

“La legislación concursal española de emergencia derivada del Covid 19”¹

por Ana Belén Campuzano²

SUMARIO: I. CONSIDERACION GENERAL. II. LAS MEDIDAS CONCURSALES DE EMERGENCIA. 1. La solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones. 1.1. El deber del deudor de solicitar el concurso voluntario. 1.2. Las solicitudes de concurso necesario. 1.3. La comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores. 2. Las financiaciones y pagos por terceros. 3. La modificación del convenio concursal. 4. La falta de cumplimiento y el incumplimiento del convenio concursal. 5. La aprobación del plan de liquidación. 6. La enajenación de la masa activa. 7. La impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 8. La tramitación preferente. 9. Los acuerdos extrajudiciales de pago. 10. Los acuerdos de refinanciación

I. CONSIDERACION GENERAL

Como consecuencia de la paralización de la economía provocada por las medidas adoptadas para contener la pandemia sanitaria, en el Derecho español se han adoptado en diferentes ámbitos normas temporales y excepcionales dirigidas a paliar los efectos derivados de esta situación. Entre esas medidas excepcionales y temporales publicadas como consecuencia del COVID-19, en el ámbito concursal se sitúa, fundamentalmente, 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.

Es importante incidir en que el referido Real Decreto-Ley 16/2020 recoge normas concursales extraordinarias y temporales, sin modificar la que podríamos denominar legislación concursal ordinaria. Se trata de disposiciones referidas a ámbitos específicos y orientadas a aplicarse durante un determinado

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación “Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa”. RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

² Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

período de tiempo. Ciertamente, la vigencia de cada disposición es distinta, porque es diferente tanto el momento en el que empieza a aplicarse cada medida como el período temporal durante el que se aplica. Pero, todas tienen prevista su inicio y finalización. Y, además, se refieren sólo, de forma extraordinaria, a algunos ámbitos o materias, bien relacionadas con el inicio de nuevos procedimientos concursales o nuevas solicitudes de concurso de acreedores o bien previstas para deudores que ya se encuentran en una alternativa preconcursal o en un concurso de acreedores.

En cualquier caso, estas normas temporales y extraordinarias han de convivir -han de coordinarse- con el resto de las previsiones de la legislación concursal ordinaria. Teniendo en cuenta que dicha legislación concursal ordinaria se contiene en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, a partir del 1 de septiembre de 2020, en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. El objetivo fundamental de este texto refundido es aportar seguridad jurídica, ordenando y aclarando la legislación concursal española, que tan afectada había quedado por las sucesivas y fragmentarias reformas legislativas a las que se había visto sometida, en este caso, por los efectos de la prolongada crisis económica. Aunque el texto refundido no supone la reforma de la Ley Concursal -la refundición, por muy amplios que sean los términos de la encomienda, no puede suponer modificación del Derecho en vigor- la autorización para refundir incluyó expresamente la facultad de “regularizar”, “aclarar” y “armonizar” los textos legales objeto de refundición. En esa medida, no se ha tratado, sin más, de confeccionar un texto consolidado, sino de algo mucho más ambicioso: regularizar, aclarar y armonizar las normas contenidas en la muy compleja y desordenada Ley Concursal española. Por ello, como se resalta en la exposición de motivos del texto refundido, *la tarea exigía (...) actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas*

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica no solo interpretación, sino también integración —es decir, un «contenido innovador», sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa—, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición³.

Estas medidas extraordinarias y temporales deben, también, ubicarse en el contexto del resto de normas de esta naturaleza que se han dictado respecto a la administración de justicia, habida cuenta el impacto que tienen en el concurso de acreedores (que no deja de ser un proceso) y, aunque con otros matices, en los procedimientos concursales. En este marco, el propio Real Decreto-Ley 16/2020, además de medidas concursales y societarias, incluye medidas procesales urgentes y organizativas y tecnológicas⁴.

