



El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz

*Abogado del Estado. Jefe Área Concursal
Doctor en Derecho*

polh_lahoz@yahoo.es | <https://orcid.org/0000-0002-8785-1195>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

En este artículo se analizan las medidas que con carácter temporal se han adoptado desde la perspectiva del derecho concursal para mitigar las consecuencias que la pandemia sanitaria generada por la covid-19 ha traído consigo en el ámbito empresarial. Estas medidas integran un verdadero derecho concursal de emergencia, y dentro de ellas puede diferenciarse entre unas medidas normativas aprobadas por el Gobierno de España y otras que tienen su origen en actuaciones judiciales concretas.

Palabras clave: pandemia; concursal; emergencia.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Hernández-Lahoz Ortiz, P. (2021). El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial. *Revista CEFLegal*, 250, 39-72.



Emergency insolvency law: legislative measures and judicial best practices

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz

Abstract

This article analyses the temporary measures which have been introduced in the Spanish insolvency framework to mitigate the economic consequences generated to companies and the business sector by the health pandemic. These measures integrate a new legal regime known as emergency insolvency law. Some of these measures are contained in laws enacted by the Spanish Government, while others have been delivered by the judicial practice of Spanish commercial courts.

Keywords: pandemic; insolvency; emergency.

Citation: Hernández-Lahoz Ortiz, P. (2021). El derecho concursal de emergencia: medidas normativas y buena praxis judicial. *Revista CEFLegal*, 250, 39-72.

Sumario

1. Introducción: El derecho concursal de emergencia
2. Las medidas normativas de aplicación inmediata
 - 2.1. La llamada «moratoria concursal»
 - 2.1.1. ¿En qué consiste?
 - 2.1.2. La finalidad de la moratoria, su valoración y consecuencias prácticas
 - 2.2. Medidas encaminadas a fomentar la negociación con los acreedores y evitar la liquidación en el concurso
 - 2.2.1. La propuesta de modificación del convenio, la tramitación de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio y la suspensión del deber del concursado de solicitar la liquidación
 - 2.2.2. El régimen de los nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*) en caso de fracaso de la solución convencional
 - 2.2.3. El mejor tratamiento de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor
 - 2.2.4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación
 - 2.3. Medidas de agilización procesal en la tramitación del concurso
 - 2.3.1. La agilización de algunos incidentes concursales
 - 2.3.2. El reconocimiento de carácter preferente a la tramitación de ciertas actuaciones
 - 2.3.3. La enajenación de la masa activa y la aprobación de los planes de liquidación
3. Las medidas normativas de aplicación futura
 - 3.1. Los avales del ICO y el fondo de la SEPI
 - 3.2. Las medidas concursales del RDL 5/2021 para los avales del ICO
 - 3.2.1. La extensión al crédito de derecho público de los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: ¿Muestra el legislador el camino a seguir ante la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio?
 - 3.2.2. La gestión del cobro de los créditos del ICO-Ministerio en el precurso y el concurso de los deudores avalados
 - 3.2.3. La atribución a los créditos de derecho público del rango de créditos ordinarios
 - 3.3. La perspectiva concursal de los créditos derivados del fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI
4. Buena praxis judicial en tiempos de pandemia: el *pre-pack* concursal

Referencias bibliográficas



1. Introducción: El derecho concursal de emergencia

Nadie puede poner en duda que la crisis sanitaria generada por la covid-19 está incidiendo directamente sobre las estructuras jurídico-organizativas de los Estados de derecho. La pandemia ha exigido que naciones de todo el planeta hayan tenido que recurrir a medidas restrictivas e instrumentos jurídicos que, si bien en algunos ordenamientos podían tener cierto encaje constitucional o normativo de carácter teórico, nunca hasta ahora habían sido empleados de forma tan generalizada.

El caso de España no ha sido diferente. El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública a pandemia internacional y, desde entonces, los distintos gobiernos –principalmente el del Estado, pero también, en menor medida, los de las comunidades autónomas y entidades de la Administración local– han tenido que tomar decisiones y aprobar medidas con una doble finalidad: proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos y hacer frente al impacto económico y social derivado de la situación extraordinaria de crisis sanitaria.

En el ámbito sanitario se han adoptado, con un carácter más o menos restrictivo en función de la evolución de la pandemia y de las oleadas de contagios, unas medidas generales que, afectando en bloque a toda la sociedad, han supuesto una limitación a la libertad de circulación de los ciudadanos (confinamiento en hogares, cierres perimetrales de ciudades, etc.), la suspensión de la actividad educativa presencial o el cierre de establecimientos comerciales y lugares de culto. Todas ellas se han acordado por la autoridad competente en el marco de un estado de alarma, que se declaró por primera vez por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo¹, y que se ha venido prorrogando hasta la fecha actual².

El problema principal de estas medidas de protección de la salud es que han sido de tal naturaleza restrictiva que han traído consigo consecuencias importantes sobre el tejido empresarial y la economía. Por poner un ejemplo gráfico, una empresa que haya tenido que dejar de desarrollar su actividad económica, cerrando sus establecimientos pero manteniendo los gastos de arrendamiento de sus locales y las nóminas de sus trabajadores,

¹ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

² El estado de alarma se encuentra prorrogado por el Gobierno hasta el 9 de mayo de 2021.

habrá dejado de tener ingresos sin reducir la mayor parte de sus costes fijos, lo que, indudablemente, le abocará a una situación de dificultad económica.

Por esta razón, se han intentado compatibilizar las decisiones de índole sanitario con medidas de apoyo económico: en el ámbito laboral, se aprobaron medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos; en el procesal, se suspendieron los plazos previstos en las normas procesales para todos los órdenes jurisdiccionales; en la contratación administrativa, se recogieron los daños y perjuicios que podían ser indemnizados al contratista por la suspensión de la ejecución de los contratos; en las relaciones contractuales civiles, se aprobaron moratorias para los arrendamientos y hasta se acordó elaborar un informe sobre la posibilidad de regular la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* por su posible impacto en los contratos vigentes.

El derecho concursal, cuya finalidad es aportar soluciones a las situaciones de insolvencia actual o inminente de los deudores, no ha sido ajeno a los cambios y medidas aprobadas para paliar los efectos y las consecuencias de la crisis.

A través de distintas normas con rango de ley (Reales Decretos-Leyes 8/2020, de 17 de marzo³; 16/2020, de 28 de abril⁴; 34/2020, de 17 de noviembre⁵; 5/2021, de 12 de marzo⁶ –en adelante, estas normas se identificarán como RDL–; y la Ley 3/2020, de 18 de septiembre)⁷ el Gobierno ha ido interviniendo, sucesivamente y con carácter extraordinario, los distintos institutos que conforman el derecho de la insolvencia, dando lugar a un verdadero «derecho concursal de emergencia» (Pérez Crespo, 2020, p. 1).

Este derecho concursal de emergencia, conforme a su propia naturaleza jurídica de «emergencia», se caracteriza por: (a) ser parcial: afecta a una parte concreta y no a todo el derecho concursal vigente, pues regula solo aquellas materias que se han considerado más sensibles a la situación de crisis que se está viviendo; y (b) ser temporal y limitado: solo será de aplicación durante el período de tiempo que sea necesario ante la situación de pandemia.

Es precisamente el contenido de este derecho concursal de emergencia –que se ha ido aprobando de forma desordenada a través de estos 12 meses de pandemia y que va a estar en vigor, al menos, hasta el 31 de diciembre de 2021–, el que se pretende analizar en este estudio con un doble objetivo: (a) identificar de forma sistemática las medidas que lo integran, y (b) valorar su impacto en este momento y en un futuro próximo.

³ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

⁴ BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020.

⁵ BOE núm. 303, de 18 de noviembre de 2020.

⁶ BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2021.

⁷ BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020.

Para realizar este análisis de manera adecuada no se va a seguir un mero orden cronológico por fecha de aprobación de los distintos reales decretos-leyes, dado que algunas de estas normas se han limitado a prorrogar en el tiempo medidas adoptadas con anterioridad sin aportar nada nuevo al contenido sustantivo del derecho concursal de emergencia, sino que se ha considerado más oportuno estructurar y clasificar este derecho de carácter extraordinario a través de las siguientes categorías: (a) medidas normativas de aplicación inmediata, (b) medidas normativas de aplicación futura y (c) medidas no normativas.

Las medidas normativas de aplicación inmediata son aquellas que, estando recogidas en los reales decretos-leyes aprobados, han producido efectos reales desde la fecha de vigencia de las normas. Debido a su aplicación inmediata sobre los procedimientos concursales y a la importancia de su contenido, son las medidas que han tenido una mayor trascendencia mediática. Es el caso, por ejemplo, de la moratoria concursal o de las propuestas de modificación de convenio.

Las medidas que se han clasificado en este trabajo como medidas normativas de aplicación futura son las que, siendo aprobadas recientemente por el RDL 5/2021, tienen un impacto más limitado en el ámbito concursal, tanto desde una perspectiva objetiva como temporal. Ello es así porque se refieren a unos créditos concretos, vinculados a unas líneas de avales concedidas por el Estado a través del ICO y el Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI. Las medidas se denominan de aplicación futura ya que, a pesar de estar en vigor, no serán de aplicación efectiva hasta que existan créditos de derecho público, nacidos como consecuencia de la ejecución de los avales ante los impagos por los deudores de las operaciones de financiación.

