y, en general, retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a tres mensualidades.

3.2. *¿Cómo controlar en qué momento existe insolvencia en una empresa?*

Como hemos apuntado en las respuestas 2.1 y 2.3, los administradores deben llevar un control actualizado de la evolución de la sociedad. A mayor abundamiento, el Código de Comercio impone la obligación de formulación de estados financieros trimestrales que permitirán a los administradores conocer la situación patrimonial y financiera de la empresa.

Dicha información permitirá a los administradores conocer si la empresa ha entrado en un estado de insolvencia por no poder hacer frente a sus obligaciones de pago de forma generalizada o por el contrario si dicho estado aún no se ha generado en la sociedad.

La doctrina de nuestros tribunales viene considerando que, además del incumplimiento de las obligaciones sensibles (tributos, cotizaciones y salarios) durante un periodo de 3 meses para determinar el estado de insolvencia de una empresa, el incumplimiento del resto de obligaciones por un porcentaje superior al 50% debe ser considerado como un incumplimiento generalizado y por lo tanto generador de un estado de insolvencia actual.

3.3. *¿Qué obligaciones nacen para los administradores en caso de generación de un estado de insolvencia en la empresa?*

El art. 5.1 de la LC establece que los administradores de las sociedades tienen la obligación de solicitar el concurso voluntario de acreedores en un plazo máximo de dos meses a contar desde que se hubiera conocido o hubiera debido conocer el estado de insolvencia de la empresa administrada.

Es importante señalar que aunque la Ley habla de solicitud voluntaria, ésta no debe confundirse con la obligación legal de solicitud establecida en la norma. Asimismo, la Ley nos indica que el plazo de dos meses no se inicia con la fecha en la que se conozca dicho estado de insolvencia por los administradores, sino cuando éstos conforme al cumplimiento de sus obligaciones debían haber conocido dicha situación de insolvencia.

Por ello, en el momento en que la empresa entra en un estado de insolvencia nace sobre los administradores un deber legal de solicitar el concurso voluntario de acreedores. Dicho deber únicamente podrá quedar exonerado si se acuden a los mecanismos pre concursales que son objeto de análisis en el apartado IV siguiente.

El incumplimiento de dicho deber legal podría generar en los administradores responsabilidades graves, las cuales analizamos en el apartado VI de la presente Guía.

4. Instituciones pre concursales para tratar de evitar acudir a un concurso de acreedores

4.1. *¿Qué significa el artículo 5bis de la Ley Concursal? ¿Qué es el pre concurso de una empresa y que efectos produce?*

Dicho precepto regula la institución denominada pre concurso de acreedores y que supone la comunicación al juzgado mercantil competente de la existencia de un estado de insolvencia actual o inminente de la empresa así que han iniciado negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo extrajudicial de pagos.

Con dicha comunicación se obtienen 4 meses adicionales a los 2 meses de solicitud del concurso desde que sucedió el estado de insolvencia, con el fin de superar la situación de insolvencia e intentar evitar el concurso. Durante este tiempo el deudor dispondrá de un paraguas que le protegerá frente a posibles demandas de reclamación que se les presenten en ejecución de bienes que se consideran imprescindibles para la continuación de la actividad e incluso solicitudes de concurso necesario presentado por algún acreedor.

Está en tramitación parlamentaria una ampliación de hasta 12 meses del pre concurso como ya recoge la Directiva (UE) 2019/1023 que supondría un balón de oxígeno para que las empresas puedan alcanzar acuerdos de refinanciación con sus acreedores sin que sus acreedores puedan presentar demandas en ejecución de sus bienes que se consideran imprescindibles.

Es importante mencionar que el art. 5bis de la LC recoge la posibilidad que dicha comunicación sea calificada como reservada y por lo tanto no será publicada, evitando con ello daños reputacionales de la empresa que puedan suponer un deterioro mayor de su actividad.

Finalmente, apuntar que dicha institución no supone la pérdida de ninguna capacidad de administración y gestión puesto que el Juzgado no nombrará ningún órgano de control sobre los órganos de administración de la sociedad.

4.2. *¿Qué es un acuerdo de refinanciación (AR)? ¿Qué tipos de acuerdos de refinanciación regula la Ley Concursal?*

Nuestra Ley Concursal configura los AR como aquellos acuerdos pre concursales que cumpliendo determinados requisitos, comunes para todos ellos y específico para cada tipología, supondrán la desaparición del estado de insolvencia así como la protección de una posible rescisión concursal en caso que la sociedad finalmente fuera finalmente declarada en concurso de acreedores.

