



La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal

César Gilo Gómez

Abogado

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

cesargilo@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-5492-6322>

Extracto

La relevancia de las instituciones preconcursales en nuestro ordenamiento jurídico es una cuestión que se ha venido poniendo de manifiesto en los últimos años en las sucesivas reformas del texto normativo anteriormente vigente y que se ha trasladado a la actual normativa concursal. Todo ello responde al convencimiento de que la anticipación en la gestión de la futura insolvencia es la manera más acertada de superar la misma. Sin embargo, la labor de refundición ejercitada por el legislador ha ido más allá con el objetivo de armonizar en el texto legal una completa regulación de la institución preconcursal, reservando uno de los libros del nuevo texto refundido a esta materia. Junto a ello, la inmediata aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, y la pandemia ocasionada por la covid-19 dibujan un nuevo escenario en el que el deudor debe ser plenamente consciente de las herramientas que tiene a su disposición.

Palabras clave: derecho preconcursal; texto refundido de la Ley concursal; comunicación previa de inicio de negociaciones; insolvencia.

Fecha de entrada: 04-11-2020 / Fecha de aceptación: 16-12-2020

Cómo citar: Gilo Gómez, C. (2021). La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista CEFLegal*, 244, 127-140.



The importance of pre-bankruptcy law in the Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the consolidated text of the insolvency law

César Gilo Gómez

Abstract

The relevance of pre-court institutions in our legal system is a matter that has been highlighted in recent years in the successive reforms of the previously existing legal text and that has been transferred to the current bankruptcy law. All this reflects the conviction that anticipation in the management of future insolvency is the most appropriate way to overcome it. However, the work of recasting carried out by the legislator has gone further with the aim of harmonizing in the legal text a complete regulation of the pre-curricular institution, reserving one of the books of the new consolidated text to this matter. At the same time, the immediate approval of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 and the Pandemic caused by the covid-19 draw up a new scenario in which the debtor must be fully aware of the tools at his disposal.

Keywords: pre-bankruptcy law; consolidated text of the bankruptcy law; prior notice of commencement of negotiations; insolvency.

Citation: Gilo Gómez, C. (2021). La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista CEFLegal*, 244, 127-140.



Sumario

1. Introducción
2. El capítulo I del título I del libro segundo del TRLC: la comunicación de la apertura de negociaciones
 - 2.1. Plazo para comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores
 - 2.2. Confidencialidad
 - 2.3. ¿Insolvencia actual o insolvencia inminente?
3. El capítulo II del título I del libro segundo del TRLC: los efectos de la comunicación
 - 3.1. Sobre los créditos a plazo
 - 3.2. La prohibición de inicio de ejecuciones
 - 3.3. Créditos de derecho público
 - 3.4. La consecuencia de la presentación de solicitudes de concurso después de la comunicación de la apertura de negociaciones
4. El capítulo III del título I del libro segundo del TRLC: la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El texto refundido de la Ley concursal –en adelante TRLC– ha trasladado la importancia que ha venido teniendo la comunicación judicial de inicio de negociaciones con los acreedores previas a instar el concurso, y contenida en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal –en adelante LC– al nuevo texto normativo vigente desde el 1 de septiembre de 2020¹.

Como la propia exposición de motivos del nuevo TRLC se encarga de destacar, el traslado de las instituciones preconcursales al nuevo TRLC ha conllevado la implantación de todo un capítulo –aunque más bien estamos hablando de todo un libro– relativo al derecho preconcursal², acreditativo de la importancia que el legislador concede a la fase previa a la apertura del procedimiento judicial³.

En este sentido, el esfuerzo del legislador por fomentar soluciones anticipadas a la crisis del deudor es evidente. Y es que desde su introducción en el año 2011 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el artículo 5 bis se ha erigido en el principal referente de la institución preconcursal en España, razón por la que se le ha querido dar un tratamiento más amplio y sistemático en cumplimiento de los objetivos de regularización, aclaración y armonización fijados por las Cortes Generales en su encargo al Poder Ejecutivo⁴.

