

Real Decreto-ley 16/2020: Medidas concursales para hacer frente al COVID-19

Paloma Corbal y Mercedes Rueda

Área de Derecho Concursal de Zunzunegui Abogados

La pandemia de COVID-19 ha derivado en una situación insólita a nivel económico y social que trae consigo consecuencias para el tejido empresarial, poniendo en una difícil situación tanto a empresas como autónomos. En este contexto de incertidumbre económica, el procedimiento concursal está llamado a ser una respuesta eficaz para evitar el hundimiento de los negocios y gestionar las situaciones de insolvencia que resulten inevitables en el mejor interés del deudor y sus acreedores, en beneficio del conjunto del mercado.

En estas circunstancias, el Gobierno ha adoptado 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 vigor desde el 30 de abril de 2020. La fecha clave a apuntar en la agenda procesal es el **14 de marzo de 2021**, pues será en este plazo de un año desde la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el periodo durante el cual estarán en vigor muchas de las medidas adoptadas.

Estas medidas deberán aplicarse, además, teniendo en cuenta la sorpresiva aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal por el [Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo](#), que viene a añadir si cabe más desconcierto entre los operadores jurídicos. Su entrada en vigor tendrá lugar el **1 de septiembre de 2020**, una *vacatio legis* que podemos considerar breve, teniendo en cuenta que, en algunos aspectos, el texto no se limita a refundir.

A esta novedad legislativa habrá que añadir, además, la reforma que este texto requerirá para transponer la importantísima [Directiva \(UE\) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia](#), cuyo plazo de transposición finaliza el 17 de julio de 2021, sin perjuicio de los plazos más extensos previstos para la adopción de disposiciones en materia de utilización de medios electrónicos de comunicación (cf. art. 28 de la Directiva). De ello da cuenta el propio Texto Refundido en su preámbulo, señalando, no obstante, que dicho texto “constituye la base idónea” para acometer la transposición “que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad” de manera “más ordenada, clara y sistemática”.

El fomento de los acuerdos entre deudores y acreedores como medida fundamental en la crisis del COVID-19

Según expone el preámbulo del Real Decreto-ley, las medidas adoptadas por el Gobierno tienen como objetivo garantizar la continuidad económica, potenciar la financiación y evitar el aumento de litigiosidad concursal. Para ello, destacan las previsiones establecidas para facilitar los nuevos acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos (AEP) y la modificación de los convenios en periodo de cumplimiento y de los acuerdos ya alcanzados para evitar la declaración generalizada de incumplimientos.

En este sentido, se dota al deudor de un plazo de **un año** desde la declaración del estado de alarma para poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociaciones para modificar el acuerdo de refinanciación homologado que tuviera en vigor o para alcanzar uno nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación (excepcionando así la regla prevista en el apartado 12 de la Disposición adicional cuarta de la todavía vigente Ley Concursal). Igualmente, el deudor que se encuentre en periodo de cumplimiento de convenio o de AEP contará con el mismo plazo para presentar una propuesta de modificación que se tramitará de acuerdo con las normas de aprobación de convenio originario –si bien por escrito–, incluidas las mayorías de pasivo exigibles para su aprobación cualquiera que sea su contenido. Esta propuesta de modificación no podrá afectar, sin embargo, a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario, ni a los acreedores privilegiados a quienes se hubiera extendido la eficacia del convenio o que se hubieran adherido tras su aprobación, salvo que voten a favor o se adhieran expresamente.

En la misma línea, se prevé una flexibilización de las normas sobre incumplimiento de los acuerdos ya alcanzados con el claro objetivo fomentar su mantenimiento o reforma y evitar el colapso judicial.

Así, durante los **seis meses** siguientes a la declaración del estado de alarma, se dará traslado al deudor de las solicitudes de declaración de **incumplimiento del acuerdo de refinanciación** que presenten los acreedores, pero no se admitirán a trámite hasta que transcurra **un mes** desde que finalice dicho plazo; periodo durante el cual el deudor podrá comunicar al Juzgado competente para la declaración de concurso que se encuentra en negociaciones para modificar el acuerdo homologado en vigor o para alcanzar otro nuevo (igualmente, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación). En caso de que, dentro de los tres meses siguientes a esta comunicación, el deudor no hubiera alcanzado un acuerdo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

Con respecto a las solicitudes de declaración del **incumplimiento del convenio** presentadas por los acreedores dentro de los seis meses siguientes a la declaración del estado de alarma, de forma similar a lo previsto para los acuerdos de refinanciación, se dará traslado de ellas al concursado, pero sin que sean admitidas a trámite hasta que transcurran **tres meses** desde que finalice ese plazo, de manera que el concursado podrá en ese periodo presentar propuesta de modificación del convenio que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de

incumplimiento. Además, se otorga al deudor un aplazamiento de **un año** a contar desde la declaración del estado de alarma del deber de solicitar la liquidación por imposibilidad de cumplir con el convenio, siempre que presente una propuesta de modificación y que esta se admita a trámite dentro de ese periodo. Durante ese año el juez no abrirá la fase de liquidación, aunque se acredite por parte de los acreedores la existencia de hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso (excepcionando la aplicación del art. 142.2 de la Ley Concursal).

