

CONCURSO CULPABLE Y MORATORIA CONCURSAL

GUILTY BANKRUPTCY AND BANKRUPTCY MORATORIUM

CÉSAR GILO GÓMEZ
Universidad de Salamanca

Recibido: 19/07/2021

Aceptado: 02/08/2021

DOI: 10.14679/1304

Resumen: La situación de excepcionalidad en la que se encuentra sumido nuestro Derecho Concursal a merced de la moratoria aprobada desde el Gobierno en el mes de marzo de 2020 y que mantiene suspendido el deber de solicitar el concurso para aquellos deudores que se encuentran en estado de insolvencia o cercanos a ella, ha generado una falsa apariencia de inmunidad que sólo finalizará una vez se levante el bloqueo legal actualmente existente. Será en ese momento, con la apertura de las correspondientes secciones de calificación de aquellos procedimientos concursales que se declaren, cuando se conozca la posición de los Tribunales de Justicia respecto a la actuación llevada a cabo por los deudores en los 21 meses que va a durar la moratoria.

Palabras claves: Moratoria, Concurso de Acreedores, calificación, deber de solicitar el concurso, deudor.

Abstract: *The situation of exceptionality in which our bankruptcy law is submerged at the mercy of the moratorium approved by the Government in March 2020 and which keeps suspended the duty to request the assistance for those debtors who are in a situation of insolvency or close to insolvency, has generated a false appearance of immunity that will only end once the current legal blockade is lifted. It will be at that time, with the opening of the corresponding qualification sections of those bankruptcy proceedings that are declared, when the position of the Courts of Justice is known with regard to the action taken by debtors in the 21 months that the moratorium will last.*

Keywords: *Moratorium, Bankruptcy, rating, request bankruptcy duty, debtor.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEL DEBER Y DEL DERECHO DE DECLARAR EL CONCURSO. 3. DE LAS CONSECUENCIAS DE NO ACUDIR AL CONCURSO. 4. DE LA SITUACIÓN EXCEPCIONAL INTRODUCIDA POR LAS MORATORIAS. 5. DE LA POSIBILIDAD DE ACUDIR AL CONCURSO VOLUNTARIAMENTE. 6. DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSOS AMPARADOS POR LA MORATORIA CONCURSAL. 7. DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSOS NO AMPARADOS POR LA MORATORIA CONCURSAL. 8. ACTUACIONES FUERA DEL ESCUDO PROTECTOR DE LA MORATORIA 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La moratoria concursal en la que nos encontramos hasta el próximo 31 de diciembre de 2021 y que tiene paralizadas las declaraciones de concursos de miles de empresas en nuestro país, ha traído consigo cierta relajación en los representantes legales de las sociedades que se encuentran actualmente en situación de insolvencia –o muy próximas a ella–. El mencionado escenario ha supuesto una clara relajación del deber de declarar el concurso consignado en el artículo 5 de la normativa concursal, deber que no obstante, se encuentra suspendido hasta el fin de la moratoria.

El presente estudio afronta precisamente este extremo: intentar despejar dudas respecto a la calificación de los concursos de acreedores cuyas secciones de calificación se abran una vez finalice el bloqueo concursal.

2. DEL DEBER Y DEL DERECHO DE DECLARAR EL CONCURSO

El artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal –en adelante TRLC– establece expresamente la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso en los 2 meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia.

De igual forma y como corolario de lo anterior, el artículo 13 TRLC prevé la posibilidad de que los acreedores del deudor insten la declaración de concurso del mismo cuando se den los presupuestos legales para ello.

Nos encontramos de esta forma ante una exigencia legal para el deudor y un derecho para los acreedores con los que el legislador concursal ha buscado el objetivo de que todos aquellos patrimonios en estado de insolvencia acudan al procedimiento concursal cuanto antes en aras de tratar de salvar el tejido empresarial o en su defecto, maximizar el interés de los acreedores en cobrar sus créditos.

Sin embargo y como veremos a continuación, el mencionado deber se encuentra suspendido desde el pasado 17 de marzo de 2020 como una de las medidas urgentes adoptadas por el Gobierno Español ante la situación generada por la pandemia provocada por el COVID-19¹.

Consecuentemente, el derecho de los acreedores a instar el concurso de su deudor ha quedado igualmente en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2021.

3. DE LAS CONSECUENCIAS DE NO ACUDIR AL CONCURSO

El incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración judicial de insolvencia tiene para el deudor como resultado la consecuencia más gravosa posible: la

1 El objetivo de esta decisión gubernativa ha sido evitar que miles de empresas se vieran obligadas a declararse en concurso de acreedores por encontrarse en insolvencia o en riesgo de insolvencia como consecuencia directa de la situación coyuntural provocada por la crisis sanitaria.

presunción de culpabilidad del concurso a tenor del artículo 444.1º TRLC. Ello se traduce en que la Sentencia de calificación que se dicte en el seno del procedimiento contendrá como pronunciamiento unido a la calificación culpable del concurso, la inhabilitación de aquellas personas naturales implicadas para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años (455.2.2º TRLC)².