¹ Vid. la reflexión que realiza Esteban Ramos (2020), quien destaca con acierto que resulta curioso que el preámbulo de la norma indique que la historia de la Ley concursal es la historia de sus reformas, y luego señale que está pendiente la incorporación de la Directiva 2019/1023, empezando el texto de la misma manera.

² Llama la atención la generalizada utilización del término «preconcurso» cuando ni la antigua LC ni el actual TRLC contemplan en su articulado mencionada locución. De hecho, el término «preconcurso» ha sido introducido normativamente por primera vez en el TRLC en alusión a las normas que regulan la situación del deudor que a pesar de su estado de insolvencia (actual o inminente), no se ha declarado su concurso, al encontrarse en negociaciones con sus acreedores, puesto que esta expresión no se contenía en apartado alguno de la normativa vigente hasta el pasado 1 de septiembre de 2020. Como se encarga de recordar el profesor Garcimartín Alférez (2020), el derecho preconcursal es derecho concursal, entendiéndose que más que «derecho pre-concursal» nos encontramos ante un «derecho pre- procedimiento concursal».

³ Parte de las reivindicaciones de la doctrina no han terminado teniendo reflejo en el TRLC, si bien se espera que la Directiva UE 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, traiga novedades en este aspecto. Vid. en este sentido Pulgar Ezquerro (6 de abril de 2020).

⁴ Vid. sobre este particular Zamora González de la Peña (2020), quien destaca la importante utilización del expediente de comunicación de negociaciones del artículo 5 bis de la LC por las empresas españolas para impedir ejecuciones, calificando esta institución, junto a la homologación de acuerdos de refinanciación, como «instituciones vivas».

En este sentido, son reveladoras las reflexiones efectuadas en la exposición de motivos del nuevo TRLC. Así, en la misma se reconoce que durante la gestación del anterior texto normativo ya se debatió la posibilidad de incluir en el articulado las instituciones propias del derecho preconcursal, descartándose finalmente, por confiar en instituciones que finalmente no han dado sus frutos. Por esta razón, se ha querido compilar toda la institución preconcursal en un libro –libro II–, evitando así dispersiones normativas en una materia en la que recordemos que la anterior regulación reservaba un único precepto⁵. Por ello, la confección de este libro ha supuesto un evidente esfuerzo, dada la mayor dificultad técnica que ocasiona, según se confiesa en el propio texto legal, las «reconocidas deficiencias, incluso terminológicas del régimen de estos expedientes o procedimientos»⁶.

De esta forma, el TRLC reserva su libro segundo a ese otro derecho de la insolvencia que constituye una opción previa y diferente a la propia regulación habitual⁷.

Este segundo libro se divide en cuatro títulos independientes, siendo el primero, procedente del artículo 5 bis, el circunscrito a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y que constituye el objeto del presente estudio⁸.

2. El capítulo I del título I del libro segundo del TRLC: la comunicación de la apertura de negociaciones

2.1. Plazo para comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores

En coherencia con el plazo de 2 meses para solicitar la declaración de concurso, el plazo para comunicar el inicio de negociaciones con los acreedores se ha seguido vinculando en el TRLC –artículo 584– con éste⁹.

⁵ Vid. en este sentido Fernández Álvarez (2020), quien explica el procedimiento seguido para la aprobación del TRLC.

⁶ Vid. apartado II de la exposición de motivos del TRLC.

⁷ Los institutos preconcursales son incluso considerados como excepciones al régimen general establecido en la normativa reguladora de las situaciones de insolvencia. Vid. en este sentido Hurtado Iglesias (2019).

⁸ La particular importancia de la comunicación del artículo 5 bis del LC se ha visto reflejado en el auxilio que de este han tomado importantes empresas en reestructuración. En relación con ello, vid. la crítica que efectúa Sánchez Méndez (2020), quien hace referencia a razones de índole político, social y económico que ayudaron a que el acuerdo de la mercantil Abengoa saliera adelante, dado que la homologación del acuerdo era la única manera de lograr la continuidad de la compañía, en un momento en el que estaba a punto de expirar el plazo de los tres meses para negociar un acuerdo de refinanciación, tras la solicitud del artículo 5 bis efectuada por la compañía.

