



REVISTA LEX MERCATORIA  
ISSN 2445-0936



Vol. 15, 2020. Artículo 1  
<https://doi.org/10.21134/lex.v0i15.1857>

# LA "AFECTACIÓN" DE LA CRISIS SANITARIA A LAS SITUACIONES CONCURSALES Y PARACONCURSALES EN VIRTUD DEL 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

---

**José Carlos Espigares Huete**  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Miguel Hernández*

## I. Introducción: la "afectación" de la crisis sanitaria a las situaciones concursales y paraconcursoales

Nos parece un término particularmente idóneo el utilizado para estas reflexiones: porque "afectación" de la crisis sanitaria a las situaciones concursales es lo que se produce con el 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<sup>1</sup>. Desde luego, al menos, en tanto que estas disposiciones producen una "alteración o mudanza" inmediata en algunos aspectos del régimen jurídico aplicable a las situaciones concursales y paraconcursoales; y, también, en tanto que cualquiera de las demás acepciones de esta palabra podría ser perfectamente aplicable a lo que ha motivado estas medidas o a lo que está por venir una vez aplicadas. Nadie puede dudar de la oportunidad y necesidad de algunas medidas. Pero sí

puede dudarse razonablemente de la suficiencia de las mismas y de la influencia favorable o desfavorable que tendrán sobre el devenir de las situaciones que regula<sup>2</sup>. A nadie escapa tampoco que las dificultades de interpretación o de aplicación que puedan surgir determinarán en un grado notable los resultados a alcanzar<sup>3</sup>.

Las medidas adoptadas, con buen criterio, valoran la incidencia que una crisis semejante puede tener en la generación o agravación del estado de insolvencia, así como en los efectos que este deterioro patrimonial desencadena. Este es un primer ámbito donde las soluciones concursales y paraconcursoales deben aclimatarse a la nueva situación: deberán hacerlo de un modo inmediato de acuerdo con las previsiones ya introducidas, pero igualmente el legislador tendrá que aprobar progresivamente nuevas medidas que hagan prevalecer determinados intereses necesitados ahora de una especial protección. No hay otra al-

<sup>1</sup> Vid, en relación al Proyecto, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, «Reflexiones y propuestas en materia concursal y preconcursal para la crisis producto del SARS-CoV2», en Almacén de Derecho, 27 de abril de 2020.

<sup>2</sup> Incluso podemos estar de acuerdo con la fórmula legislativa adoptada, pero no con los atajos: cuya mejor o peor técnica nada tiene que ver con lo académico. Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, «Sobre el futuro inmediato del Derecho concursal y los juzgados mercantiles (Comentario urgente sobre el RDL 16/2020, de 28 de abril, medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia)», Diario La Ley, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 30 de Abril de 2020, pp. 5 y 10: «Se ha optado por un RD Ley que no modifica formalmente los cuerpos legales previos, dejado meridianamente claro que se trata de disposiciones con una extensión de efectos vinculada a la situación de excepcionalidad (...) La decisión legislativa de articular una norma especial, de duración limitada, tiene la virtud de evitar la suspicacia que levantaba una modificación de urgencia de la LC o de la LSC. Puede que sea un atajo que no agrade a algunos académicos, pero es tiempo de atajos».

Muy interesantes reflexiones a propósito del nuevo escenario preconcursal y concursal pueden verse en SALINAS ADELANTADO, «El nuevo escenario preconcursal y concursal después del RDL 16/2020 y el TRLC: ¿Realmente hay que esperar a 2021 para tomar decisiones?», Diario La Ley, N° 9644, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 2 de Junio de 2020.

ternativa.

Y, sea como fuere, el momento no es malo desde una determinada perspectiva: me refiero a que estamos pertrechados técnicamente para afrontar este reto. Todavía con más vigor si cabe, en este sentido, por la reciente aprobación del **Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)**. El TRLR, publicado el 7 de mayo de 2020 en el Boletín Oficial del Estado (BOE), entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020. Derogará, entre otras normas, la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC); y, también, algunas de sus disposiciones adicionales y finales. El TRLR, como sabemos, es precisamente la antesala para una reforma que suponga mejor acomodo en lo que sea necesario a la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)* [Se viene trabajando intensamente, y desde hace mucho tiempo -por tanto-, en este ámbito (valga como un ejemplo más – entre tantos, y en el que me integro- el Proyecto I+D titulado "Análisis, desarrollo y perspectivas de las instituciones societarias y concursales idóneas para el tratamiento y solución de las crisis empresariales" (referencia DER2017-84775-C2-1-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y

dirigido por los Profs. D. Alberto Díaz Moreno y D<sup>a</sup>. Josefa Brenes (2018/2019/2020)].

Otro tanto sucede con los procedimientos concursales y paraconcursoales en tramitación, que pueden verse afectados por los efectos económicos y jurídicos de la pandemia de una manera diversa en función del estado en el que se encuentren. Particularmente sensibles en el caso del procedimiento concursal serán las enajenaciones de bienes de la masa activa, especialmente del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, así como las soluciones convencionales o liquidatorias ya en curso: bien porque estuviese próxima la aprobación de un convenio, cuya solución ahora deviene imposible en los términos inicialmente planteados; bien porque el convenio aprobado previamente estuviese ya en fase de cumplimiento de lo pactado y este cumplimiento fuese igualmente un imposible; y, en el caso de liquidación, porque la aprobación del plan de liquidación requiera determinados ajustes. La misma reflexión, en idénticos términos, cabe aplicar a los acuerdos adoptados o por adoptar en el marco de las instituciones pre-concursoales en cualquiera de sus formulaciones (acuerdos de refinanciación de deuda – ordinarios u homologados judicialmente- y acuerdos extrajudiciales de pagos o mediación concursal).

El Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, se estructura en tres capítulos, con un total de veintiocho artículos, cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales. Es

<sup>3</sup> Las primeras dificultades han sido puestas de manifiesto inmediatamente por la doctrina. Vid. ALCOVER, GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de los artículos 8 a 18 del Capítulo II (medidas concursales y societarias) del 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», Diario La Ley, Sección Tribuna, 29 de Abril de 2020, pp.1-21.

en el capítulo II donde se incluyen medidas en el ámbito concursal y societario. Son previsiones de lo más dispar, que se justifican por la naturaleza singular de la cuestión que se regula y que han de entenderse en el contexto que anteriormente hemos descrito. Se establecen también una serie de normas de agilización del proceso concursal. Son las siguientes, a las que habría que añadir lo previsto en la disposición derogatoria única: que deroga el artículo 43 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Este precepto establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que los jueces no admitirían a trámite solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado.

Artículo 8 Modificación del convenio concursal

Artículo 9 Aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación

Artículo 10 Acuerdos de refinanciación

Artículo 11 Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores

Artículo 12 Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor

Artículo 13 Impugnación del inventario y de la lista de acreedores

Artículo 14 Tramitación preferente

Artículo 15 Enajenación de la masa activa

Artículo 16 Aprobación del plan de liquidación

Artículo 17 Agilización de la tramitación del acuer-

do extrajudicial de pagos

Artículo 18 Suspensión de la causa de disolución por pérdidas

## II.- La salvación de la empresa en crisis en una secuencia cronológica completa

Vamos a referirnos a estas medidas. Lo haremos abordándolas desde la perspectiva de la salvación de la empresa en crisis en una secuencia cronológica completa: es decir, coherente con la prevención y mitigación de la insolvencia, las instituciones preconcursales en evitación del procedimiento concursal; y, por último, la existencia del propio procedimiento concursal. Esencialmente estas disposiciones pretenden, y así se expresa la exposición de motivos, evitar un escenario posterior a la superación de la crisis del COVID-19 que "(...) nos lleve a declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo". El Primer Documento de Trabajo sobre Medidas Organizativas y Procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma del Consejo General del Poder Judicial constataba esta necesidad al señalar que: «Además del principal efecto que el COVID-19 está provocando sobre la salud, es indudable que va a generar un importante impacto económico y social, que requerirá de los tribunales de lo mercantil un esfuerzo excepcional (...) El principal impacto se producirá en la solicitud de procedimientos de insolvencia. El objetivo primordial de las medidas a adoptar debe ser que la tramitación ágil y sin dilaciones de los procedimientos facilite la continuidad de muchas empresas y de la acti-

vidad de los profesionales afectados por la crisis, obtener el máximo rendimiento económico de los activos, salvar el tejido industrial y la conservación de los puestos de trabajo, en la medida de lo posible».

### III.- La suspensión de la causa de disolución por pérdidas y la especialidad de la solicitud de la declaración de concurso de acreedores

La primera referencia inexcusable, de esta manera, es lo previsto en el art. 18 a propósito de la suspensión de la causa de disolución por pérdidas. Obviamente es una medida pensada para las sociedades de capital en crisis, que debe completarse con el régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores del art. 11. La Exposición de Motivos se refiere a estas dos normas sentando las bases de lo preceptuado: " (...) se establecen dos normas que tratan de atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para poder reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas. De esta forma, se amplía la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020 y se prevé que a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas no se computen las del presente ejercicio".

Las sociedades de capital deberán disolverse, entre otras causas de disolución – y como establece el art. 361.1.e) del *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, aprobado por el Real

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio-, "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".

Se establece, en ese punto, que "a los solos efectos de determinar la concurrencia de esta causa de disolución no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020". Pero " (...) 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 para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente" (art.18.1).

Se ha señalado, sobre este particular, que "la interpretación sistemática de estas normas no es fácil". Así lo hace ALCOVER GARAU, para quien cabrían tres posibilidades interpretativas: " (i) que sean exclusivamente las pérdidas de 2021 las que provoquen la disminución que da lugar a la necesidad de la Junta General de Socios, lo que sería absurdo si hubiera pérdidas de los años anteriores al año 2020; (ii) que sean las pérdidas del año 2021 y las de los años anteriores al año 2020 las que cuenten, pero así la norma sería inútil, ya que es obvio que en tal caso se debería convocar la Junta General de Socios del artículo 364 de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010), y (iii) que en 2022 contasen las pérdidas del 2020, de forma que así la norma tendría sentido, pero se contradeciría con la del apartado primero, que tiene un alcance general. No obs-

tante todo ello, parece que lo más seguro sería decantarse por esta última opción". Para nosotros, desde luego, sólo es posible interpretar que no se tomarán en consideración *ahora* (para el ejercicio social que cierra en 2020), las pérdidas del presente ejercicio 2020<sup>4</sup>. Y no es poca cosa, porque este artículo tiene una incidencia directa en una eventual acción de responsabilidad contra los administradores del artículo 367 de la LSC.

Lo aquí dispuesto, sin embargo, "(...) se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente real decreto-ley" (art. 18.2). Esta remisión resulta de gran interés: porque el hecho de que se relativice la concurrencia actual de una causa de disolución por pérdidas (hasta el punto de no tomarla en consideración en un determinado período), no significa obviamente que ese deudor escape per se al deber de solicitar la declaración de concurso si concurriese la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (presupuesto objetivo del concurso de acreedores: art.2.1 y 2 LC). Por este motivo el art. 11 es esencial, concretando la especialidad de la solicitud de declaración del concurso de acreedores en esta tesitura: "Hasta el 31 de diciembre de 2020 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 para la declaración de este 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 conve-

nio" (art. 11.1). Que es decir, bien mirado, que se introduce un nuevo motivo de suspensión *ex lege* del deber de solicitar la declaración de concurso que corresponde a todo deudor conforme al art. 5 LC<sup>5</sup>. El deudor, recordemos, deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Ahora bien, que esté suspendido el deber de solicitar el concurso – o, expresado de otro modo, que no exista o no tenga tal deber-, no significa que no pueda hacerlo: el deudor podrá solicitar el *concurso voluntario* en este tiempo (ahora, desde luego, haciendo honor a su controvertida denominación)<sup>6</sup>.