Finalmente, en los incumplimientos de convenio que se produzcan dentro de los **dos años** siguientes a la declaración del estado de alarma, se considerará como créditos contra la masa aquellos derivados de ingresos de tesorería por financiación concedida al deudor o derivados de garantías constituidas a su favor por cualquier persona (incluidas las consideradas especialmente relacionadas de acuerdo con la legislación concursal), siempre que en el convenio –o en su modificación– constase la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación o de la garantía.

Un balón de oxígeno para las empresas paralizadas: moratoria para la solicitud de concurso

El parón obligado por el estado de alarma ha colocado a miles de empresas en situación de insolvencia actual o inminente. Dadas las consecuencias que tendría la aplicación estricta de los plazos previstos en la legislación concursal, el Real Decreto-ley prevé un régimen especial para la solicitud de declaración del concurso de acreedores.

Por lo que respecta a la solicitud de declaración de **concurso voluntario**, se otorga al deudor una moratoria en el deber de solicitar la declaración de concurso **hasta el 31 de diciembre de 2020**, con independencia de que haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración el inicio de negociaciones en el marco del todavía vigente art. 5 bis de la Ley Concursal. Tampoco se admitirán a trámite hasta esa fecha las solicitudes de declaración de **concurso necesario** presentadas desde la declaración del estado de alarma. Además, las solicitudes de concurso voluntario que se presenten antes del 31 de diciembre se admitirán a trámite con preferencia sobre las de concurso necesario, aunque tuvieran fecha posterior.

Si bien esta medida supone un balón de oxígeno para las empresas que se encuentren en una situación de insolvencia derivada de la paralización causada por el COVID-19, se trata de una previsión que podría provocar –como denuncian las voces más críticas– un agravamiento de la insolvencia en perjuicio de los acreedores. El legislador de urgencia asume este riesgo como el precio de la posibilidad de que el deudor se recupere con la reapertura de su negocio una vez superada la emergencia sanitaria. Se trata de una flexibilización necesaria a la vista de las cifras que alcanzan los cierres de empresas desde el inicio de la crisis¹. El mismo criterio se ha seguido para la suspensión de la causa de disolución por pérdidas prevista en el art. 18 del Real Decreto-ley en relación con las pérdidas del ejercicio 2020. En cualquier caso, las consecuencias de esta apuesta por la recuperación de las empresas son difíciles de prever en tiempos de incertidumbre como los que vivimos. No hay que perder de vista que, en las presentes circunstancias, la exigencia estricta del deber de disolución por pérdidas prevista en el artículo 363.1 e) del texto

¹ Vid. [Artículo](#) de Javier G. Gorrín en El Confidencial, “La crisis provoca el cierre de 133.000 empresas y el registro cae a niveles de 2001”, de 6 de mayo de 2020.

refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y del deber de solicitar la declaración de concurso “dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”, podría conllevar la insolvencia sobrevenida de muchos de sus acreedores.

Con lo que sí que debemos contar es con una avalancha de solicitudes a principios del año 2021 que causará previsiblemente el colapso de los Juzgados, con indudables consecuencias negativas para la tramitación de los procedimientos.

Del anterior tratamiento se excepcionan, no obstante, las comunicaciones del actual art. 5 bis de la Ley Concursal que se presenten **antes del 30 de septiembre de 2020**, con respecto a las cuales se estará al régimen general establecido en la legislación concursal en vigor.

Ordenación del concurso atendiendo a las consecuencias de la pandemia

Ya en **fase concursal**, el Real Decreto-ley establece la tramitación preferente **hasta el 14 de marzo de 2021** de diversas actuaciones relacionadas con los efectos que la apertura del procedimiento concursal puede tener en el tejido empresarial. En particular, deberán tramitarse con preferencia la adopción de medidas cautelares y cualesquiera otras dirigidas al mantenimiento y conservación del activo; los incidentes concursales en materia de reintegración de la masa activa; la enajenación de unidades productivas o a la venta en globo de elementos del activo; los incidentes concursales en materia laboral; las propuestas de convenio o de modificación aquellos que estuvieran en periodo de cumplimiento, y los incidentes de oposición a la aprobación judicial del convenio; y la admisión a trámite de las solicitudes de homologación o de modificación de los acuerdos de refinanciación. Asimismo, se establece la tramitación preferente de los **concursos de persona natural no empresario** –cuyo conocimiento corresponde a los Juzgados de Primera Instancia– desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales debida al estado de alarma **hasta el 31 de diciembre de 2020**.

Además, se mejora el tratamiento de los créditos derivados de ingresos de tesorería por préstamos, créditos u otros negocios análogos concedidos al deudor desde la declaración del estado de alarma por **personas especialmente relacionadas** con él, que tendrán la consideración de créditos ordinarios en los concursos que se declaren en los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, esto es, **hasta el 14 de marzo de 2022**. Se suspende así la penalización que tradicionalmente ha pesado sobre las ayudas de familiares, amigos y administradores y socios de las empresas, a través de la subordinación de sus créditos; lo que pone de relieve la importancia que esta clase de financiación sigue teniendo en nuestra sociedad en situaciones de crisis como la que vivimos. Asimismo, se premia con la calificación de acreedores ordinarios a las personas especialmente relacionadas con el deudor que se hubieran subrogado en su posición desde la declaración del estado de alarma para atender el pago de créditos ordinarios o privilegiados del deudor.