⁹ Critica esta vinculación el magistrado Nieto Delgado por cuanto el artículo 584 del TRLC ha modificado la redacción del artículo 5 bis de la LC respecto al plazo de comunicación del inicio de negociaciones al

Sin embargo, debe destacarse que el nuevo precepto cambia la exposición que se hacía en la derogada LC respecto al blindaje frente a los acreedores por la distinción que efectúa en función del carácter del deudor en su condición de empresario o no empresario. Así, mientras que en el texto de 2003 ninguna distinción existía, el legislador del TRLC ha querido establecer en su artículo 588 el mismo plazo de prohibición para el inicio de ejecuciones por parte de los acreedores contra los bienes y derechos del patrimonio del deudor empresario –3 meses– pero rebajar este plazo a 2 meses para el inicio de las ejecuciones contra bienes de deudores que no tengan referida condición empresarial (reiterado en el artículo 591 TRLC en relación a la ejecución de garantías reales, en el artículo 593 TRLC respecto a la reanudación de ejecuciones, en el 594 en lo relativo al bloqueo al resto de legitimados diferentes al deudor para solicitar el concurso y consiguientemente en el artículo 595 TRLC en relación a la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso).

La razón de que se haya optado por esta rebaja en la protección de unos deudores en comparación con otros en función de su condición o no de empresario debemos buscarla en que se está previendo que con carácter general el número de acreedores y la importancia de las obligaciones a las que tiene que hacer frente el deudor empresario es muy superior a aquel que no lo es, tratando de agilizar el procedimiento en estos últimos casos al considerar suficiente una protección de 2 meses en atención a un presumible valor inferior de pasivo y número de acreedores en los supuestos de concursos no empresariales¹⁰.

Finalmente se mantiene en el TRLC –artículo 583.4– idéntica precisión que en la LC respecto a la imposibilidad del deudor de presentar nueva comunicación de inicio de negociaciones con sus acreedores en el plazo de un año desde que hubiera sido puesta de manifiesto la última. Si bien con ello parece buscarse evitar el abuso del instituto preconcursal a aquellos deudores que tratan de alargar su situación de insolvencia y evitar la declaración de concurso, encadenando solicitudes y hurtando consecuentemente a sus acreedores de la posibilidad de acudir al procedimiento judicial, entendemos que deben sopesarse los efectos prácticos que tiene referida medida legislativa, ya que debe valorarse si realmente existe ese abuso por parte de los deudores o por el contrario esta decisión constituye una medida desproporcionada con la que se evita que puedan acogerse a esta comunicación deudores que puedan necesitar iniciar una nueva negociación en un plazo no necesariamente superior a 1 año¹¹.

juzgado, sustituyendo el verbo «podrá» por «solo podrá», lo que provoca que se pase de un régimen en el que el deudor podía comunicar el inicio de las negociaciones con sus acreedores en cualquier momento, a un régimen (el actual) en que referida comunicación solo puede ser solicitada en el plazo establecido para instar el concurso, so pena de preclusión. *Vid.* Nieto Delgado (2020).

¹⁰ *Vid.* Palá Laguna (28 de septiembre de 2020) respecto a la forma de cómputo del plazo para solicitar el concurso al amparo de la Ley 3/2020 dependiendo de que nos encontremos ante un deudor empresario o una persona natural no empresaria.

¹¹ *Vid.* en este sentido Calbacho Losada (15 de junio de 2020), quien se muestra partidario de la supresión de esta limitación siempre que el estado de insolvencia de la nueva solicitud sea por causas distintas a la anterior.

2.2. Confidencialidad

La confidencialidad del artículo 5 bis de la LC fue otro de sus grandes atractivos. Y es que, a diferencia de la declaración de concurso, que debe publicarse en el BOE, la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores es un trámite que no precisa de publicidad alguna, ya que en ese momento ni tan siquiera es designado todavía el órgano de la administración concursal que se va a encargar de la tramitación del procedimiento.

