



**martínez-echevarría
& rivera** abogados
ESPAÑA · PORTUGAL

GESTIÓN DE LAS EMPRESAS EN CRISIS

INSOLVENCIA Y PRECONCURSO

CRISIS EMPRESARIAL. DECISIONES A ADOPTAR. RIESGOS

¿Qué es la crisis empresarial? ¿Cuándo se entiende que la empresa está en crisis?

Ley Concursal

Art. 2.1: La declaración de concurso procede cuando el deudor es **INSOLVENTE**

Art. 2.3: Se encuentra en estado de **insolvencia actual** el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles

Se encuentra en estado de **insolvencia inminente** el deudor que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones

Te encuentras en situación de insolvencia cuando no tienes patrimonio suficiente para cumplir con tus obligaciones y con las deudas generadas

INSOLVENCIA = INCAPACIDAD DE PAGO

FIGURAS CERCANAS O AFINES A LA INSOLVENCIA

Insolvencia como situación de incumplimiento contractual

Definida en contratos de financiación, etc. como un supuesto de hecho vinculado al incumplimiento.

Podrá coincidir o no con la insolvencia concursal, en función de cómo se haya definido contractualmente el evento que configura la situación de insolvencia.

Artículo 156 Ley Concursal: “Principio general de vigencia de los contratos”. La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

FIGURAS CERCANAS O AFINES A LA INSOLVENCIA

Desequilibrio patrimonial/desbalance

Artículo 363.1 Ley Sociedades Capital. La sociedad de capital deberá disolverse:

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso

Desequilibrio patrimonial e insolvencia son criterios no necesariamente coincidentes:

Sociedad con fondos propios negativos, puede tener liquidez suficiente al tener acceso a financiación, o porque sus obligaciones no son exigibles en el corto plazo

Sociedad con fondos propios abundantes puede no tener liquidez, pues su tesorería está agotada o porque su pasivo a corto plazo es superior a sus activos realizables



PASIVO		2020
A) PATRIMONIO NETO		139.711,08
A-1) Fondos propios		139.711,08
I. Capital		2.316.628,50
1. Capital escriturado		2.316.628,50
100	CAPITAL SOCIAL	2.316.628,50
1000	CAPITAL SOCIAL	2.316.628,50
1000001	CAPITAL SOCIAL	2.316.628,50
V. Resultados de ejercicios anteriores		-2.220.577,35
2. (Resultados negativos de ejerc. ant.)		-2.220.577,35
121	RDOS NEGATIVOS EJS. ANTERIORES	-2.220.577,35
1210	RDOS NEGATIVOS EJS. ANTERIORES	-2.220.577,35
1210005	PERDIDAS AÑOS ANTERIORES A 200	-1.908,34
1210006	PERDIDAS AÑO 2006	-604,25
1210008	PERDIDAS AÑO 2008	-16.367,63
1210009	PERDIDAS AÑO 2009	-34.652,69
1210010	PÉRDIDAS AÑO 2010	-27.322,27
1210011	PERDIDAS AÑO 2011	-22.080,95
1210012	PERDIDAS AÑO 2012	-272.031,01
1210013	PERDIDAS AÑO 2013	-501.272,43
1210014	PERDIDAS AÑO 2014	-296.066,35
1210015	PERDIDAS AÑO 2015	-151.043,86
1210016	PERDIDAS AÑO 2016	-243.864,34

BALANCE DE SITUACION

Empresa	[REDACTED]	Fecha	24-10-11
Condiciones	PERIODO : 01-01-10 / 31-12-10; PERIODO N-1 : 01-01-09 / 31-12-09 [REDACTED] (Importes en Euros)	EMPRESA N-1 : B2 -	[REDACTED]

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	EJERCICIO 10	EJERCICIO 09
A) PATRIMONIO NETO	63.436,66	91.855,85
A-1) Fondos propios	63.436,66	91.855,85
I. Capital	130.000,00	130.000,00
1. Capital escriturado	130.000,00	130.000,00
100. Capital social	130.000,00	130.000,00
V. Resultados de ejercicios anteriores	-38.144,15	- 438.646,79
1. Remanente	400.502,64	0,00
120. Remanente	400.502,64	0,00
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)	- 438.646,79	- 438.646,79
121. Resultados negativos de ejercicios anteriores	- 438.646,79	- 438.646,79
VII. Resultado del ejercicio	-28.419,19	400.502,64
129. Resultado del ejercicio	-28.419,19	400.502,64
B) PASIVO NO CORRIENTE	55.373,71	58.699,47
II. Deudas a largo plazo	55.373,71	58.699,47
5. Otros pasivos financieros	55.373,71	58.699,47
185. Depósitos recibidos a largo plazo	55.373,71	58.699,47

SITUACIONES A CONSIDERAR POR LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Existencia de **causa de disolución sin insolvencia**

Pérdidas que dejen reducido el patrimonio por debajo de la mitad del capital social, sin que exista insolvencia:

El administrador deberá convocar la junta para que acuerde la disolución, o la remoción de la causa legal de disolución.