Se promueve la agilización de la tramitación de los incidentes de impugnación de inventario y lista de acreedores en aquellos concursos en los que la administración concursal aún no hubiera presentado el inventario y la lista provisional de acreedores y en los que se declaren **hasta el 14 de marzo de 2022**. Así, las partes deberán acompañar necesariamente a la demanda incidental

y a las contestaciones los medios de prueba de que intenten valerse; y, a excepción de los acreedores de derecho público, la falta de contestación a la demanda por cualquier demandado se considerará allanamiento. Por lo demás, atendiendo a las necesarias medidas de distanciamiento social, el Real Decreto-ley hace limita la prueba admisible a las documentales y las periciales, sin que sea necesaria la celebración de vista salvo resolución distinta del Juez del concurso.

Por lo que respecta a las especialidades en materia de **liquidación**, las medidas adoptadas pretenden agilizar su tramitación.

Así, se establece que, 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 dictará auto “de inmediato” aprobándolo y, en su caso, introduciendo en él modificaciones, o acordando la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Cuando el plan de liquidación presentado por la administración concursal aún no estuviera de manifiesto a la finalización de la vigencia del estado de alarma, el Letrado de la administración de justicia lo acordará “de inmediato”, y se procederá a la tramitación descrita una vez que haya transcurrido el plazo legal de 15 días para formular observaciones o propuestas de modificación (cf. art. 148.2 de la Ley Concursal).

Más concreta es la previsión que considera intentado –sin éxito– el acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) cuando se acrediten dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo y apreciar la buena fe del deudor que solicite la exoneración de pasivo insatisfecho tras la liquidación. De esta forma, **hasta el 14 de marzo de 2021**, se normaliza el criterio seguido en algunos Juzgados mercantiles y Audiencias Provinciales² para salvar el escollo que supone el nombramiento de mediador concursal en los AEP. Si bien se ha titulado este precepto como “agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos”, el legislador de urgencia no ha hecho más que constatar el mal funcionamiento de los AEP y subsanar de forma temporal un fallo del sistema que reaparecerá una vez finalice la vigencia de esta medida extraordinaria.

Por lo demás, se establece como regla general la subasta extrajudicial de bienes y derechos de la masa activa –incluso en los casos en que el plan de liquidación dispusiera otra cosa–, en los concursos que se encontrasen en tramitación el 14 de marzo de 2020 y en los que se declaren **dentro del año siguiente**. La dificultad de aplicar esta medida estriba en el coste que supone, especialmente problemático en concursos con falta de masa y de liquidez, lo que habría hecho deseable que la norma hubiese previsto que el coste lo asumiera el comprador³.

De esta regla se excepcionan, no obstante, los casos en que el juez, en cualquier estado del concurso, hubiera autorizado la realización directa de los bienes y derechos afectos a privilegio

² Vid. Auto nº 188/2018, de 27 de diciembre, de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. En partidos judiciales como Madrid este problema se ha intentado solventar mediante del nombramiento del mediador concursal a través del Colegio Notarial.

³ Así lo han planteado los auditores judiciales (vid. el [Artículo](#) de Rosalina Moreno en Confitegal, «Los auditores dicen que las medidas adoptadas en materia concursal son ‘insuficientes y posponen el problema’», 7 de mayo de 2020).

especial o la dación en pago o para pago de dichos bienes, en los que se estará a la autorización conferida; y los casos en que se acuerde la enajenación del conjunto de la empresa o de las unidades productivas, que podrá realizarse mediante subasta, judicial o extrajudicial, o mediante cualquier otro modo de realización previsto en la Ley Concursal y autorizado por el juez.

A modo de conclusión: ¿Son suficientes las medidas adoptadas?

Las medidas descritas suponen una flexibilización sin duda necesaria de ciertas previsiones de la legislación concursal en las especiales circunstancias en las que nos encontramos. Lamentablemente, otras reformas –pendientes desde hace tiempo– también habrían sido deseables para afrontar esta crisis. La creación de nuevos Juzgados de lo Mercantil y el refuerzo de los medios humanos y materiales de los ya existentes, o la revisión del estatuto de la administración concursal para garantizar una gestión profesional de los concursos, son sólo dos de ellas.

El legislador cuenta con otra oportunidad de adoptar decisiones de mayor calado en la obligada adaptación del Texto Refundido de la Ley Concursal a la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. La revisión del tratamiento privilegiado del crédito público y su incidencia en los convenios y acuerdos de refinanciación, y en la exoneración del pasivo insatisfecho para proporcionar una verdadera “segunda oportunidad”, es un ejemplo de las tareas pendientes para que el concurso de acreedores pueda constituir una verdadera medida paliativa de las consecuencias que el COVID-19 está teniendo en el tejido empresarial.
