

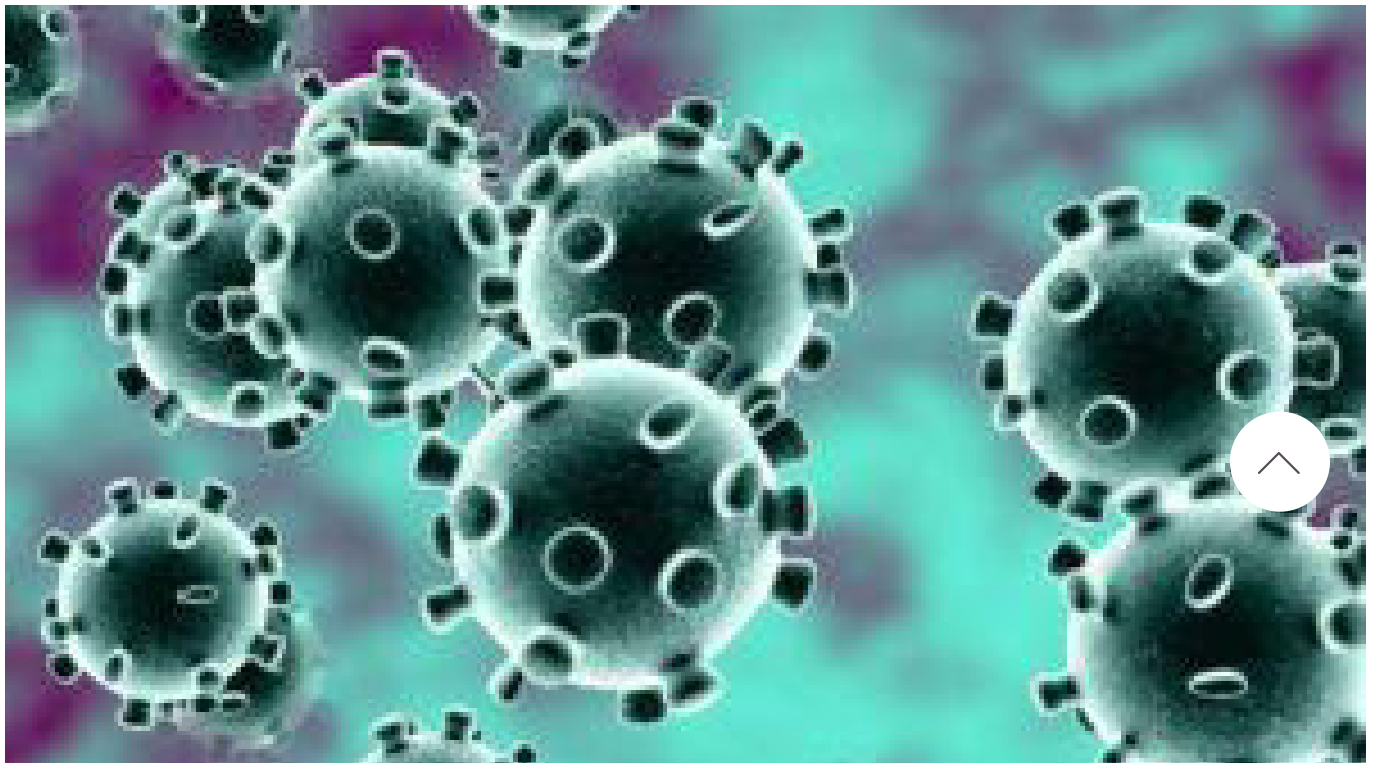


Disolución de sociedades y concurso de acreedores en tiempos del coronavirus

15 MARZO, 2020



by Aurelio Gurrea Martínez / Blog





La propagación del coronavirus nacional no sólo está ocasionando trágicas consecuencias, sino que también está golpeando duramente la economía mundial. Por este motivo, **los gobiernos y reguladores de varios países, así como determinados organismos internacionales y bancos centrales, están respondiendo frente al coronavirus con una batería de medidas económicas y financieras** que, en esencia, tienen tres objetivos: (i) **proteger a los consumidores y empleados** por la posible pérdida de sus puestos de trabajo como consecuencia del cierre de empresas o la restructuración de plantillas que tengan lugar en los próximos meses; (ii) **proteger a los autónomos y empresas** frente a las pérdidas económicas y las necesidades de liquidez que ocasionará la caída de ventas provocada por el virus y las medidas implementadas para la paralización del mismo; y (iii) **proteger la estabilidad del sistema financiero** como consecuencia de la falta de confianza y el mayor número de impagos a entidades financieras que probablemente se produzca por parte de numerosos particulares y empresas.

