



# *Moratoria concursal: ¿hasta el infinito y más allá?*

Los concursos cayeron un 20% en 2020 respecto a 2019 ¿Tiene sentido que empresas que no pueden acceder a las ayudas directas o los créditos ICO sean eximidas de ir a concurso?

El pasado 12 de marzo se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2021, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (posteriormente convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de marzo), en el que –entre otras muchas medidas de distinto alcance– se ha venido a prorrogar nuevamente la denominada “moratoria concursal” hasta el 31 de diciembre de 2021. Bajo dicho término hacemos referencia tanto a la posibilidad de modificar los convenios concursales, acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos previamente aprobados y que el deudor no pueda cumplir o venga ya incumpliendo desde los inicios de 2020 (evitando así su declaración de incumplimiento y consiguiente ineficacia, abocando a la apertura de la liquidación concursal en el primer caso o a la apertura del concurso de acreedores en los otros dos), como, sobre todo, a la suspensión del deber de solicitar el concurso para el deudor que se encuentre en situación de insolvencia hasta el 31 de diciembre de 2021 y la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020 hasta aquella misma fecha.

Esta “moratoria concursal” fue inicialmente introducida, como es sabido, por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril –que ya criticamos en esta misma revista (“Errores y ausencias en las medidas concursales del RDL 16/2020”, n.º 160, mayo 2020, p. 18 y 19)– convertido más tarde en la vigente Ley 3/2020, de 18 de septiembre, tras su tramitación parlamentaria. Posteriormente, dicha “moratoria concursal” fue prorrogada por el Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre de 2020, hasta el 14 de marzo de 2021 (un año desde la declaración del estado de alarma) y, nuevamente ahora, tras muchos rumores y suspense hasta el día previo al vencimiento de la citada prórroga (ya que el Real Decreto-Ley 5/2021 se publica y entra en vigor el 13 de marzo), se ha vuelto a prorrogar ahora hasta el 31 de diciembre del 2021, sin que se pueda asegurar a ciencia cierta

---

**"Como señaló el BdE 'las empresas inviables seguirán en el mercado con balances cada vez más deteriorados y se acumularán los casos de insolvencia'. Se acabará provocando un tsunami"**

---

que se trate de la última y definitiva. Por supuesto, el Gobierno no ha aprovechado ni la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2020 ni ninguna de las dos prórrogas mencionadas para corregir, aclarar o resolver prácticamente ninguna de las muchas dudas interpretativas, incoherencias valorativas, ausencias o lagunas manifiestas que dicha normativa concursal de emergencia plantea y que han sido reiteradamente puestas de manifiesto por los múltiples comentaristas que, tanto desde la academia como desde la práctica (magistrados, abogados, administradores concursales, etc.), la hemos ido analizando a lo largo de los casi 12 meses transcurridos desde su primera publicación en el BOE.

No es, por tanto, mi intención volver sobre dichos defectos y errores técnicos que el reciente Real Decreto-Ley 5/2021 simplemente se limita a repetir (“*sostenella y no enmendalla*”, que diría el clásico) en su Disposición Adicional Séptima al reformar los arts. 3, 4, 5, 6, 9 10 y 11 de la Ley 3/2020, ni tampoco exponer críticamente las escasas novedades que se incorporan en este Derecho

concursal de emergencia COVID-19, como las dirigidas a agilizar los incidentes concursales de reintegración de la masa activa (nuevo art. 8 bis de la Ley 3/2020), respecto de las podrían plantearse ciertas dudas de constitucionalidad desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Prefiero centrarme en intentar responder a la principal pregunta que, a mi juicio, debemos hacernos ante esta nueva ampliación temporal de la “moratoria concursal”: ¿resultaba necesaria o, al menos, conveniente para la

propia finalidad expresada por el Gobierno en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2021?

Según se nos dice en dicha Exposición de Motivos, la “moratoria concursal” se introdujo en su día –y se extiende temporalmente ahora– para evitar “*la declaración automática de concurso o la apertura de la fase de liquidación respecto de empresas, profesionales y autónomos*

*que, con carácter previo a la crisis sanitaria de la COVID-19, eran viables y mantenían al día el pago de sus obligaciones... evitándose así un posible efecto en cadena, con el consiguiente impacto negativo sobre el conjunto de la economía. El mantenimiento en el tiempo de la situación generada por la pandemia hace imperioso que estas empresas, que serían viables en condiciones normales de mercado..., cuenten con instrumentos legales que les permitan continuar con su actividad o, en su caso, negociar con los acreedores, de forma que continúen en el mercado, manteniendo el empleo, una vez superada la situación... sin por ello impedir la necesaria reasignación de recursos entre las distintas empresas y sectores, así como la puesta en marcha de procedimientos concursales... de aquellas empresas cuya viabilidad no pueda ser restaurada mediante las diferentes medidas de apoyo a la solvencia desplegadas".* Pues bien, esta nueva prórroga legal no sólo no ayuda, en nuestra opinión, a dicha finalidad sino que, incluso, resulta contraproducente con sus objetivos, por varias razones que pasamos a exponer de forma sintética.