La previsión introducida termina por disponer, como consecuencia necesaria, que ante una eventual solicitud de concurso en este período, "Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma; y que "Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario" (art.11.2). Lo que sí podrá hacer el acreedor - como repara ALCOVER GARAU- es ejercer sus acciones, incluso las ejecutivas<sup>7</sup>. El apartado primero de la disposición transitoria segunda, sobre "Previsiones en materia de concurso de acreedores"; concreta que "Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se

<sup>4</sup> Así también FERNANDEZ SEIJO, para quien «La norma advierte de su carácter excepcional ya que sólo se aplicará para el ejercicio social que cierra en 2020, no para otros ejercicios». Vid. op.cit. p.12.

<sup>5</sup>«Este precepto puede considerarse bien una ampliación de facto del plazo previsto por el artículo 5 de la LC, bien como una suspensión de ese plazo. Lo importante son los efectos». Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, op.cit. p.11.

hubiera presentado alguna solicitud de concurso necesario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 11". Y, como repara FERNÁNDEZ SEIJO<sup>6</sup>, habrá que concluir también que si se impide temporalmente la admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario « (...) habrá que entender que se limita la posibilidad de adoptar medidas cautelares previas a la declaración de concurso necesario, previstas en el artículo 17 de la LC, puesto que las mismas están vinculadas (...) » a la admisión a trámite de la solicitud de concurso.

Finalmente se dispone que "(...) Si antes del 30 de septiembre de 2020 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" (art. 11.3). Este mandato, sin embargo, no se concilia nada bien con lo previsto en el apartado primero del mismo art. 11: porque si esta remisión al "régimen general establecido por la ley"- como parece, pues este precepto contempla el régimen especial- lo es al art. 5 bis LC, se plantea inevitablemente la pregunta del marco temporal que rige el deber de solicitar la declaración de concurso en estos casos. Recordemos que, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 bis. 5. LC, "Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o

no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia". Y esto obligaría a concluir, en sentido contrario a lo previsto en el art. 11. 1 del Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, que el deudor sí estaría obligado a presentar la solicitud de concurso en estos casos: es decir, cuando fracasan las negociaciones de las que dio cuenta al juzgado antes del 30 de septiembre de 2020. Siendo así no se entiende la declaración del art. 11. 1 en el sentido de que 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".

Otra opción, difícilmente sostenible, es entender que la remisión al régimen general lo es a todo lo previsto en el art. 5 bis. menos a este particular. Aunque tampoco se entendería en este caso la restricción temporal relativa a las comunicaciones anteriores al 30 de septiembre de 2020. Pensemos también que la disposición derogatoria única del Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, deroga precisamente el art. 43 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas

<sup>6</sup> Lo expresa bien FERNÁNDEZ SEIJO, en tanto que «El artículo 11 no impide que el deudor pueda instar el concurso voluntario o realizar la comunicación del artículo 5 bis de la LC en este lapso de tiempo. Por lo tanto, debe considerarse más un escudo protector puesto a disposición del deudor que una prohibición legal de carácter absoluto. Así se comprende que la norma determine que incluso aunque se hubiera presentado un concurso necesario anterior, tendrá preferencia la tramitación del concurso voluntario presentado antes del 31 de diciembre». Vid. op.cit. p.11.

<sup>7</sup> Vid. op.cit. p. 15.

<sup>8</sup> Vid. op.cit. pp. 11 y 12.

urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. El art. 43.2 sí se pronunciaba expresamente sobre el (no) deber de solicitar la declaración de concurso en estos casos: "Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiere comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del

artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal"<sup>9</sup>. Cabe concluir, a nuestro juicio, que el deudor que hubiese realizado la comunicación del art. 5 bis LC antes del 30 de septiembre de 2020, si fracasan las negociaciones, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso. Y esta diferencia de trato, pudiendo estar justificada desde el punto de vista de la escasa expectativa ya – en el caso concreto- de la salvación de la empresa en crisis, es cuando menos discutible<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> "Artículo 43. Plazo del deber de solicitud de concurso.

1. Mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso. Hasta que transcurran dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hubieran presentado durante ese estado o que se presenten durante esos dos meses. Si se hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá éste a trámite, con preferencia, aunque fuera de fecha posterior.

2. Tampoco tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, mientras esté vigente el estado de alarma, el deudor que hubiera comunicado al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, aunque hubiera vencido el plazo a que se refiere el apartado quinto del artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

<sup>10</sup> En parecidos términos ALCOVER GARAU, en tanto que «La interpretación sistemática de ambas normas no es fácil, estimándose que lleva a la siguiente conclusión: nada impide que, dentro de los dos meses siguientes a su estado de insolvencia, el deudor realice la comunicación ex artículo 5 de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003); ahora bien, si realiza tal comunicación del día 30 de septiembre de 2020 en adelante, tiene el deber de solicitar el concurso desde el 31 de diciembre de 2021, a la vista de los términos del apartado 1 de la norma («Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado»); si antes del 30 de septiembre, y al deberse estar al régimen general establecido en la Ley Concursal por mor del apartado 3, el deudor tendrá el deber de solicitar el concurso en el plazo de tres meses más uno que establece el artículo 5 bis a contar desde la comunicación». Vid. op.cit, p. 15. Denunciando la deficiente redacción al regular la ampliación del plazo del que dispone el deudor y las dudas interpretativas que ocasiona, Vid. GEMMA GAYÁ, «Ampliación del plazo del que dispone el deudor para solicitar el concurso de acreedores a raíz del RDL 16/2020», Diario La Ley, N° 9659, Sección Tribuna, 23 de Junio de 2020.

#### IV.- Las instituciones preconcursales en evitación del procedimiento concursal

Las instituciones preconcursales en evitación del procedimiento concursal también se ven afectadas por las medidas adoptadas. El art. 10 se refiere a los acuerdos de refinanciación de deuda; y el art. 17, específicamente, a la agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.

El art. 10 modifica el régimen de los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente<sup>11</sup>. Lo hace en previsión de una eventual imposibilidad de cumplimiento de las condiciones pactadas en tales acuerdos como consecuencia de la crisis. Básicamente se pretende restar rigidez al régimen de incumplimiento previsto legalmente, evitando la inmediatez de la declaración de incumplimiento; y, en consecuencia, de la posible declaración de concurso subsiguiente. La Disposición Adicional Cuarta de la LC autoriza a cualquier acreedor, adherido o no al acuerdo de refinanciación, para solicitar la declaración de incumplimiento en el caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo. La solicitud, que deberá presentarse ante el mismo juez que lo hubiera homologado, se tramitará "(...) a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma". Y repárese en que, declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La

sentencia que resuelve el incidente, además, no es susceptible de recurso de apelación (Apartado 11). Otro aspecto relevante es la limitación prevista en cuanto a la solicitud de sucesivas homologaciones, porque "Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año" (Apartado 12).