³ Cuestión distinta es la de si, con independencia de la refundición, debe afrontarse una reforma sustancial de este sector del ordenamiento jurídico. La propia Exposición de Motivos del texto refundido destaca que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma, reviste extraordinaria dificultad.*

⁴ Entre las primeras destaca la habilitación de días a efectos procesales (art. 1), el cómputo de plazos procesales y la ampliación del plazo para recurrir (art. 2), la tramitación de la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo (art. 6) y la tramitación preferente de determinados procedimientos (art. 7). De las referidas, el cómputo de plazos procesales y la ampliación del plazo para recurrir posee singular importancia. A estos efectos, señala la parte expositiva del Real Decreto-Ley, que *los plazos y términos previstos en las leyes procesales quedaron afectados como consecuencia de la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 con la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, salvo los supuestos excepcionados en la disposición adicional segunda del mismo Real Decreto. En aras de la seguridad jurídica resulta necesario establecer unas reglas generales para el cómputo de los plazos, optándose en el artículo 3 -en el articulado del Real Decreto-Ley, es el artículo 2- por el reinicio del cómputo de los plazos y por no tomar en consideración, por tanto, el plazo que hubiera transcurrido previamente a la declaración del estado de alarma. Y se añade, que, aunque los plazos procesales han sido suspendidos en los términos que se ha descrito anteriormente, los jueces y magistrados han venido dictando sentencias y otras resoluciones y se ha continuado con su notificación en la medida en que ha sido posible en función de la reducción de actividad del personal al servicio de la Administración de Justicia. Es previsible, en consecuencia, que en los primeros días en que se retome la actividad judicial ordinaria tras el*

II. LAS MEDIDAS CONCURSALES DE EMERGENCIA

Las medidas concursales de emergencia se recogen, principalmente, en el citado Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril. En este sentido, la norma más relevante a efectos concursales del previo 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 artículo 43- ha sido derogada por este Real Decreto Ley 16/2020⁵.

levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, se produzca un notorio incremento en el número de recursos presentados frente a dichas resoluciones. Debe garantizarse que la vuelta a la normalidad, una vez se reactiven los plazos y el servicio de notificaciones, no suponga un colapso de las plataformas para presentación de escritos y demandas, y que los juzgados y tribunales puedan dar respuesta a todos ellos, así como que los profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia tengan el tiempo necesario para preparar los escritos procesales en aras a proteger el derecho de defensa de sus clientes y representados. Para ello, se acuerda la ampliación de los plazos para la presentación de recursos contra sentencias y otras resoluciones que ponen fin al procedimiento y sean notificadas durante la suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de los plazos procesales suspendidos, permitiendo de esta manera que estos puedan presentarse de forma escalonada en un plazo más prolongado de tiempo, y no concentrados en escasos días después del citado levantamiento.

Junto a las indicadas medidas procesales urgentes, el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, también incorpora medidas organizativas y tecnológicas, tales como la celebración de actos procesales mediante presencia telemática (art. 19), el acceso a las salas de vistas (art. 20) o la atención al público (art. 23). Resalta la parte expositiva del Real Decreto-Ley en este ámbito, que *se establece la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. No obstante, en el orden jurisdiccional penal, la celebración de juicios preferentemente mediante presencia telemática se exceptúa en los supuestos de procedimientos por delitos graves, en los que la presencia física del acusado resulta necesaria. Igualmente, para atender a los mismos fines, se limita el acceso del público a todas las actuaciones orales atendiendo a las características de las salas de vistas. Se posibilita, así, el mantenimiento de las distancias de seguridad y se evitan las aglomeraciones y el trasiego de personas en las sedes judiciales cuando ello no resulte imprescindible. Con la misma finalidad se establece un sistema de atención al público por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, de tal forma que se limita la atención presencial a los supuestos estrictamente necesarios y únicamente mediante cita previa.*

⁵ Sin perjuicio de que las normas relativas a los expedientes de regulación temporal de empleo derivados del COVID-19 se contienen en el referido Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, expedientes a los que podrán acogerse empresas concursadas con especialidades (en los términos previstos 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). Y, teniendo en cuenta, que el compromiso de mantenimiento del empleo que se anuda a estos expedientes queda afectado cuando estén en riesgo de concurso de acreedores. El Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo modifica la disposición adicional sexta referida a la salvaguarda del empleo del Real Decreto-Ley 8/2020, de

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

Las medidas concursales (y societarias) recogidas en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, se caracterizan, como se ha indicado, por su carácter temporal, naturaleza extraordinaria y formulación objetiva (desvinculadas de causalidad y, por tanto, planteadas en un contexto temporal extraordinario objetivo). Se persigue con ellas, conforme a la parte expositiva del Real Decreto-Ley: *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; potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez; 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; y 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.*