Llegados a este punto, es evidente que en las secciones de calificación que se abran en el futuro, el incumplimiento del deber legal de acudir al concurso no será tenido en cuenta como presunción de culpabilidad en el periodo abarcado por la moratoria concursal, puesto que a día de hoy no constituye una conducta exigible al deudor.

Sin embargo, hecho distinto es que en sede de calificación pudiera demostrarse que ha existido dolo o culpa grave del deudor en su conducta de no acudir al concurso, provocando la generación o agravación de la insolvencia, situación que la Ley prevé expresamente y que conlleva la declaración culpable del concurso conforme al artículo 442 TRLC.

De esta forma, la importancia estará en determinar la concurrencia o no del nexo causal entre la acción dolosa o culposa –grave en este último caso– del deudor y la generación o agravación del estado de la insolvencia que ello provoque, con independencia de si ésta ha venido de la mano de la falta de acudir al concurso o de otra actuación.

No obstante y como veremos más adelante, se espera que los Tribunales no sean especialmente severos cuando las consecuencias perjudiciales provocadas por el deudor procedan básicamente de no haber acudido al concurso, al no haber existido obligación para ello durante el periodo de tiempo de vigencia de la moratoria concursal y con independencia de que con esta actuación se haya generado o agravado la propia insolvencia.

4. DE LA SITUACIÓN EXCEPCIONAL INTRODUCIDA POR LAS MORATORIAS

Por efecto de la situación pandémica que estamos viviendo, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 estableció en su artículo 43 la inexigibilidad del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración

2 Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 455.2.1º TRLC, el ámbito temporal de actuación respecto a las personas afectadas por la calificación se circunscribe a los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Ello ha llevado a autores como el magistrado GARNICA MARTÍN a advertir que sería necesario que la normativa de emergencia hubiera venido acompañada igualmente de una suspensión de este plazo para evitar que el mismo transcurra desde la suspensión del deber legal de acudir al concurso hasta que el concurso sea finalmente declarado, teniendo en cuenta la avalancha que se espera en los Juzgados Mercantiles (*vid.* GARNICA MARTÍN, J.F., “La sentencia de calificación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, 2020, pp. 37-48).

de concurso. De esta forma, el deber consignado en el artículo 5 (en ese momento, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante LC–) quedaba sin efecto, no pudiéndosele consecuentemente obligar al deudor a partir de ese instante a acudir al concurso aunque se dieran los presupuestos necesarios para ello.

Igualmente, el referido precepto recogió la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores, viéndose de esta forma éstos también relegados al bloqueo.

La mencionada situación se ha mantenido hasta el día de hoy en virtud de las continuas prórrogas que el legislador ha ido introduciendo para mantener esta excepción mediante la publicación de sucesivos Reales Decretos: Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria y el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, vigente actualmente y que mantiene esta excepción al menos hasta el 31 de diciembre de 2021.

No obstante lo expuesto, debe puntualizarse que la legislación de emergencia no ha supuesto la eliminación de la responsabilidad del deudor ni de los administradores sociales, continuando de esta forma el deber de diligencia exigible completamente vigente. De este modo, el artículo 442 TRLC se ha mantenido inalterado, precepto que, como se ha expuesto con anterioridad, deja claro que si el deudor ha generado o agravado su insolvencia en una actuación con dolo o culpa grave, el concurso debe ser declarado culpable³.

De este modo, lo único que ha quedado en suspenso es la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso consignada en el artículo 444.1º TRLC, no el resto de presunciones ni deberes de diligencia, lo que exige de los administradores de las sociedades el mantenimiento del nivel de diligencia requerido normativamente.

5. DE LA POSIBILIDAD DE ACUDIR AL CONCURSO VOLUNTARIAMENTE

El contenido de las moratorias aprobadas ha buscado principalmente bloquear que los acreedores pudieran obligar al deudor a acudir al Juzgado mediante un con-

3 Es interesante la reflexión efectuada por BLANCO SARALEGUI al preguntarse si el deudor blindado por la moratoria que agrava su situación de insolvencia al no acudir al concurso y que contrata en esta situación merecería algún tipo de reproche penal (*vid.* BLANCO SARALEGUI, J.M., “Daños colaterales de la moratoria concursal”, *LA LEY mercantil*, n.º 79, 2021, p. 112). Desde aquí entendemos que todas aquellas situaciones en las que el deudor o los administradores de una sociedad realizan conductas como la solicitud de créditos bonificados o compras a crédito a sabiendas de que no van a poder hacer frente dada la inminencia de la declaración de su insolvencia bloqueada por la moratoria concursal, pueden ser algunas de las excepciones a la amnistía general que se espera en las secciones de calificación una vez se levante la moratoria concursal.

curso necesario. De esta forma, se conseguiría dar aire a la sociedad en peligro de insolvencia, suponiendo que este estado se había originado como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19 y por lo tanto, finalizaría cuando la situación pandémica terminase o al menos estuviera controlada.