El nuevo régimen temporal que se introduce pretende evitar que la coyuntura económica derivada de la pandemia incida negativamente en los acuerdos alcanzados. Se permite legalmente al deudor, en este sentido, la posibilidad de renegociar las condiciones del acuerdo homologado previamente. Y también, incluso, la posibilidad de renegociar un nuevo acuerdo completamente distinto del anterior. Esto aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Se dispone literalmente que "(...) Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación" (art. 10.1 Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril).

**Pero esta posición legal, que invita a la renegociación de los acuerdos, no olvida tampoco el derecho de los acreedores a solicitar la**

<sup>11</sup> Los acuerdos extrajudiciales de pago en curso y otras refinanciaciones distintas de las previstas en la DA 4ª, como indica FERNÁNDEZ SEIJO, «Estarían sujetas a un régimen similar al visto para el acuerdo de refinanciación colectivo ya que el artículo 10 no limita las refinanciaciones sólo a las de la DA 4ª, sino a cualquier refinanciación que sea homologada, lo que permitirá extender esta disposición a los acuerdos extrajudiciales de pago, incluso a las refinanciaciones singulares del artículo 71.2 LC». Vid. op.cit. p. 18.

**declaración de incumplimiento. Sí lo supedita, en cambio, a la voluntad negociadora que pueda existir entre el deudor y los acreedores:**

"Durante los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación se presenten por los acreedores, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurra un mes a contar desde la finalización de dicho plazo de seis meses" (art. 10.2 Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril). Las solicitudes de declaración de incumplimiento, de este modo, no serán temporalmente admitidas a trámite. Esta limitación temporal puede extenderse hasta los diez meses posteriores a la declaración del estado de alarma: porque transcurridos seis meses desde esta declaración, dentro del mes siguiente, " (...) el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor homologado o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación". El juez sólo admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores "(...) Si dentro de los tres meses siguientes a la comunicación al juzgado, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo de modificación del que tuviera

en vigor u otro nuevo". La finalidad declarada, por tanto, es mantener la continuidad económica de las empresas que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un acuerdo de refinanciación homologado facilitando su modificación o una nueva solicitud que valore los términos de otro acuerdo<sup>12</sup>.

Otra medida adoptada se dirige a la agilización de la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pagos<sup>13</sup>. Se establece que "Durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado" (art. 17 Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril). Con esta medida parece querer facilitarse el acceso a las supuestas bondades –especialidades- del concurso consecutivo. Tengamos en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en el art.242 LC, la consideración de concurso consecutivo está reservada al que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento; o, igualmente, el concurso que sea consecuencia de la anulación

<sup>12</sup> El mecanismo del art. 10.2 es un incentivo que se extiende a otras situaciones: «El artículo 11.3 del RDL permite también acogerse a este incentivo a quien hubiera instado antes del 30 de septiembre de 2020 otras fórmulas preconcursales, como puede ser el acuerdo extrajudicial de pagos o la adhesión a una propuesta anticipada de convenio. Es decir, en estos casos, aunque el deudor hubiera pedido o estuviera sometido a una refinanciación previa en el año anterior a la declaración del estado de alarma, podría solicitar una nueva fórmula preconcursal». Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, op.cit. p13.

<sup>13</sup> Señala ALCOVER GARAU que «Poco hay que añadir sobre esta norma, cuyo presupuesto fáctico no es otro, por un lado, que los honorarios del mediador, calculados como los del administrador concursal (disposición adicional octava de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003)), muchas veces son simbólicos, y, por otro, que son a menudo difíciles de cobrar». Vid. op. cit. p.13.

del acuerdo extrajudicial de pagos que se hubiese alcanzado. Este concurso consecutivo se registrará por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con las especialidades previstas en el art. 242.2 LC.

## V.- Viabilidad de las empresas concursadas

Hasta aquí las medidas del legislador en relación a la situación preconcursal. Pero, como se precisa en la propia Exposición de Motivos, "La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable<sup>14</sup>". Por esta razón se articulan dos tipos de medidas: unas dirigidas a reforzar las soluciones convencionales en los procedimientos de concurso en curso; y otras, sobre la enajenación de la masa activa, dirigidas a reforzar el valor de unidades productivas que lo merezcan.

### 1. Reforzamiento de las soluciones convencionales

Respecto a la *solución convencional* la finalidad es "(...) mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obli-

gaciones derivadas de un convenio". La medida se concreta ahora, en consecuencia, en una doble opción: primero, en aplazar el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio; y, segundo, facilitar la modificación del convenio.

### 1) El aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación

Los arts. 8 y 9 son piezas de un mismo engranaje. Ambos preceptos forman parte de la misma estrategia dirigida a posibilitar el mantenimiento de la continuidad económica del deudor en crisis. Y el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación del art. 9 es el elemento inicial sobre el que se vertebra el nuevo sistema. Recordemos que los términos de este deber son los del art. 142. 2 LC: "El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación".

Este deber se suspende ahora durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, no teniendo el deudor el deber de solicitar la liquidación de la masa activa<sup>15</sup>. Aunque la suspensión del deber se condiciona a la con-

<sup>14</sup> Señala la Exposición de Motivos que "Es por ello que en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, extendió a estas empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo en los términos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19".

<sup>15</sup> Esta disposición, ciertamente, tiene un efecto directo en la presunción de culpabilidad del concurso prevista en el artículo 164.2 de la LC. Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, op. cit. p.19.

currencia de dos circunstancias muy razonables: primero, que el deudor (ante la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal) presente una propuesta de modificación del convenio; y, segundo, que esta propuesta se admita a trámite dentro de dicho plazo (art.9.1)<sup>16</sup>. Cosa distinta también, obviamente, es que el deudor no pretenda hacer valer tal suspensión y solicite la liquidación.