Una vez acordada la disolución puede aparecer la insolvencia, lo que obligaría a la solicitud de concurso

SITUACIONES A CONSIDERAR POR LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Existencia de **causa de disolución con insolvencia**

En el caso de que coincidan las pérdidas agravadas con la situación de insolvencia, los administradores deberán solicitar el concurso. Podríamos distinguir entre:

(i) Causa de **disolución por pérdidas con insolvencia actual**: La solución de convocar junta para discutir la disolución y simultáneamente solicitar el concurso no resulta operativa, supondría alargar innecesariamente los plazos, y principalmente: el concurso opera una excepción a la disolución de la sociedad de forma que, una vez declarado, cesa la responsabilidad de los administradores.

SITUACIONES A CONSIDERAR POR LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

(ii) Causa de disolución por pérdidas con **insolvencia inminente**: En tal caso sí podría valorarse cohonestar ambos regímenes, de forma que los administradores decidirían si solicitan la declaración de concurso (lo que interrumpe el ejercicio de acciones de responsabilidad) o bien convocan la junta para que en el plazo de dos meses acuerde la disolución o remueva la causa de disolución.

Si en el transcurso del procedimiento la insolvencia deviene actual, los administradores vendrían obligados a solicitar la declaración de concurso sin necesidad de esperar al resultado de la junta

RIESGOS Y CONSECUENCIAS

En caso de **desequilibrio patrimonial/causa legal de disolución**

Artículo 367 LSC. Responsabilidad solidaria de los administradores.

1. **Responderán solidariamente** de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución **los administradores** que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución

2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior

RIESGOS Y CONSECUENCIAS

En caso de **insolvencia**

Calificación del concurso: El concurso se calificará como **fortuito** o como **culpable**

Concurso culpable [...] cuando en la **generación o agravación del estado de insolvencia** hubiera mediado **dolo o culpa grave** del deudor o, [...] en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores

Supuestos especiales. En todo caso, el concurso se calificará como culpable en los siguientes supuestos: alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores, dificultar embargos o ejecuciones, enajenación fraudulentamente del patrimonio del deudor, simulación de situación patrimonial, incumplimiento en la llevanza de contabilidad, etc.

Presunciones de culpabilidad. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.º **Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.** 3.º Si, en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente.

RIESGOS Y CONSECUENCIAS

Consecuencias de la culpabilidad en el concurso

1. Inhabilitación para administrar bienes ajenos
2. Pérdida de derechos como acreedores concursales
3. Condena a devolver los bienes y derechos indebidamente recibidos del patrimonio del deudor o de la masa activa
4. Condena a indemnizar los daños y perjuicios
5. Condena a la cobertura del déficit (el valor de los bienes y derechos de la masa activa vs la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores)

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

Plazos legales

- En caso de **desequilibrio patrimonial/causa legal de disolución** (Arts. 363, 367 LSC)

DOS MESES – Desde que conocieron o debieron de conocer la situación de insolvencia –
CONVOCAR JUNTA GENERAL: Disolución o la remoción de la causa de disolución
(aumento o reducción de capital, etc.)

DOS MESES – Desde la fecha prevista para la junta/celebración junta que no acuerde la
disolución – SOLICITAR DISOLUCIÓN JUDICIAL/CONCURSO

- En caso de **insolvencia** (Art. 5 LC)

DOS MESES – Desde la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de
insolvencia – SOLICITAR DECLARACIÓN CONCURSO

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

Excepciones COVID-19

- En caso de **desequilibrio patrimonial/causa legal de disolución**

Ley 3/2020 de 18 de septiembre; **art. 13.- Suspensión de la causa de disolución por pérdidas**

“A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.”

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

Excepciones COVID-19

- En caso de **desequilibrio patrimonial/causa legal de disolución**
- Si la sociedad ya estaba incurso en causa de disolución por pérdidas del ejercicio 2019, persiste el deber legal del administrador de convocar junta general para disolver o enervar la causa de disolución
- Al cierre del ejercicio 2021, las pérdidas de 2020 no desaparecerían del balance. Es decir, si en el ejercicio 2021 los beneficios han permitido compensar las pérdidas de 2020, la sociedad seguirá adelante; en caso contrario, los administradores deberán proceder a su disolución o tratar de corregir la causa de disolución.

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

Excepciones COVID-19

En caso de insolvencia

Ley 3/2020 de 18 de septiembre; **Artículo 6. Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores** (modificada el 12/03/21)

- 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. 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.
- Hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020. Si hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive, el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, ésta se admitirá a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

- Si hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de re-financiación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley. No obstante, en ese supuesto, el deudor no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación.

Razones:

- Atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría aplicar las normas generales en la actual situación
- Permitir a las empresas ganar tiempo para reestructurar su deuda, conseguir liquidez y reducir pérdidas

PLAZOS PARA ACTUAR Y COVID-19

¿Deben agotarse los plazos?