El legislador preveía así evitar la irremediable avalancha de concursos que necesariamente se producirían a consecuencia de la crisis económica originada por la crisis sanitaria, la cual ha colocado a empresas solventes en situaciones de insolvencia provocadas única y exclusivamente por la paralización económica fortuita suscitada de la situación de emergencia sanitaria.

Sin embargo, es lo cierto que a pesar de que el deber de acudir al concurso se encuentra suspendido, todo deudor tiene el derecho de acudir a él en caso de encontrarse en estado de insolvencia o muy próximo a la misma. Incluso ejercitar este derecho –que no “deber” hasta el 31 de diciembre de 2021– podría considerarse un acto concurrente con la diligencia exigible para los administradores sociales consignada en el artículo 225 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, la normativa de excepción es clara, siendo previsible que como manifestación de seguridad jurídica los Tribunales rechacen cualquier tipo de responsabilidad que tenga relación con el reproche a los deudores por no haber acudido al concurso voluntario a pesar de conocer la situación de insolvencia y su agravamiento por no hacerlo. Los Reales Decretos aprobados no han establecido excepción alguna: no existe deber de acudir al concurso, aunque la necesidad de hacerlo fuera no sólo recomendable, sino prioritaria.

6. DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSOS AMPARADOS POR LA MORATORIA CONCURSAL

Llegados a este punto, afrontamos el estudio de la calificación que deben recibir aquellos concursos que sean declarados a partir del 1 de enero de 2022.

Para ello debemos acudir al Título X del Libro Primero del TRLC en cuyos artículos 442 y siguientes se establece cuando se calificará como culpable el concurso.

En este sentido, es el propio artículo 442 TRLC el que contiene el presupuesto general para la calificación del concurso como culpable, señalando que el concurso se calificará de este modo *cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor*.

Ello deja a criterio del Juzgador la posibilidad de declarar como culpable aquel concurso en el que el comportamiento del deudor haya supuesto la generación de la propia insolvencia o la agravación de la misma. En este sentido, será el Juzgador el que analizará si han existido acciones dolosas o culposas –graves en este último caso– del deudor que hayan generado su situación de insolvencia o agravado la misma.

Esto nos conecta necesariamente con la circunstancia objeto de análisis del presente estudio, es decir, si la actuación de aquel deudor de no acudir al procedimiento

concurzal en estado de insolvencia, amparado por la normativa que excepciona la mencionada obligación y que provoca con ello un agravamiento de la referida insolvencia, puede o no ser merecedora de reproche mediante la calificación como culpable del concurso y con las consecuencias inherentes a esta declaración.

Para ello debe partirse de que el TRLC prevé como una de las presunciones de culpabilidad del concurso el hecho de no haber cumplido con el deber legal de solicitar el mismo. Sin embargo, la mencionada presunción de culpabilidad queda evidentemente anulada mientras haya estado vigente la moratoria concurzal, puesto que este deber se ha mantenido en suspenso durante todo este tiempo.

Sin embargo, no debe confundirse la pérdida de vigencia de esta presunción con el decaimiento de todo el sistema de responsabilidad que se anuda a la situación de insolvencia. En este sentido, si la conducta del deudor puede encajarse dentro del supuesto típico reflejado en el artículo 442 TRLC, realizando hechos dolosos o con culpa grave que, con independencia de no haber acudido al concurso –al no existir el deber de hacerlo–, hayan provocado la generación de la insolvencia o la agravación de la misma, el concurso deberá ser calificado como culpable⁴.

Por esta razón, entendemos que en sede de calificación del concurso, la moratoria concurzal sólo servirá para eliminar una de las presunciones *iuris tantum* de culpabilidad del concurso contenidas en el artículo 444 TRLC, concretamente la primera –haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso– manteniéndose vigente el resto de presunciones.

7. DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CONCURSOS NO AMPARADOS POR LA MORATORIA CONCURSAL

Existe una circunstancia no contemplada expresamente y son aquellas situaciones de insolvencia provocadas antes de la entrada en vigor de la primera moratoria concurzal pero cuya necesidad de acudir al concurso se ha manifestado una vez ha sido aprobada legalmente la inexigibilidad del deber de acudir al mismo.

