

LA TRAMPA DE LA MORATORIA CONCURSAL

Jordi Ibiza, Asociado Senior. Área de Derecho Procesal y Concursal de BROSETA

Hace poco más de un año, el 14 de marzo de 2020, que en España se decretó el estado de alarma y se ordenó el confinamiento de la población debido a la expansión de la COVID-19, confinamiento que a las pocas semanas se tradujo en la paralización de cerca del 60% de la actividad económica.

Si bien en aquel momento pocos éramos conocedores del alcance exacto que esta crisis sanitaria y económica tendría en nuestras vidas, a la fecha todos somos conscientes de que habrá un antes y un después tras el coronavirus. Y es que, como apuntó Alan Blinder, número dos de la Reserva Federal de Estados Unidos (*El País*, 29 de marzo de 2020), *"estamos ante lo más parecido a un tiempo muerto para la economía, en el que tanto las personas como los negocios necesitan, ante todo, sobrevivir"*.

Es precisamente esta situación extraordinaria desde el punto de vista económico lo que también ha dado lugar a medidas de calado excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. Por razones de extensión no vamos a abordar todas ellas, pero sí que nos detendremos en la suspensión del deber de solicitar concurso que se acordó pocos días después de la declaración de alarma y que recientemente se ha postergado, mediante Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, al 31 de diciembre de este año.

Si acudimos a la Disposición Final Sexta del mencionado Real Decreto-Ley, el cual modifica a su vez el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, se establece que *"hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. El cómputo del plazo de dos meses para solicitar la declaración del concurso previsto en el artículo 5.1 del texto refundido de la Ley Concursal comenzará a contar el día siguiente a dicha fecha"*. Dicho de otro modo, mercantiles insolventes no tendrán la obligación de acogerse al procedimiento concursal hasta pasado el mes de febrero de 2022, siendo que incluso en este momento podrían presentar una comunicación de inicio de negociaciones con acreedores, postergando la solicitud de concurso a julio de 2022.

No obstante, hacer una interpretación literal de lo anterior y

acogerse a la suspensión del deber de solicitud del concurso como una solución a medida para todos los casos podría ser un grave error, atentando incluso en contra de la finalidad de cualquier mercantil: sobrevivir. Sin perjuicio de que no existe una misma solución para todos los supuestos, lo cierto es que mientras en algunos casos esta moratoria concursal podrá beneficiar la viabilidad empresarial –fin pretendido por el legislador–, en otros la misma podrá atentar contra la continuidad de la compañía o de su actividad empresarial así como de la exoneración de responsabilidades para su órgano de administración.

Es por ello que, llegados a este extremo, conviene apuntar que la moratoria concursal no constituye una simple "patada hacia delante" que exonere de cualquier responsabilidad al empresario, que por lo común siempre intentará salvar su negocio a toda costa, incluso mediante un mayor endeudamiento en ocasiones inasumible. Es decir, aunque se haya suspendido el deber de solicitar concurso, los administradores societarios se sujetan a su estatuto jurídico, y en consecuencia a los deberes que se establecen en la Ley de Sociedades de Capital, en especial el deber general de diligencia, deber que exige desempeñar el cargo de administrador con dedicación y profesionalidad al objeto de contribuir al éxito económico de la sociedad, recabando y obteniendo toda la información relevante y significativa antes de la toma de cualquier decisión de buena fe (*"business judgement rule"*).

Ciertamente con anterioridad a la explosión de la pandemia, e incluso en el mismo momento, podríamos decir que la exigencia inmediata de un deber de previsión al administrador societario podía ser complicada. No obstante, ello no obsta a que cada vez más los administradores societarios estén en mejor posición de efectuar un diagnóstico más real que les permita determinar qué actuaciones son sensatas y cuáles pueden ser vistas como negligentes. En un contexto como el actual no siempre va ser sencillo determinar qué gestiones serán razonables y cuáles no, pero sin perjuicio del resultado final de sus decisiones resulta esencial que estas sean tomadas más que nunca con previsiones actualizadas y con la opinión de profesionales que puedan ayudar a adoptar actuaciones lo suficientemente justificadas.

A modo de ejemplo, una demora en la solicitud de concurso de acreedores cuando estamos ante una empresa que carece de viabilidad alguna y que con el paso del tiempo pasa a estar más endeudada y deteriorada, impidiendo soluciones como la venta de la unidad productiva, podría ser reprochable. El legislador nos concede con la moratoria mayor tiempo para solventar problemas de solvencia transitorios, pero no nos exonera de la responsabilidad de tomar decisiones si el factor tiempo no va ser suficiente para superar las dificultades y estamos ante insolvencias irreversibles.

Con independencia de cómo evolucione en los próximos meses la eficacia de las vacunas, y en consecuencia la economía, parece fuera de toda duda que las expectativas económicas para los próximos años no serán nada halagüeñas y que el tejido empresarial sufrirá una destrucción,

debiendo los administradores realizar diagnósticos reales y diferenciar entre empresas viables que están pasando por una crisis de liquidez, de aquellas que poco a poco son conducidas a una defunción inevitable, más agonizante y perjudicial.

No todo es llegar a 31 de diciembre de este año. La cuestión es en qué condiciones.