Estas instituciones pre concursales buscan por un lado incentivar tanto a deudores como acreedores a alcanzar un acuerdo que evite el concurso de acreedores puesto que por un lado ello implicará la viabilidad de la empresa y por otro los acreedores tendrán la seguridad que en caso de concurso posterior los acuerdos alcanzados no podrán ser atacados por medio de una acción rescisoria concursal.

El art. 71 y la Disposición Adicional 4ª de la LC regulan varios tipos de AR (para todo el pasivo, para pasivo financiero, homologables judicialmente o no) y por lo tanto cada sociedad deberá analizar cual es su situación específica y las necesidades que requiere para superar un estado de insolvencia actual o inminente, acudiendo en cada caso a las distintas opciones posibles.

4.3. *¿Qué es la Propuesta Anticipada de Convenio (PAC)?*

La PAC es una institución pre concursal que trata de dar una solución convencional a la insolvencia, obteniéndose un mayor grado de agilidad y ahorro de costes respecto al convenio ordinario, adelantándose esa fase negociada entre el deudor y sus acreedores a una fase previa al concurso que suele desarrollarse en el marco del artículo 5bis de la LC.

Ante situaciones de falta de liquidez, el deudor puede negociar una quita y una espera con sus acreedores con los límites y excepciones regulados en la LC para alcanzar las adhesiones suficientes para que sea admitida a trámite una PAC, por lo que se podría llegar a un concurso de acreedores con dicha fase ya realizada y por lo tanto reduciéndose en gran medida los plazos de tramitación del concurso y los costes del mismo.

El objetivo de esta figura es que deudor y acreedores negocien antes del concurso una solución y el concurso sirva únicamente para verificar que los acuerdos alcanzados cumplen los requisitos necesarios para su aprobación en sede concursal, tratando de evitar con ello el estigma que supone el concurso en nuestro país.

Con la PAC, se persigue que empresas que tienen viabilidad y que se han encontrado con una falta de liquidez temporal como consecuencia de situaciones excepcionales como la actual puedan sobrevivir y no verse abocadas a su liquidación y cierre.

4.4. *¿Qué es el Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP)? ¿Pueden las empresas acogerse a este mecanismo?*

El AEP es un mecanismo previsto en la LC que permite a los deudores (tanto personas físicas como jurídicas) puedan intentar evitar el tener que acudir a un concurso posterior puesto que un acuerdo con los acreedores permitirá salir de la situación de insolvencia.

La singularidad de esta institución pre concursal radica en el nombramiento por parte del RM (en caso de persona jurídica o persona física empresario) o por el Colegio de Notarios (en caso de persona física no empresario) de un Mediador Concursal que convocará a los acreedores a una negociación para intentar superar el estado de insolvencia.

La experiencia demuestra que pocas veces se alcanza ese AEP por la negativa de los acreedores, principalmente bancarios, a admitir el plan de pagos propuesto por el Mediador Concursal, y el deudor se ve abocado ante el concurso consecutivo ante el Juzgado competente.

Haber intentado el AEP por los deudores personas físicas, ya sean particulares o empresarios será un requisito previo para no verse obligados a satisfacer el 25% de los créditos ordinarios, además de los privilegiados y contra la masa, para poder acceder al mecanismo de la segunda oportunidad (condonación del pasivo insatisfecho). Por tanto, sí que es recomendable que aquellos deudores que deseen obtener por parte del Juzgado competente la exoneración del pasivo insatisfecho (Segunda Oportunidad) al no poder hacer frente al pago de sus créditos, que previamente hubieran intentado el AEP para no verse en la obligación de satisfacer también el 25% de los créditos ordinarios.

5. Actos y/o actuaciones llevados a cabo en un escenario de insolvencia que podrían generar acciones rescisorias concursales o responsabilidades para los administradores

5.1. ¿Puede una empresa discriminar el pago a determinados acreedores frente a otros?

Cuando se produce un estado de insolvencia en la empresa, está no dispondrá de tesorería suficiente para acometer los pagos derivados de su actividad de forma ordinaria y se verá obligada a discriminar los mismos en aras a asegurar su supervivencia.