En último lugar, nos referimos a las medidas no normativas. Responden a actuaciones judiciales concretas, carentes de cobertura legal en sentido estricto, que persiguen una agilización de los procedimientos concursales y la continuidad del negocio de las empresas en concurso. Es el caso del *pre-pack* concursal puesto en marcha por los juzgados de lo mercantil de Barcelona.

2. Las medidas normativas de aplicación inmediata

2.1. La llamada «moratoria concursal»

2.1.1. ¿En qué consiste?

Toda la sociedad española se ha hecho eco de la denominada «moratoria concursal». Coloquialmente, esta medida se ha identificado con una suspensión temporal del deber del deudor insolvente de solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, como veremos a continuación, su contenido se ha ido haciendo más amplio con los sucesivos reales decretos-leyes aprobados.

El artículo 3 del texto refundido de la Ley concursal (en adelante, TRLC), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo⁸, reconoce la legitimación para solicitar la declaración de concurso al deudor insolvente (concurso voluntario), a cualquiera de sus acreedores (concurso necesario), así como, en el caso de que el deudor sea una sociedad, a los socios personalmente responsables de las deudas de la entidad.

Además, el artículo 5 del TRLC establece un «deber» del deudor 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, sin perjuicio de que este deber pueda ser aplazado si el deudor comunica al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores; en cuyo caso, el deber debe cumplirse en el plazo de un mes si el deudor no alcanza con sus acreedores un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones suficientes a la propuesta anticipada de convenio dentro de los tres meses (si deudor empresario) o dos meses (si deudor persona natural no empresaria) siguientes a la comunicación (art. 595 TRLC).

El derecho concursal de emergencia ha modificado temporalmente esta regulación ordinaria de la solicitud de declaración de concurso con la moratoria concursal, y lo ha hecho a través de todos los reales decretos-leyes que lo integran, dado que el legislador ha ido ampliando sucesivamente la vigencia y el contenido sustantivo de la moratoria.

La moratoria concursal está prevista en el artículo 6 de la Ley 3/2020, que se refiere a un «régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores», y su vigencia se ha ampliado por el RDL 5/2021 hasta el 31 de diciembre de 2021.

Esta moratoria consiste, básicamente, en un aplazamiento del «deber» del deudor insolvente de solicitar la declaración de concurso, pero conservando el deudor su «derecho» a instarla de forma voluntaria.

También se restringe el derecho de los acreedores y demás legitimados a solicitar la declaración de concurso, al no admitirse a trámite las solicitudes de concurso necesario. Es más, se recoge expresamente la prioridad de la solicitud de concurso voluntario sobre la de concurso necesario, aun cuando la primera se haya presentado con posterioridad a la segunda.

Algunos países de nuestro entorno como Alemania, República Checa, Luxemburgo, Portugal y Francia han puesto en marcha una moratoria concursal con este mismo contenido. Otros como Italia, Suiza y Turquía han suspendido temporalmente exclusivamente la posibilidad de iniciar solicitudes de concurso necesario.

La Ley 3/2020 se refiere también al deber del deudor de solicitar la declaración de concurso para el caso de que las negociaciones con los acreedores no concluyan en un acuerdo

⁸ BOE núm. 127, de 07 de mayo de 2020.

de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o en un convenio derivado de propuesta anticipada. En estos supuestos, el deudor no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores.

En último lugar, debemos referirnos a los plazos de vigencia de la moratoria concursal. El deber del deudor de solicitar la declaración de concurso lleva suspendido desde la fecha de la declaración del estado de alarma y se mantiene hasta el 31 de diciembre de 2021, especificando expresamente la normativa vigente que el plazo de dos meses para cumplir con él se empezará a contar desde el día 1 de enero de 2022. La inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de concurso necesario se viene aplicando desde el 14 de marzo de 2020 (declaración del estado de alarma) hasta el 31 de diciembre de 2021, dándose prioridad hasta esa fecha a las solicitudes de concurso voluntario.

2.1.2. La finalidad de la moratoria, su valoración y consecuencias prácticas

El legislador ha expresado en la exposición de motivos de la Ley 3/2020 que el objetivo perseguido con la moratoria concursal es evitar que las consecuencias derivadas de la pandemia sanitaria «nos lleven a declaraciones de concurso respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor en funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción de tejido productivo y de puestos de trabajo».

Es decir, el legislador parte de la idea acertada de que todas las empresas van a soportar necesariamente consecuencias económicas negativas en sus cuentas por la existencia de la pandemia y por las medidas restrictivas derivadas de la misma (cierres temporales de locales, suspensión de suministros, inactividad de muchos trabajadores por el confinamiento, etc.), pero también considera que esa situación negativa va a ser temporal y no tiene por qué implicar que las empresas dejen de ser viables si lo han sido hasta la declaración del estado de alarma. Con este mismo fundamento, y para apoyar a las empresas viables ante las vicisitudes de la crisis, los distintos reales decretos-leyes fueron aprobando un régimen de avales públicos y fondos de ayudas públicas.

Algunos autores (Morena y Morena, 2020, p. 3) han resaltado que con la moratoria concursal se ha pretendido, sobre todo, evitar el colapso de los juzgados mercantiles ante una posible avalancha de procesos concursales, que se han llegado a estimar en unos 10.000.

La moratoria concursal ha recibido valoraciones críticas desde una perspectiva tanto jurídica como económica. Jurídicamente, se ha hecho hincapié en que la falta de previsión de una suspensión del derecho de los acreedores a iniciar procedimientos ejecutivos frente al deudor que no solicita la declaración de concurso resta eficacia a la moratoria y favorece a los acreedores públicos, al contar con procedimientos ejecutivos ágiles y no verse afectados por la suspensión derivada de la comunicación de apertura de negociaciones

(Martínez Sanz, 2021, p. 4). También se ha advertido que la moratoria puede incrementar notablemente los riesgos penales de los administradores bajo una «cortina de falsa seguridad» (Gutiérrez Pérez, 2020). Desde un punto de vista económico, la principal crítica que se ha hecho a la moratoria concursal es que, a largo plazo, puede generar la supervivencia de «empresas zombis» –empresas inviables, que, en ausencia de ciertas medidas de sostenimiento financiero (refinanciaciones bancarias o nuevo crédito de sus contrapartes contractuales) desaparecerían en un breve plazo–; fenómeno que reduce los beneficios del resto de las empresas, disminuye la inversión y el crecimiento del empleo, desincentiva la entrada de nuevas sociedades y provoca una mala asignación de los recursos productivos y pérdidas de productividad (García-Posada Gómez, 2020, p. 22).

Pero ¿qué nos dicen los datos estadísticos sobre la moratoria? Si se tienen en cuenta las series históricas del INE de la operación estadística Procedimiento Concursal⁹, se observa que el número de deudores concursados a lo largo del año 2020 fue de 6.718, es decir, un 13,6 % inferior al registrado en 2019. Por tipo de concurso, 6.447 fueron voluntarios (un 12,1 % menos que en 2019) y 271 necesarios (un 38,4 % menos). Si se atiende a la actividad económica de las entidades concursadas, resulta que las del sector del comercio e industria y energía concentraron el 32,6 % del total de empresas concursadas en 2020. Sin embargo, es en el sector de la hostelería en el que se observa un mayor porcentaje de subida de los concursos respecto a 2019 (35,6 %).

Tabla. 1. Cuadro elaborado por el INE dentro de la operación estadística Procedimientos Concursales.

Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso					
	Total 2020	% Variacion anual			
		2020	2019	2018	2017
Deudores concursados	6.718	-13,6	21,5	11,2	9,5
Persona física sin actividad empresarial	2.621	-12,1	44,4	38,5	56,1
Empresas concursadas	4.097	-14,4	10,5	1,7	-0,8
Persona física con actividad empresarial	500	6,2	20,5	39,6	22,3
Sociedad anónima (SA)	264	-31,3	1,6	-11,1	-11,3
Sociedad limitada (SL)	3.245	-15,3	10,5	1,1	0,2



⁹ Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576606>.

Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso					
	Total 2020	% Variación anual			
	2020	2019	2018	2017	
▶					
Otras	88	-16,2	7,1	-23,4	-23,4
Tipo de concurso					
Voluntario	6.447	-12,1	22,1	11,8	9,8
Necesario	271	-38,4	11,7	2,9	5,2
Clase de procesamiento					
Ordinario	449	-31,7	-1,2	-8,1	-0,7
Abreviado	6.269	-11,9	24,1	14,0	11,2

Estos datos muestran que, aun existiendo moratoria concursal, los concursos voluntarios no han caído drásticamente respecto del año 2019 (solo un 12,1 %), de lo que puede deducirse que: (a) muchos deudores siguen confiando en el concurso de acreedores como una posible solución a su situación de insolvencia, pues acceden al procedimiento concursal sin estar obligados a ello; y (b) es probable que se produzca un futuro incremento de los concursos tras la vigencia de la moratoria. Muchas empresas, con independencia de su viabilidad real, están intentando mantener su *statu quo* con las ayudas públicas y evitando el concurso, pues, según los datos publicados por el Banco de España, el PIB de nuestro país descendió en un 10,8 % durante 2020¹⁰, dato que no cuadra con el número de empresas declaradas en curso a lo largo de este año.