Otra previsión complementaria de la anterior es la limitación del derecho de los acreedores a solicitar la liquidación en caso de incumplimiento de lo pactado en el convenio. El art. 142. 2 LC establece que "Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4". En este caso resolvería el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación. Ahora, sin embargo, el art. 9.2 del *Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril* prescribe expresamente que durante el plazo de un año desde la

declaración del estado de alarma "(...) el juez no dictará auto abriendo la fase de liquidación aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso" <sup>17</sup>.

Y algo similar sucede respecto a la eventual solicitud de un acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte. El art. 140.1 LC permite ejercitar esta acción, solicitando del juez la declaración de incumplimiento vía incidente concursal, desde que se produzca el incumplimiento: en el régimen coyuntural que se establece no sería lógico que, habiendo presentado el deudor una propuesta de modificación del convenio en los términos indicados, se dé trámite en este trance a una demanda de incumplimiento (art.194.2 LC). Por esta razón se limitará el ejercicio de esta acción en tanto se mantenga su impertinencia: "(...) el juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio se presenten por los acreedores dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar des-

<sup>16</sup> Esta duplicidad de plazos ha sido criticada por ALCOVER GARAU: «Un segundo problema viene determinado porque se sobreponen dos plazos de un año: ¿cómo se sabe que el deudor presentará durante el primer plazo una propuesta de convenio y que esta se admitirá a trámite durante el mismo, presentación y admisión que son condición para que el segundo plazo sea operativo?». Vid., op.cit. p.8.

<sup>17</sup>Igualmente llama la atención ALCOVER GARAU sobre lo ilógico del planteamiento legal: « (...) se advierte que la norma presupone que el juez admitirá a trámite la solicitud del acreedor ex artículo 142, 2, ya que establece que no dictara el auto de apertura de la fase de liquidación durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, lo que implica que el procedimiento ha llegado a este punto (...) Además, ello determina que el juez, pasado tal plazo, sí dictará tal auto y, mientras tanto, puede estar tramitándose una propuesta de modificación del convenio presentada en el plazo de un año y no concluida durante el mismo, propuesta que incluso puede estar ya aprobada pasado ya el plazo de un año, lo cual es ilógico». Vid., op.cit. p.8. Ha de entenderse, sea como fuere, que si así sucediera la apertura debe supeditarse siempre a la conclusión de la tramitación de la propuesta presentada.

de que finalice ese plazo. Durante esos tres meses el concursado podrá presentar propuesta de modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento" (art. 8. 2).

Aquí debe ponerse el acento en una doble falta de precisión en la redacción del precepto. Nos referimos a lo referido por ALCOVER GARAU, en el sentido de que con este tenor « (...) el plazo de un año puede quedar reducido significativamente si la solicitud del acreedor es próxima a la finalización del estado de alarma (o se ha presentado durante el mismo). Precisa, con toda razón, « (...) que si no se presenta la propuesta de modificación del convenio en este plazo de tres meses, ya no podrá presentarse, salvo que quede firme la sentencia desestimatoria del incumplimiento antes del plazo fijado en el apartado 1 del artículo 8». Y tampoco se sabe, en segundo lugar, qué sucede con las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio que se presenten transcurrido el plazo de seis meses: «como nada se dice en la norma, se debe concluir que se admiten a trámite, en cuyo caso el deudor ya no podrá presentar una propuesta de modificación pese a lo establecido en el apartado 1, lo cual vuelve a ser ilógico. Y, como sea que ya no puede presentar dicha propuesta de modificación, tampoco juega el plazo del apartado 1 del artículo 9».

La disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, aclara (aunque en realidad la redacción a la vez pudiese generar

alguna duda) que las medidas previstas en los arts. 8 y 9 se aplicarán a aquellas situaciones en las que la solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento se hubiese presentado, por el deudor o por los acreedores, con posterioridad al inicio del estado de alarma y antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley. Estas medidas, por lo tanto, no resultarán de aplicación a solicitudes presentadas antes del inicio del estado de alarma. Se prevé expresamente, en este sentido, que "(...) 2. Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, algún deudor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, el Juez no proveerá sobre la misma si el deudor presentara propuesta de modificación del convenio conforme a las disposiciones del presente real decreto-ley <sup>18</sup> (...) 3. Si en la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en los artículos 8 y 9" (el subrayado es nuestro).

## 2) La propuesta de modificación del convenio

Volvamos pues a la propuesta de modificación del convenio <sup>19</sup> que, de acuerdo con lo previsto en el art.9.1, se tramitará conforme a lo establecido en el artículo 8.1 del Real Decreto- Ley 16/2020,

<sup>18</sup> «Y en la norma del apartado 2 hay que entender que no se provee por el juez durante todo el tiempo que el deudor puede presentar propuesta de modificación». Vid. ALCOVER GARAU, op.cit. p. 12.

<sup>19</sup> Sobre los precedentes de la actual regulación puede verse ALCOVER GARAU, El "reconvenio" concursal propuesto por el Consejo General del Poder Judicial», Diario La Ley, N° 9618, Sección Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 22 de Abril de 2020.

de 28 de abril. El aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación se produce por un año desde la declaración del estado de alarma. La propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento se ajusta a igual marco temporal, porque durante el mismo plazo el concursado podrá presentar esta propuesta. Se concreta que esta solicitud "(...) deberá acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos (art.8.1, primer párrafo)". Sólo puede entenderse que esta actualización de los créditos concursales es una tarea que corresponde al solicitante de la propuesta, puesto que la administración concursal habría en principio cesado en sus funciones.

La tramitación escrita se considera la forma idónea para dar curso a esta modificación del convenio (cualquiera que sea el número de acreedores), remitiendo en el resto a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario. **Pero se precisa que, con independencia del contenido de la modificación, las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario. Esta limitación, desligada completamente del contenido de la modificación que se proponga, pudiese resultar en algún sentido sorprendente.** Sí se establece, en cambio, que "En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhie-

ran expresamente a la propuesta de modificación (art.8.1, segundo párrafo).