La situación en España resulta especialmente preocupante por varios motivos. En primer lugar, España es uno de los países en los que el virus se ha propagado con mayor intensidad y, desgraciadamente, no se espera que la situación vaya a mejorar en las próximas semanas. En segundo lugar, y como medida para frenar la propagación del virus, el Gobierno español ha restringido numerosas actividades sociales y económicas. Y aunque estas medidas resulten esenciales para frenar el crecimiento exponencial del virus y, de hecho, deberían haber sido decretadas con mayor antelación, supondrán un evidente daño para numerosos comercios e industrias que ya de por sí se encontraban enfrentando graves problemas económicos y financieros desde la aparición del virus. Finalmente, y quizás de manera más importante, la economía española tiene una profunda dependencia de sectores especialmente afectados por el coronavirus, como pudiera ser el caso del turismo y la hostelería. Por tanto, todo parece indicar que, **si bien esta pandemia producirá un duro golpe a la economía mundial, el impacto económico del coronavirus resultará todavía mayor en España**



legales, fiscales, laborales, etc. financieras (por ejemplo, véase [aquí](#), [aquí](#), [aquí](#), [aquí](#) y [aquí](#)), creemos que también resultaría relevante revisar la aplicación de ciertas **normas relativas a la disolución de sociedades y el concurso de acreedores**. En concreto, creemos que la fuerte caída de la demanda en numerosos sectores estratégicos para España provocará dos **efectos económicos relevantes en las compañías españolas**: (i) una situación de **pérdidas** derivadas de la necesidad de asumir unos gastos e infraestructuras que, por su carácter fijo, resultarán difíciles y costosos de ajustar y reducir a corto plazo; y (ii) una situación de **incapacidad de pago** por la ausencia de flujos de caja que permitan atender de manera regular las obligaciones de las empresas.

El primero de los escenarios –las pérdidas– colocará a muchas empresas españolas en situación de **causa legal de disolución** por tener un patrimonio neto inferior a la mitad del capital social. Por tanto, esta situación activará el deber de los administradores sociales de promover la disolución, el restablecimiento del equilibrio patrimonial o, si procediere, el concurso, bajo pena de responder de manera personal y solidaria por las nuevas obligaciones sociales contraídas por la compañía (art. 363.1.e] LSC) y art. 367 LSC).

Por su parte, el segundo escenario –incapacidad de pago– situará a muchas empresas en **situación de insolvencia**, con la consecuente necesidad de solicitar el concurso de acreedores (art. 5.1 LC) bajo pena de que el concurso pueda ser calificado como culpable (art. 165-1º LC) y, por tanto, los administradores puedan verse sometidos a numerosas sanciones civiles y reputacionales, incluyendo inhabilitaciones para administrar bienes ajenos y diversas responsabilidades patrimoniales (art. 172 y 172 bis LC).

Ante esta realidad, y para evitar un aumento masivo de disoluciones y procedimientos concursales o, en su caso, las posibles responsabilidades de los administradores que, contraviniendo sus deberes legales, no promovieran estas soluciones, **creemos que el Gobierno español, en su**



10/2008, posteriormente extendido y ampliado en cuanto a su alcance y contenido, determinadas pérdidas por deterioro de valor (al menos, aquellas derivadas de saldos incobrables), o incluso gastos de explotación en general (e.g., salarios, alquileres), deberían excluirse temporalmente del concepto de patrimonio neto a los efectos de la disolución de sociedades, al menos para las compañías de los sectores más afectados. De lo contrario, la crisis del coronavirus disparará las disoluciones y/o concursos de sociedades, o, en su defecto, trasladará los riesgos de la paralización económica hacia los administradores de las compañías, ya que éstos, si no disolvieren o promovieren el concurso en el plazo de dos meses, serán personalmente responsables de las nuevas deudas contraídas por la sociedad (art. 367.1 LSC).

En segundo lugar, y con el objetivo de reducir la solicitud masiva de concursos de acreedores que podría avecinarse en los próximos meses por la situación transitoria de iliquidez de multitud de empresas, y los costes que esta situación podrían generar no sólo para la actividad empresarial sino también para los propios deudores, acreedores y los tribunales de justicia, creemos que, en el ámbito de los sectores económicos más afectados, también debería decretarse una suspensión o, en su caso, extensión temporal del (discutido) deber de solicitud de concurso en el plazo de dos meses que existe en la legislación concursal española. Esta medida que proponemos, y que parece haber tenido acogida en Alemania (de donde importamos el deber de solicitud de concurso, con la diferencia de que la regulación alemana resulta todavía más rigurosa que en España, al imponer que se solicite el concurso en el plazo de 3 semanas –en lugar de 2 meses– desde la concurrencia del estado de insolvencia, y el incumplimiento de este deber puede suponer sanciones civiles y penales a los administradores. Se uniría, por tanto, a determinadas moratorias de pagos que podrían imponerse para las empresas de los sectores más afectados, en la línea sugerida por algunos autores.