Ciertamente sería entendible la postura del Ministerio Fiscal que en sede de calificación del concurso solicitase la declaración como culpable del concurso por la actuación del deudor de no acudir al mismo a pesar de la concurrencia de los requisitos para hacerlo y sobre todo de la situación de insolvencia manifestada antes de la instauración de la moratoria.

No obstante y a pesar de la existencia de casos concretos que explicarían la calificación del concurso como culpable, tampoco se espera que los Tribunales castiguen actuaciones que, si bien surgieron antes de la moratoria concurzal, se han visto refrendadas por la misma al carecer de exigencia legal la necesidad de acudir al con-

4 Debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 456 TRLC, la Sentencia de calificación también podría condenar a la cobertura total o parcial del déficit a todos aquellos que hubieran efectuado conductas que hubieran llevado a la calificación del concurso como culpable generando o agravando su insolvencia.

curso, por mucho que en la mayoría de las ocasiones el hecho de haber acudido al concurso tempestivamente pudiese haber paliado gran parte de los problemas en los que se encuentre sumido el deudor⁵.

8. ACTUACIONES FUERA DEL ESCUDO PROTECTOR DE LA MORATORIA

Conforme al *iter* que hemos venido marcando, deben destacarse aquellas situaciones en las que entendemos que la actuación del deudor no podrá ser amparada en ningún caso por la moratoria concursal. Centramos estas actuaciones en todas aquellas conductas fraudulentas del deudor que, conociendo la inexigibilidad de acudir al concurso por ministerio de la Ley, han seguido actuando dolosamente incurriendo en créditos que sabían que no podrían devolver o efectuando operaciones cuya contrapartida eran plenamente conocedores que no podrían cumplir.

Todas estas situaciones deben llevar necesariamente a declarar el concurso como culpable.

9. CONCLUSIONES

Existe la creencia generalizada de que la moratoria concursal ha supuesto una completa exoneración de la actuación del deudor mientras dure la situación de bloqueo de las declaraciones de concursos en nuestro país. Con ello, se olvida así el objetivo de la moratoria que no es otro que proporcionar un escudo a las empresas que se hayan colocado en estado de insolvencia como consecuencia de la pandemia para poder buscar de esta forma soluciones que eviten que las sociedades desaparezcan por este concreto motivo.

Sin embargo y como se ha expuesto en el presente estudio, el deber de declarar el concurso es tan solo una de las presunciones legales que pudiera llevar a la declaración del concurso como culpable, pero ni mucho menos es la única. Ello conlleva consecuentemente que todos aquellos deudores que han actuado bajo la creencia de que su conducta estaba completamente exonerada durante todo este tiempo, puedan ver como sus concursos son declarados como culpables a pesar del escudo protector actualmente vigente.

De esta forma, cualquier acción que pueda incardinarse en los supuestos previstos en los artículos 442 y siguientes TRLC, podrán llevar a la calificación culpable del concurso.

5 *Vid.* en otro sentido MARTÍNEZ SANZ, F., “Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, pp. 89-100, quien insiste en que es muy discutible que como consecuencia de las moratorias el deudor quede “sanado” de los posibles retrasos en la declaración de concurso, ya que si hubiera cumplido con su deber en su momento (antes del Estado de Alarma) a buen seguro no se habría incrementado la insolvencia.

Por todo lo expuesto, no parece aventurado decir que, a partir del 31 de diciembre de 2021, las discusiones en fase de calificación de concurso van a centrarse en el extremo de determinar si la actuación consciente y deliberada del deudor de no acudir al concurso y que ha generado o agravado la insolvencia merece o no la calificación del concurso como culpable.

La aplicación estricta de la Ley da una respuesta positiva a referida pregunta, ya que la presunción *iure et de iure* de culpabilidad del concurso cuando hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor en su insolvencia sigue vigente. Sin embargo, puede esperarse que los Tribunales no cumplan con el aforismo latino *Dura lex, sed lex* y entiendan que, dado que el deber legal de acudir al concurso no se encontraba vigente durante el plazo de duración de la moratoria, no puede reprocharse al deudor los efectos perjudiciales provocados única y exclusivamente por no cumplir con mencionado deber, aunque con ello se haya provocado la generación o el agravamiento de la situación de insolvencia.

Todo ello eso sí, teniendo en cuenta aquellas situaciones en las que se demuestre una actitud fraudulenta o maliciosa del deudor o de los administradores de la sociedad en agravar la insolvencia, escenarios en los que no se espera que los Tribunales sean tan benevolentes.

10. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO SARALEGUI, J.M., «Daños colaterales de la moratoria concursal», *LA LEY mercantil*, n.º 79, 2021, p. 112.
- GARNICA MARTÍN, J.F., «La sentencia de calificación», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, 2020, pp. 37-48.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, pp. 89-100.