Referida confidencialidad se mantiene en el actual texto normativo, si bien debe dejarse claro que, como ya ocurriera en la LC, el artículo 585 del TRLC prevé que el letrado de la Administración de Justicia deje constancia de la comunicación en el Registro Público Concursal¹². En ambos textos legales se contempla la posibilidad de que a esta comunicación de inicio de negociaciones no se le dé publicidad alguna, ni siquiera en el Registro Público Concursal, carácter reservado de la comunicación que debe ser interesado por el deudor en su solicitud y que el mismo puede solicitar en cualquier momento que deje de serlo¹³.

Llegados a este punto debe plantearse en qué circunstancias el deudor puede comunicar el carácter reservado de su comunicación¹⁴, si referido carácter reservado está sometido a una serie de presupuestos para su adopción, cuya concurrencia debe ser evaluada por el letrado de la Administración de Justicia, con posibilidad de recurrir su decisión ante el juez del concurso¹⁵.

¹² Si bien, el TRLC ha añadido una expresión apremiante en su artículo 585 respecto al momento en el que el letrado de la Administración de Justicia debe dictar decreto ordenando la publicación del edicto conteniendo el extracto de la resolución que el anterior texto normativo no contenía: *El mismo día de la recepción de la comunicación...*

¹³ Según indica Mairata Laviña (2014), el fundamento de la posibilidad de solicitar la confidencialidad de la comunicación del inicio de negociaciones se introdujo ante el temor de que el hecho de hacerse público el inicio de negociaciones con los acreedores afectara bursátilmente a las empresas que se acogieran al precurso.

¹⁴ Compartimos la reflexión de la profesora Pulgar Ezquerro (17 de marzo de 2014) respecto a la ausencia de ventajas que se derivan para el deudor del hecho de hacer públicas las negociaciones de un acuerdo de refinanciación, ya que si no hay ventaja y los efectos son los mismos, el deudor siempre optará por la confidencialidad.

¹⁵ Respecto a la aplicación práctica de la solicitud de la confidencialidad *vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada de 17 de marzo de 2014 (rec. núm. 386/2014). Mencionada resolución tiene por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones, indicando en su fundamento de derecho sexto el hecho de que se ha solicitado expresamente el carácter reservado de la comunicación, declarándose referido carácter en la parte dispositiva sin mayor argumentación al respecto. Sin perjuicio de ello, es interesante esta resolución por cuanto en la misma sí que se interpreta el texto legal en relación con la actuación del letrado de la Administración de Justicia y del juez del concurso en cuanto a la comunicación de inicio de negociaciones, exponiéndose en la misma que es función del secretario judicial la constancia de la comunicación y su publicación, mientras que los efectos y la posterior declaración de necesidad debe venir determinada por resolución judicial.

En relación con ello debe indicarse que no se prevé en la ley trámite alguno para la resolución de esta solicitud¹⁶, de lo que se deriva que la misma será estimada mediante decisión del letrado de la Administración de Justicia, y en el supuesto de que esta sea objeto de oposición por parte de algún acreedor, se resolverá mediante auto del juez del concurso.

2.3. ¿Insolvencia actual o insolvencia inminente?

El TRLC precisa en su artículo 583.1 que el deudor persona natural o jurídica no declarado en concurso podrá poner en conocimiento del juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores. Para ello debe encontrarse en situación de *insolvencia actual o inminente*.

Referidos términos ya aparecen reflejados en el presupuesto objetivo para la declaración del concurso (art. 2 TRLC), como ya se hiciera en la extinta ley anterior (art. 2 LC). Sin embargo, el derecho preconcursal regulado en el artículo 5 bis de la LC del texto normativo derogado no exigía que el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual o inminente¹⁷, y además ello contradice 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 deudas¹⁸, la cual no prevé como presupuesto para el precurso la existencia de insolvencia, ni actual ni inminente, sino riesgo de insolvencia, estadio necesariamente previo a esta¹⁹.