Se han puesto de manifiesto varios problemas en torno a estos preceptos. Lo ha hecho ALCOVER GARAU, partiendo de la confusión que a su juicio existe respecto a distintos tipos de acreedores. Habría que distinguir, según estima, dos grupos de acreedores: por un lado, los acreedores concursales ordinarios y subordinados; así como los privilegiados en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 134 LC. Estos acreedores serían los únicos que tienen la facultad de solicitar al juez la declaración de incumplimiento del convenio según lo previsto en el art. 140.1, primer inciso, LC. Esto, y estamos de acuerdo, en tanto que esta facultad se circunscribe a los acreedores afectados por el convenio: «Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento» (art 140.1. LC). El otro grupo de acreedores, de otro lado, estaría representado por " (...) los acreedores privilegiados a los que no les afecta el convenio, contra la masa y por deudas posteriores a la aprobación del convenio, a los que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 142 de la Ley Concursal (LA LEY 1181/2003), apartado que señala: (...) Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4.º". Estos acreedores, para este autor, " (...) si estiman que existe una insolvencia sobrevinida, pueden solicitar la liquidación concursal y «la quiebra de la quiebra», que parece que finaliza con la aplicación del artículo 176 bis, referido a la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa".

Para ALCOVER, afirmada esta clasificación,

« (...) la norma del apartado 1 del artículo 9 es ilógica, ya que la propuesta de modificación de convenio no afecta a estos últimos acreedores y es así posible que la insolvencia pueda subsistir pese a la aprobación de la modificación del convenio (...) Dicho de otra forma, parece que la norma acaba confundiendo estos dos distintos grupos de acreedores (...) Y, además, hay que notar que los acreedores a los que no afecta el convenio sí pueden ejercitar contra el deudor las acciones pertinentes, incluso de tipo ejecutivo». A nuestro juicio, sin embargo, la propuesta de modificación del convenio podría afectar en su caso a cualquier acreedor; por mucho que en principio no les afecte. Los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario, así como los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, podrán votar a favor o adherirse expresamente a la propuesta de modificación (art. 8.1 del Real Decreto-Ley 16/2020)<sup>20</sup>. Sólo cabe aceptarlo así, si queremos escapar de lo ilógico, por mucho que los acreedores posteriores a la aprobación del convenio (si este se declara incumplido y se abre la liquidación concursal) pudieran considerarse deudas de la masa ( conforme al art. 84.2. 5º LC, al ser «generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del

concurso (...) hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso»).

Tampoco queda claro, y no le falta razón a ALCOVER, « (...) si juega en este caso la norma del art. 134.3 LC». Porque recuérdese que los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de su misma clase. Para nosotros, y a falta de previsión en sentido contrario, cualquier modificación del convenio que se pretenda deber respetar lo previsto en el art. 134.3 LC. Sobre todo en tanto que la propuesta de modificación "(...) se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario" (art. 8.1), con las salvedades que en el propio precepto expresamente se establezcan. Entre estas, desde luego, no se encuentra la no aplicación del art. 134.3 LC. Y las mayorías exigibles para la afectación de estos acreedores privilegiados sí que variarían en este caso según las medidas acordadas.

### **3) Imposibilidad de renegociación del convenio o de fracaso posterior en el cumplimiento de la modificación acordada**

El régimen del convenio concursal se completa

<sup>20</sup>ALCOVER GARAU, en sentido totalmente contrario a esta interpretación, añade que : «La norma del artículo 8, 1, segundo inciso, dispone que la propuesta de modificación del convenio debe recoger los créditos que han «sido contraídos durante el período de cumplimiento del convenio (y) no hubieran sido satisfechos», lo que es lógico porque, aunque no les afecta ni el convenio ni su modificación, sí es una información relevante para que los acreedores concursales ordinarios tomen su decisión sobre la propuesta (...) A este respecto, conviene señalar que la última frase de la norma del inciso final del párrafo segundo del apartado 1 del este artículo («[e]n ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el período de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del convenio o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación»), solo es de aplicación a los créditos privilegiados, limitándose a recoger lo que es una regla general en relación a los mismos». Vid. op.cit. p.9.

contemplando el escenario de la imposibilidad de renegociación del convenio o de fracaso posterior en el cumplimiento de la modificación acordada. Aunque en realidad la medida, que acota temporalmente el incumplimiento, es una invitación a la renegociación – “refinanciación”- del convenio como mecanismo de salvación del deudor en crisis: “En caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las que, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir” (art. 9.3). Se busca por tanto, como indica la Exposición de Motivos, potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez. Y se hace calificando estos créditos, llegado el caso de liquidación, como créditos contra la masa.

Finalmente se dispone, con una remisión a nuestro juicio demasiado genérica – y con una ubicación sistemática cuando menos discutible- que las mismas reglas del art. 8 sobre “Modificación del convenio concursal” serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pagos (art.8.3).

## 2. Reforzamiento del valor de unidades productivas que lo merezcan

La viabilidad de las empresas concursadas se ha visto golpeada por la crisis sanitaria del COVID-19. Y no sólo por la imposibilidad de alcanzar un convenio: en otros casos por la mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable. Esta es la razón por la que se introduce la previsión flexible del art. 15 del Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril, relativa particularmente a las unidades productivas en el ámbito de la enajenación de la masa activa. Vuelve a ser una medida que juega en el marco temporal amplio de un año desde la declaración del estado de alarma. En los concursos de acreedores que se declaren dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma, y en los que se encuentren en tramitación a dicha fecha, la subasta de bienes y derechos de la masa activa deberá ser extrajudicial incluso aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa (art.15.1) <sup>21</sup>. Pero se exceptúa la enajenación, en cualquier estado del concurso, del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas <sup>22</sup>, que podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art.15.2) <sup>23</sup>. Termina reafirmando, eso sí -y como parece lógico-, los términos de la autorización en el caso de los bienes y derechos afectos a privilegio especial: ya que, “Si el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio especial o la

<sup>21</sup> Para FERNÁNDEZ SEIJO «El legislador impone este sistema sólo para procedimientos en liquidación, por lo que se excluye la posible venta en fase común, al amparo del artículo 43 de la LC (...) Este artículo es un complemento de lo ya previsto en el artículo 148 de la LC, que permitía al administrador concursal proponer en el plan de liquidación alternativas de venta a la subasta judicial». No oculto, sin embargo, que tengo mis dudas. Vid.op.cit. p.15.

dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización" (art.15.3).