La conclusión que puede alcanzarse a la luz de los datos anteriores es que no sería prudente poner fin a la moratoria concursal el 31 de diciembre de 2021 de forma inmediata para todas las empresas. Debería analizarse por el Gobierno la posibilidad de que las empresas fueran renunciando progresivamente a la moratoria, evitando aflorar de un día para otro el gran número de deudores que pueden encontrarse en una situación de insolvencia actual o inminente, así como el evidente colapso judicial y del tejido empresarial. Para ello, se tendrían que diseñar unos parámetros de solvencia y viabilidad que de forma objetiva permitieran ir reduciendo sustancialmente las entidades que han hecho uso de la moratoria; lo que debería ser posible gracias a la información empresarial que los poderes públicos han ido adquiriendo a través de los programas de ayudas y avales puestos en marcha.

¹⁰ Dato disponible en el siguiente enlace: <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/si_1_1.pdf>.

2.2. Medidas encaminadas a fomentar la negociación con los acreedores y evitar la liquidación en el concurso

2.2.1. La propuesta de modificación del convenio, la tramitación de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio y la suspensión del deber del concursado de solicitar la liquidación

El TRLC, partiendo del carácter vinculante del convenio concursal, reconoce en sus artículos 402 y siguientes el derecho de los acreedores a solicitar del juez competente la declaración formal del incumplimiento del convenio. A su vez, el artículo 407 de la TRLC impone al deudor en fase de convenio la obligación de pedir la liquidación desde que conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos comprometidos en el convenio y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. El mismo precepto atribuye a los acreedores, ante la pasividad del deudor, el derecho a solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando se acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden dar lugar a la declaración de concurso.

Pues bien, el derecho concursal de emergencia, como ya se hizo en la última crisis económica¹¹, aunque con diferencias de calado, vuelve a recurrir en el artículo 3 de la Ley 3/2020 a la posibilidad de instar la modificación del convenio.

Así, tras la modificación realizada por el RDL 5/2021, el concursado puede presentar hasta el 31 de diciembre de 2021 una propuesta de modificación del convenio que se encuentre en periodo de cumplimiento. La propuesta se tramitará con arreglo a las mismas normas reguladoras de la aprobación del convenio originario, aunque seguirá siempre el trámite escrito y sin necesidad de celebrarse junta de acreedores, cualquiera que sea el número de acreedores. La modificación no podrá afectar a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario ni a los acreedores privilegiados que se hubieran adherido al convenio o a los que se hubiera extendido su eficacia una vez aprobado, a menos que se adhieran expresamente a la propuesta de modificación o voten a favor de la misma.

Díaz Moreno (2020, p. 3) ha calificado esta regulación del artículo 3 de «relativamente breve», al limitarse a abordar algunos puntos concretos de una figura, como la modificación del convenio que suscita un buen número de cuestiones y problemas, proponiendo que, si se pretende dotar a este régimen de estabilidad, integrándolo en el futuro en el sistema concursal como una pieza más, debería mejorarse en lo posible el texto de la norma.

¹¹ La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, por la que se tramitaron las disposiciones contenidas en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, introdujo la posibilidad de solicitar la modificación del convenio para los supuestos en que se hubiese incumplido dentro de los dos años posteriores a su entrada en vigor.

El objetivo de posibilitar la modificación del convenio es evitar que aquellos deudores que están cumpliendo con sus compromisos, pero que previsiblemente no van a poder seguir haciéndolo frente al convenio por la situación sanitaria, se vean abocados a la liquidación.

Con este mismo fundamento, la Ley 3/2020 prevé la suspensión durante un plazo de tres meses de la admisión a trámite por el juzgado de las solicitudes de declaración del incumplimiento del convenio que pudieran presentarse por los acreedores. El legislador persigue con esta medida fomentar la negociación y el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, al admitir que durante esos tres meses el concursado podrá presentar una propuesta de modificación del convenio que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Los plazos para hacer valer esta medida están recogidos en el artículo 3 de la Ley 3/2020 con un encaje transitorio de aplicación bastante complejo, motivado por las prórrogas dictadas, en función de las fechas de presentación de las solicitudes de declaración de incumplimiento¹².

Llegados a este punto, el legislador de emergencia decidió dar una vuelta de tuerca más a este régimen concursal temporal en su afán de proteger el convenio: se descarga al deudor que no puede cumplir con el convenio del deber de solicitar la liquidación de la masa activa, pero solo hasta el 31 de diciembre de 2021 y con la obligación de presentar una propuesta de modificación del convenio que sea admitida a trámite antes de esa fecha. Además, el juez competente no podrá abrir la fase de liquidación del concurso hasta el 31 de diciembre de 2021 aunque el acreedor acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden dar lugar a la declaración de concurso.

Aunque estas medidas persiguen algo tan loable como la supervivencia del convenio y el fomento de la negociación entre las partes, lo cierto es que se ha entendido que el trata-

¹² Aunque los acreedores podrán presentar solicitudes de incumplimiento de esos convenios o acuerdos, esas solicitudes no serán admitidas a trámite inmediatamente, sino que quedarán sujetas a lo siguiente:

- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021: se trasladarán al deudor pero no se admitirán a trámite hasta el 30 de abril de 2021. Durante este tiempo el deudor podrá formular una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, que se tramitará con prioridad.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 31 de diciembre de 2021. Durante este plazo el deudor podrá formular una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, que se tramitará con prioridad.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 13 de marzo de 2021 que hayan sido admitidas a trámite: se suspenderá su tramitación hasta el 31 de diciembre de 2021. Si durante los tres meses anteriores a esta última fecha el deudor formulara una propuesta de modificación del convenio o del acuerdo extrajudicial de pagos, se dará trámite a la misma y se archivará la solicitud de incumplimiento.

miento que hace la Ley 3/2020 de la «reinsolvencia» no es del todo razonable, sobre todo para el caso de que el acreedor beligerante sea, por ejemplo, titular de un crédito contra la masa, pues no se termina de comprender por qué este acreedor se ve privado de su derecho a abrir la liquidación en pos de un convenio que le es ajeno, y cuya modificación, además, puede no ser suficiente para remover la insolvencia (Díaz Moreno, 2020, p. 7).

2.2.2. El régimen de los nuevos ingresos de tesorería (*fresh money*) en caso de fracaso de la solución convencional

En las situaciones de crisis económica en las que resulta complicado acceder a nueva financiación, suele ser habitual dar un tratamiento concursal específico a los nuevos ingresos de tesorería. Un ejemplo lo encontramos en el régimen que se aprobó para esta cuestión en la anterior crisis económica a través de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

El actual derecho concursal de emergencia no podía prescindir de una medida de esta naturaleza, de manera que el artículo 4.3 de la Ley 3/2020 asigna la condición de créditos contra la masa a los créditos vinculados a operaciones de financiación para dar cumplimiento a los convenios, si posteriormente tiene lugar el incumplimiento del convenio aprobado o modificado y se procede a la liquidación de la masa activa.

Pero ¿qué operaciones de financiación son las que pueden determinar algo tan relevante como la consideración de unos créditos como créditos contra la masa? La norma no opta por una lista cerrada, sino que se refiere a 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». No obstante, en todo caso los créditos deben nacer de operaciones de financiación que se traduzcan en un incremento real de los recursos líquidos disponibles por el deudor, quedando excluidas otras formas de financiación, como las quitas o la conversión de pasivo en capital, que no suponen nuevas entradas de efectivo en el patrimonio del concursado.

La Ley 3/2020 fija también un requisito objetivo y un límite temporal para que los acreedores financiadores puedan beneficiarse de esta medida.

El requisito objetivo responde a una necesidad de identificación, exigiendo que en el convenio conste de manera clara la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación concedida. Desde un punto de vista temporal, los créditos derivados de operaciones de financiación solo tendrán la consideración de créditos contra la masa si tiene lugar un incumplimiento del convenio aprobado o modificado dentro de un plazo de dos años a contar desde el 14 de marzo de 2020.

La principal duda que este régimen jurídico ha suscitado en la doctrina es si la previsión del artículo 4.3 resulta de aplicación a todo convenio que estuviera ejecutándose durante el plazo de dos años hasta el 14 de marzo de 2022, con independencia de que se hubiera aprobado antes o después de la declaración del estado de alarma, pues aplicar el artículo 4.3 a los convenios aprobados con anterioridad al 14 de marzo de 2020 podría ser peligroso, al incidir sobre la base misma del convenio, alterando sustancialmente las condiciones que en su momento fueron tenidas en cuenta por los acreedores del concursado para adherirse o votar a favor de la propuesta de convenio (Moralejo, 2020, p. 7).