Si bien es cierto que la actual Directiva UE 2019/1023 sí que es aplicable a supuestos de insolvencia actual, lo que justificaría que en el nuevo TRLC siguiese apareciendo la re-

¹⁶ Vid. García de Enterría (2020), quien indica que la valoración o decisión sobre el carácter público o reservado de la comunicación corresponde en exclusiva al deudor, que no necesita siquiera fundamentar su solicitud con ningún tipo de justificación o de motivación.

¹⁷ De hecho, en un primer momento, y cuando fue introducido normativamente por el apartado 3 del artículo 10.1 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el artículo 5.3 preveía que el deudor en estado de insolvencia *actual* comunicara el inicio de las negociaciones. Sin embargo, referido apartado 3 fue derogado expresamente por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, texto normativo cuyo artículo único.1 introdujo el artículo 5 bis sin incorporar ya referencia alguna a la necesidad de que el deudor se encontrara en insolvencia *actual o inminente* para comunicar el inicio de negociaciones con sus acreedores y paralizar así la declaración de su concurso.

¹⁸ Vid. en relación con la aprobación de la directiva Gálvaez Sáez (8 de mayo de 2020), quien antes de la entrada en vigor del nuevo TRLC ya recogía la opinión de los expertos señalando la necesidad de que el TRLC entrara en vigor antes de la Directiva Europea 2019/1023, ya que una estructura completa y sólida de la normativa nacional facilitaría la posterior reforma para adecuarla al derecho europeo.

¹⁹ Vid. respecto a este particular Cárdenas Smith (2018), quien califica este presupuesto como un *estado anterior de contornos imprecisos*.

ferencia a la insolvencia ya padecida por el deudor²⁰, no se entiende por qué se mantiene esta referencia a los tipos de insolvencia, términos ya superados en el ámbito del derecho preconcursal desde el año 2011 y más aún desde el año 2019 con la directiva europea²¹.

3. El capítulo II del título I del libro segundo del TRLC: los efectos de la comunicación

3.1. Sobre los créditos a plazo

El artículo 586 del TRLC contiene expresamente una precisión heredada de la norma genérica contenida en el artículo 61.3 de la LC, relativa a la ilicitud de las cláusulas que establezcan la resolución de los contratos por la declaración de concurso de cualquiera de las partes, norma genérica contenida igualmente en el artículo 156 del TRLC.

Es por esta razón que en sede preconcursal se ha querido plasmar legalmente el hecho de que la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, complementándose expresamente la regulación del derecho preconcursal con esta advertencia asumida en la práctica.

Llegados a este punto, debe valorarse si el hecho de que el legislador haya optado por circunscribir expresamente la prohibición al vencimiento anticipado de los créditos y no de los contratos puede suponer que son solo los créditos los que va a gozar de este escudo protector.

Examinada la cuestión entendemos que, a pesar de que la redacción del precepto pudiera dejar abierta la puerta al vencimiento anticipado de todas aquellas obligaciones que no sean crediticias, creemos que debe entenderse la cuestión determinada al ámbito de la institución preconcursal, momento en el que se pretende evitar que los acreedores reclamen anticipadamente sus créditos ante el anuncio de que la declaración judicial del concurso no se va a producir.

Sin embargo, ello no quiere decir que otros interesados en el procedimiento y cuyo crédito no se hubiera devengado queden facultados para resolver anticipadamente los contratos,

²⁰ Vid. en relación con ello Fernández Pérez (2020), donde se destaca como la directiva parte incluso de una situación previa a la insolvencia actual, la cual admite diferentes grados, habiéndose traducido al castellano, según la autora, de una forma no demasiado acertada, al denominarla como insolvencia inminente, ya que en la directiva se está pensando en un estadio previo a la referida insolvencia.