Llegados a este punto, la jurisprudencia viene entendiendo que la empresa debe proceder a realizar los pagos estrictamente necesarios para el mantenimiento de su actividad y estructura de forma ordenada y con estricto cumplimiento de su fecha de vencimiento (pago nóminas, cotizaciones sociales, tributos, proveedores que deben entregar mercancía, etc). Aquellos pagos que pudieran llegar a realizarse en perjuicio de acreedores por no cumplir las condiciones anteriores (por ejemplo: pago de deuda anterior generada con un proveedor, pago de deudas no vencidas o cancelación de deuda bancaria para renovación de pólizas) son contrarios al principio general de la *par conditio creditorum* (igualdad de trato entre acreedores), pudiendo ser objeto de rescisión concursal en caso de concurso posterior de la empresa.

5.2. ¿Puede una empresa liquidar deuda bancaria avalada por los socios y/o administradores con el fin de reducir riesgo personal de éstos?

Dichos pagos podrían ser objeto de rescisión en el marco de un concurso posterior por realizarse en perjuicio de acreedores. Para evitar dicho riesgo, dichos pagos deberían realizarse, en su caso, en el marco de un Acuerdo de Refinanciación (AR) que cumpliera los requisitos establecidos en el artículo 71 o la Disposición Adicional 4ª de la LC, por lo que dispondrían de la protección jurídica para evitar ser objeto de rescisión concursal.

5.3. ¿Se puede cancelar deuda existente con socios y/o administradores en un escenario de insolvencia? ¿Se pueden adjudicar activos de la empresa a socios y/o administradores en cancelación de dicha deuda en el actual escenario?

Claramente ambos supuestos podrían ser objeto de una acción rescisoria concursal puesto que conforme a LC dicha deuda tendría la calificación de crédito concursal subordinado (último grado en la prelación de pagos). Asimismo, en el marco de la pieza de calificación del concurso, dichos actos podrían ser considerados como agravantes de la insolvencia y condenarse a los administradores a responder con su propio patrimonio por el daño causado (importe de los pagos y/o operación realizadas).

5.4. ¿Pueden las empresas suscribir nuevas obligaciones en una situación de pre insolvencia o de insolvencia?

Si, no existe ninguna prohibición legal al respecto. Básicamente, las empresas deben extremar las precauciones durante dicho periodo con el objetivo de evitar que puedan calificarse dichas nuevas obligaciones como generadas en perjuicio de acreedores.

Es esencial que cualquier obligación que se asuma en dicha situación (por ejemplo compra de suministros).

6. Consecuencias de la aplicación de una acción rescisoria y/o de una condena por responsabilidad contra los administradores

6.1. ¿Qué es una acción rescisoria concursal? ¿Qué efectos puede tener para la empresa y para terceros?

La LC configura una institución consistente en que, aquellos negocios realizados por el deudor dentro de los 2 años anteriores a la declaración en concurso de acreedores, podrán ser objeto de rescisión (restitución de las prestaciones realizadas volviendo a la situación previa), cuando dicho acto cause un perjuicio patrimonial a la sociedad (la jurisprudencia ha aclarado que ese perjuicio patrimonial debe entenderse en el marco del perjuicio de acreedores y de la ruptura de su paridad de trato en el seno del concurso).

Resulta relevante apuntar que la LC no regula una institución que busca reintegrar operaciones realizadas contraviniendo normas legales o que se realizaron con una intención fraudulenta, el acto o negocio puede ser perfectamente legal y justificado pero ser perjudicial para los acreedores (por ejemplo vender un activo a un precio inferior al de mercado).

No obstante lo anterior, la LC establece que determinados actos y/o negocios quedan salvaguardados de dicha acción rescisoria y no podrán ser rescindidos:

- Garantías constituidas para garantizar deudas públicas aplazadas.
- Actos ordinarios de la actividad empresarial realizados en condiciones normales de mercado.
- Acuerdos de Refinanciación (AR) que cumplan los requisitos establecidos en los arts. 71 y Disposición Adicional 4ª de la LC.

La acción rescisoria concursal deberá tramitarse en el seno del concurso de acreedores y será el Juez del Concurso quién dicte sentencia sobre su procedencia o no. La sentencia que estime, en su caso, la acción de reintegración deberá declarar o no la ineficacia del acto impugnado y condenar a la restitución de las recíprocas prestaciones, con sus frutos e intereses, esto es, las partes deben quedar en la misma situación anterior al acto o negocio declarado ineficaz.

