

Normas concursales en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre: novedades con respecto al régimen recogido en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

El capítulo II de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, contiene un conjunto de «medidas» concursales que, aunque básicamente coincidentes con las ya establecidas en el capítulo II del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, ofrecen algunas novedades que merece la pena destacar.

1. La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de las Administración de Justicia, ha derogado el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, que tenía el mismo objeto (cfr. el apartado primero de la disposición derogatoria de la referida Ley 3/2020).

Por lo que hace al ámbito concursal, los artículos 8 a 17 del Real Decreto Ley 16/2020 han sido sustituidos por los artículos 3 a 12 de la Ley 3/2020, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 19 de septiembre, que entró en vigor al día siguiente de dicha publicación (cfr. disp. final decimotercera). En el terreno societario, pero con evidentes conexiones con el sistema concursal, cabe advertir sobre la derogación del artículo 18 del mencionado real decreto ley («Suspensión de la causa de disolución por pérdidas») y sobre la promulgación del nuevo artículo 13, que trata la misma cuestión.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

2. En términos generales, los nuevos preceptos (pero *vide* lo dicho *infra*, apartado 3) tienden a reproducir, con algunas adaptaciones o modificaciones menores, lo ya establecido en su momento por los que quedan derogados. De hecho, existe un claro paralelismo entre los nuevos y los antiguos preceptos. Como ya se ha indicado, los artículos 3 al 12 de la Ley 3/2020 vienen a corresponderse, uno a uno, con los artículos 8 al 17 del Real Decreto Ley 16/2020. De hecho, los nuevos artículos y los derogados van encabezados por rúbricas idénticas (salvo en lo que se refiere al nuevo artículo 12, que lleva por rúbrica «Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho», expresión que —sin ser del todo adecuada— resulta más ilustrativa de la verdadera finalidad del precepto que la del derogado artículo 17 del Real Decreto Ley 16/2020, a saber: facilitar el acceso al concurso consecutivo y, así, al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en caso de imposibilidad de iniciar el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación del nombramiento por el mediado concursal designado).

En este sentido cabe recordar, por ejemplo, que en los casos en los que el *dies a quo* de un plazo estaba fijado en el Real Decreto Ley 16/2020 en la fecha de declaración del estado de alarma, las correspondientes normas ahora vigentes fijan expresamente el día final de dicho plazo. De esta forma, la expresión «durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma» ha sido sustituida, sin que ello suponga cambio normativo —aunque quizás aportando cierta claridad—, por la fórmula «hasta el 14 de marzo del 2021 inclusive» (recuérdese que el 14 de marzo del 2020 entró en vigor el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19). Así se ha hecho en los nuevos artículos 3.1, 4.1, 5.1, 9, 10.1 y 12. Y lo mismo ha sucedido cuando el plazo establecido era de dos años (arts. 7.1, 8.1). Con todo, también hay casos en los que el nuevo precepto se limita a sustituir la identificación del *dies a quo* (arts. 4.3 y 6.2). E igualmente cabe observar que, en algún supuesto, la referencia a la declaración del estado de alarma no ha sido sustituida, sino que se ha mantenido (art. 7.1 de la Ley 3/2020).

También resulta reseñable que los plazos de seis meses que habían de computarse desde la declaración del estado de alarma se amplían para hacerlos expirar el 31 de octubre del 2020 (*cf.* arts. 3.2, 5.2) en lugar del 14 de septiembre (con los pertinentes ajustes en la redacción de las normas: compárense, por ejemplo, el nuevo artículo 5.2 con el antiguo 10.2) y que el plazo previsto en el artículo 11.3 del Real Decreto Ley 16/2020, que antes terminaba el 30 de septiembre del 2020, ha pasado a prolongarse hasta el 31 de diciembre del 2020 (art. 6.3 de la Ley 3/2020).

3. No obstante —y al margen de lo anterior, que resulta de relevancia menor—, hay algún caso en que se introducen cambios que, sin afectar a los objetivos básicos marcados por el real decreto ley de abril ni alterar sustancialmente el sentido de las reglas dictadas para alcanzarlos,

merecen ser reseñados. Entre estas novedades de algún mayor alcance —las cuales, como se ha apuntado previamente, no son muchas— cabe señalar las siguientes:

- a) El artículo 5.1 de la Ley 3/2020, relativo a los acuerdos de refinanciación, faculta ahora al deudor —y hasta el 14 de marzo del 2021— para conseguir la modificación del acuerdo de refinanciación homologado que estuviera en vigor o para alcanzar uno nuevo (también homologado). Y ello aunque no hubiera transcurrido un año desde la homologación del acuerdo vigente, lo que supone excepcionar temporalmente —y así lo expresa el precepto— el mandato contenido en el artículo 617 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR).