más eficiente para la economía nacional –e, incluso, para “salvar” en su caso aquella parte de dichas empresas que pudiera ser viable– su declaración en concurso de acreedores para su ordenada y tempestiva liquidación. ¿Qué sentido tiene que a una empresa que no puede siquiera acceder a las ayudas directas o créditos ICO por su falta de viabilidad se le exonere del deber de solicitar el concurso o se impida que lo puedan solicitar sus acreedores? En tercer lugar porque, aunque es cierto que nada impide que las empresas inviables puedan solicitar su concurso voluntario, la eliminación generalizada del “deber legal” de solicitarlo crea una falsa confianza en que retrasar lo inevitable no tienen consecuencias jurídicas (señaladamente, la responsabilidad personal de los gestores en caso de concurso culpable), como demuestra la disminución del número de concursos declarados en 2020 en más de un 20% respecto de 2019, año en que la economía española creció un 2% frente al decrecimiento de casi un 11% en 2020. Por ello, prolongar de nuevo en el tiempo esta moratoria concursal provocará –como ya advirtiera el Banco de España (Docu-

**"Y mientras tanto, en lugar de acelerar la transposición de la Directiva 2019/1023, para facilitar y agilizar las reestructuraciones financieras o el fresh start de las personas físicas, o regular con urgencia un eficiente sistema de 'prepack concursal', como han hecho otros países de nuestro entorno, nos enteramos de que el Gobierno ha solicitado prórroga de un año para su transposición: ¡de error en error hasta el desastre final!"**

**E**n primer lugar porque, como ya expusimos al criticar el Real Decreto-ley 16/2020, la moratoria concursal no alcanza sólo a las empresas que eran viables antes de la pandemia y que han entrado en serias dificultades financieras y de liquidez como consecuencia de la crisis derivada de la misma (lo que algunos han denominado “insolvencia accidental”), puesto que desde un principio se articuló con carácter general, es decir, aplicable también a las empresas que ya eran insolventes con anterioridad a la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020. En segundo lugar porque, si el objetivo de esta nueva prórroga es ayudar a las empresas viables, para salvar el tejido empresarial (y los puestos de trabajo) en peligro de forma coyuntural por la actual crisis, debería limitarse su alcance a las empresas que, a día de hoy, pueden ser viables con la aplicación de las distintas medidas y ayudas directas e indirectas que se vienen articulando, no haciéndolo extensivo, en cambio, a las empresas que –aun cuando fueran viables antes del inicio de la pandemia– en la actualidad ya no pueden volver a una situación de solvencia o viabilidad ni siquiera con una reestructuración operativa y/o financiera apoyada en las citadas ayudas. Sin embargo, de nuevo, la prórroga de la moratoria se configura como general, alcanzando también a las empresas denominadas “zombies” –en torno a 40.000 en España, de acuerdo con su definición por la OCDE, según un reciente informe (Informa D&B)– respecto de las cuales sería mucho

mentos Ocasionales, 2020, nº 2029, págs. 22 y 23)– “una mayor tasa de supervivencia de empresas inviables... (que) reduce los beneficios del resto de 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”, contribuyendo a exacerbar el problema en lugar de ayudar a su solución, puesto que “las empresas inviables seguirán en el mercado, con balances cada vez más deteriorados, y se acumularán los casos de insolvencia, que se habrían de resolver cuando finalmente se alzara la moratoria”. Por ello, lejos de aplanar la ola de concursos que provocará el colapso de nuestros ya saturados Juzgados de lo mercantil, terminará provocando un tsunami de mayores dimensiones al ir creciendo cada vez más la bola por esta política cortoplacista de “la patada hacia adelante” esperando un milagro o, quizá, simplemente, aplazar el problema a expensas de agravarlo irresponsablemente.

**Y** mientras tanto, en lugar de acelerar la transposición de la Directiva 2019/1023, para facilitar y agilizar las reestructuraciones financieras o el fresh start de las persona físicas o regular con urgencia un eficiente sistema de “prepack concursal”, como han hecho otros países de nuestro entorno, nos enteramos de que el Gobierno ha solicitado prórroga de un año para dicha transposición: ¡de error en error hasta el desastre final! ■