²¹ Quizás la explicación pueda encontrarse, como indica Fernández Seijo (2020) en que el legislador español no se ha atrevido a permitir el acceso a los instrumentos previos a la situación de insolvencia contemplados en la Directiva 2019/1023. Sin embargo, desde aquí entendemos que ello explicaría que se hubiesen mantenido inalterados los términos desde la LC hasta el TRLC en lo referente al derecho preconcursal, pero no que se hayan incorporado ahora, volviendo a la situación existente en el año 2009.

puesto que la protección de la que pretende revestir a la institución el legislador protege el vencimiento anticipado de créditos, al encontrarnos ante las reclamaciones previsiblemente más inmediatas contra el deudor, sin que ello quiera significar que se deje sin protección al deudor respecto al vencimiento anticipado de los contratos que pudiera tener suscritos, ya que para el blindaje de los mismos operaría la cláusula genérica contenida antes en el artículo 61.3 de la LC y ahora en el artículo 156 del TRLC²².

3.2. La prohibición de inicio de ejecuciones

El esquema de prohibiciones existentes en el actual TRLC ha sufrido modificaciones en relación con el anterior texto normativo, modificaciones cuya motivación no aparece claramente reflejada en la normativa actual.

Y es que el TRLC establece el cese automático del escudo protector del concursado en el plazo de tres meses desde que fuera comunicado el inicio de negociaciones con sus acreedores (dos meses en el caso de deudor no empresario). Este levantamiento instantáneo se contraponen al alzamiento de la suspensión con base en alguna de las causas establecidas en la normativa vigente hasta el 1 de septiembre de 2020 (5 bis.4 LC).

De igual forma, el plazo de tres meses para el levantamiento de las suspensiones ahora establecido tiene cierto paralelismo con el deber del deudor de solicitar el concurso, plazo que igualmente comienza a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores, buscándose de esta forma que el fin de la suspensión vaya unido a la declaración de concurso. Sin embargo, al hacerse depender referido alzamiento de un periodo temporal (tres meses para el deudor empresario, dos para el deudor persona natural), en lugar de relacionarlo con la efectiva declaración de concurso del deudor, puede provocar problemas prácticos derivados del hecho de que la terminación de las suspensiones se produzca cuando formalmente el concurso no haya sido declarado, lo que ocasionará a buen seguro incidentes a la hora de determinar las masas del concurso, problemática que podría haberse evitado si se hubiera extremado la precaución al proceder a la redacción normativa del precepto²³.

²² Cuestión diferente nos encontrábamos en el ámbito de la contratación con las Administraciones públicas. *Vid.* en este sentido Fernández Torres (2009, p. 267), quien destacaba los problemas que suscitaba la Ley de contratos del sector público con la normativa concursal, al prever el entonces vigente artículo 206 de la Ley de contratos del sector público la resolución de los contratos con la Administración por razón del concurso, entrando en clara contradicción con el artículo 61.3 de la LC por aplicación del artículo 67.1 de la LC. Situación no obstante superada en el actual marco regulatorio de las relaciones contractuales con la Administración establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

²³ Se echa en falta igualmente la actualización del artículo 551.1 de la LEC en relación con la consulta que debe llevar a cabo el letrado de la Administración de Justicia con carácter previo al despacho de ejecución, texto legal que todavía sigue remitiendo a la extinta LC.

3.3. Créditos de derecho público

El artículo 592 del TRLC traslada de un texto normativo a otro la exclusión de la suspensión o paralización de ejecuciones a los créditos de derecho público, traslado criticable como parte de la doctrina²⁴ ya ha hecho ver, dadas las especiales implicaciones que el mantenimiento de este criticable privilegio suscita a la hora de reestructurar empresas donde el crédito público conforma un importante porcentaje del pasivo y cuya exclusión supone cercenar las posibilidades reales de continuación de la actividad económica del deudor concursado²⁵.