De esta forma, la nueva norma se presenta con mayor claridad que el derogado artículo 10.1 del Real Decreto Ley 16/2020. En éste se posibilitaba que el deudor —aunque no hubiese transcurrido un año «desde la anterior solicitud de homologación»— pusiera en conocimiento del juzgado competente el inicio de negociaciones con los acreedores dirigidas a modificar el acuerdo que tuviera en vigor o a alcanzar uno nuevo. Obsérvese que con esta redacción se terminaba por mezclar dos cuestiones distintas. En efecto, una cosa es el plazo de un año que debe mediar entre la homologación judicial de un acuerdo y la solicitud de otra homologación por el mismo deudor (apdo. 12 de la derogada disposición adicional cuarta LC; art. 617 TRLR) y otra, el plazo de un año que debe mediar entre una comunicación de negociaciones y la siguiente (art. 5 bis.6 LC —derogado— y art. 583.4 TRLR). En otros términos: la dicción del artículo derogado resultaba confusa por cuanto venía a configurar una supuesta excepción a una norma que, en realidad, no está enunciada en la ley (la necesidad de que transcurra un año desde la solicitud de homologación de un acuerdo de refinanciación y la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones para modificar un anterior acuerdo o alcanzar uno nuevo).

- b) En cuanto a la solicitud del concurso, el artículo 6.3 de la Ley 3/2020 tiende a profundizar en la «suavización» de los deberes de los deudores con el objetivo declarado de permitir «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» (apdo. II del preámbulo de la Ley 3/2020).

En efecto, de acuerdo con el nuevo régimen, la comunicación por el deudor, *dentro de este año 2020*, del inicio de negociaciones con sus acreedores «para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio» se someterá al régimen ordinario recogido en los artículos 583 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal, lo que incluye los relevantes efectos anudados por la ley a estas comunicaciones. El nuevo precepto introduce una importante salvedad: en el caso señalado, el deudor no tendrá el deber de solicitar el concurso —se entiende: si sigue siendo insolvente— sino transcurridos seis meses desde la comunicación efectuada (compárese esta regla con lo dispuesto en el artículo 595 TRLR —o con lo antes establecido en el art. 5 bis.5 Ley Concursal—).

- c) En cuanto al régimen de la financiación concedida por personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 7 Ley 3/2020), se mantiene el sentido general de las previsiones anteriores (art. 12 RDL 16/2020) de evitar (temporalmente) que se califiquen de subordinados los créditos derivados de operaciones de financiación efectuadas por tales sujetos después del 14 de marzo del 2020 (o los derivados de la subrogación consecuencia de los pagos realizados a partir de esa fecha en interés del deudor —particularmente por sus garantes—). En la formulación derogada se decía que tales créditos tendrían «la consideración de créditos ordinarios» y en la vigente se añade a esa expresión la siguiente precisión: «sin perjuicio de los privilegios que les pudieran corresponder». Aunque la fórmula utilizada no puede considerarse especialmente feliz, parece que lo que se pretende es establecer que los créditos de estas personas especialmente relacionadas se clasificarán, cuando se den las condiciones previstas en la norma, de conformidad con lo que les correspondería si sus titulares no tuvieran esa especial relación con el concursado de la que deriva —en el sistema concursal general— la subordinación (lo cual debe incluir el privilegio correspondiente a las garantías reales). Se pretende descartar así la posibilidad de que la regla se interprete en el sentido de que, en todo caso, la clasificación más ventajosa de esos créditos sería la de ordinarios (lectura que era factible con respecto al artículo 12 del Real Decreto Ley 16/2020 dado el tenor del precepto). Por otra parte, y por emplear una expresión paralela a la utilizada por el legislador, parece razonable entender que la clasificación como ordinarios de los créditos en cuestión se establecerá también «sin perjuicio de la subordinación que por otros motivos pudiera corresponderles».
- d) En lo que concierne a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, deben apuntarse dos modificaciones. De un lado, se suprime en el nuevo artículo 8.1 de la Ley 3/2020 la restricción que en el terreno probatorio había introducido el artículo 13.1 del Real Decreto Ley 16/2020. Dicha limitación se traducía en que en los incidentes de impugnación del inventario y de la lista de acreedores únicamente se consideraban admisibles como medios de prueba la documental y la pericial. De otro, se altera el periodo de aplicabilidad de esta regla (y parece que de los otros dos apartados del referido artículo 8); mientras que en el artículo 13.1 del Real Decreto Ley 16/2020 la norma era de aplicación en los incidentes incoados en concursos declarados dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma, en el vigente artículo 8.1 de la Ley 3/2020 la aplicabilidad parece quedar constreñida —al menos en una interpretación literal— a los incidentes que se incoen hasta el 14 de marzo del 2022, no extendiéndose a los posteriores (aun cuando el concurso hubiera sido declarado con anterioridad a dicha fecha).
- e) También se modifica el listado de las actuaciones procesales que habrán de tramitarse con carácter preferente, de tal forma que al listado anteriormente existente (art. 14 RDL 16/2020) se añaden ahora (art. 9 Ley 3/2020) las siguientes: 1) el concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual que carezca de masa activa y