### 3. La aprobación del plan de liquidación en las soluciones liquidatorias

Referíamos anteriormente que los procedimientos concursales en tramitación pueden verse afectados por la pandemia de una manera diversa en función del estado en el que se encuentren. Así

sucede con la solución convencional, como hemos examinado, pero igualmente con las soluciones liquidatorias: que estén ya en curso al declararse el estado de alarma o que devengan después inevitables. La aprobación del plan de liquidación adquiere en este aspecto un protagonismo esencial. A este respecto se establece, finalizado el estado de alarma, la necesaria celeridad de la liquidación:

"1. Cuando a la finalización del estado de alar-

<sup>22</sup>Adviértase que, como indica FERNÁNDEZ SEIJO, « (...) Con esta decisión el legislador ha sido sensible a las dificultades previsibles de la venta de unidades tanto en lo referido a la valoración de activos, como la gestión de las contingencias vinculadas a estas ventas de unidades productivas, así como las urgencias que muchas veces acompañan a estas ventas por cuanto deben realizarse con transmisión de contratos laborales en vigor.». Y, además, da cuenta de lo que ha sido una experiencia notable: «Pese a esas dificultades, lo cierto es que ya se han ensayado procedimientos de venta de unidades productivas extramuros de los juzgados, donde la función del Tribunal es exclusivamente de control previo de las condiciones de venta y control posterior del resultado de la misma, sin intervención en la venta en sí. La experiencia de los juzgados de Barcelona (Tribunal Mercantil de Barcelona) ha sido positiva al contar con la colaboración del Departament de Industria de la Generalitat, que ha facilitado tanto la publicitación de las ventas, como la búsqueda de interesados a partir de la elaboración de cuadernos de venta de unidades productivas». Vid. op.cit. p. 16.

<sup>23</sup> Recordemos que, según establece el art. 149.1. 1ª LC "La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso. La transmisión mediante entidad especializada se realizará con cargo a las retribuciones de la administración concursal (...) Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 4 del artículo 148. Estas resoluciones revestirán la forma de auto y contra ellas no cabrá recurso alguno"

No olvidemos tampoco que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor, así como los demás bienes y derechos del concursado "(...) se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, por las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio" (art. 149.2 LC). A lo que hay que añadir una doble previsión: primero, que para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4; y, segundo, que si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán las reglas del art. 149.2. a) y b) LC.

ma hubieran transcurrido quince días desde que el plan de liquidación hubiera quedado de manifiesto en la oficina del juzgado, el Juez deberá dictar auto de inmediato, en el que, según estime conveniente para el interés del concurso, aprobará el plan de liquidación, introducirá en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordará la liquidación conforme a las reglas legales supletorias (...) 2. Cuando a la finalización de la vigencia del estado de alarma el plan de liquidación presentado por la administración concursal aún no estuviera de manifiesto en la oficina del juzgado, el Letrado de la administración de justicia así lo acordará de inmediato y, una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del Juez del concurso para que proceda conforme a lo establecido en el apartado anterior" (art.16) <sup>24</sup>. La identidad con el art. 148 de la LC es

manifiesta si no fuera por la celeridad que se propone. No sabemos si esta inmediatez, si acaso, pretende eliminar alguna de las previsiones añadidas del art. 148 LC.

#### **4. La graduación de determinados créditos en el concurso de acreedores**

Otras medidas relevantes se refieren no ya a la solución convencional o liquidatoria del procedimiento concursal en sentido estricto, sino a la graduación de determinados créditos en el concurso de acreedores. También a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

El art. 12 del *Real Decreto- Ley 16/2020, de 28 de abril*, se enmarca en el deseo de potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez. Hemos visto con anterioridad que, en el caso

<sup>24</sup> Art. 148 LC

"1. En el informe al que se refiere el artículo 75 o en un escrito que realizará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. Si la complejidad del concurso lo justificara el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período de igual duración.

El secretario acordará poner de manifiesto el plan en la Oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente (...) 2. Durante los quince días siguientes a la fecha en que haya quedado de manifiesto en la oficina judicial el plan de liquidación, el deudor y los acreedores concursales podrán formular observaciones o propuestas de modificación. Transcurrido dicho plazo, el juez, según estime conveniente para el interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación".

3. Asimismo, el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior, según que se formulen o no dichas observaciones o propuestas (...)"

nada deseable de liquidación, se opta por calificar como créditos contra la masa a los créditos derivados de compromisos de financiación - o de prestación de garantías a cargo de terceros (incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado)- que se hubiesen incorporado en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del convenio aprobado anteriormente por el juez. La facilitación del crédito y la liquidez de la empresa se estimulan también ahora con la previsión del art. 12 respecto a las financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor. Otra vez la medida es lo suficientemente flexible, ajustándose a un marco temporal de dos años desde la declaración del estado de alarma: "En los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, los derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas es-

pecialmente relacionadas con él" (art. 12.1) (...) En los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos ordinarios, aquellos en que se hubieran subrogado quienes según la ley tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este, a partir de la declaración de ese estado" (art.12.2).

**Con esta medida queda a salvo el riesgo de la clasificación de tales créditos como créditos subordinados, riesgo que deriva de la previsión del art. 92.5º y 87.6 LC <sup>25</sup>. Pero la evitación de este riesgo, a nuestro juicio, no parece que sea incentivo suficiente <sup>26</sup>. Queremos decir que la consideración de estos créditos como ordinarios, en lugar de subordinados, es una moneda de cambio de escaso valor si lo que se pretende es satisfacer las necesidades de liquidez en evitación del concurso <sup>27</sup>. Advertimos también, además, que no es coheren-**

<sup>25</sup> Art. 92 LC: "Son créditos subordinados: 5º (...) Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican (...) Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario". En los supuestos especiales de reconocimiento no debemos olvidar que "Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador" (art.87.6 LC). Insuficiencia denunciada igualmente por ALVOVER GARAU. Vid. op.cit. p. 16.