17 de marzo. Dicha disposición establece que las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor previstas en el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020 estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad -en los términos previstos en la propia disposición- aunque no resultará de aplicación este compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El precepto de la legislación concursal al que reenvía dispone que, *salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente.* En este contexto, el riesgo de concurso de acreedores al que se vincula la no aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo se conecta con los llamados hechos externos reveladores de la insolvencia. Se trata de hechos externos de particular gravedad: sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones; embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio; alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes; e incumplimiento generalizado en los últimos tres meses de las obligaciones de pago tributarias, de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta o de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

1. LA SOLICITUD DE CONCURSO DE ACREEDORES Y LA COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES

La modificación temporal de los plazos y reglas establecidos en la Ley Concursal para la solicitud de concurso y para la comunicación de inicio de negociaciones, fue una de las primeras cuestiones abordadas en la legislación concursal de emergencia. El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, incorporó a estos efectos el artículo 43 que, bajo el título de plazo del deber de solicitud de concurso, establecía: *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.*

Dicho artículo 43 ha quedado derogado por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril. La derogación del referido precepto no supone, no obstante, el retorno a las reglas ordinarias de la legislación concursal en materia de solicitud de concurso y comunicación de inicio de negociaciones. Es ahora el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, el que regula de forma extraordinaria y temporal esta cuestión. Bajo el título de régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores, el artículo 11 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, diferencia el régimen extraordinario aplicable al deber del deudor de solicitar el concurso voluntario, del establecido para la tramitación de solicitudes de concurso necesario y del fijado para la comunicación de inicio de negociaciones atendiendo a la fecha en que ésta se produzca.

1.1. El deber del deudor de solicitar el concurso voluntario

En la legislación concursal española el deudor no sólo tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, sino que tiene también el deber de hacerlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el deudor conoce su estado de insolvencia cuando ha acaecido cualquiera de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario. El incumplimiento del deber del deudor insolvente de instar el concurso se sanciona en la sección de calificación concursal con la presunción de concurso culpable, salvo prueba en contrario. Con carácter general, este deber de instar el concurso puede ser aplazado si el deudor insolvente, en cualquier momento dentro del plazo de dos meses a contar desde que tuvo conocimiento del estado de insolvencia, pone en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en la ley. Asimismo, dicha comunicación podrá proceder del Registrador mercantil, del Notario o de la Cámara Oficial de Comercio que hubieran designado al mediador concursal, en el caso de que se solicite un acuerdo extrajudicial de pagos. Una vez formulada dicha comunicación, no es exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario, y el deudor dispone de un plazo para lograr el acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias, sin que se admitan solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados. Transcurrido ese plazo y haya o no alcanzado el acuerdo de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitarse la declaración de concurso, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia. Las solicitudes presentadas por cualquier otro legitimado solo se proveerán cuando haya vencido este plazo y el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso.

Pues bien, este deber queda ahora aplazado hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 11.1 RDL 16/2020): *hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la*

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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 convenio. La redacción de la medida sugiere que debe ser aplicada tanto al supuesto del deudor insolvente que aún no ha actuado en vía preconcursal o concursal, como al deudor insolvente que hubiera comunicado el inicio de negociaciones, pero, se encontrara aún en el período para que las mismas pudieran tener éxito.

En el primer caso, el deudor insolvente que aún no ha actuado en vía preconcursal o concursal, dispone de un aplazamiento de su deber de solicitar el concurso hasta el 31 de diciembre de 2020. Este aplazamiento conlleva que hasta esa fecha no se considerará que se ha producido el incumplimiento del deber del deudor insolvente de solicitar el concurso y, en consecuencia, al no haber incumplimiento no se aplicará la presunción de concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Ello no impide, no obstante, que el deudor decida antes de esa fecha solicitar su concurso voluntario o comunicar el inicio de negociaciones para alcanzar una alternativa preconcursal o un convenio anticipado. De hecho, como más adelante se señalará, se prevé que si el deudor solicita su concurso antes del 31 de diciembre de 2020 su solicitud se admitirá a trámite con preferencia (art. 11.2 RDL 16/2020) y si comunica la apertura de negociaciones antes del 30 de septiembre de 2020 se estará al régimen general establecido por la Ley (art. 11.3 RDL16/2020).

