Análisis de las novedades en materia concursal introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021

Rodrigo López González

Socio del Área de Procesal y Arbitraje y responsable de la práctica de Concursal de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

José Antonio Gómez Calafat

Abogado del Área de Procesal y Arbitraje de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Análisis de las novedades en materia concursal introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

1. Introducción

El pasado 13 de marzo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

Por todos es conocido que, desde la aparición de la pandemia y la consiguiente declaración del estado de alarma, allá por el mes de marzo del 2020, el Gobierno español ha tratado de dar respuesta al notabilísimo impacto que dicha enfermedad provocaba, tanto a nivel sanitario como económico, a base de reales decretos leyes.

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.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

En el ámbito concursal, la línea seguida por el Ejecutivo en cada uno de dichos reales decretos leyes ha sido la de evitar las declaraciones de concurso o la apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que pudieran ser viables en condiciones generales de mercado.

Evitando ese tipo de declaraciones de concurso o la apertura de ese tipo concreto de fases de liquidación —calificadas de innecesarias por el propio legislador—, se perseguía mantener la continuidad económica de las empresas viables, librarse de la destrucción del tejido productivo y de puestos de trabajo y, en última instancia, impedir el colapso de los juzgados de lo Mercantil y de primera instancia ante el previsible aumento del número de concursos de acreedores.

Para lograr dicho objetivo, por parte del Ejecutivo se ha acudido a la concesión de las denominadas *moratorias concursales*, que consistían, básicamente, en eximir a empresas y autónomos, durante un plazo determinado, de las obligaciones que les impone la legislación concursal a la hora de solicitar la declaración de concurso o la apertura de la fase de liquidación.

Dicho criterio, refrendado también por del legislador, nos ha llevado a la concatenación de diversos reales decretos leyes (junto con la Ley 3/2020) que, sucesivamente, iban ampliando el plazo de exoneración concedido por el anterior.

De esa manera, se llegó el pasado 14 de marzo al vencimiento del último de los plazos de exoneración acordados, en este caso, por la Ley 3/2020, casualmente —o no—, un año después de que se hubiera publicado el real decreto ley que acordó el establecimiento del estado de alarma.

Ante la inminencia del vencimiento de dichos plazos y una vez constatado que los efectos perversos de la pandemia seguían manteniéndose —o ampliándose en algunos casos—, el Gobierno español ha decidido acudir nuevamente a la figura del real decreto ley para volver a ampliar los plazos concedidos, en este caso, por la Ley 3/2020.

En ese escenario, en esta nota analizaremos las medidas que dicho real decreto ley establece en el ámbito concursal, poniendo especial énfasis en los nuevos plazos concedidos en la —enésima— moratoria concursal aprobada.

2. Novedades en materia concursal introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021

Como anticipábamos en el punto anterior, las novedades concursales establecidas por el Real Decreto Ley 5/2021 pivotan, esencialmente, sobre la ampliación de los plazos concedidos por la Ley 3/2020, que finalizaban el pasado 14 de marzo del 2021.

No obstante, aprovechando la necesidad imperiosa de ampliar tales plazos, en el Real Decreto Ley 5/2021 se han introducido otra serie de reformas que es interesante conocer:

2.1. Ampliación de las «moratorias concursales»

Sin duda, la medida estrella del Real Decreto Ley 5/2021 es la ampliación hasta el 31 de diciembre del 2021 de los plazos de exoneración en el cumplimiento de determinadas obligaciones que la Ley Concursal impone a los deudores que atraviesan dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones.

En concreto, mediante el Real Decreto Ley 5/2021 se amplía hasta el 31 de diciembre del 2021 lo siguiente:

- La exención del *deber del deudor de solicitar la declaración de concurso* cuando se encuentre en situación de insolvencia actual.

Asimismo, tal y como se venía haciendo en anteriores reales decretos, durante ese mismo plazo se impone a los juzgados de lo Mercantil y a los juzgados de primera instancia la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que presenten los acreedores. Igualmente, se aclara también en el Real Decreto Ley 5/2021 que el plazo de dos meses del que dispone el deudor para solicitar la declaración de concurso voluntario —ex artículo 5 del Texto Refundido de la Ley Concursal— debe computarse a partir del 31 de diciembre del 2021.

- La exención del *deber de instar la apertura de la fase de liquidación* cuando el deudor sea conocedor de la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas en un convenio o en un acuerdo extrajudicial de pagos.

Eso sí, para que puedan gozar del aplazamiento de la obligación que, en condiciones normales, les impondría el artículo 407 del Texto Refundido de la Ley Concursal, deben presentar una propuesta de modificación del convenio y que ésta se admita a trámite antes del 31 de diciembre de 2021.

- En consonancia con lo anterior, se amplía asimismo hasta el 31 de diciembre del 2021 el plazo concedido para la *modificación de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado* cuyo vencimiento estuviera previsto igualmente para el pasado 14 de marzo.

Es más, hasta el 31 de diciembre del 2021 se podrá instar la modificación de un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente, aunque no haya transcurrido un año desde su homologación, tal y como prohíbe, en condiciones normales, el artículo 617 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Por otro lado, el Real Decreto Ley 5/2021 también amplía los plazos previstos en la Ley 3/2020 para el traslado al deudor de las solicitudes de declaración de incumplimiento del convenio o de los acuerdos de refinanciación que pueda haber presentado un acreedor. Todo ello, con el objetivo de darle la oportunidad (al deudor) de que,

antes de tramitar la solicitud realizada por el acreedor, solicite la modificación del convenio o de los acuerdos de refinanciación alcanzados.

