

MEDIDAS DURANTE EL COVID-19 Y DERECHO MERCANTIL
(PARTE II: DERECHO CONCURSAL)

*MEASURES UNDER COVID-19 AND COMMERCIAL LAW (PART II:
INSOLVENCY ISSUES)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 550-559



Felipe PALAU
RAMÍREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La crisis generada por la pandemia del COVID-19 ha obligado a tomar múltiples medidas de diferente índole para paliar sus efectos bajo el Estado de Alarma. Entre estas medidas se encuentran aquellas que repercuten en diversas instituciones del Derecho Mercantil, como son las referentes al Derecho concursal.

PALABRAS CLAVE: Derecho Mercantil; insolvencia; concursal, COVID-19 , medidas.

ABSTRACT: *The crisis generated by the COVID-19 pandemic has forced it to take multiple measures of different kinds to mitigate its effects during the Alarm State. These measures include those that have effects on various commercial law institutions, such as those relating to insolvency issues.*

KEY WORDS: *Commercial Law; insolvency; bankruptcy; COVID-19 ; measures.*

I. Instituido el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14/03/2020), 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 (en adelante, RDL 11/20), se extendió a las 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, adoptándose ya algunas medidas dirigidas a la interrupción del plazo fijado para que el deudor en estado de insolvencia no tenga el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 43 RDL 8/20), que han sido sustituidas por la regulación 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 (en adelante, RDL 16/20); ello no obstante quedan vigente algunas disposiciones de orden laboral sobre suspensión de contrato y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, que se aplican a las empresas en concurso (véanse arts. 22 y 23 y Disposición adicional décima RDL 8/20. Especialidades en aplicación del Capítulo II a las empresas concursadas. Esta última disposición ha sido introducida por la Disposición final primera RDL 11/20; ver también sobre esta materia laboral la Disposición transitoria cuarta).

Puestos en antecedentes, el grueso de las medidas adoptadas en España para atemperar los efectos de la crisis del COVID-19 en materia concursal se contienen en el mencionado RDL 16/20 y, pese a adoptarse por los efectos que la crisis pandémica puede causar en las empresas, se aplican sin necesidad de justificar dicha afectación, lo que facilita su aplicación y evita las controversias en una situación como la actual en la que la crisis parece generalizada salvo para algunas actividades.

Las medidas adoptadas tienden fundamentalmente a dos objetivos: retardar hasta 2021 las declaraciones de concurso y los efectos del incumplimiento de los convenios de acreedores y de los acuerdos de refinanciación homologados, fundamentalmente la entrada en fase de liquidación, por una parte, y por otra, facilitar la conservación de la empresa mediante medidas dirigidas a facilitar la inversión en la empresa por personas especialmente relacionadas con el deudor, dejando de penalizar sus créditos, así como mediante la simplificación de la

• **Felipe Palau Ramírez**

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat Politècnica de València – CEGEA. Correo electrónico: fpalau@upv.es

liquidación aumentando la discrecionalidad del juez para permitir la venta de la empresa o de unidades productivas por medios distintos de la subasta judicial o extrajudicial, lo que, por lo demás, ya se viene haciendo *de facto*. A estas medidas, se suman otras disposiciones que tienen por efecto la simplificación de trámites procedimentales para conseguir una mayor agilidad. A continuación, y a los solos efectos expositivos, se van a agrupar las medidas en 4 apartados: régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores; medidas relativas a los convenios y a los acuerdos de homologación judicial que permiten retrasar la entrada en fase de liquidación; medidas para facilitar la financiación de las empresas concursadas/en situación de insolvencia; medidas para simplificar y agilizar trámites y la liquidación concursal.

2. Régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores.

Entre las medidas para retardar los efectos de la situación de crisis, sin duda en la esperanza de una recuperación de la situación económica lo más rápida posible que permita a las empresas continuar su actividad tras superar una situación provisional de insolvencia, destaca la suspensión de la obligación de solicitar la declaración del concurso por el deudor, así como la limitación de su declaración por los acreedores.