Si no fuera posible, por ejemplo por no disponer de liquidez la empresa concursada para devolver el precio obtenido por la venta de un activo, el comprador no podrá ser requerido para la devolución del activo vendido hasta que se le restituya el precio pagado en su día.

Ahora bien, la sentencia podría declarar a la contraparte del acto o negocio rescindido como de mala fe (por ejemplo porqué conocía la situación de crisis y se aprovechó o participó en un negocio cuyo fin era distraer un activo del concurso) y su contraprestación sería calificada como crédito concursal subordinado (los de peor rango en el seno de la calificación de créditos establecida en la LC), lo que a todas luces implicaría la imposibilidad de recibir tal contraprestación en la práctica.

Finalmente apuntar que la norma establece que los terceros de buena fe (aquellos que no participaron en el acto o negocio) no pueden verse afectados por la acción rescisoria.

6.2. ¿Qué consecuencias puede tener para los administradores la calificación del concurso como culpable?

Nuestro sistema concursal configura un análisis en el seno del procedimiento concursal de las causas generadoras de la insolvencia o su agravamiento y las consecuencias que ello

podría tener para el deudor o sus representantes legales en caso de que se concluyera que la insolvencia se generó o agravó por causas fraudulentas y no por causas naturales o de mercado.

Dicho análisis se realiza en la llamada Pieza Sexta de Calificación en la cual se analizarán detenidamente las causas generadoras de la insolvencia o si ha existido agravamiento de la misma debido a actos incorrectos y/o fraudulentos del deudor y se declarará por el Juez del Concurso por medio de sentencia si el concurso debe ser declarado fortuito (exoneración de cualquier responsabilidad) o culpable (responsabilidad del deudor o de sus representantes legales).

La LC configura un sistema de responsabilidad consistente en dos tipos de sanciones. Por un lado una sanción administrativa consistente en la inhabilitación para administrar bienes y patrimonios ajenos (por ejemplo ocupar cargos directivos y de administración) por un periodo que podrá ser de entre 2 a 18 años. Por otro lado, una sanción patrimonial consistente en condenar al deudor o sus representantes legales a: (i) resarcir con su patrimonio personal por los daños y perjuicios causados a la empresa concursada; y/o (ii) en determinados supuestos a responder con su patrimonio personal por el déficit concursal de forma parcial o total (la diferencia entre la deuda con los acreedores y los créditos finalmente pagados una vez finalizada la liquidación).

Como se puede observar, el régimen de culpabilidad del concurso puede llegar a tener consecuencias graves para el deudor o sus representantes legales y por ello recomendamos extremar la precaución en fases previas a una posible insolvencia o durante dicha fase de insolvencia previa a un concurso de acreedores puesto que determinados actos o actuaciones podrían llegar a suponer graves consecuencias para dichas personas.

7. Solicitud de concurso voluntario y estado actual durante la vigencia del estado de alarma

7.1. *¿Existe obligación de solicitar el concurso de acreedores durante la vigencia del estado de alarma? ¿Cuándo volverá a estar vigente esa obligación?*

No. Según el artículo 43 del RDL 8/2020, durante la vigencia del estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores mientras dicho estado de alarma esté vigente.

Cuando finalice la vigencia del estado de alarma, renacerá la obligación del deudor de presentar el concurso de acreedores.

7.2. *¿Debe presentarse concurso de acreedores al día siguiente de la finalización de la vigencia del estado de alarma o, por el contrario, se mantiene el plazo de 2 meses establecido en artículo 5 LC para cumplir con dicho deber legal?*

Atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RD 463/2020 y en el artículo 43 del RDL 8/2020, consideramos que el deudor que resultare insolvente durante la vigencia del estado de alarma dispondrá del plazo de 2 meses a contar desde el levantamiento del estado de alarma para presentar el concurso de acreedores.

7.3. *Habiendo finalizado el plazo de pre concurso durante la vigencia del estado de alarma, ¿debe presentarse concurso de acreedores al día siguiente al de la finalización de la vigencia del estado de alarma?*

Atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª del RD 463/2020 y en el artículo 43 del RDL 8/2020, consideramos que el deudor que comunicó -por vía del artículo 5 bis

LC- su estado de insolvencia con anterioridad a la declaración del estado de alarma dispondrá, una vez finalizado el estado de alarma, de todo el tiempo que no hubiera consumido o transcurrido con anterioridad a la declaración del estado de alarma hasta completar el plazo de 3 meses + 1 mes que establece el apartado 5º del artículo 5 bis LC.

