

## **“COVID-19 y las modificaciones al derecho concursal en Alemania”**

por Norbert Lösing

### **I. Introducción**

Uno de los drásticos efectos colaterales que trae de la mano la pandemia provocada por el COVID-19, es sin duda, la gran crisis económica que genera en todo el mundo. También en Alemania, no sólo la vida pública, sino gran parte de los sectores económicos y privados han visto interrumpidas sus actividades. Empresas han tenido que cerrar por órdenes basadas en la legislación de protección contra infecciones (IFSG = Infektionsschutzgesetz). Para algunos sectores, como por ejemplo la gastronomía y el turismo, la actividad se ha reducido prácticamente a cero. Empresarios, empleados, trabajadores y profesionales autónomos pierden sus fuentes de ingreso y dependen de ayudas estatales.

### **II. Ley de Insolvencia COVID-19**

Con fecha 27 de marzo de 2020, el Parlamento alemán aprobó una ley para mitigar las consecuencias de la pandemia COVID-19 en el derecho civil, de insolvencia y de procedimientos penales (COVInsAG = Ley de Insolvencia COVID-19), que tiene por objeto proteger a las empresas que atraviesan dificultades financieras como consecuencia de la pandemia. La Ley fue aprobada por el Consejo Federal el 27 de marzo de 2020 y entró en vigor cuando fue ejecutada por el Presidente Federal y promulgada en el Boletín Oficial Federal el mismo día. El Art. 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 tiene efecto retroactivo al 1 de marzo de 2020. En dicho Art. 1 se encuentran los aspectos relevantes en relación al derecho concursal.

## 1. Suspensión temporal de la obligación de solicitar la insolvencia

La Ley de Insolvencia COVID-19 prevé en su Art. 1 la suspensión temporal tanto de la obligación legal del deudor de declararse insolvente (§ 1) como del derecho del acreedor a solicitar la insolvencia por razones que se produjeron después del 1 de marzo de 2020 (§ 3).

### a. Suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia

El Art. 1 § 1 de la Ley suspende la obligación de presentar una petición de insolvencia de conformidad con el § 15a InsO (Insolvenzordnung = Estatuto de Insolvencia) y el § 42 párrafo 2 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch = Código Civil) hasta el 30 de septiembre de 2020, suspensión prorogable hasta el 31 de marzo de 2021 por decisión del Ministerio de Justicia y Protección del Consumidor, apoderado para ello en el Art. 1 § 4 de la Ley de Insolvencia COVID-19.

Esto tiene relevancia conforme al § 15a InsO tanto para las distintas formas nacionales de sociedades (GmbH, AG, Genossenschaft, GmbH & Co KG = Sociedades Limitada, Sociedades Anónima, Sociedad Cooperativa, Sociedad Limitada de Comanditistas) como para las formas europeas que encuentran sus fundamentos en disposiciones nacionales correspondientes (Sociedad Europea, Sociedad Cooperativa Europea y la Agrupación Europea de Interés Económico).

Aunque el legislador sólo hace referencia a la suspensión de las obligaciones del “gestor” en la exposición de motivos a la Ley de Insolvencia COVID-19, la idea de la regulación es que se suspenda la obligación de todas aquellas personas y de todos aquellos órganos mencionados en el § 15a InsO, incluyendo, por ejemplo, también a los socios de una sociedad limitada (GmbH), que en caso contrario estarían sometidos a una responsabilidad penal y personal por dejar vencer el plazo regular de tres semanas a partir de la situación de incapacidad de pago o de endeudamiento en exceso para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Por la referencia al § 42 párrafo 2 BGB la suspensión se aplica también a la obligación de los consejos de administración de asociaciones y otras entidades jurídicas, como, por ejemplo, fundaciones.

La Ley de Insolvencia COVID-19 aplica un concepto distinto al que regía hasta la fecha. El § 15a InsO prevé una estricta vinculación entre la obligación de solicitar la insolvencia y el momento en el cual se presentan las causas de la insolvencia (incapacidad de pago o endeudamiento excesivo). La solicitud en dichos casos se debe presentar sin demora indebida, a más tardar tres semanas después de que se haya producido la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento. La nueva Ley en un principio desvincula el día en el cual se presentan las causales de la insolvencia de la obligación de presentar la solicitud por el hecho de sustituir el plazo por una fecha específica en la cual se reinicia la obligación suspendida, en concreto el 1 de octubre de 2020 (o el 31 de marzo de 2021 en caso de prórroga).

## **b. Exigencias para que se aplique la suspensión**

Para que se haga efectiva la suspensión de la obligación, la Ley de Insolvencia COVID-19 exige que las causales de la insolvencia se deban a los efectos de la pandemia. Adicionalmente es necesario determinar que haya perspectivas para eliminar la causal de incapacidad de pago.

### **aa. Presunción de causalidad**

Si un deudor no se encontraba en situación de incapacidad de pago el 31 de diciembre de 2019, se presume que el surgimiento de esta causal de insolvencia en algún momento posterior se debe a los efectos de la pandemia COVID-19 y que existe una perspectiva de eliminar dicha causal y recuperar la capacidad de pago. Con esta presunción prevista en la nueva Ley el legislador alemán acepta consciente e intencionadamente que empresas “insolventes” puedan seguir participando en el mercado y continuar con sus operaciones

comerciales durante un periodo de más de un año, si se tiene en cuenta la regla de presunción a partir del 1 de enero de 2020 hasta la fecha máxima en caso de prórroga hasta el 31 de marzo de 2021.