<sup>26</sup> Insuficiencia denunciada igualmente por ALVOVER GARAU. Vid. op.cit. p. 16.

**te con su consideración como créditos contra la masa en el ámbito de lo previsto en el art. 9.3 del mismo real decreto-ley <sup>28</sup>; es decir, en la situación de incumplimiento de un convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma <sup>29</sup>.**

### **5. Limitaciones a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores**

Entre las medidas acordadas también encontramos las limitaciones a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores del art.13. Afectan a los procesos concursales en curso y a los que se declaren dentro de los dos años desde la declaración del estado de alarma. Estas medi-

das se concretan del siguiente modo. Se prevé, en primer lugar, una limitación en cuanto a los medios de prueba admisibles en los incidentes concursales de impugnación. Así, en particular, "(...) En los concursos de acreedores en los que la administración concursal aún no hubiera presentado el inventario provisional y la lista provisional de acreedores y en los que se declaren dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, en los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, los únicos medios de prueba admisibles serán las documentales y las periciales". Y tampoco será necesaria la celebración de vista salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa <sup>30</sup>. Siendo de este modo, además, "Los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán

<sup>27</sup> El efecto negativo de la subordinación de estos créditos es clarísimo, dándose un efecto perverso. Así lo expresa FERNÁNDEZ SEIJO: «La subordinación indiscriminada del crédito de personas cercanas al deudor (acreedores especialmente relacionados con el deudor en la terminología de la LC), había sido criticada por cuanto supone no tener en cuenta que muchas pequeñas y medianas empresas se financian gracias al esfuerzo de sus administradores y allegados. El régimen de subordinación concursal desincentivaba la refinanciación de muchas pymes, aunque también es verdad que podía evitar algunas situaciones de fraude (...) El artículo 12 del RDL es sensible a esas críticas y facilita temporalmente la refinanciación de empresas por medio de préstamos realizados por personas del entorno familiar y societario del deudor. Los ingresos de tesorería, es decir, las aportaciones en efectivo, dejarán de tener la condición de créditos subordinados, pasando a ser créditos ordinarios». Advierte otra cuestión de especial interés, porque « El redactado del artículo 12 permite considerar que lo que se incentiva es el ingreso en tesorería no condicionado o no garantizado por el deudor ya que no se modifica el régimen de las acciones de reintegración frente a operaciones hechas con personas especialmente relacionadas con el deudor (artículo 71 LC)». Vid. op.cit. pp.13 y 14.

<sup>28</sup> Art. 9. 3. En caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las que, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él, siempre que en el convenio o en la modificación constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder o de la garantía a constituir" (el subrayado es nuestro).

acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten" (arts.13. 1 y 3). Se dispone igualmente, incorporando una vez más un privilegio para la administración –sin justificación alguna que la haga merecedora de esta especial protección a nuestro juicio, que "La falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate de acreedores de derecho público" (art. 13.2) <sup>31</sup>.

## 6. Tramitación preferente de determinadas actuaciones.

Hay que hacer mención finalmente, con el objetivo principal de agilizar el proceso concursal, a la

tramitación preferente de determinadas actuaciones. Se indica expresamente en la Exposición de Motivos que " (...) para evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal, como la confesión de la insolvencia, la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los derechos de los trabajadores, a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados actos e incidentes (subastas, impugnación de inventario y listas de acreedores o aprobación de planes de liquidación)".

<sup>29</sup> No se olvide tampoco lo previsto en el art. 84.2.11º LC al clasificar los créditos contra la masa: "2. Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 11.º El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta (...) En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5 (...) Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad". El art. 100. 5 LC dispone que "(...) Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio" (el subrayado es nuestro).

<sup>30</sup> Destaca FERNÁNDEZ SEIJO que «Si en el incidente sólo se propone prueba documental o pericial (se entiende que sólo en supuestos en los que las partes no pidan aclaraciones u observaciones al mismo), no será necesaria la vista. En este sentido la reforma es similar a la de la mayor parte de juicios declarativos verbales en la LEC, donde la contestación es escrita y no es preceptiva la celebración de vista, salvo que el juez lo considere necesario (...) Esos medios de prueba tendrán que anunciarse en los escritos de demanda y contestación. Medida similar también a la de los juicios declarativos verbales con contestación escrita». Pero, a nuestro juicio, admitiéndose sólo pruebas documentales y periciales puede no ser suficiente el anuncio. Vid. op. cit. p. 15.

<sup>31</sup> No podemos estar más de acuerdo con ALCOVER GARAU. También en la felicitación, claro: «Como siempre, esta norma no estaba en los borradores que circulaban, pero siempre al final de cualquier modificación concursal se cuela una norma de tal tipo (si se me permite, me gustaría felicitar al que "está siempre al quite")». Vid. op. cit. p. 19.

Ya hemos comentado los términos de estas medidas. No así lo relativo a la confesión de la insolvencia, aspecto este que debe obedecer a un dislate del legislador porque no se entiende desde ningún punto de vista ni tiene su reflejo en la normativa que se establece. Sólo nos resta destacar también lo dispuesto en el art.14. Se establece, en este sentido, la tramitación con carácter preferente de determinadas cuestiones hasta que transcurra un año desde la declaración del estado de alarma. Son las siguientes: a) Los incidentes concursales en materia laboral.; b) Las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; c) Las propuestas de convenio o de modificación de los que estuvieran en periodo de cumplimiento, así como los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; d) Los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; e) La admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente; f) La adopción de medidas cautelares y, en general, cualesquiera otras que, a juicio del Juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos. Y, por cierto – otra vez con ALCOVER-, «el artículo 14 c) debería haber recogido la oposición a la modificación de convenio»<sup>32</sup>; otro tanto, por el resto, sucede con la aprobación del plan de liquidación al que se le atribuye ese carácter inmediato en el art. 16.

*El Consejo de Redacción de la publicación "Diario LA LEY" ha dado su visto bueno a la publicación de este artículo, siendo la clave de referencia de GDC-4501.*

<sup>32</sup>Vid. op. cit. p. 19.