

LEGISLACIÓN DE URGENCIA EN EL DERECHO CONCURSAL ANTE LA COVID-19 EN EL PRIMER SEMESTRE DE 2020

1. INTRODUCCIÓN

Declarado el estado de alarma en España, el día 15 de marzo de 2020, inmediatamente se advirtió el impacto que el cierre administrativo de muchas empresas podría provocar en su situación financiera, abocándolas a una rápida o inminente insolvencia. Para prevenir una oleada de solicitudes voluntarias de concurso, inevitables en muchas ocasiones para que los deudores personas físicas o los administradores de deudores de personas jurídicas no incurrieran en posibles responsabilidades societarias por no promover el concurso de acreedores (art. 367 TRLSC) o en posibles responsabilidades por el denominado déficit concursal si el concurso fuera calificado como culpable precisamente por el retraso en solicitarlo (arts. 165.1,1.º y 172bis LC), el legislador «de emergencia» decidió incluir una disposición en el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

El art. 43 del mencionado RDL 8/20 dispuso que mientras estuviera vigente el estado de alarma el deudor en estado de insolvencia no tendría el deber de solicitar la declaración de concurso, y que hasta que no transcurrieran dos meses desde la finalización del estado de alarma los jueces no podrían admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas por acreedores, dando siempre preferencia al concurso presentado por el deudor aunque fuera de fecha posterior. Asimismo, si algún deudor insolvente hubiera comunicado al juzgado el inicio de negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (el llamado precurso), tampoco tendría el deber de solicitar el concurso durante el estado de alarma aunque hubiera transcurrido el tiempo (hasta cuatro meses desde la comunicación) previsto para las negociaciones y no hubiera conseguido superar la insolvencia (art. 5bis LC).

Esta primera previsión normativa extraordinaria, claramente improvisada, fue sustituida —cuando ya se pudo advertir con mayor sosiego las graves consecuencias que la pandemia y la declaración del estado de alarma podría traer consigo para miles de empresas, ante lo imprevisible de su duración— por otra legislación de emergencia más elaborada y consistente (aunque no exenta de imprecisiones y lagunas) que buscó también evitar el colapso de los juzgados de lo mercantil. Así, 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, en cuyo preámbulo se apunta que la crisis sanitaria provocada por la pandemia constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio o bien abocarlas a la liquidación o dificultar la enajenación de una unidad productiva que pudiera resultar viable, a cuyo fin, además de las medidas ya adoptadas en el ámbito laboral por el DRL 11/2020, de 31 de marzo, sobre el acceso a expedientes de regulación temporal de empleo, se dictan ahora una serie de medidas orientadas a una triple finalidad: i) 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 obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; ii) potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, y iii) establecer una serie de normas de agilización del proceso concursal para evitar el previsible aumento de la litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en juzgados de lo mercantil y de primera instancia. A esta triple finalidad se suma una cuarta destinada a atenuar las graves consecuencias que, en el plano de la legislación de sociedades de capital, conllevaría la aplicación de las normas generales sobre disolución de sociedades y declaración de concurso en relación con la responsabilidad de administradores del artículo 367 TRLS, a cuyo fin se dispone que el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores se amplía 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 económico, derogando al efecto el art. 43 del RDL 8/2020.

Con la batería de medidas introducidas por esta normativa de urgencia, declara el legislador que se persigue evitar que el escenario posterior a la superación de la crisis sanitaria pueda provocar declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían resultar viables en condiciones generales de mercado, con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo. Es decir, el legislador se preocupa por la conservación de la empresa, uno de los principios rectores de la legislación concursal (y del derecho mercantil en general) que adquiere mayor dimensión en una situación excepcional como la provocada por la grave crisis sanitaria y económica por la que actualmente atraviesa el país y el mundo entero.

2. MEDIDAS RELACIONADAS CON LA SOLICITUD DE CONCURSO DE ACREEDORES

El RDL 16/2020 sustituye las previsiones sobre el deber de solicitar concurso contenidas en el derogado artículo 43 RDL 8/2020, estableciendo un régimen más completo y ajustado a las necesidades de las empresas en crisis provocada por el cierre administrativo y posterior ralentización de la actividad económica derivados de la crisis

sanitaria; todo ello con la finalidad de flexibilizar el deber legal de solicitar concurso de acreedores para evitar que empresas y profesionales con oportunidad de continuar su actividad se vean forzados a pedir el concurso para evitar las responsabilidades societarias y concursales antes comentadas.