2.2.3. El mejor tratamiento de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor

Las personas especialmente relacionadas con el deudor son las que aparecen identificadas en los artículos 282¹³ y 283¹⁴ del TRLC, en función de que el deudor sea persona natural

¹³ Artículo 282. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural.

Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas mencionadas en los números anteriores así como sus administradores de derecho o de hecho. Se presumirá que existe control cuando concorra alguna de las situaciones previstas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradoras de derecho o de hecho».

¹⁴ Artículo 283. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.

1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

o jurídica, respectivamente, y del régimen general del TRLC aplicable a sus créditos podemos resaltar dos aspectos. Por un lado, el apartado 14 del artículo 242 del TRLC señala que

no tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos, nacidos durante la fase de cumplimiento del convenio, como consecuencia de préstamos o de cualquier otro contrato de análoga finalidad o como consecuencia de aportaciones dinerarias realizadas en operaciones de aumento del capital de la sociedad deudora, aunque el aumento hubiera quedado sin efecto.

Por otro, el artículo 281.5.º califica los créditos concursales cuya titularidad corresponda a estas personas especialmente relacionadas como créditos subordinados, salvo en algunos supuestos específicos¹⁵.

Al igual que ha sucedido en otras etapas de crisis, la Ley 3/2020 establece un régimen particular sobre esta materia, tratando de proteger y estimular la financiación que estas personas especialmente relacionadas pueden hacer llegar a los deudores concursados. Para

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.

4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.

2. No tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en esta ley, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización.

Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.

¹⁵ El artículo 281.2 no les atribuye el carácter de subordinados en los siguientes casos:

1.º Los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, que tendrán la consideración de crédito ordinario.

2.º Los créditos a que se refiere el número 1.º del artículo 280 cuando el concursado sea persona natural.

3.º Los créditos a que se refieren los números 1.º y 4.º del artículo 283 cuando los titulares respectivos reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican, salvo que procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad.

conseguir ese estímulo, los créditos de las personas relacionadas pasan a considerarse créditos contra la masa cuando deriven de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza concedidos para financiar un convenio o una modificación del mismo si, con posterioridad, el deudor incumple dicho convenio o la modificación dentro de un plazo de dos años, a contar desde el 14 de marzo de 2020.

En los países de nuestro entorno (por ejemplo, Francia, Italia o Alemania) se ha permitido y fomentado, con mayor o menor amplitud, la financiación por partes relacionadas bajo el convencimiento de que, en un momento de alta demanda de crédito y con limitaciones regulatorias y legales para su facilitación a empresas concursadas o en dificultades, son precisamente estas personas especialmente relacionadas con el deudor las más dispuestas, o incluso las únicas disponibles, para prestar este necesario auxilio financiero (Pérez Crespo, 2020, p. 4).

Esta medida tiene una segunda faceta cuando la financiación no va vinculada a la existencia de un convenio. El artículo 7 de la Ley 3/2020 determina, en los concursos que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 y para los créditos concursales en que se hubieran subrogado estas personas, especialmente relacionadas por los pagos realizados de créditos privilegiados u ordinarios por cuenta del deudor, una elevación del rango de sus créditos, al ser calificados como créditos ordinarios. La importancia de esta medida ha sido resaltada por Rojo (2020, p. 8) al entender que, en muchas ocasiones, su aplicación acabará poniendo en manos de las personas especialmente relacionadas con el concursado la consecución de las mayorías necesarias para la aprobación judicial del convenio.

2.2.4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación

La regulación de la Ley 3/2020 sobre los acuerdos extrajudiciales de pagos resulta excesivamente parca, pues se limita a reconocer que a estos acuerdos les son aplicables las reglas contenidas en el artículo 3 sobre la modificación de los convenios y la tramitación de las solicitudes de declaración de incumplimiento.

Esta posibilidad de modificación de los acuerdos extrajudiciales de pagos ha sido acogida con satisfacción por la doctrina, pero la mera remisión al régimen de los convenios trae consigo lagunas importantes sobre aspectos propios de los acuerdos extrajudiciales de pagos como, por ejemplo, saber cuál sería el papel a desarrollar por el mediador en esa modificación, o algo tan básico como si el mediador en la propuesta de modificación de acuerdo extrajudicial de pagos debe ser el inicialmente nombrado o si este puede rechazar su nueva designación (Azofra, 2020, p. 3).

Llama la atención, por otro lado, que esta remisión al régimen de los convenios se limite exclusivamente a lo previsto en el artículo 3 y no a lo ya explicado en este trabajo sobre el especial tratamiento que se da, como créditos contra la masa, a la nueva financiación o

fresh money vinculada con el convenio o el «reconvenio» concursal, incluyendo además a las personas especialmente relacionadas con el deudor.

En último lugar, el artículo 12 de la Ley 3/2020 recoge una tímida referencia al acuerdo extrajudicial de pagos bajo la rúbrica «Agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo y beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho». En el precepto se menciona que «hasta el 31 de diciembre de 2021, inclusive, 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».

Sin embargo, sería deseable que esta previsión pasase de coyuntural a definitiva, ya que pretende atajar uno de los problemas más importantes de la regulación actual de los acuerdos extrajudiciales de pagos (Fidalgo Gallardo, 2020). Es muy frecuente que los mediadores renuncien a su nombramiento, generalmente por el escaso rédito económico que proporcionan estos asuntos, y obliguen al notario o registrador a intentar un nuevo nombramiento; nuevo nombramiento que en ocasiones también es rechazado, incluso en varias ocasiones y por los mismos o parecidos motivos, impidiéndose así o retrasándose el acceso al procedimiento para el deudor de buena fe, que queda desguarnecido frente a las ejecuciones y apremios que puedan estar impulsándose en su contra, y cuya negociación con acreedores (o eventual exoneración de deudas) se dificulta y retrasa.

El problema no es solo la ralentización del procedimiento, sino que en ocasiones el juzgado competente puede llegar a inadmitir la solicitud de declaración de concurso consecutivo, impidiendo el acceso posterior al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por no poder acreditar el deudor haber «celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos», como así sucedió, por ejemplo, en el Auto núm. 42/2019, de 11 de febrero, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz¹⁶.

En segundo lugar, hay que tratar los acuerdos de refinanciación. El TRLC diferencia en su artículo 596 entre los acuerdos colectivos de refinanciación¹⁷, con o sin homologación judi-

¹⁶ «Por todo ello, esta Sala considera que en supuestos como el presente en que no se haya podido ni siquiera tramitar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales designados, no procede la admisión del concurso consecutivo que pudiera presentar el notario o el deudor, quien deberá, en su caso, formular concurso voluntario no consecutivo, sin las especialidades de los artículos 242 y 242 bis, porque el hecho de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos sin que pudiera tramitarse por causa no imputable al mismo, no puede considerarse presupuesto del concurso consecutivo conforme al artículo 242.1 LC, sin perjuicio de que en dicho caso se considerará intentado el acuerdo extrajudicial de pagos a efectos del requisito previsto en el artículo 178 bis 3.3.º LC. En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto apelado».

¹⁷ El artículo 598 del TRLC enumera los requisitos para los acuerdos colectivos de refinanciación:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

cial¹⁸, y los acuerdos singulares de refinanciación¹⁹, destacando de su régimen general dos cuestiones a los efectos de este estudio: (a) el artículo 617 del TRLC, para los acuerdos de

2.º Que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.

3.º Que el acuerdo haya sido suscrito por el deudor y por acreedores que representen, en la fecha en que se hubiera adoptado, al menos, las tres quintas partes del pasivo del deudor, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor.

Si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

4.º Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.

¹⁸ El artículo 606 del TRLC establece los requisitos para que el acuerdo colectivo de refinanciación pueda ser homologado:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

2.º Que el acuerdo tenga como objeto, al menos, la ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o la extinción de las obligaciones del deudor, bien mediante la prórroga de la fecha de vencimiento, bien mediante el establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de aquellas que se extingan.

3.º Que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores que representen, en el momento de su adopción, al menos, el cincuenta y uno por ciento del pasivo financiero, computado conforme a lo establecido en esta ley, según certificación emitida por el auditor de cuentas del deudor.

Si el deudor o las sociedades del grupo no tuvieran la obligación de someter las cuentas anuales a auditoría, el auditor que emita la certificación será el nombrado a este efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, en los casos de acuerdos de grupo o de subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

4.º Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público por todos los que lo hubieran suscrito.

¹⁹ El artículo 604 del TRLC recoge los requisitos de los acuerdos singulares de refinanciación:

1.º Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.

2.º Que incrementemente la previa proporción de activo sobre pasivo existente en la fecha de adopción del acuerdo.

3.º Que el activo corriente resultante sea igual o superior al pasivo corriente.

4.º Que la proporción de los créditos con garantías personales o reales de los acreedores que suscriban el acuerdo no sea superior a la existente antes del acuerdo, ni superior al noventa por ciento del pasivo total afectado por el acuerdo. En el caso de garantías reales, el valor de la garantía se determinará conforme a lo establecido en el título VI del libro I de esta ley.

refinanciación homologados, prohíbe temporalmente la presentación de nuevas solicitudes de homologación en tanto no transcurra un año desde la solicitud anterior; y (b) el artículo 628 del TRLC, para los posibles incumplimientos de acuerdos de refinanciación, reconoce a los acreedores el derecho a solicitar la declaración de ese incumplimiento, que acabará determinando la resolución del acuerdo y la desaparición de sus efectos.