3.4. La consecuencia de la presentación de solicitudes de concurso después de la comunicación de la apertura de negociaciones

El artículo 594 del TRLC deja claro el bloqueo de aquellas solicitudes de concurso presentadas por terceros legitimados que no sean el deudor. Entendemos que ante la presentación de una solicitud de este tipo, sería suficiente con una resolución del letrado de la Administración de Justicia por la que simplemente se comunicara al solicitante la constancia en el juzgado de la comunicación de inicio de negociaciones por parte del deudor y la paralización para la presentación de solicitudes, estándose a la espera de que transcurra el plazo legal para que, si las negociaciones no fructifican, el interesado pueda acudir de nuevo al juzgado²⁶.

Finalmente, el texto deja clara la preferencia de la solicitud del deudor presentada en el mes hábil en detrimento de los terceros legitimados, preferencia que ya se puso de manifiesto en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ya que la extinta LC no lo contemplaba²⁷.

²⁴ *Vid.* por toda, Calbacho Losada (15 de junio de 2020), quien destaca que la Asociación Española de Banca y el Consejo General de Economistas consideran que debe eliminarse ese privilegio de los créditos públicos, que consideran injustificado y eventualmente contrario a la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

²⁵ En igual sentido *vid.* Buil Aldana (2020).

²⁶ Parte de la doctrina, como la catedrática Fernández Pérez (2020), entiende que ni siquiera es necesario resolución alguna, bastando con dejar la comunicación en espera hasta que transcurra el plazo legalmente establecido.

²⁷ Respecto a las medidas adoptadas en la referida legislación de emergencia, *vid.* Espigares Huete (29 de julio de 2020), quien señala que el momento de adoptarlas no es técnicamente malo por la reciente aprobación del TRLC.

4. El capítulo III del título I del libro segundo del TRLC: la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso

El deber de solicitar el concurso por parte del deudor debe entenderse hasta el próximo 31 de diciembre de 2020 junto a las limitaciones establecidas en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia²⁸.

Referido texto normativo convivirá hasta final de año con el TRLC, lo que supone que la exigencia del deber de solicitar el concurso estará condicionada por las limitaciones establecidas en la mencionada disposición legal respecto a la inexigibilidad de acudir al concurso hasta el próximo 31 de diciembre de 2020. Entre las cuestiones más relevantes de la referida ley, destaca la ampliación a seis meses del plazo del que dispone el deudor para solicitar el concurso en el supuesto de que antes de meritada fecha el deudor haya efectuado la comunicación del artículo 583 del TRLC²⁹.

Debe realizarse una reflexión respecto a la expresión contenida en el artículo 5.5 bis de la LC relativa a la excepción de solicitar el concurso para todo deudor que «no se encontrara en estado de insolvencia». Mencionada locución ha desaparecido del actual TRLC, por lo que podría entenderse que la superación del estado de insolvencia ya no constituye un límite a la necesidad de acudir a la institución del concurso de acreedores, lo que supondría una incoherencia en relación con el presupuesto objetivo del concurso que precisamente lo exige³⁰.

Entendemos que la expresión eliminada, aun siendo obvia, debería haberse mantenido en la regulación vigente, por cuanto no puede concluirse de otro modo en relación con la desaparición de la situación de insolvencia y la inexigibilidad en este supuesto del deber de solicitar el concurso por parte del deudor.

²⁸ Vid. Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Viesca (4 de mayo de 2020), quien precisa que para aplicar la legislación de emergencia como consecuencia de la crisis sanitaria al concurso de acreedores, no es necesario que la causa de insolvencia esté ligada a la pandemia, al no distinguir la ley referida situación en ninguno de sus aspectos.

²⁹ Ello modifica y deroga la inicial previsión del legislador plasmada en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Nos remitimos respecto a este particular al estudio que efectuamos en este sentido en Gilo Gómez (15 de mayo de 2020).

³⁰ Destaca Piñel López (2020) la eliminación del último inciso del artículo 5 bis.2 de la LC, al considerarse innecesario e incluso incorrecto, al ponerlo en relación con la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso recogido en el artículo 595 del TRLC.

5. Conclusiones

La importancia del derecho preconcursal en los sistemas judiciales regulatorios de la insolvencia es fundamental. Prueba de ello es que el mismo se ha convertido en una institución diferenciada del resto de compartimentos del derecho concursal, el cual cuenta incluso con su propia regulación normativa.