2.2. Normas de agilización del proceso concursal

Como ya anticipábamos al comienzo del apartado 2, aprovechando la necesidad de ampliar los plazos previstos en la Ley 3/2020, en el Real Decreto Ley 5/2021 se establecen una serie de normas que pretenden agilizar el desarrollo del proceso concursal.

Para ello se otorga la condición de tramitación preferente a determinadas actuaciones tendentes a proteger los derechos de los trabajadores, a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos de la concursada, así como la simplificación de determinados actos e incidentes, como las subastas de bienes, para facilitar el funcionamiento de los juzgados de lo Mercantil y de primera instancia.

Asimismo, se flexibilizan los incidentes de reintegración de la masa activa para facilitar el cierre de la fase común y se modifica el modo de enajenación de la masa activa en la fase de liquidación con el objetivo, en ambos casos, de evitar que los bienes pierdan su valor por el retraso en la tramitación del concurso y de facilitar la satisfacción de sus créditos a los acreedores.

Así, con carácter preferente y siempre que fuere posible, la subasta se realizará de manera telemática.

Y, por otra parte, tanto en los concursos de acreedores que se declaren hasta el 31 de diciembre del 2021 como en aquellos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2021, podrá modificarse la modalidad de realización de activos prevista en el plan de liquidación aprobado judicialmente sin necesidad de modificar el plan ni de solicitar la autorización expresa del juez del concurso para ello, sino únicamente haciéndolo constar en el correspondiente informe trimestral.

2.3. Calificación del crédito derivado de la ejecución de los avales otorgados en virtud de los reales decretos leyes 8/2020 y 25/2020 (préstamos con garantía ICO)

Por último, conviene resaltar las novedades introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021 en relación con la calificación que se ha de otorgar a los créditos de los que pudiera ser titular el Estado en caso de concurso del deudor que se hubiera visto beneficiado de la concesión de los avales previstos en los reales decretos leyes 8/2020 y 25/2020.

A este respecto, en el Real Decreto Ley 5/2021 se especifica que dichos créditos carecerán de privilegio y recibirán la consideración de créditos ordinarios, con lo que podrán quedar afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos y, en última instancia, por el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Asimismo, también se prevé en el

Real Decreto Ley 5/2021 que dichos créditos se considerarán pasivo financiero a los efectos previstos para la homologación de los acuerdos de refinanciación.

3. Conclusión

No cabe duda de que las medidas introducidas en el Real Decreto Ley 5/2021 siguen la política mantenida hasta el momento en las normas que lo han precedido y que se han dictado en el escenario provocado por el COVID-19.

Siendo loable el esfuerzo realizado para mantener vivas aquellas empresas o profesionales autónomos cuya actividad fuera viable con anterioridad a la aparición de la pandemia, en ocasiones pudiera parecer que las medidas impuestas únicamente tratan de evitar el colapso de nuestros juzgados de lo Mercantil, en lo que sin duda supone un reconocimiento de que éstos no se encuentran preparados para procesar la acumulación de procedimientos concursales que pudiera producirse. O, dicho de otro modo, que únicamente se estaría tratando de retrasar lo que parece inevitable.

Y, en ese sentido, esta suerte de huida hacia adelante pudiera tener varios efectos perversos:

Uno, que se pudiera estar propiciando el mantenimiento de empresas zombi, que únicamente se mantienen en el mercado por la aparición de las diferentes moratorias y que, en ausencia de éstas, o bien ya habrían solicitado la declaración de concurso, o bien ya habrían instado su liquidación, con el riesgo que ello supone por el efecto contagio que pudiera afectar a aquellas otras con las que mantienen o inician nuevas relaciones jurídicas.

Y otro, aunque relacionado con el anterior, es el que se refiere a que se pudiera estar generando la idea equivocada —a nuestro criterio— de que la moratoria concursal supone un blindaje absoluto para los administradores de una sociedad en cuanto a su obligación de solicitar el concurso de la sociedad si hubiera causa para ello. Contar con asesoramiento legal especializado en el actual contexto se hace especialmente recomendable para minimizar riesgos en un eventual escenario concursal.

Debemos tener en cuenta a este respecto que, del tenor de los sucesivos reales decretos dictados en la fase de pandemia, cabría mantener la interpretación de que las moratorias concursales habilitadas benefician únicamente a aquellas empresas o profesionales cuya actividad fuera viable antes de la aparición del COVID-19 con el objeto exclusivo de disponer de mayor plazo para poner en práctica alguna de las medidas que la legislación les proporciona para reequilibrar su posición financiera.

Por último, puestos a permitir la continuidad de empresas viables, se echa de menos alguna medida que permitiera que éstas se pudieran proteger ante ejecuciones iniciadas por parte de sus acreedores, especialmente los públicos, así como la prórroga de la suspensión

de la aplicación de la causa de disolución por pérdidas provocadas en el ejercicio 2021, tal y como se ha hecho con las generadas en el 2020.

En todo caso, lo que parece urgente es tratar de huir de soluciones provisionales y proceder a la búsqueda de soluciones estructurales mediante la transposición de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio del 2019.