En lo que se refiere al derecho concursal de emergencia, la Ley 3/2020 contiene una regulación extraordinaria sobre los acuerdos de refinanciación. Su artículo 5 permite hasta el 31 de diciembre de 2021 que el deudor que tuviera homologado un acuerdo de refinanciación pueda modificarlo o alcanzar otro nuevo, aunque no haya transcurrido un año desde la anterior homologación. A su vez, las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación que se presenten por los acreedores, dentro de unos periodos de tiempo que han ido variando como consecuencia de las prórrogas acordadas por el Gobierno²⁰, no se admitirán a trámite durante el plazo de un mes, en el que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente el inicio de negociaciones con los acreedores para modificar el acuerdo 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 consiguiera su objetivo, el juez admitirá a trámite las solicitudes de declaración de incumplimiento presentadas por los acreedores.

La doctrina (Valencia, 2020, p. 1) ha calificado esta medida de imprescindible y necesaria, aunque se haya entendido que el Gobierno reaccionó de forma tardía pues, desde que se declaró el estado de alarma con el RD 463/2020 hasta que se aprobó la medida por primera vez con el RDL 16/2020, se incumplieron acuerdos de refinanciación sin que los deudores afectados ni los acreedores vinculados a los mismos supieran qué podían hacer al respecto.

5.º Que el tipo de interés aplicable a los créditos subsistentes o resultantes del acuerdo a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio a la media de los intereses aplicables a los créditos antes del acuerdo.

6.º Que el acuerdo se haya formalizado en escritura pública otorgada por el deudor y por todos los acreedores intervinientes en el mismo, por sí o por medio de representante. En la escritura deberán hacerse constar las razones que, desde el punto de vista económico, justifiquen el acuerdo, así como los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores que suscriban el acuerdo, y se acompañarán a ella cuantos documentos justifiquen la concurrencia a la fecha del otorgamiento de los requisitos a que se refieren los números anteriores.

²⁰ Aunque los acreedores pueden solicitar el incumplimiento de los acuerdos de refinanciación originales, esas solicitudes se gestionarán del siguiente modo:

- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 28 de febrero de 2021.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 13 de marzo de 2021 que hayan sido admitidas a trámite: se suspenderá su tramitación.
- Solicitudes de incumplimiento presentadas entre el 31 de enero y el 30 de septiembre de 2021: se trasladarán al deudor, pero no se admitirán a trámite hasta el 31 de octubre de 2021.

2.3. Medidas de agilización procesal en la tramitación del concurso

2.3.1. La agilización de algunos incidentes concursales

La Ley 3/2020 estableció unas pautas de agilización procesal que afectaban a los incidentes para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. El RDL 5/2021 amplió su ámbito de aplicación a los incidentes de reintegración de la masa activa, incorporando un artículo 8 bis en la Ley 3/2020. La única diferencia en la regulación de estos incidentes se encuentra en su plazo de vigencia pues, a día de hoy, está previsto que en los incidentes de impugnación del inventario y de la lista de acreedores las medidas de agilización sean de aplicación hasta el 14 de marzo de 2022 y, en los demás incidentes, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Los cambios que se introducen temporalmente no son complejos y pueden hacer más rápida la tramitación de los incidentes: (a) no se celebrará vista, salvo que el juez decida otra cosa; (b) la falta de contestación a la demanda determinará el allanamiento del demandado, salvo que se trate de acreedores de derecho público; y (c) los medios de prueba deberán acompañar a los escritos de demanda y contestación.

Sin embargo, estas especialidades procesales han recibido una valoración desfavorable desde la óptica de la «simplificación» procedimental, al considerar que una cosa es simplificar trámites y otra muy diferente alterar la configuración del incidente concursal común, con merma del derecho de las partes a valerse de los medios de prueba que estimen adecuados a la pretensión que sostienen, así como con una injustificada e injustificable distribución de sanciones y privilegios procesales, en función de que la parte tenga o no la condición de acreedor de derecho público (Senés, 2020, p. 4).

2.3.2. El reconocimiento de carácter preferente a la tramitación de ciertas actuaciones

La Ley 3/2020 recoge una tramitación preferente para determinadas actuaciones procesales con una doble finalidad: (a) dar una rápida respuesta a los procedimientos directamente surgidos de la crisis sanitaria por la covid-19; y (b) evitar el impacto que un previsible aumento de la litigiosidad concursal puede generar en los juzgados de lo mercantil.

El artículo 9 designa el carácter preferente a los siguientes trámites hasta el 31 de diciembre de 2021:

- 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.
- 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.
- 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 lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo.
- El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

2.3.3. La enajenación de la masa activa y la aprobación de los planes de liquidación

La enajenación de la masa activa en el derecho concursal de emergencia ha estado sujeta a una regulación cambiante.

Inicialmente, el RDL 16/2020 impuso la subasta extrajudicial como procedimiento para la enajenación, incluso aunque el plan hubiera previsto la subasta judicial, y fomentó la utilización de los medios telemáticos para su celebración. Esta decisión respondió a una intención clara de intentar descargar a los juzgados de las subastas concursales.

La Ley 3/2020 matizó el contenido del RDL anterior, limitándose a afirmar que la subasta de bienes y derechos de la masa activa podía realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez, manteniendo, claro está, la preferencia por los medios telemáticos. Con este nuevo régimen jurídico se generó la duda, por no preverlo la ley, sobre si la administración concursal podía interesar la realización de bienes de forma distinta a la prevista en el plan de liquidación, entendiendo la doctrina que cabía esa posibilidad siempre y cuando se obtuviese previamente la autorización judicial conforme al artículo 216 del TRLC (Martín, 2020).

Esta cuestión ha sido finalmente solventada por el RDL 5/2021, que ha modificado el artículo 10 de la Ley 3/2020. Hasta el 31 de diciembre de 2021, aunque en el plan de liquidación aprobado judicialmente se hubiera previsto una determinada modalidad de subasta extrajudicial, esta podrá realizarse conforme a cualquier otra modalidad sin necesidad de modificar el plan ni de solicitar la autorización expresa del juez del concurso.

Finalmente, el artículo 11 de la Ley 3/2020 contiene una referencia a cómo deben proceder los letrados de la Administración de Justicia para agilizar la aprobación de los planes de liquidación ya presentados por la administración concursal a la fecha de entrada en vigor de la norma. El letrado acordará de inmediato la puesta de manifiesto de los planes en la oficina del juzgado, y una vez transcurrido el plazo legal para formular observaciones o propuestas de modificación, lo pondrá en conocimiento del juez del concurso quien deberá dictar auto de inmediato.

3. Las medidas normativas de aplicación futura

3.1. Los avales del ICO y el fondo de la SEPI

El Gobierno, desde el inicio de la crisis sanitaria, adoptó dos tipos de medidas para apoyar a empresas y autónomos: (a) la concesión de avales públicos a la financiación que pudieran otorgar las entidades financieras; y (b) la creación de un fondo público de ayudas para el apoyo a la solvencia de empresas.

En el caso de los avales, los RDL 8/2020 y 25/2020 crearon dos líneas de avales de 100.000 y 40.000 millones de euros, respectivamente, para paliar los efectos económicos de la crisis y facilitar que las entidades financieras, al contar con una garantía pública, concedieran financiación a las empresas.

Estos avales del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se gestionan a través del ICO y son avales en rango *pari passu*, lo que supone que, en caso de que se produzcan pérdidas como consecuencia del impago de las operaciones avaladas, dando lugar a una ejecución del aval, el Estado y las entidades financieras las asumirán de manera proporcional al nivel de cobertura del aval. En los acuerdos de Consejo de Ministros que se adoptaron sucesivamente para la concesión de los avales se recogió, en líneas generales, un porcentaje de garantía del 80 % de cada operación de financiación.

Por otro lado, el Fondo de apoyo a la solvencia fue creado por el RDL 25/2020 con una dotación de 10.000 millones de euros para dar apoyo financiero a las empresas no financieras estratégicas solventes que se vean afectadas por la covid-19. La gestión de este fondo se ha atribuido a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

Llegados a este punto cabe preguntarse qué sucedería en el caso de que estas empresas con apoyo público entraran en una situación de insolvencia que les impidiera, entre otras cosas, hacer frente a las operaciones de financiación avaladas por el ICO o devolver los préstamos o ayudas percibidos del fondo gestionado por la SEPI. La respuesta es sencilla: las empresas serán declaradas en concurso y el Estado comunicará sus créditos como acreedor en el concurso.

El RDL 5/2021 ha aprobado un régimen concursal especial aplicable a los créditos públicos que surjan frente a los deudores como consecuencia de la ejecución de los avales

del ICO. La norma no contiene, sin embargo, previsiones aplicables a los créditos que tengan su origen en el fondo gestionado por la SEPI. Sobre estos últimos, la principal cuestión a determinar es si serán o no considerados en el concurso como créditos públicos, con las consiguientes ventajas que ello implica desde una perspectiva concursal.