Finalmente, y aunque no es problema del coronavirus sino del defectuoso



posible que, aunque el deudor sea insolvente por las consecuencias económicas de esta pandemia), el concurso se califique como culpable. Esta **paradójica calificación culpable del concurso por insolvencia fortuita** resultará posible –e incluso frecuente– entre deudores que incumplan determinadas obligaciones contables, como resulta habitual en el caso de los empresarios individuales que, aunque cumplan con todas sus obligaciones fiscales, laborales y administrativas, no lleven un libro diario y un libro de inventarios y cuentas anuales, tal y como, **de manera discutible**, exige la legislación mercantil a todo tipo de empresario, con independencia de su tamaño, actividad, formal social o régimen fiscal (art. 25 CCom). Como será examinado, **creemos que los empresarios que, de buena fe, no cumplan con la legislación vigente deberían estar sujetos a sanciones** (e.g. inhabilitaciones), **si bien, al no ser culpables de su situación de insolvencia, no creemos que su procedimiento de insolvencia deba ser calificado como culpable.**

Como llevamos **manifestando** desde hace varios años, la calificación del concurso es una institución inexistente en las principales legislaciones concursales de nuestro entorno que debería ser suprimida o, en su defecto, profundamente reformada, como consecuencia de varios motivos.

En primer lugar, **puede provocar que deudores que han devenido insolventes por causas fortuitas puedan ser etiquetados como “culpables”** que, además, se asocia razonablemente a “fraudulento”, no sólo por una cuestión terminológica, sino también porque los actuales hechos de concurso culpable engloban algunos supuestos que, con la normativa anterior, tenían la consideración de fraudulentos. Por tanto, **deudores por causas fortuitas pueden acabar etiquetados por el mercado y la sociedad en general como “fraudulentos”.**

En segundo lugar, **el sistema de etiquetado de los deudores** (como paso previo y conforme a la normativa española necesario para la eventual



con ello, eludir responsabilidades, **este diseño oportunista del concurso también perjudicará a un eficiente de la insolvencia**, ya que los administradores no planificarán el concurso teniendo en cuenta la solución más deseable para los acreedores, sino aquella que minimice sus posibles responsabilidades. Y como un convenio no gravoso puede evitarles la calificación del concurso, e incluso un convenio gravoso les evitaría en todo caso la responsabilidad por pasivo insatisfecho (art. 172 bis LC), lógicamente tendrán incentivos a intentar un convenio a toda costa, aunque la empresa sea inviable y, por tanto, debiera ser rápidamente liquidada.

Finalmente, **el sistema de etiquetado de los deudores existente en España contribuye a perpetuar el estigma de la insolvencia**, en perjuicio del emprendimiento, la asunción responsable de riesgos y la solicitud tempestiva del concurso. En consecuencia, no sólo puede ser perjudicial para la actividad económica sino que, además, la demora en la solicitud del concurso puede reducir el grado de satisfacción de los acreedores y la posibilidad de ayudar rápidamente a empresas viables que atraviesen problemas de solvencia, perjudicando de esta manera la función solutoria y reorganizativa del concurso.

No obstante lo anterior, y en la línea expuesta anteriormente, conviene reiterar que **nuestra propuesta de supresión o, en su caso, reforma de la calificación del concurso no significa** –ni mucho menos– **que posibles deudores que no cumplan con la legislación vigente**, o aquellos que agraven o generen la situación de insolvencia de manera dolosa o gravemente culposa, **no se vean sancionados**. De hecho, al contrario, **el sistema que proponemos permitiría castigar a deudores de mala fe, por contar con mejores medios, actualmente pueden escapar de la depuración de responsabilidades prevista en la Ley Concursal. Al mismo tiempo, sin embargo, nuestro sistema permitiría sancionar de manera más justa** (por ejemplo, con inhabilitaciones pero sin etiquetado de culpable) **a deudores que no cumplen con determinadas normas legales pero que han devenido insolventes por causas fortuitas**.