El segundo caso sería el del deudor insolvente que hubiera comunicado el inicio de negociaciones, pero, se encontrara aún en el período para que las mismas pudieran tener éxito. La legislación concursal en situación ordinaria establece que el deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores (dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario), no hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se

encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal. Con la medida ahora incorporada en la legislación de emergencia, si el deudor hubiera comunicado este inicio de negociaciones y encontrándose en este período de negociaciones se declara el estado de alarma, podría entenderse que, finalizado éste, empezarán de nuevo a computarse esos meses y deberá de solicitarse 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. Aunque resultaría más sugerente interpretar que pudiera disponer también hasta el 31 de diciembre de 2020 para solicitar la declaración de concurso -salvo que a esa fecha no se encontrara en estado de insolvencia- resulta más compleja esta interpretación por los efectos que lleva aparejada la comunicación de negociaciones. Y, en todo caso, como ya se ha señalado, si el deudor comunica ese inicio de negociaciones antes del 30 de septiembre de 2020 se estará al régimen general establecido por la ley, esto es, al régimen concursal ordinario.

Sin perjuicio del régimen establecido para el deber de solicitar la declaración de concurso, el Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora, además, una medida específica respecto a la suspensión de la causa de disolución por pérdidas en las sociedades de capital (art. 18 RDL 16/2020): *1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. Las 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 y cuando las pérdidas no sean tan significativas que proceda la declaración del concurso (art. 363.1.e) LSC), tienen especial relevancia, por su conexión con la*

función del capital social en las sociedades de capital. En este sentido, la regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios. Sin lugar a duda, la cuestión más controvertida es la de determinar el momento en el que ha de estimarse la existencia de pérdidas, es decir, si las pérdidas lo son desde que se producen o, una vez finalizado el ejercicio social, cuando se constatan en la documentación contable. En cuanto la medida ahora incorporada, aunque sea en la referencia al ejercicio 2021, se refiere al resultado del ejercicio, parece decantar su interpretación al momento en que las pérdidas se incluyan en la documentación contable que se formule. Pues bien, en la determinación de la causa legal de disolución por pérdidas, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 16/2020, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Mientras que 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, 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.

En todo caso, mientras permanezca suspendida la causa de disolución por pérdidas para las sociedades de capital, no debe considerarse exigible, por esta causa, la responsabilidad solidaria de los administradores por obligaciones sociales. Al objeto de hacer efectiva en las sociedades de capital la concurrencia de una causa legal de disolución, la Ley de Sociedades de Capital diseña un sistema compuesto de dos elementos: la imposición de unos deberes legales específicos de los administradores en orden a la promoción oportuna de la disolución y la consiguiente responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de esos deberes legales (art. 367 LSC). Así, la concurrencia de una causa legal de disolución desencadena un procedimiento imperativo cuya omisión acarrea consecuencias muy severas para los administradores. La idea central que subyace en este procedimiento es que la sociedad, una vez acaecida la causa de disolución, ha de decidir sobre su continuidad. La sociedad no puede continuar ejerciendo su actividad en las

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

condiciones concurrentes, pues así lo ha prescrito el legislador (causas obligatorias) o lo acordaron los socios (causas estatutarias). Los motivos disolutorios inciden sobre la vida social de una manera intolerable. Por esta razón, se inicia el procedimiento de disolución cuya pieza principal es la convocatoria de una junta general donde los socios deben decidir sobre el futuro de la entidad. El órgano soberano sólo puede acordar la disolución o remover la causa de disolución. En caso de no adoptarse los acuerdos debidos, los administradores están obligados y cualquier interesado facultado para solicitar la disolución judicial de la sociedad. Pues bien, el legislador ha previsto un riguroso régimen de responsabilidad para garantizar que los administradores cumplirán con su obligación de convocar la junta general o, en su caso, solicitar la disolución judicial o el concurso. En caso de incumplimiento de este deber, se les hace solidariamente responsables de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. Aunque esta responsabilidad de los administradores se vincule a cualquier causa de disolución, su importancia se manifiesta singularmente en los supuestos de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que se establezca, a través de una operación de reducción o de ampliación del capital social, el equilibrio patrimonial, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Ahora bien, si no concurre la causa legal de disolución por pérdidas -durante el período que señala el artículo 18 del Real Decreto-Ley 16/2020- debe considerarse que los administradores no incumplen sus obligaciones y, en definitiva, no han de responder solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución. A este respecto, cabe señalar, que el artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020 establece que *en caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concorra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma (art. 40.11) y que si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo (art. 40.12).*

1.2. Las solicitudes de concurso necesario

Por lo que respecta a la solicitud de concurso necesario, es decir, presentada por el acreedor (y demás legitimados), el acreedor que insta la declaración de concurso debe expresar en la solicitud el título o hecho -tasado- en el que de acuerdo con la legislación concursal funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. Los demás legitimados debe expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla. En este caso, se trata de un derecho, no de un deber.