Dispone así el artículo 11 que el deudor en situación de insolvencia actual obligado a solicitar concurso voluntario de acreedores (cfr. artículos 2 y 5 LC) quedará exonerado de tal deber hasta el 31 de diciembre de 2020; incluso aunque ya hubiera realizado anteriormente la comunicación de precurso ante el juzgado competente para la iniciación de negociaciones con sus acreedores a fin de aprobar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones para un convenio anticipado y —se sobreentiende— hubiera vencido el plazo previsto en el artículo 5bis (hasta cuatro meses desde la comunicación) para solicitar concurso si no hubiera conseguido superar el estado de insolvencia, salvo que ya hubiera notificado la apertura de negociaciones precursoales antes del 30 de septiembre, en cuyo caso se estará al régimen general de la ley para la solicitud de concurso.

Se completa la norma con la previsión de no serán admitidas a trámite las solicitudes de concurso necesario que presentaran los acreedores del deudor desde la declaración del estado de alarma (15 de marzo de 2020) y hasta el 31 de diciembre de 2020. Para el caso de que un acreedor presentara solicitud de concurso necesario antes de esa fecha, tendrán prioridad en la admisión a trámite las solicitudes de concurso que, en su caso, presentase el deudor antes del 31 de diciembre, aunque fueran posteriores a las que hubieran presentado sus acreedores.

3. INCENTIVOS A LA FINANCIACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS

Es lógico que las empresas que radicalmente han visto como su actividad se interrumpe y con ella sus ingresos regulares necesiten liquidez para afrontar sus obligaciones a corto plazo y para poder continuar con su actividad. Ante la dificultad de acudir al crédito externo el recurso más inmediato y habitual en pymes es la financiación proporcionada por los socios y por sociedades del mismo grupo. Este tipo de créditos quedaron postergados con la promulgación de la LC en 2003, pues al tratarse socios y sociedades del mismo grupo de personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93.2 LC) son considerados créditos subordinados (artículo 92.5 LC) y, por lo tanto, de imposible o difícil cobro.

Para generar los adecuados incentivos, el artículo 12 del RDL 16/2020 altera temporalmente las reglas de clasificación de créditos de la Ley Concursal, estableciendo que en los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma (hasta el 15 de marzo de 2020), los ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos o negocios de análoga naturaleza que hubieran sido concedidos al deudor desde la declaración del estado de alarma por

personas que tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él se considerarán como créditos ordinarios.

Asimismo, en los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, tendrán igualmente la consideración de créditos ordinarios aquellos en los que se hubieran subrogado personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este. Se trata, en suma, de facilitar que socios y sociedades del mismo grupo (u otras personas especialmente relacionadas con el deudor) puedan asumir el pago de obligaciones necesarias para garantizar la continuidad de la actividad del deudor y que este no puede asumir por falta de liquidez.

Las reglas previstas en el artículo 12 se completan con lo dispuesto en el artículo 9.3 del mismo RDL 16/2020, en virtud del cual, para las empresas o profesionales ya declarados en concurso al tiempo de aprobarse el estado de alarma, se ofrece un trato privilegiado a los acreedores que se avengan a renegociar el convenio o aprobar uno nuevo, estableciendo que, 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 derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros de naturaleza análoga que se hubieran concedido al concursado o derivados de garantías personales o reales constituidas a favor de este por cualquier persona, incluidas las 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.

4. MEDIDAS SOBRE CUMPLIMIENTO DE CONVENIOS, ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

El cierre gubernamental derivado de la declaración de estado de alarma y la posterior ralentización de la actividad económica ha provocado de forma inmediata para muchas empresas en concurso de acreedores cuya continuidad es viable serias dificultades para cumplir los compromisos alcanzados con sus acreedores en sede de convenio concursal, acuerdos extrajudiciales de pagos o acuerdos de refinanciación preconcursal.