A estas medidas normativas –que, sin ningún género de duda, integran el derecho concursal de emergencia– las hemos denominado «de aplicación futura» en este estudio pues, a pesar de estar ya vigentes, no serán de aplicación efectiva hasta que las entidades avaladas por el ICO incumplan sus obligaciones de pago y sean declaradas en concurso.

3.2. Las medidas concursales del RDL 5/2021 para los avales del ICO

3.2.1. La extensión al crédito de derecho público de los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: ¿Muestra el legislador el camino a seguir ante la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio?²¹

Tanto los acuerdos de refinanciación como los acuerdos extrajudiciales de pagos son instrumentos de carácter preconcursal. El acuerdo colectivo de refinanciación, que es la modalidad más habitual, se formaliza entre los deudores en estado de insolvencia que no han sido declarados en concurso y sus acreedores, ampliando el crédito disponible o modificando las obligaciones del deudor, con la finalidad de garantizar la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El acuerdo extrajudicial de pagos persigue, a través de la figura del mediador, una negociación preconcursal voluntaria como alternativa a la directa solicitud de declaración de concurso, vinculándola el legislador, para hacerla más atractiva, al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

El crédito de derecho público siempre se ha situado al margen de estas dos figuras jurídicas, reconociéndolo expresamente el TRLC en los artículos 606.2²² y 616²³ para los acuer-

²¹ Es la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019.

²² Artículo 606.2: «En ningún caso tendrán la consideración de créditos financieros los créditos de derecho público, los créditos laborales y los acreedores por operaciones comerciales, aunque cualquiera de ellos tuviera aplazada la exigibilidad del crédito».

²³ Artículo 616: «Salvo que se trate de titulares de créditos de derecho público, los acreedores que no lo sean de pasivos financieros podrán adherirse al acuerdo homologado de refinanciación».

dos de refinanciación y en el artículo 683.2²⁴ para los acuerdos extrajudiciales de pagos. La explicación a esta exclusión del ámbito preconcursal se encuentra en (a) la indisponibilidad del crédito de derecho público, por razón de la protección del interés público, con fundamento en el artículo 7²⁵ de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; (b) la limitación a la actuación de la Hacienda Pública impuesta por el derecho de la competencia y el régimen comunitario de las ayudas de Estado; y (c) la regulación expresa, en el ámbito tributario, de los aplazamientos de pago de deudas.

Sin embargo, en la actualidad –al estar pendiente la transposición de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio– se encuentra abierto un debate doctrinal sobre la decisión que va a adoptar el legislador en cuanto a la posible afectación del crédito de derecho público por los planes de reestructuración. Y es que, como ha reconocido Lado Castro-Rial (2021, p. 15), la directiva, al relacionar en sus artículos 1.5 y 1.6 los créditos que podrán ser excluidos o no afectados por los marcos de reestructuración preventiva, no menciona expresamente la categoría del crédito público, por lo que podría entenderse que podría quedar afectado por el plan de reestructuración. Así se deduce también implícitamente del considerando 44 de la norma cuando se refiere a los acreedores públicos como categoría separada de créditos: «Los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social».

Precisamente con este importante debate abierto y estando cerca el vencimiento del plazo de transposición de la directiva, el RDL 5/2021 ha sorprendido al reconocer en su artículo 16.3 que los créditos derivados de la ejecución de los avales otorgados por el ministerio podrán quedar afectados por los acuerdos extrajudiciales de pagos y se considerarán pasivo financiero a efectos de la homologación de los acuerdos de refinanciación.

Más allá de la polémica aludida en los párrafos anteriores, lo cierto es que esta previsión del RDL tiene perfecto sentido si se atiende a la verdadera naturaleza del crédito que surge por la ejecución de los avales. ¿Será un crédito de derecho público? Indudablemente. Pero en todo caso surgirá vinculado a una operación de financiación concedida originariamente

²⁴ Artículo 683.2: «En ningún caso, los créditos públicos, gocen o no de garantía real, podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos».

²⁵ «1. No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes.

2. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno».

por una entidad financiera, y lo que hará el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital es subrogarse en la posición de esa entidad como avalista que atiende un requerimiento de pago. Es decir, en sentido estricto, ese crédito no dejará de ser, por su propia naturaleza jurídica, un «crédito financiero» a los efectos del artículo 606.2 del TRLC («los procedentes de cualquier endeudamiento financiero por parte del deudor, con independencia de que los titulares de esos créditos estén o no sometidos a supervisión financiera») aunque en él se haya subrogado el ministerio. Siendo un crédito financiero, sería inexplicable que quedara fuera del ámbito del acuerdo de refinanciación, y ello con independencia de su condición de crédito de derecho público.

Quedan sin resolver algunas cuestiones a las que no se refiere el RDL 5/2021 como, por ejemplo, qué sucede con el efecto suspensivo de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores sobre los procedimientos ejecutivos, dado que el artículo 592 del TRLC excluye de esa suspensión a los créditos de derecho público. No obstante, parece sensato que la mera previsión de sujeción de los créditos del ICO-Ministerio a los acuerdos preconcursales suponga de forma implícita la aplicación de todo su régimen jurídico, suspensión incluida.

En último lugar –y ya fuera del ámbito preconcursal– está el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o segunda oportunidad (*fresh start*) que, con arreglo a los artículos 486 y siguientes del TRLC, permite al deudor persona natural, al final del concurso de acreedores, poder cancelar definitivamente las deudas que no hayan podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes durante la fase de liquidación, modulando el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911²⁶ del CC (Areoso Casal, 2020, p. 811).

La polémica también está servida al abordar el tratamiento que debe darse al crédito de derecho público en el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, sobre todo porque algunos autores y juzgados de lo mercantil están considerando que el Gobierno, al regular este beneficio en el TRLC, ha ido en sus facultades de «regularizar, aclarar y armonizar» más allá de la delegación otorgada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, pudiendo incurrir en un exceso legislativo (*ultra vires*).

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho puede hacerse efectivo a través de dos vías: la automática (denominada como régimen general en el TRLC) y la que exige la presentación de un plan de pagos, siendo la primera más beneficiosa para el deudor por el alcance liberatorio de las deudas y por la dificultad revocatoria de la misma.

En el marco de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (en adelante, LC) se venía entendiendo –aun cuando resultaba cierto que nada se recogía en la literalidad del artículo 178 bis.3.4 LC en relación con los concretos créditos que resultaban exonerados tras la obten-

²⁶ «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

ción de la liberación de deudas a través de la vía automática– que tales créditos se identificaban, por exclusión de los no exonerados, con todos los calificados como ordinarios y subordinados. Sin embargo, en la vía del plan de pagos resultaban enumerados los créditos exonerados (art. 178 bis.3.5.1 LC), exceptuándose de tal enumeración, expresamente, los créditos públicos y por alimentos (Rubio Vicente, 2016, p. 15).

Ante la ausencia de una excepción similar para la vía de la obtención automática del beneficio (art. 178 bis.3.4 LC), algunos autores como Fernández Seijo (2015, p. 283) entendían que en la exoneración derivada de la aplicación del número 4 del artículo 178.bis.3 de la LC resultaban también exonerados los créditos públicos que no tuvieran consideración de créditos contra la masa o créditos privilegiados. Esta posición parece que es la que adoptó también el Tribunal Supremo en su STS núm. 381/2019, de 2 de julio²⁷.

El Gobierno, a través del artículo 491 del TRLC, ha optado por prever una exclusión expresa de todos los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para los supuestos de la vía automática cuando se satisfacen en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

Esta regulación ha llevado a Sendra Albiñana (2021, p. 7) a afirmar que sobre esta cuestión el exceso cometido por el legislador delegado, al introducir la no exoneración del crédito público en la vía automática, resulta evidente desde el momento en que la nueva norma altera sustancialmente la categorización de créditos establecida hasta entonces, creando una nueva clase de créditos hasta entonces inexistente.

Algunos juzgados de lo mercantil han dictado autos²⁸ posicionándose con esta interpretación doctrinal, al acordar no aplicar la norma vigente (art. 491 TRLC) por entender que ha habido un exceso *ultra vires* respecto de la delegación otorgada para hacer la refundición. A su juicio, el artículo 491 del TRLC impide que todo deudor se exonere del crédito público, y ello en contra del artículo 178 bis.3.4.º de la LC, que permitía a deudores que no se acogían a un plan de pagos exonerarse del crédito público ordinario y subordinado. Según estas resoluciones judiciales, el artículo 491 del TRLC

altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.

²⁷ RJ 2019\2769.

²⁸ Auto de 8 de septiembre de 2020 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona.

En medio de esta situación tan compleja, que deberá ser resuelta por el Tribunal Supremo o por el legislador lo antes posible, el RDL 5/2021 ha decidido extender el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho a los créditos de derecho público que puedan corresponder al ICO como consecuencia de la ejecución de los avales.