Conforme al Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, 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, 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 RDL 16/2020). Con ello se alteran de forma temporal las reglas generales de provisión de las solicitudes de concurso.

La norma se completa con la previsión recogida en el primer apartado de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, que dispone que si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020) se hubiera presentado alguna solicitud de concurso necesario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 11, es decir, las previsiones establecidas en dicho precepto para la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario y la regla de prioridad de las solicitudes de concurso voluntario.

1.3. La comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores

Como ya se ha señalado, el deber del deudor que se encuentre en insolvencia actual de solicitar el concurso voluntario queda aplazado -sin que se considere incumplimiento a los efectos de su consideración como presunción

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

ius tantum de concurso culpable- hasta el 31 de diciembre de 2020, 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 convenio.

Ahora bien, ello no impide -a diferencia de los supuestos de solicitudes de concurso necesario- que no resulte posible que el deudor solicite el concurso. De hecho, el apartado segundo del artículo 11 del Real Decreto Ley 16/2020 parte de 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. De igual manera, tampoco se impide que el deudor ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. En este último caso, se prevé 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 RDL16/2020). La indicación de que en este supuesto se estará al régimen general establecido por la Ley, debe ser entendido en el sentido de que se aplicarán los efectos previstos en la legislación concursal para la comunicación de negociaciones. En este sentido, la regulación de la comunicación de negociaciones permite distinguir dos tipos de efectos que se generan desde la comunicación: de un lado, el aplazamiento del deber de solicitar la declaración de concurso voluntario y la inadmisión de solicitudes de concurso necesario; de otro, la posibilidad de paralización de ejecuciones. De forma adicional, debe señalarse que la Ley de Sociedades de Capital prevé que cuando, al amparo de la legislación concursal, una sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un

acuerdo extrajudicial de pagos, no resultarán aplicables las previsiones establecidas respecto al derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos (art. 348 bis LSC). En relación a este último efecto, debe tenerse en cuenta que el apartado octavo del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, establece que aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden (el art. 40 del RDL 8/2020 ha sido modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, aunque el indicado apartado octavo no ha sido afectado por dicha modificación).

2. LAS FINANCIACIONES Y PAGOS POR TERCEROS

Con el objetivo de favorecer el tratamiento en un futuro concurso de acreedores de las financiaciones y pagos que puedan obtenerse de personas que en el concurso serían consideradas especialmente relacionadas con el concursado, el Real Decreto Ley 16/2020 incorpora la consideración de estos créditos en el concurso como ordinarios. En el régimen general de la Ley Concursal los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado -determinación de las personas especialmente relacionadas con el concursado que lleva a cabo la Ley Concursal atendiendo a si el concursado es persona natural o persona jurídica- se califican como subordinados, perdiendo, en su caso, la garantía real de la que pudieran disfrutar.

Pues bien, en las condiciones temporales y sustantivas establecidas ahora en el artículo 12 del Real Decreto Ley 16/2020 esos créditos que serían subordinados pasan a considerarse ordinarios. Aunque, indudablemente, la consideración como créditos ordinarios es más favorable que la de créditos subordinados, la escasa satisfacción de los acreedores ordinarios en la mayor parte de los concursos de acreedores puede restar eficacia a esta medida (salvo el relevante dato de que la calificación como subordinados supone la pérdida de la garantía real de la que pudieran disfrutar).

En todo caso, son dos los supuestos previstos en el Real Decreto Ley 16/2020, bajo la rúbrica de financiaciones y pagos por personas especialmente

relacionadas con el deudor, respecto a concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a 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 especialmente relacionadas con él.
- 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, 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.

3. LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO CONCURSAL

El convenio concursal es un acuerdo de voluntades en el que la voluntad de una de las partes —los acreedores ordinarios— se determina en función de un sistema de mayorías relativas y en el que los efectos del convenio se extienden a acreedores —los subordinados— que no pueden participar en la formación de esa voluntad. La aprobación judicial tiene la virtualidad de que ese acuerdo adoptado por una parte de los acreedores ordinarios extienda los efectos a todos los demás acreedores pertenecientes a esta clase, a todos los acreedores subordinados y a los acreedores anteriores a la declaración judicial de concurso que, por una u otra causa, no hubieran sido reconocidos. Los acreedores privilegiados sólo quedan vinculados al convenio aprobado por el juez si se hubieran adherido a la propuesta o votado a favor de la misma. Ahora bien, los acreedores privilegiados, tanto por privilegio general como especial, quedarán también vinculados al convenio cuando concurren determinadas mayorías de acreedores de la misma clase. El acuerdo de voluntades entre el concursado y esa masa de acreedores es condición necesaria, pero no es

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

condición suficiente: para que el convenio produzca efectos se requiere en todo caso la aprobación judicial, que se configura como auténtica condición de eficacia del convenio.

En relación con el convenio concursal que se encuentre en período de cumplimiento, el Real Decreto Ley 16/2020 introduce la posibilidad de modificación de su contenido (art. 8 RDL 16/2020). En particular, incorpora dos medidas temporales: la presentación de la propuesta de modificación del convenio por parte del deudor concursado y la no admisión a trámite temporalmente de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio y la consiguiente posibilidad también temporal de solicitar la modificación del convenio, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Así, de un lado, durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, el concursado puede presentar propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud debe 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. La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del convenio originario, si bien la tramitación será escrita, cualquiera que sea el número de acreedores. 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, cualquiera que sea el contenido de la modificación. 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 adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

Y, de otro lado, el juez dará traslado al concursado de cuantas solicitudes de declaración de 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 desde 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.

Las medidas relativas a la modificación del convenio concursal se completan con los apartados segundo y tercero de la disposición transitoria segunda:

- Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020), 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 (art. 8 RDL 16/2020).
- Si en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 30 de abril de 2020) algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en relación con la modificación del convenio concursal (art. 8 RDL 16/2020) y el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

4. LA FALTA DE CUMPLIMIENTO Y EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO CONCURSAL

Conforme a la legislación concursal ordinaria, existen diferentes modos de apertura de la fase de liquidación. La liquidación puede abrirse de forma voluntaria, a solicitud del deudor, en cualquier momento del procedimiento, incluso, con la propia solicitud de concurso. También la administración concursal podrá solicitar la apertura de la liquidación, aunque sólo en el caso de cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. La liquidación debe abrirse, de forma necesaria, de oficio o a instancia de parte, siempre que el concurso no haya podido solucionarse por el cauce del convenio. Además, en el supuesto de concurso consecutivo de persona natural no empresario, derivado del fracaso de

un acuerdo extrajudicial de pagos, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación.

El Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora dos normas bajo la rúbrica de aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

En primer lugar, una medida que va expresamente dirigida a lograr ese referido aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la liquidación. Entre los diferentes modos de apertura de la fase de liquidación, la normativa concursal dispone que el concursado que hubiera convenido con sus acreedores tiene el deber de solicitar la liquidación cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación. El deber evoca manifiestamente al que tiene el propio deudor de instar su concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, si bien no se fija ahora plazo alguno para la solicitud. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Y, 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. En este caso el juez resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación. Pues bien, el Real Decreto-Ley 16/2020 establece que durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor no tendrá el deber de solicitar la liquidación de la masa activa cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos o las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio concursal, siempre que el deudor presente una propuesta de modificación del convenio y esta se admita a trámite dentro de dicho plazo (la propuesta de modificación del convenio se tramitará conforme a lo establecido en el art. 8.1 RDL 16/2020). Y, durante el mismo plazo, 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. Esta última medida se completa con la previsión del apartado tercero de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, al establecer que si en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2020 (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado,

es decir, el 30 de abril de 2020) algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en relación con la modificación del convenio concursal (art. 8 RDL 16/2020) y el aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación (art. 9 RDL 16/2020).

En segundo lugar, la determinación de los créditos que han de considerarse contra la masa si, finalmente, el convenio aprobado o modificado resulta incumplido. Así, 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.

5. LA APROBACIÓN DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

El Real Decreto-Ley 16/2020 incorpora dos medidas referidas a la aprobación del plan de liquidación concursal, dirigidas a agilizar su aprobación, según la situación de tramitación en que éste se encuentre (art. 16 RDL 16/2020).