Por ello, con el ánimo de facilitar la conservación de la empresa, el legislador de emergencia prevé, en el artículo 8.1 del RDL 16/2020, la facultad del concursado para proponer una modificación del convenio en fase de cumplimiento en el plazo de un año desde la declaración del estado de alarma, acompañando una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos otros créditos contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio que no hubieran podido satisfacer, además de un plan de viabilidad y un plan de pagos. Esta propuesta de

modificación se tramitará —siempre por escrito independientemente del número de acreedores— con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario en la Ley Concursal. Eso sí, 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 los acreedores respectivos voten a favor de la modificación o se adhieran expresamente a la misma.

Ante el elevado riesgo de incumplimiento de convenios y la consiguiente posibilidad de que los acreedores soliciten al juez competente la apertura de la fase de liquidación previa declaración de incumplimiento del convenio o ante la evidente imposibilidad de cumplimiento (cfr. artículos 140 y 142.2 LC), el artículo 8.2 del RDL 16/2020 establece que, en caso de que el juez del concurso reciba por parte de acreedores del deudor afectados por el convenio solicitudes para declarar el incumplimiento del mismo, dentro de los seis primeros meses a contar desde la declaración del estado de alarma, no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde que finalice el plazo de un año concedido al deudor para proponer una modificación del convenio, pudiendo este todavía proponer una modificación durante ese plazo extra de tres meses que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Estas mismas reglas se aplicarán «mutatis mutandis» a los acuerdos extrajudiciales de pago que se hubieran alcanzado entre el deudor y sus acreedores en el periodo preconcursal (cfr. artículo 8.3 RDL 16/2020), toda vez que la «ratio» de la norma es idéntica: dar una oportunidad al deudor para adaptar el acuerdo a las nuevas circunstancias sobrevenidas y, con ello, al salvamento o continuidad de la empresa.

Por lo que se refiere a los acuerdos de refinanciación, el artículo 10.1 dispone que, durante el plazo de un año desde la declaración del estado de alarma, el deudor que ya tuviere homologado judicialmente un acuerdo de refinanciación podrá poner en conocimiento del juzgado competente, mediante la oportuna comunicación (artículo 5bis LC), 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 del acuerdo. Y añade el artículo 10.2 que, durante los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, el juez competente dará traslado al deudor de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentadas por los acreedores, aunque no podrá admitirlas a trámite hasta que transcurra un mes desde la finalización de ese plazo; plazo extra o adicional que servirá al deudor para poner en conocimiento del juzgado la iniciación o intención de iniciación de negociaciones con los acreedores para modificar el acuerdo que ya tuviera homologado o para alcanzar otro nuevo aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de negociación. En el caso de que en el plazo de tres meses tras la comunicación al juzgado de las nuevas negociaciones no hubiera sido posible alcanzar un acuerdo de modificación o un nuevo acuerdo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de incumplimiento presentadas por los acreedores.

Todas estas medidas constituyen excepciones a las reglas establecidas para las soluciones convencionales —preconcursoales o concursoales— a la situación de preinsolvencia o de insolvencia, con la evidente finalidad de facilitar una adaptación de los respectivos acuerdos a la situación sobrevenida del deudor tras el impacto que las consecuencias de la pandemia haya podido provocar en su empresa o actividad.

5. MEDIDAS PARA APLAZAR LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

En línea con las medidas adoptadas en materia de convenio, el artículo 9 RDL 16/2020 prevé medidas —también excepcionales— dirigidas al aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la liquidación concursal.

Así, durante el plazo de un año desde la declaración del estado de alarma el deudor que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o con las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de un convenio concursal no tendrá el deber de solicitar la liquidación concursal, siempre y cuando presente la propuesta de modificación del convenio prevista en el artículo 8.1 del mismo real decreto-ley.

Durante ese mismo plazo el juez no podrá dictar auto abriendo la fase de liquidación, incluso aunque algún acreedor, ante la constatación del incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio, acredite la existencia de alguno de los hechos indiciarios de la insolvencia previstos en el artículo 2.4 LC (cfr. artículos 140 y 142.2 LC).