Así, en cuanto al concurso voluntario, “(h)asta 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 convenio” (art. 11.1 RDL 16/20). Se trata, pues de una suspensión del deber, que no evita que el deudor puede solicitar ya su concurso, pero que impedirá la declaración del concurso como culpable por no haberse solicitado en el plazo de dos meses (art. 5.1 en relación con el artículo 165.1.1º LC) y exonerará también a los administradores de hecho y de derecho de la responsabilidad a la que podrían ser condenados de dar cobertura, total o parcial del déficit, en la medida en que su conducta haya generado o agravado la insolvencia (art. 172 bis LC). No se trata de un exoneración total de los administradores y demás personas objeto de la sentencia de calificación concursal de culpabilidad, puesto que el retraso podría haber sobrepasado los dos meses de plazo ya con anterioridad a la declaración del estado de alarma, o la culpabilidad puede inferirse de otras actuaciones, como alzamiento de bienes o graves irregularidades contables, cuyos efectos en la generación de deudas o aumento de su cuantía sí que deberá tenerse en cuenta en la cuantificación de la posible responsabilidad en el concurso solicitado transcurrido el plazo de suspensión legal.

Y respecto al concurso necesario, no solo no se admitirán a trámite las solicitudes presentadas desde la declaración del estado de alarma, sino que de presentarse una solicitud por el deudor antes de final de año, se tramitará está con preferencia a la solicitud presentada por los acreedores, aunque esta sea anterior (art. 11.2 RDL 16/20). La disposición transitoria segunda, apartado 1, extiende temporalmente esta previsión sobre el concurso necesario a las solicitudes presentadas por el deudor durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor del RDL 16/20).

Queda abierta la cuestión de si durante este período de suspensión o exención de solicitar el concurso, corre, sin embargo, el plazo de dos meses desde la situación de insolvencia que sitúa al deudor en el deber de solicitar el concurso. En mi opinión, la previsión legal no es la interrupción del cómputo del plazo de dos meses sino la exención de presentar la solicitud del concurso, por lo que durante el estado de alarma y el resto de tiempo hasta el 31 de diciembre de 2020 corre dicho plazo de dos meses, bien para la solicitud del concurso, bien para la comunicación del artículo 5 bis LC. De ahí que, transcurrido, el período de exención, deba solicitarse el concurso si ya ha transcurrido el plazo de dos meses desde el estado de insolvencia, salvo que con anterioridad se haya realizado la comunicación del artículo 5 bis LC y no haya transcurrido todavía el plazo de su tramitación, que es de 3 meses. Esta interpretación parece confirmada por la previsión del párrafo 3 del artículo 11 RDL 16/20: “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”.

3. Medidas relativas a los convenios y a los acuerdos de homologación judicial que permiten retrasar la entrada en fase de liquidación. La entrada en fase de liquidación concursal puede retrasarse si el deudor presenta, durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de marzo de 2021), una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en fase de cumplimiento. La solicitud, que deberá ser acompañada de “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, párrafo 1, RDL 16/20), ha de ser tramitada conforme a las mismas reglas vigentes, aunque ahora la tramitación ha de ser en todo caso por escrito, véase art. 115 bis LC que permitía ya al juez adoptar esta forma), y aprobada por las mismas mayorías que las exigidas para la aceptación de la propuesta del convenio originario, sin que afecte

“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” (art. 8.1, párrafo 2, RDL 16/20). Como señala DÍAZ MORENO, A.: “Modificación del convenio concursal (art. 8 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de mayo)”, *GA_P*, mayo 2020, p. 8, si la modificación no afecta a los créditos privilegiados sujetos al convenio originario, estos créditos continuarán sometidos al convenio originario en los términos previos a la modificación o quedarán en la misma situación que tendrían si nunca hubieran estado vinculados y, por tanto, en libertad para ejercitar las acciones individuales para el cobro de sus créditos. Los acreedores de la masa nacidos con anterioridad a la fase de cumplimiento del convenio quedarán al margen de la modificación conforme a las reglas generales. Tampoco dispone la norma ninguna regla especial sobre el contenido del convenio, que seguirá siendo el del artículo 100 de la Ley Concursal. En consecuencia, la regulación, que también es aplicable a los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 8.3 RDL 16/20), poco tiene de facilitación de aprobación de nuevos convenios, pero al menos posibilita su aprobación si así lo consideran conveniente los acreedores tras una valoración de las nuevas circunstancias. Se trata de una medida ya conocida en nuestro sistema concursal, que fue introducida en nuestro ordenamiento, aunque con diferencias por las disposiciones transitorias tercera del Real Decreto-ley 11/2014 y la Ley 9/2015.