Una presunción puede ser refutada. Esto genera una cierta inseguridad en relación a la suspensión efectiva de la obligación de presentar la solicitud de insolvencia y se convertirá en un foco de atención de la auditoría del administrador de la insolvencia. Si la causa de la insolvencia no se debe a los efectos de la pandemia COVID-19, no se aplicará la suspensión de conformidad al Art. 1 § 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 y el sistema regulador del § 15a InsO sigue vigente.

## **bb. Elementos de soporte de la presunción**

Las causales de la insolvencia no se deben a los efectos de la pandemia si se puede excluir por se una conexión entre la pandemia y la insolvencia. A menudo una crisis no se desencadena por una sola circunstancia, sino que es el resultado de un conjunto de elementos. Por ello la nueva Ley pretende ayudar a los responsables mencionados en el § 15a InsO al crear la presunción de causalidad. Es suficiente para la aplicación de la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia si los efectos de la pandemia contribuyen de alguna manera a las causales de la insolvencia. Esto puede ser, por ejemplo, si se dispuso un cierre oficial (temporal, total o parcial) de la empresa, si hubo prohibiciones de realizar cierto tipo de operaciones comerciales, si hubo órdenes de cumplimiento de la cuarentena para importantes miembros o trabajadores de una empresa, si se interrumpieron las cadenas de suministro por causa de la pandemia, o razones similares.

## **cc. Perspectiva de solvencia**

La Ley de Insolvencia COVID-19 exige una perspectiva de solvencia para justificar la suspensión de la obligación prevista en § 15a InsO. Esta

perspectiva de solvencia difiere del pronóstico de continuación previsto en el § 19 InsO. según esta norma existe un sobreendeudamiento, si los activos del deudor ya no cubren el pasivo existente, a menos que la continuación de la empresa sea predominantemente probable en esas circunstancias. Para ello una planificación financiera debe abrir una perspectiva de una solvencia sostenible al menos a medio plazo. Si la norma del § 19 InsO en cierto modo exige la existencia de un pronóstico positivo de solvencia en el futuro, la nueva Ley exige un pronóstico claramente negativo para denegar la suspensión de la obligación prevista en el § 15a InsO. Por el otro lado, el Art. 1 § 1 de la Ley de Insolvencia COVID-19 parece requerir la eliminación de la falta de solvencia en un determinado momento, que podría ser tanto el 1 de octubre de 2020 como el 1 de abril de 2021. Esto genera una cierta incertidumbre que se deberá superar con una interpretación del texto normativo. En la interpretación aquí favorecida la norma se entiende en el sentido de que la suspensión se deniega sólo si el restablecimiento de la solvencia, visto desde una perspectiva futura a partir de una de las fechas arriba indicadas parece completamente improbable.

## **2. Suspensión del derecho del acreedor de solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia**

Los acreedores de una empresa en mora pueden solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, siempre que tengan un interés legal en la apertura del procedimiento de insolvencia y puedan fundamentar su reclamación y el motivo de la apertura del procedimiento de insolvencia. Así lo determina el § 14 InsO. La Ley de Insolvencia COVID-19 suspende este derecho para solicitudes presentadas entre el 28 de marzo de 2020 y el 28 de junio 2020 en el sentido, que en tal caso sólo se iniciará un procedimiento de insolvencia si las causales de la insolvencia ya estaban dadas el 1 de marzo de 2020.

## **3. Efectos de la suspensión**

# DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

El Art. 1 § 2 Ley de Insolvencia COVID-19 menciona los efectos de la suspensión de la obligación de solicitar el inicio de un procedimiento de insolvencia y aclara que tipos de operación para mantener o mejorar la liquidez de la empresa están permitidos sin ser calificados como contrarios a la buena fe o perjudiciales para los acreedores.

La nueva Ley modifica las consecuencias jurídicas que se aplican en caso de insolvencia. Esto concierne en particular a las prohibiciones de pago para los gerentes o directores según el § 64 oración 2 GmbHG (Ley de sociedades limitas), el § 92 párrafo 2 oración 2 AktG (Ley de Sociedades Anónimas) y el § 177a, oración 1 HGB (Ley Comercial). Durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia, los directores y gerentes sólo tendrán una responsabilidad limitada por los pagos realizados después de haber surgido una causal de insolvencia en caso de que dicha insolvencia finalmente se materialice. Durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia, los pagos realizados en el curso ordinario de los negocios se considerarán compatibles con la diligencia de un administrador prudente y concienzudo.

Además, la Ley de Insolvencia COVID-19 dispone que los nuevos préstamos concedidos a las empresas afectadas por la pandemia durante la suspensión de la obligación de solicitar la insolvencia no deben considerarse como una contribución inmoral al retraso en la presentación de la solicitud de insolvencia. También el otorgamiento de seguridades y el reembolso de préstamos concedidos durante el periodo de suspensión antes del 30.09.2023 no deben considerarse desventajosos para los acreedores. Esto también se aplicará a los préstamos de accionistas, pero no a su colateralización.

El hecho de que empresas de facto insolventes durante el periodo de suspensión puedan continuar sus operaciones con la ayuda de créditos estatales o con créditos otorgados por socios o terceros persigue el objetivo de contribuir a la supervivencia del mayor número posible de empresas. El precio, reflejado en un hasta hace poco inconcebible crecimiento del endeudamiento público, actualmente es imprevisible. Sin embargo, mantener vivas las empresas parece ser la mejor opción para superar al menos el desastre económico causado por la pandemia.