De un lado, cuando a la finalización del estado de alarma 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.

De otro lado, 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 caso anterior.

6. LA ENAJENACIÓN DE LA MASA ACTIVA

Bajo el término enajenación de la masa activa, el Real Decreto-Ley 16/2020 incluye medidas que se estiman dirigidas a agilizar algunos aspectos de la tramitación concursal (art. 15 RDL 16/2020). En esencia, referidas a la subasta -judicial o extrajudicial- y a la realización directa de los bienes y derechos.

En cuanto a la subasta, 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. Se exceptúa de esta regla la enajenación, en cualquier estado del concurso, del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, 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 legislación concursal.

Por lo que se refiere a la realización directa, sin indicar ningún período de vigencia de la norma, se dispone 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 dación en pago o para pago de dichos bienes, se estará a los términos de la autorización.

7. LA IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO Y DE LA LISTA DE ACREEDORES

Con el mismo objetivo de agilizar la tramitación concursal, el Real Decreto-Ley 16/2020 incluye medidas relativas a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, en gran parte referidas a la limitación de medios de prueba y al efecto de la falta de contestación a la demanda, salvo para acreedores de derecho público (art. 13 RDL 16/2020). Así:

- 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, sin que sea necesaria la celebración de vista salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa.

- La falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate acreedores de derecho público.
- Los medios de prueba de que intenten valerse las partes deberán acompañar necesariamente a la demanda incidental de impugnación y a las contestaciones que se presenten.

8. LA TRAMITACIÓN PREFERENTE

En el Capítulo segundo de medidas concursales y societarias del Real Decreto-Ley 16/2020 se recogen actuaciones de tramitación preferente. Las indicadas actuaciones son de tramitación preferente en el ámbito concursal (art. 14 RDL 16/2020), diferenciadas de la tramitación preferente de determinados procedimientos según el orden jurisdiccional, que se recogen en el Capítulo primero de medidas procesales urgentes (art. 7 RDL 16/2020).

En este sentido, se recogen diversas actuaciones de tramitación preferente en el ámbito concursal, hasta que transcurra un año a contar desde la declaración del estado de alarma, aunque la previsión se cierra con una declaración genérica de que también podrán ser de tramitación preferente, en general, cualesquiera otras que, a juicio del juez del concurso, puedan contribuir al mantenimiento y conservación de los bienes y derechos. En todo caso, las referidas expresamente como de tramitación preferente son: los incidentes concursales en materia laboral; las actuaciones orientadas a la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de los elementos del activo; 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; los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; la admisión a trámite de la solicitud de homologación de un acuerdo de

refinanciación o de la modificación del que estuviera vigente; y la adopción de medidas cautelares.

9. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Los acuerdos extrajudiciales de pagos constituyen una alternativa al concurso de acreedores y responden al objetivo de desjudicializar algunos supuestos de insolvencia, a través de la intervención, fundamentalmente, de un mediador concursal. Su incorporación a la legislación concursal española generó muchas expectativas en cuanto al acceso a esta solución desjudicializada de los supuestos de insolvencia de persona jurídica y de persona física que reunieran los presupuestos legales para solicitarlo. Y, sobre todo, este acuerdo generó expectativas porque el reconocimiento de la segunda oportunidad -el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho- para deudores personas físicas se vinculó a este acuerdo. Sobre el papel se pretendía que los acreedores estuvieran dispuestos a que se alcanzara un acuerdo extrajudicial de pagos, porque en otro caso correrían el riesgo de que el deudor llegara al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Pero, en la realidad este incentivo ha tenido escaso éxito. El acceso de las personas físicas a este procedimiento se ha producido mayoritariamente para dar respuesta al trámite de que el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos permite instar el concurso consecutivo y, cuando se concluye este concurso, se puede acceder a la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, solicitud en la que se tiene en cuenta si se ha celebrado, o, al menos, se ha intentado celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos. Así, el acuerdo ha sido solicitado mayoritariamente para que una vez fracasado, y cerrado el posterior concurso consecutivo, se considere cumplido este intento en la solicitud de segunda oportunidad. Y en muy buena medida ha sido solicitado por personas físicas que cuando han accedido a este procedimiento, además, lo han hecho en una situación patrimonial extrema, lo que en la práctica ha supuesto que en muchos de estos casos ni siquiera haya sido posible lograr la aceptación del mediador concursal. Esta experiencia ha influido en algunas de las normas temporales y extraordinarias que se establecen para los acuerdos extrajudiciales de pago en el Real Decreto-Ley 16/2020.