7.4. *Durante la vigencia del estado de alarma ¿Qué sucede si un acreedor insta la declaración de concurso necesario de un deudor?*

Según el artículo 43 del RDL 8/2020, hasta que no hayan transcurrido 2 meses, a contar desde la finalización del estado de alarma, los Jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario y por lo tanto cualquier solicitud de concurso voluntaria presentada durante dicho plazo tendrá preferencia de tramitación.

7.5. *Finalizado el estado de alarma ¿Qué sucede si un acreedor solicita el concurso necesario de un deudor con anterioridad a la solicitud de concurso voluntario del propio deudor?*

Según el artículo 43 del RDL 8/2020, si durante el plazo de dos meses a contar desde la finalización de la vigencia del estado de alarma se instase concurso necesario por parte de un acreedor y, posteriormente, se solicitase concurso voluntario por el deudor cuyo concurso se hubiera instado por un acreedor, se admitirá a trámite, con preferencia, la solicitud de concurso voluntario del deudor, aunque dicha solicitud fuese de fecha posterior a la instada por el acreedor.

8. Medidas en curso en materia concursal por parte del Gobierno

En fecha 24 de marzo de 2020 el Consejo de Ministros acordó remitir a la Comisión Permanente del Consejo de Estado el proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba un nuevo Texto Refundido de Ley Concursal para la emisión del correspondiente dictamen, que debía ser emitido como muy tarde el 2 de abril de 2020.

El proyecto de nueva Ley Concursal supone pasar de una nueva norma que duplica en artículos a la vigente y que incorpora cuasi toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la anterior crisis económica, así como una mejor regulación de los mecanismos pre concursales con el objetivo de salvaguardar la viabilidad de las empresas.

Esta previsto que la nueva Ley Concursal sea aprobada en los próximos meses y que resulte la norma que regule los concursos que pudieran declararse tras el estado de alarma. Les informaremos puntualmente de las novedades que se puedan producir en este sentido.

Asimismo, está pendiente de trasposición a nuestro país de la Directiva UE 2019/1023, 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), que debe producirse como muy tarde en julio del 2021. Dicha Directiva regula una serie de medidas para mejorar las opciones de reestructuración de las empresas previo concurso de acreedores, así como unificar el mecanismo de la segunda oportunidad de las personas físicas en el marco de la UE.

En **ETL GLOBAL ADD** contamos con un equipo de especialistas en reestructuraciones e insolvencias, integrado por abogados y economistas con amplia experiencia en situaciones de crisis para la empresa, en todos sus ámbitos (contractual, laboral, tributario, seguridad social, societario, contable, responsabilidad de administradores y directivos y procedimientos concursales).

Nuestro Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias ya está actualmente asesorando a compañías y empresarios sobre las implicaciones legales y económicas derivadas de la crisis generada por el Covid-19 y guiándoles en cómo actuar ante la presente situación.

Nos ponemos a su disposición para proporcionarles cualquier aclaración sobre el contenido de esta Guía, así como orientación y asesoría personalizada para su empresa si lo considera necesario.

Personas de contacto:

Manuel Calavia

Abogado

mcalavia@etl.es | + 34 649945668

Socio Departamento Mercantil/Reestructuraciones e Insolvencias

Esteve Moya

Economista

emoya@etl.es | + 34 932022439

Socio Departamento Fiscal/Reestructuraciones e Insolvencias

Francesc Gubert

Economista

fgubert@etl.es | + 34 932022439

Gerente Equipo Departamento Fiscal/Reestructuraciones e Insolvencias

Alicia Gómez

Abogada

agomezf@etl.es | + 34 932022439

Gerente Equipo Departamento Litigación/Reestructuraciones e Insolvencias

Xavier Velasco

Abogado

xvelasco@etl.es | + 34 932022439

Asociado Departamento Litigación/Reestructuraciones e Insolvencias

El presente documento es una recopilación de la información recabada por ETL GLOBAL ADDIENS, S.L. y cuya finalidad es estrictamente informativa y divulgativa. En definitiva, la información y comentarios en esta Guía Práctica contenidos no suponen en ningún caso asesoramiento jurídico de ninguna clase y en ningún caso podrá utilizarse esta Guía Práctica como documento sustitutivo de dicho asesoramiento jurídico. El contenido del presente documento es estrictamente confidencial y no podrá ser divulgado a terceros sin la previa autorización de ETL GLOBAL ADDIENS, S.L.