6. MEDIDAS PARA LA AGILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Ante el previsible incremento de los procedimientos concursoales tras las prórrogas concedidas para la solicitud de concurso, el mismo RDL 16/2020 introduce una serie de reglas excepcionales destinadas a favorecer la agilización de la tramitación del proceso concursal, tanto para los procedimientos en curso al tiempo de declararse el estado de alarma como para los que se declaren tras finalizar las prórrogas concedidas.

En primer lugar, se establecen medidas para agilizar la tramitación y resolución de impugnaciones de inventarios y listas de acreedores en aquellos concursos de acreedores en los que la administración concursal no hubiera presentado el inventario provisional y la lista provisional de acreedores, así como en los concursos que se declaren en el plazo de dos años a contar desde la declaración del estado de alarma (artículo 12). En segundo lugar, se dispone que hasta que transcurra un año desde la declaración el estado de alarma se tramitarán con carácter preferente los incidentes

concursoales en materia laboral; las actuaciones de enajenación de unidades productivas o venta global de elementos del activo; las propuestas de convenio o de modificación en periodo de cumplimiento, y los incidentes de aprobación judicial de convenios, los incidentes sobre reintegración de la masa activa, la admisión a trámite de solicitudes de homologación de acuerdos de refinanciación o de modificación de estos, y la adopción de medidas cautelares u otras que para el juez del concurso pueda contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos del deudor (artículo 14). En tercer lugar, se adoptan medidas extraordinarias para agilizar la enajenación de la masa activa 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, salvo que se trate de la enajenación del conjunto de la empresa o de unidades productivas (artículo 15). En cuarto lugar, se acelera la aprobación del plan de liquidación de empresas en concurso inmediatamente después del fin del estado de alarma (artículo 16). Y, en quinto lugar, se establece una regla especial para decidir cuándo se ha intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos en el periodo de un año tras declarar el estado de alarma, a los efectos de iniciar el concurso consecutivo (artículo 17).

7. CODA: NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL Y NUEVO ESTADO DE ALARMA

Realizado así un repaso de la legislación concursal de emergencia promulgada ante la declaración del primer estado de alarma del 15 de marzo de 2020, debemos preguntarnos ahora sobre el presente y futuro inmediato de esta compleja regulación excepcional.

Aunque se esperaba desde hace tiempo, el legislador ordinario ha tenido a bien promulgar —en pleno estado de alarma— el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, el cual ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020. Aunque nadie dudaba de la necesidad de este nuevo texto, que mejora técnica y sistemáticamente, de manera muy significativa, la caótica normativa concursal «decantada» desde que se aprobó la Ley 22/2003, Concursal, la mayoría de la doctrina científica y profesionales del derecho dudamos, y mucho, sobre la oportunidad del momento. Sinceramente, no era el momento. Las modificaciones introducidas por la legislación de emergencia se realizaron sobre el articulado de la LC 2003, y ahora los operadores jurídicos tendrán que interpretar y aplicar estas reglas extraordinarias sobre el nuevo articulado del TRLC 2020, durante el tiempo que duren en vigor (algunas hasta dos años después de la declaración del estado de alarma el 15 de marzo de 2020).

Por otro lado, al cierre de estas páginas el Congreso de los Diputados ha ratificado la declaración de un segundo estado de alarma propuesto por el Gobierno de la Nación. Un estado de alarma que presenta, de momento, importantes peculiaridades

respecto al anterior, ya que se deja el mando y toma de decisiones a los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, sin que se haya ordenado un confinamiento general que conlleve un cierre gubernativo generalizado. De momento, digo, pues no sería de extrañar que el «pertinaz virus» nos empuje a un nuevo confinamiento parcial o total del país que daría la definitiva puntilla a numerosas empresas y profesionales. Ante este desolador escenario, no sería de extrañar que el Gobierno se viera forzado a revisar la primera legislación concursal de emergencia dictada en el RDL 16/2020 para modificarla o sustituirla por otra más ajustada a la actual realidad o venidera, ya coordinada con la legislación concursal vigente tras la entrada en vigor del TRLC.

Fernando CARBAJO GASCÓN
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
nano@usal.es