En cuanto a las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio o de un acuerdo extrajudicial de pago, dentro de los seis meses a contar desde la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de septiembre de 2020), se dará traslado al concursado pero no se admitirán a trámite hasta que transcurran 3 meses desde la finalización de dicho plazo (hasta el 14 de diciembre de 2020), y durante esos 3 meses se permite que el concursado pueda presentar una solicitud de modificación del convenio que se trasladará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento (art. 8.2 RDL 16/20), con lo cual queda en manos del concursado el retraso de la entrada en fase de liquidación y es decisión de los acreedores dar otra oportunidad aprobando un convenio que permita conservar la empresa.

La única regla que puede facilitar la aprobación de convenios o su modificación, por cuanto puede facilitar la financiación de la empresa evitando la postergación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son precisamente las que más interés pueden tener en financiar la sociedad para su conservación, es aquella que, en caso de incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, establece: “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 RDL 16/20).

Atendiendo a la finalidad de la norma no se entienden los motivos que llevan a fijar los *diez a quo* de los plazos desde la declaración del estado de alarma y no desde su terminación, a no ser que no se previera que la duración del estado de alarma tuviera la duración que está teniendo o que se quisiera mantener el alcance estrictamente excepcional de la norma sobre todo atendiendo a que se han establecido plazos muy amplios. De hecho, durante un año desde la declaración del estado de alarma se exime también al deudor de su obligación de solicitar la liquidación de conformidad con el artículo 142.2 LC, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos y obligaciones contraídas por el convenio concursal, siempre que presente una propuesta de modificación de convenio (art. 9.1 RDL 16/20). Y en todo caso, durante ese plazo de un año, 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 (*sic*, art. 9.2 RDL 16/20).

Reglas muy similares a las prevista para los convenios y acuerdos extrajudiciales de pago se han adoptado en relación con los acuerdos de refinanciación homologados. Así, durante el plazo de un año 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 RDL 16/20). De otra parte, en cuanto a las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación presentadas por los acreedores en los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, se dará traslado al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta que transcurra un mes 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 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” (art. 10.2 RDL 16/20).

4. Medidas para facilitar la financiación de las empresas concursadas/en situación de insolvencia. En línea con la regla establecida en el artículo 9.3 RDL 16/20 de considerar bajo determinadas condiciones créditos contra la masa aquellos que hayan facilitado la aprobación o modificación de un convenio con los acreedores, se establece también una excepción a la prelación de créditos establecida en el artículo 89 y siguientes de la Ley Concursal, respecto de los concursos de acreedores que se declaren dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, al considerar créditos ordinarios y no subordinados los realizados en este período por las personas especialmente relacionadas con el concursado (véase art. 93 LC) derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza (art. 12.1 RDL 16/20) o aquellos en que se hubieran subrogado como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta del concursado (art. 12.2 RDL 16/20).

5. Medidas para simplificar y agilizar trámites y la liquidación concursal. Junto con las medidas de mayor calado referidas otras van dirigidas a facilitar la impugnación del inventario y de la lista provisional de acreedores admitiendo únicamente como medio de prueba los documentos y las pericias (art. 13.1 RDL 16/20). Además, la falta de contestación a la demanda por cualquiera de los demandados se considerará allanamiento, salvo que se trate acreedores de derecho público, y 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 (art. 13.2 y 3 RDL 16/20).

Por otra parte, se establece la tramitación preferente de cuestiones como: “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” (art. 14 RDL 16/20).

La tramitación judicial del acuerdos extrajudicial de pagos también se agiliza al preverse que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma, “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 RDL 16/20), con lo cual el deudor podrá solicitar el concurso sin la pérdida de la eventual exoneración del pasivo insatisfecho.

La liquidación de los bienes y derechos de la masa activa se facilita al establecerse que se haga de forma extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación establezca otra cosa (art. 15.1 RDL 16/20). Ello no obstante, en aras de la conservación de la empresa, la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, 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 Concursal (art. 15.2 RDL 16/20). Y las medidas en sede de enajenación de la masa activa termina con la siguiente previsión: “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” (art. 15.3 RDL 16/20).

Por último, respecto de los concursos pendientes tramitación durante el estado de alarma, cuando a su finalización “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” (art. 16.1 RDL 16/20). En el caso de que dicho plan todavía no esté 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 (art. 16.2 RDL 16/20).