En primer lugar, respecto a los acuerdos ya existentes que venían cumpliéndose y que no puedan continuar cumpliéndose como consecuencia de

la crisis, se ha admitido su modificación con las mismas reglas establecidas para la modificación del convenio concursal. En efecto, el Real Decreto Ley 16/2020 cuando regula la modificación del convenio concursal en su artículo 8, añade un apartado tercero que dice que “las mismas reglas serán de aplicación a los acuerdos extrajudiciales de pago”. Al no incorporarse ninguna otra precisión es necesario sustituir en el resto de las previsiones del artículo 8 (los apartados 1 y 2) el término convenio por el de acuerdo extrajudicial de pagos y adaptar las reglas de procedimiento establecidas a las correspondientes a estos acuerdos.

En segundo lugar, si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor comunica la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos la norma se limita a decir que se estará al régimen general establecido por la ley (art. 11.3 RDL 16/2020).

En tercer lugar, la que se incluye como norma de agilización del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos que, en realidad, es de agilización para instar el concurso consecutivo tras el fracaso del acuerdo (art. 17 RDL 16/2020). Como se ha indicado, con anterioridad a la situación provocada por la emergencia sanitaria, se estaban planteando dificultades en supuestos -mayoritariamente de insolvencia de persona física no empresario- en los que el intento sin éxito del acuerdo extrajudicial de pagos consistía en no haber logrado la aceptación de un mediador concursal. En esta situación, se planteaba el interrogante de si no lograr la aceptación de un mediador concursal debía considerarse un intento sin éxito del acuerdo que permitiera instar el concurso consecutivo. La cuestión no está resuelta de forma definitiva en sede de aplicación de legislación concursal ordinaria, más allá del criterio que en su ámbito afirmó la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras consulta formulada por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, a la que dio respuesta el 14 de mayo de 2019, indicando, en síntesis, *que, si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados*

durante el plazo de dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente. Pues bien, el Real Decreto Ley 16/2020 si ha previsto esta circunstancia, aunque bajo la rúbrica de agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 17 RDL 16/2020), al disponer 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.

Por último, entre las previsiones de tramitación preferente de determinados procedimientos, recogidas en el capítulo primero de medidas procesales urgentes (art. 7 RDL 16/2020), se recogen en el orden civil los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales y que no tengan la condición de empresarios. Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de mayo, se atribuyó la competencia a los juzgados de primera instancia de los concursos de persona natural no empresario, para -se decía expresamente- disminuir el número de asuntos a resolver por los Juzgados de lo Mercantil, saturados y en riesgo de colapso. En este contexto, el criterio legal de distribución de la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los concursos de los deudores personas naturales es subjetivo: es la condición de empresario del deudor, o su ausencia, la que determina la competencia objetiva para conocer del concurso de acreedores. En este contexto, el Real Decreto Ley 16/2020 establece que *durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia una serie de expedientes y procedimientos, entre los que incluye, en el orden jurisdiccional civil, los procedimientos concursales de deudores que sean personas naturales y que no tengan la condición de empresarios (art. 7 RDL 16/2020).*

10. LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Dentro de las alternativas preconcursales recogidas en nuestra legislación se encuentran también los acuerdos de refinanciación. Los acuerdos de refinanciación (y de reestructuración) han de procurar, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

A los acuerdos de refinanciación se refiere también el Real Decreto Ley 16/2020, que se centra exclusivamente en la posibilidad de modificar un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente o de alcanzar otro nuevo, sin que para ello sea impedimento el plazo que la legislación concursal ordinaria establece para poder presentar una nueva solicitud de homologación, paralizando, además, temporalmente, la admisión a trámite de las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentadas por los acreedores. Sobre esta base, se incluyen dos medidas (art. 10 RDL 16/2020):

- Durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado judicialmente 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.
- 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. Durante ese mes 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. Si dentro

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 2 (PANDEMIA Y EMERGENCIA EMPRESARIAL)

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, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

A las medidas específicas establecidas para los acuerdos de refinanciación, debe añadirse la previsión de 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 se estará al régimen general establecido por la ley (art. 11.3 RDL 16/2020).



DECONOMI