Esta extensión al crédito público se explica por la situación extraordinaria y temporal que se está viviendo como consecuencia de la pandemia, e incluso por entender que la posición asumida por el Estado será la derivada de una subrogación por la ejecución de los avales. Sin embargo, también sirve esta decisión del legislador para reflexionar sobre una realidad en la que ha insistido en varias ocasiones Cuenca Casas²⁹:

Sin exoneración de crédito público el sistema del beneficio de la segunda oportunidad será restrictivo y no cumplirá la finalidad para la que fue creado que es la de recuperar al deudor, particularmente el empresario, para que vuelva a emprender y crear puestos de trabajo.

3.2.2. La gestión del cobro de los créditos del ICO-Ministerio en el pre-concurso y el concurso de los deudores avalados

Uno de los aspectos más llamativos del RDL 5/2021 es el peculiar régimen de recuperación y cobranza que establece su artículo 16 para los créditos del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que surjan como consecuencia de la ejecución de los avales. Como ya hemos señalado en este trabajo, los avales del ICO vienen a garantizar, como máximo, el 80 % del importe de cada operación de financiación concedida por las entidades financieras.

Lo más reseñable es que para los créditos de derecho público decae la aplicación del régimen y de los procedimientos de recuperación y cobranza previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria. Además, se encomienda la recuperación de estos créditos públicos a las entidades financieras, que se convierten en entidades privadas que actúan en nombre y por cuenta del Estado.

La explicación que da la exposición de motivos para esta forma de proceder –que, sin duda, exigirá una adecuada coordinación entre el ICO (como gestor) y las entidades financieras– es que la superposición de procedimientos que podría darse, al reclamar las entidades financieras por procedimientos de derecho privado la parte del crédito no avalado y el Estado el crédito nacido de la ejecución del aval conforme a la Ley general presupuestaria,

²⁹ <<https://hayderecho.expansion.com/2020/09/28/credito-publico-y-segunda-oportunidad-en-el-texto-refundido-ley-concursal-a-proposito-del-auto-del-juzgado-mercantil-no-7-de-barcelona-de-8-de-septiembre-de-2020/>>.

llegaría a resultar disfuncional, especialmente cuando el importe recuperado debe compararse entre ambos acreedores en función de la mencionada cláusula *pari passu*.

Es en este marco interpretativo en el que el legislador ha decidido que sean las propias entidades financieras las que actúen en nombre y por cuenta del Estado en las negociaciones que puedan tener lugar en el ámbito preconcursal para alcanzar acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales de pago, que afectarán a los créditos de derecho público surgidos por el incumplimiento de las deudas avaladas por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

La actuación de las entidades financieras en nombre y por cuenta del Estado cesa automáticamente con la declaración de concurso, pues el RDL 5/2021 afirma de manera taxativa que, en caso de declaración de concurso del deudor avalado, serán de aplicación las reglas generales de representación y defensa en juicio establecidas en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas.

3.2.3. La atribución a los créditos de derecho público del rango de créditos ordinarios

El apartado 4 del artículo 16 del RDL 5/2021 dispone que

los créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de los avales otorgados al amparo de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio, ostentarán el rango de crédito ordinario en caso de declaración de concurso del deudor avalado.

Aunque esta atribución del carácter ordinario puede sorprender inicialmente, dado que conforme al artículo 280.4.º TRLC los créditos de derecho público se suelen calificar en un 50 % como privilegio general y en el otro 50 % como crédito ordinario, no puede olvidarse que el ICO en estas operaciones de financiación actúa como avalista y que el artículo 310.2.3.º del TRLC establece que:

En caso de pago por deudor solidario, por fiador o por avalista, la administración concursal procederá a reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al deudor solidario, al fiador o al avalista que hubiera pagado.

Por lo tanto, el impacto de la previsión recogida en el RDL es más aparente que real.

No obstante, cabe referirse a dos supuestos concretos que podrían generar problemas interpretativos y que no son resueltos por el RDL 5/2021.

El primer caso está relacionado con el hecho de que el propio RDL 5/2021 establezca, como medida de apoyo público a la solvencia que puede adoptarse en beneficio de las empresas, la conversión de las operaciones de financiación en préstamos participativos. Como es sabido, el artículo 281.2.º del TRLC atribuye la condición de créditos subordinados a los «créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos», régimen que podría entrar en colisión con el artículo 16.4 del RDL 5/2021, que reconoce, sin excepción, la condición de crédito ordinario a los créditos de la Hacienda Pública derivados de la ejecución de los avales.

Podría darse solución a esta cuestión mediante la aplicación del artículo 310.2.3.º del TRLC, de manera que el crédito del Estado, al derivarse de una operación de aval, debería clasificarse con el grado inferior entre los que corresponderían al acreedor y al avalista. Por lo tanto, *a priori*, podría decirse que la aplicación del artículo 16.4 del RDL cedería en favor de la aplicación del artículo 310.2.3.º del TRLC, aunque parece una manera un tanto simple de resolver esta cuestión si se tiene en cuenta que el artículo 16.4 del RDL es un precepto con un ámbito de aplicación muy restringido y concreto (créditos por impagos de avales), y, dentro de ese ámbito, el legislador quiso reconocer expresamente a esos créditos el carácter de ordinarios.

El segundo problema interpretativo es similar al anterior, pero desde otra perspectiva: ¿qué sucede si en el otorgamiento de avales por las entidades financieras y el ministerio se exigió la formalización de garantías reales? ¿Debería considerarse el crédito de derecho público, en caso de declaración de concurso, como ordinario, conforme al artículo 16.4 del RDL 5/2021, o como privilegiado especial al contar con una garantía real (art. 270 TRLC)? Esta cuestión es muy relevante, sobre todo después de que el Tribunal Supremo haya clarificado la jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales sobre la posibilidad de que un fiador sea titular de un crédito con privilegio especial. La STS núm. 262/2020, de 8 de junio³⁰, estableció que:

El crédito del acreedor no hay duda de que era un crédito ordinario, en cuanto al principal. Y el crédito del fiador tendría la consideración de crédito con privilegio especial, pero no por la naturaleza del crédito afianzado ni por la consideración subjetiva del fiador, sino porque, como trata de razonar la Audiencia, las dos pólizas de contragarantía se concertaron con una garantía real (una hipoteca) adicional prestada por el deudor principal. Esta garantía no cubría el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituyó por el deudor principal y a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza. Por esta razón, la constitución de esta garantía no se debe ver afectada por la regla del art. 87.6 LC.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial no sería incompatible con la previsión del artículo 16.4 del RDL 5/2021. No obstante, habrá que esperar para saber cómo se solventan finalmente estas dudas interpretativas.

³⁰ RJ 2020\1570.

3.3. La perspectiva concursal de los créditos derivados del fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI

El problema de naturaleza concursal que puede surgir con estos créditos será el de determinar si han de considerarse como créditos de derecho público y, por lo tanto, ser calificados en un 50 % como créditos con privilegio general y, en otro 50 %, como créditos ordinarios (art. 280 TRLC).

El punto de partida para este análisis es la doctrina sentada por la STS núm. 472/2013, de 16 de julio³¹, sobre los requisitos que deben reunir los créditos para ser definidos como créditos de derecho público:

De este modo, los «demás créditos de derecho público» mencionados en el art. 91.4.º LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas.

Ambos requisitos se cumplen en el presente caso, la titularidad de los créditos corresponde a dos ministerios y deriva de la potestad administrativa contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre (RCL 2003, 2684), General de Subvenciones, y de la Orden Ministerial ITC 1014/2005, de 12 de abril (RCL 2005, 783), al amparo de la cual se otorgaron los préstamos reembolsables. Esta normativa específicamente atribuye a las cantidades a recobrar la consideración de ingresos de derecho público y remite para su cobranza a lo previsto en la Ley General Presupuestaria (art. 38.1 Ley General de Subvenciones y apartado 18.3 OM ITC 1014/2005).

Teniendo en cuenta lo afirmado por el Tribunal Supremo, parece esencial atender a la normativa aplicable al Fondo de apoyo a la solvencia (el RDL 25/2020 y la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2020, por el que se establece el funcionamiento del Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas) para determinar si la titularidad de las cantidades concedidas en forma de ayudas corresponde a la Administración General del Estado y si su utilización está vinculada al ejercicio de una potestad administrativa.

En cuanto a la titularidad, debe decirse que a pesar de que coloquialmente los medios de comunicación se han referido al Fondo de apoyo a la solvencia como «Fondo de la SEPI», no siendo la SEPI formalmente Administración General del Estado, lo cierto es que el RDL 25/2020 atribuye a esta sociedad exclusivamente funciones de gestión, incidiendo en que

³¹ RJ 2013\5199.

«en todas las operaciones y acciones relativas al Fondo, SEPI actuará en nombre y representación de la Administración General del Estado».