de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste una lista de acreedores provisional, la calificación fortuita y la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con una declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo, y 2) el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Además, es preciso señalar que —probablemente con acierto— se ha modificado el criterio sentado en el inciso final del derogado artículo 7.1b del Real Decreto Ley 16/2020. Así, el vigente artículo 2.1b de la Ley 3/2020 viene a disponer que, hasta el 31 de diciembre del 2020, se tramitarán con preferencia los procedimientos concursales de los deudores que sean personas naturales, sin establecer distinción alguna y, por tanto, incluso aunque sean empresarios (los concursos de los empresarios personas físicas —que son competencia de los juzgados de lo Mercantil— habían quedado excluidos de esta tramitación preferente en la norma de abril de este año).

- f) También se han introducido algunas modificaciones en lo que respecta a la enajenación de la masa activa. A este propósito debe recordarse que el artículo 15.1 del Real Decreto Ley 16/2020 requería —con carácter de principio general— que la subasta de bienes y derechos de la masa activa fuera extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación previera otra cosa. Como excepción a esta regla, la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas podía realizarse mediante subasta judicial o extrajudicial o en cualquier otra forma prevista legalmente y autorizada por el juez (art. 15.2).

Pues bien, ahora este régimen cambia para los concursos que se declaren hasta el 14 de marzo del 2021 (y para los que se encuentren en tramitación el 20 de septiembre del 2020). En efecto, de conformidad con el nuevo artículo 10.1 de la Ley 3/2020, la enajenación de los bienes y derechos de la masa activa (el texto legal dice «subasta», pero la lógica del precepto exige que se lea «enajenación») podrá llevarse a cabo, bien mediante subasta —judicial o extrajudicial—, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en el Texto Refundido de la Ley Concursal. Lo que antes (en el RDL 16/2020) era una excepción reservada para la enajenación de la empresa o de unidades productivas es ahora la regla única aplicable a la enajenación de todos los elementos del activo. Parece por tanto que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 3/2020, será posible recurrir no sólo a la subasta judicial, sino también a la extrajudicial e, incluso, a otros procedimientos autorizados por el juez (recuérdese la remisión como régimen supletorio a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el procedimiento de apremio —art. 421 TRLC— o la posibilidad prevista en el propio Texto Refundido de la Ley Concursal en relación con las unidades productivas —art. 216— de acudir a la enajenación directa o mediante persona o entidad especializada).

Por lo demás, la Ley 3/2020 añade ahora que, con carácter preferente y siempre que fuere posible, la subasta (si es ésta la forma de realización elegida) se efectuará de manera telemática.

- g) Finalmente, cabe reseñar que se ha producido algún cambio normativo relacionado con la aprobación del plan de liquidación. Sobre este asunto, el artículo 16 del Real Decreto Ley 16/2020 contenía dos reglas cuya aplicación encontraba como punto de referencia la finalización del estado de alarma y cuyo objetivo era agilizar el procedimiento de aprobación de los planes de liquidación imponiendo al letrado de la Administración de Justicia y al juez ciertas actuaciones *inmediatas*. El vigente artículo 11 de la Ley 3/2020 —con el mismo propósito— dicta una norma que comparte filosofía y técnica con la derogada. Así, dispone que el letrado de la Administración de Justicia deberá acordar de inmediato la puesta de manifiesto en la oficina del juzgado de los planes de liquidación que ya hubieran sido presentados por la administración concursal a la entrada en vigor de la citada ley y añade que, una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, deberá ponerlo en conocimiento del juez del concurso. Éste, por su parte, y también de inmediato, deberá dictar un auto en el que, atendiendo al interés del concurso, «aprobará el plan de liquidación con las modificaciones que estime necesarias u oportunas» (aunque no se dice expresamente, no parece que se haya pretendido excluir la posibilidad —art. 419 TRLC— de que el juez rechace el plan y decida que la liquidación se siga conforme a las reglas legales supletorias).