La legislación de emergencia ha venido a ampliar los plazos con el objetivo de poder valorar la situación económica de la compañía, y el origen y causas de un posible desequilibrio patrimonial

Sería deseable emplear ese tiempo en realizar un diagnóstico de la situación financiera y en elaborar un plan de recuperación que corrija la situación

La actual legislación no impide la declaración voluntaria de concurso si se considera que durante ese plazo no se va a conseguir revertir la situación

PRECONCURSO

Proceso iniciado por el propio deudor, en estado de insolvencia, que comunica al juzgado la apertura de negociaciones con sus acreedores para:

- (i) obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio
- (ii) alcanzar un acuerdo de refinanciación
- (iii) alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos

Si el deudor se encuentra en insolvencia actual, la comunicación deberá hacerse antes de que cumpla el plazo obligatorio para solicitar el concurso

EFFECTOS DEL PRECONCURSO

Sobre los créditos a plazos – no producirá por si sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados

Sobre las garantías personales – no impedirá que el acreedor pueda hacer efectiva la garantía personal de un tercero si el crédito garantizado estuviese vencido

EFECTOS DEL PRECONCURSO

Sobre las acciones y procedimientos ejecutivos

- 1.- Hasta transcurridos 3 meses desde la presentación de la comunicación de apertura negociaciones, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos del patrimonio del deudor necesarios para la continuidad de la actividad profesional/empresarial
2. Las ejecuciones sobre tales bienes que estuvieran en tramitación se suspenderán
3. Se suspenderán las ejecuciones de cualesquiera otros bienes promovidas por acreedores financieros si se acredita que el 51% del pasivo financiero ha apoyado la apertura de negociaciones.
4. Los acreedores con garantía real podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiese constituido dicha garantía. Si dichos bienes o derechos fueran necesarios para la actividad empresarial o profesional, una vez iniciado el procedimiento se suspenderá hasta transcurridos TRES MESES desde la presentación de la comunicación
5. Las ejecuciones de créditos de derecho público podrán continuar

EFFECTOS DEL PRECONCURSO

Suspensión de las ejecuciones en tramitación sobre los bienes y derechos antes citados

Las ejecuciones se iniciarán o se reanudarán si (i) el juez considera que los bienes o derechos no son necesarios para la actividad profesional/empresarial, o (ii) transcurridos TRES MESES desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores (DOS MESES si es persona natural no empresario)

EFECTOS DEL PRECONCURSO

Sobre las solicitudes de concurso por terceros distintos del deudor

- 1.- Las presentadas antes de la comunicación seguirán su trámite
- 2.- Las presentadas después de la comunicación no se admitirán a trámite mientras no transcurran TRES MESES desde la comunicación (DOS MESES si es persona natural no empresario)
- 3.- Las que se presenten expirado ese plazo se proveerán cuando haya vencido el plazo de UN MES hábil sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso

EFECTOS DEL PRECONCURSO

Separación por falta de distribución de dividendos (art. 348.bis.5)

Salvo disposición contraria de los estatutos

Transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad

Socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos

Derecho de separación

Acuerdo para la distribución como dividendo de, al menos, el 25% de los beneficios obtenidos

Siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso *la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación* o para obtener *adhesiones a una propuesta anticipada de convenio*, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la *apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos*.



**martínez-echevarría
& rivera** abogados
ESPAÑA · PORTUGAL

GESTIÓN DE LAS EMPRESAS EN CRISIS INSOLVENCIA Y PRECONCURSO

EFECTOS DEL PRECONCURSO

Validez temporal del precurso

El deudor que en TRES MESES desde la comunicación al juzgado (DOS MESES si es persona natural no empresario) no ha alcanzado acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio

Debe solicitar el concurso en el plazo de UN MES si se encuentra en insolvencia actual

Preconcurso y plazos COVID-19

Ley 3/2020 de 18 de septiembre. *Art. 6.- Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores*

1. 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.

3. Si hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive el deudor hubiera comunicado 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, **se estará al régimen general establecido por la ley**. No obstante, en ese supuesto, **el deudor no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación**.

- Se mantiene la administración y gestión de la empresa por sus gestores habituales, sin control o intervención externa. No interviene administración concursal
- Durante el periodo que dura el precurso, los acreedores no pueden instar el concurso necesario de la empresa
- Se suspenderán - las ya iniciadas y en tramitación- o se inadmitirán las ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, o incluso sobre cualesquiera otros bienes cuando sean promovidas por acreedores financieros si se acredita que el 51% del pasivo financiero ha apoyado la apertura de negociaciones
- Prepara el concurso de acreedores negociando una propuesta anticipada de convenio con los acreedores, que acorte y simplifique el concurso.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y RIVERA ABOGADOS

CENTRO DE NEGOCIOS PUERTA DE BANÚS

BLOQUE D, 1ª PLANTA

NUEVA ANDALUCÍA

MARBELLA – MÁLAGA

TÉL. 952 765 000

JORGE DE GORRÍA

jorge.degorria@martinezechevarria.com