incumpliera con las obligaciones de un usuario cualificado del tráfico mercantil, debería estar sujeta a un sistema de inhabilitaciones que pudieran apartarlo temporalmente del mercado. Finalmente, si un deudor hubiera realizado actos concretos que generaran un daño a los acreedores, debería estar sujeto a un sistema de responsabilidad por daños. Pero **mantener una sección cuyas consecuencias dependen del etiquetado previo del deudor como culpable** (en los casos del art. 164.2 LC, incluso aunque pruebe que la insolvencia se ha generado de manera fortuita) **puede generar varios escenarios indeseables, como el mantenimiento del estigma de la insolvencia, el diseño oportunista del concurso** o, como pudiera ocurrir con posibles deudores afectados por el coronavirus, **el etiquetado como culpable incluso aunque se pruebe que la situación de insolvencia se ha producido por causas fortuitas.**

Por este motivo, esperamos que, dentro de las actividades de creatividad y progreso que, como señalaba Einstein, surgen en épocas de crisis, la situación del coronavirus lleve al legislador español a repensar la normativa de insolvencia y, entre otras **reformas estructurales que necesitaría la Ley Concursal**, decida **abolir la arcaica, difamatoria, ineficiente y potencialmente injusta institución de la calificación del concurso** que **no sólo resulta innecesaria sino también contraproducente para cumplir las funciones asignadas al Derecho concursal.**

(*) El presente post ha sido actualizado a fecha 17 de marzo al objeto de mencionar la reforma alemana del deber de solicitud de concurso, ya que fue anunciada con posterioridad a la elaboración y publicación del presente artículo, y precisamente consiste en una medida similar a la que habíamos propuesto para evitar una avalancha de procedimientos de insolvencia, la responsabilidad de los administradores por no promover de manera tempestiva la solicitud de concurso.



Share



About Aurelio Gurrea Martínez



Aurelio Gurrea Martínez

Aurelio Gurrea Martínez es profesor de gobierno corporativo, regulación financiera y Derecho concursal comparado en la Singapore Management University, así como investigador del programa de sistemas financieros internacionales de la Universidad de Harvard. Es abogado, economista y auditor de cuentas. Doctor en Derecho. Máster en Derecho y Finanzas por la Universidad de Oxford y Máster en Derecho y Estudios Legales Internacionales por la Universidad de Stanford. Sus intereses investigadores se centran en el Derecho de sociedades, el Derecho concursal, el Derecho contable, las finanzas corporativas, la regulación financiera y el Derecho del mercado de valores, con particular énfasis en el impacto que estas normas pueden suponer para el emprendimiento, la innovación, el acceso al crédito, el desarrollo de los mercados de capitales y el crecimiento económico. Es miembro académico del European Corporate Governance Institute, INSOL International y la American Law and Economics Association. Ha sido profesor, investigador y/o ponente en diversas instituciones de Estados Unidos, Reino Unido, América Latina, Asia, y Europa Continental, incluyendo la Universidad de Harvard, la Universidad de Columbia, la Universidad de Stanford y la Universidad de Yale. Asimismo, es profesor del programa de formación para reguladores del mercado de valores que organizan conjuntamente la Universidad de Harvard y la



Management U. ha sido invitado a presentar su trabajo académico en diversas instituciones y organismos internacionales, incluyendo la OCDE, IOSCO, el Departamento del Tesoro en Australia, la Autoridad Monetaria de Singapur, y la Securities and Exchange Commission (SEC) de Estados Unidos. Aurelio es socio fundador de Dictum Abogados, una firma especializada en Derecho de empresarial con oficinas en España y Hong Kong. Ha sido asesor del Ministerio de Justicia en España y, a propuesta del Ministerio de Economía, ha actuado como experto para la evaluación de la normativa de insolvencia y garantías en España en el marco de un programa del Fondo Monetario Internacional. Ha recibido diversos premios y condecoraciones, incluyendo la Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort otorgada por el Ministerio de Justicia en España, la Beca Talentia otorgada por la Junta de Andalucía para la realización de estudios de posgrado en la Universidad de Oxford, el premio al mejor artículo en Derecho y Economía en la Universidad de Stanford, y la Medalla de Plata en Estudios Internacionales de Insolvencia otorgada por el International Insolvency Institute. En 2016, fue nombrado Rising Star of Corporate Governance por la Universidad de Columbia de Nueva York.





- Blog
- Actividades
- Contacto
- Únete al Instituto

RECIBE NUESTRAS NOTICIAS



SÍGUENOS



Copyright Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas © 2018. Todos los derechos reservados. | Aviso Legal

[Quiénes somos](#) [Blog](#) [Actividades](#) [Contacto](#) [Únete al Instituto](#)