Esta relevancia se ha puesto de manifiesto en el nuevo TRLC, que ha previsto todo un libro para la regulación de esta institución, en línea con los avances del resto de ordenamientos de nuestro entorno, que efectúan un esfuerzo ya no por satisfacer el derecho de los acreedores, sino por mantener la actividad del deudor concursado, objetivo para el que es fundamental la toma de decisiones en los momentos iniciales de detección de la situación de insolvencia.

El futuro de la institución en nuestro país vendrá determinado por los cambios que sobre la misma puedan operarse a raíz de la trasposición de la Directiva 2019/2013. En todo caso, lo que sí parece seguro es que se seguirá acudiendo frecuentemente a los sistemas de negociaciones previos a la declaración judicial de la situación de insolvencia, en aras de tratar de mantener una actividad económica profundamente resentida ya, como consecuencia de la crisis provocada por la pandemia que actualmente padecemos.

Referencias bibliográficas

- Buil Aldana, I. (2020). Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 283-296.
- Calbacho Losada, F. (15 de junio de 2020). Propuestas de mejora de la normativa preconcursal. *Diario La Ley*, 9653.
- Cárdenas Smith, C. de (2018). La Propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 29, 223-235.
- Espigares Huete, J. C. (29 de julio de 2020). La «afectación» de la crisis sanitaria a las situaciones concursales y paraconcursoales en virtud del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Diario La Ley*, 9684.
- Esteban Ramos, L. M. (2020). Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 297-310.
- Fernández Álvarez, J. (2020). La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal. El procedimiento y sus fases. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 17-26.
- Fernández Pérez, N. (2020). La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal.

- Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 71-95
- Fernández Seijo, J. M.^a. (2020). El acuerdo extrajudicial de pagos no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 91-116.
- Fernández Torres, I. (2009). Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de contratos con el sector público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11.
- Gálvaez Sáez, A. (8 de mayo de 2020). Tsunami concursal (Covid-19) y la reforma de la Ley 22/2003. *Diario La Ley*, 9628.
- García de Enterría J. (2020). Sociedades cotizadas, acuerdos de refinanciación y comunicación de inicio de negociaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 221-234.
- Garcimartín Alférez, F. (2020). Algunas reflexiones sobre el Derecho preconcursal. *La Ley Mercantil*, 70.
- Gilo Gómez, C. (15 de mayo de 2020). La solicitud de concurso a consecuencia del COVID 19 (segunda edición). *Diario La Ley*, 9633.
- Hurtado Iglesias, S. (2019). La necesaria conexión entre la preconcursalidad y la tramitación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 109-122.
- Mairata Laviña, J. (2014). Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 22, 251-259.
- Nieto Delgado, C. (2020). Comunicación de negociaciones en el Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 117-126.
- Palá Laguna, E. (28 de septiembre de 2020). Novedades en materia concursal y societaria de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Diario La Ley*, 9705.
- Piñel López, E. (2020). Elaboración y alcance del Texto refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 27-36.
- Pulgar Ezquerro, J. (17 de marzo de 2014). Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.
- Pulgar Ezquerro, J. (6 de abril de 2020). Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia. *Diario La Ley*, 9608.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. y Huerta Viesca, I. (4 de mayo de 2020). Coronavirus: reflexión y propuestas sobre el régimen de funcionamiento ordinario y concursal de las personas jurídicas privadas no cotizadas durante y después del Estado de Alarma (arts. 40 y 43 RDL 8/2020 también tras el RDL 11/2020). *Diario La Ley*, 9624.
- Sánchez Méndez, L. (2020). Lecciones aprendidas de las principales reestructuraciones llevadas a cabo en España durante los últimos años. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 233-245.
- Zamora González de la Peña, Á. (2020). Sacrificio desproporcionado e impugnación de acuerdos homologados de refinanciación: jurisprudencia española y Directiva europea sobre reestructuración temprana. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 145-166.