El origen de los importes del fondo, desde un punto de vista presupuestario, se encuentra en el presupuesto del Ministerio de Hacienda, citándose expresamente en el RDL 25/2020 la partida correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado:

A los efectos indicados en el apartado anterior, se concede un crédito extraordinario al presupuesto en vigor de la Sección 15 «Ministerio de Hacienda», Servicio 01 «Ministerio, Subsecretaría y Servicios generales», programa 923M «Dirección y Servicios Generales de Hacienda», capítulo 8 «Activos Financieros», artículo 87 «Aportaciones patrimoniales», concepto 879 «Aportación patrimonial al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas», por importe de 10.000 millones de euros. El crédito extraordinario que se concede en este apartado se financiará de conformidad con el artículo 46 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

La cuestión se aclara todavía más si se atiende al contenido de la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, que establece que: (a) la SEPI, en su calidad de depositario de los títulos y derechos económicos del fondo, inscribirá los mismos cuando proceda, a nombre de la Administración General del Estado; y (b) se integrará en el Tesoro Público el saldo del fondo, así como todo importe que resulte, por cualquier concepto, de las operaciones financiadas con cargo al mismo, pendientes de reembolso con posterioridad a dicha extinción, de acuerdo con su naturaleza de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

Si volvemos a la transcripción anterior de la STS de 16 de julio de 2013, se observa que para el tribunal lo relevante a efectos de calificar un crédito como de derecho público es que la normativa específica reguladora de la ayuda atribuya a las cantidades a recobrar la consideración de ingresos de derecho público y se remita para su cobranza a la Ley general presupuestaria.

Esto es lo que hace la Orden PCM/679/2020, de 23 de julio, por lo que puede afirmarse que en un procedimiento concursal los créditos que surjan vinculados al Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas deberán ser considerados como créditos de derecho público.

Autores como Bermejo (2021, p. 9), aun reconociendo esta naturaleza pública de los créditos que deriven del Fondo, han criticado duramente esta previsión legislativa, al entender que no está justificada desde el momento en que el Fondo puede ajustar y controlar el volumen de riesgo de su inversión –*v. gr.*, contratando garantías, eligiendo a quién concede financiación y vigilando su actuación, sujetando a autorización las decisiones estratégicas que aumentan sobrevenidamente el riesgo de la inversión y prohibiendo las que redistribuyen valor en beneficio de terceros–.

4. Buena praxis judicial en tiempos de pandemia: el *pre-pack* concursal

La situación económica que se está viviendo como consecuencia de la pandemia sanitaria ha llevado a algunos jueces mercantiles a aplicar ciertas medidas que, a pesar de no tener cobertura legal, buscan agilizar los trámites del concurso para facilitar la venta de la unidad productiva; teniendo presente que el objetivo de la legislación concursal siempre ha sido el de potenciar y favorecer la continuidad del negocio de las empresas en concurso, bien facilitando al deudor alcanzar un convenio con sus acreedores, bien permitiendo que el negocio prosiga su actividad, solo que en manos de un tercero que adquiere la unidad productiva (Córdoba, 2020).

El artículo 530 del TRLC recoge una modalidad de concurso abreviado para los supuestos en que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, pues entonces el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, como expone Fernández-Seijo³², esta fórmula plantea en la práctica algunos problemas y recelos, ya que es el propio insolvente el que se ocupa de la gestión previa de las opciones de compra, eligiendo la que consideraba conveniente, y dejando al administrador concursal la ingrata tarea de tener que evaluar en un lapso de tiempo muy corto y con muchas tensiones la bondad de la oferta.

La escasa utilidad del procedimiento del artículo 530 del TRLC y la previsión de un incremento de procedimientos concursales cuando venza la moratoria concursal han llevado a los jueces mercantiles de Barcelona a formalizar el acuerdo o protocolo de 20 de enero de 2021³³, en el que pretenden fijar unas directrices que puedan garantizar el éxito de la venta de la unidad productiva.

El protocolo intenta introducir en el ordenamiento jurídico español el mecanismo previo a la declaración de concurso conocido en otros países, como Países Bajos o Reino Unido, con el nombre de *pre-pack* concursal. Consiste, básicamente, en designar un experto independiente o administrador en materia de reestructuración antes del concurso, aprovechando la comunicación de apertura de negociaciones del artículo 583 del TRLC.

El nombramiento del experto se hará por el juez que resulte competente para conocer del futuro concurso y, en la mayor parte de los supuestos, el experto será después designado como administrador concursal. La función del experto independiente es la de supervisar tanto el proceso de definición de la unidad productiva que se pueda transmitir como la búsqueda de posibles interesados en la adquisición, de manera que esta actuación previa

³² <<https://almacendederecho.org/liquidacion-concursal-venta-de-unidades-productivas-y-pre-pack>>.

³³ <<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticias/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM BARCELONA.pdf>>.

al concurso facilite el futuro proceso de venta de la unidad productiva tras la declaración de concurso, superando los problemas actuales que plantea la vía del artículo 530 del TRLC.

El protocolo de 20 de enero de 2021 desarrolla una guía con las directrices básicas que deben seguirse en la tramitación del procedimiento del *pre-pack* concursal, y lo cierto es que esta figura de derecho comparado ya se ha puesto en práctica por algunos órganos judiciales.

El origen de esta buena práctica judicial se suele situar en el Auto de 9 de enero de 2012³⁴ del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona que, acogiendo la pretensión de la deudora, designó en el marco del artículo 5 bis de la LC un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor y supervisar la preparación del posible procedimiento concursal.

Más recientes son las resoluciones de 29 de julio de 2020 de los Juzgados de lo Mercantil núms. 7³⁵ y 10 de Barcelona, estimatorias de la solicitud de *pre-pack* en dos concursos de acreedores en los que finalmente se adjudicó la unidad productiva en favor del solicitante seleccionado en la fase preconcursal, en un breve plazo de tres días desde la presentación de la solicitud del concurso.

Finalmente, el 21 de enero de 2021 se dictó por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona un auto³⁶ estimando la solicitud del *pre-pack* de un grupo de cinco sociedades vinculadas, aplicando el protocolo de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

No obstante, a pesar de las indudables ventajas prácticas que supone la aplicación del *pre-pack* concursal, la actuación de los juzgados de lo mercantil de Barcelona también ha recibido algunas valoraciones críticas sobre los siguientes aspectos: (a) la venta de la unidad productiva, al ser una solución de naturaleza liquidatoria, no tiene encaje en el artículo 583 del TRLC, precepto que solo alude a la posibilidad de alcanzar una propuesta anticipada de convenio, un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos; (b) no queda claro en el protocolo si el *pre-pack* constituye una solución al alcance de todas las empresas en crisis, o si debiera restringirse su ámbito de aplicación a aquellas empresas que pudieran ser viables en el mercado; (c) no existe una normativa expresa aplicable al experto independiente y la aplicación extensiva del estatuto de la administración concursal puede generar problemas aplicativos, por ejemplo, en aquellos casos en los que la solicitud de concurso no sea finalmente presentada por el deudor y no llegue a designarse administrador concursal; y (d) una vez declarado el concurso, las dudas que genera la aplicación del *pre-pack* al procedimiento de liquidación urgente que diseña el artículo 530 del TRLC se ciernen sobre la posibilidad de no implementar la venta y con base en qué motivos (Ríos López, 2021).

³⁴ JUR 2014\176918.

³⁵ JUR 2020\291841.

³⁶ JUR 2021\54686.

Referencias bibliográficas

- Areoso Casal, A. (2020). *El nuevo marco regulatorio del Derecho concursal*. Wolters Kluwer.
- Azofra, F. (2020). Los acuerdos extrajudiciales de pagos. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Bermejo, N. (2021). El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público. *Anuario de Derecho Concursal*, 52.
- Córdoba, B. (2020). Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal. *Diario La Ley*, 9617.
- Díaz Moreno, A. (2020). La modificación del convenio concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Fernández Seijo, J. M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. (2.ª ed.). Bosch.
- Fidalgo Gallardo, C. (2020). Hacia la necesaria reforma del mecanismo de segunda oportunidad. Los ajustes en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia COVID-19. *Diario La Ley*, 9684.
- García-Posada Gómez, M. (2020). Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal. *Documentos Ocasionales del Banco de España*, 2029.
- Gutiérrez Pérez, E. (2020). La suspensión del deber de solicitar el concurso como fuente de riesgos penales de insolvencia. *Diario La Ley*, 9683.
- Lado Castro-Rial, C. (2021). El crédito tributario ante los institutos preconcursales. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Martín, A. (2020). Enajenación de bienes concursales tras la legislación COVID-19. *Notarios y Registradores*.
- Martínez Sanz, F. (2021). Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Moralejo, I. (2020). La liquidación de la masa activa. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Morena, G. de la y Morena, A. de la (2020). COVID-19 y concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33.
- Pérez Crespo, F. (2020). Los créditos contra la masa. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Ríos López, Y. (2021). «Pre-pack» concursal: una solución para la venta de empresas en crisis. *El Derecho*.
- Rojo, A. (2020). Las opciones de política legislativa en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Rubio Vicente, P. (2016). Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 24.
- Sendra Albiñana, A. (2021). Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal... ¿ultra vires? *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 34.
- Senés, C. (2020). Las normas procesales. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.
- Valencia, F. (2020). Los acuerdos de refinanciación. *Anuario de Derecho Concursal*, 50.