

# LA REFORMA CONCURSAL DE 2022, LA MORATORIA CONCURSAL Y LOS INCENTIVOS A INSTAR EL CONCURSO<sup>1</sup>

Jorge Azagra Malo, Fernando Gómez Pomar y Adrián Segura Moreiras

*Jorge Azagra y Fernando Gómez son abogados de las Áreas de Derecho Público, Procesal y Arbitraje y de Mercantil, respectivamente de Uría Menéndez, mientras que Adrián Segura es profesor asociado de economía de la Universitat Pompeu Fabra*

### **La reforma concursal de 2022, la moratoria concursal y los incentivos a instar el concurso**

*La reciente reforma concursal aprobada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, no solo introduce los planes de reestructuración mediante la trasposición de la Directiva de reestructuraciones e insolvencias, sino que busca también reducir los costes asociados al concurso, con el fin de hacerlo más atractivo. En buena medida, el éxito en el cumplimiento de este segundo objetivo queda supeditado a los incentivos en la elección del concurso como un mecanismo ordenado y eficiente. Este trabajo analiza esta cuestión incidiendo especialmente en las vicisitudes del deber del deudor de instar la declaración de concurso, poniendo especial atención en lo acontecido entre el inicio de la denominada "moratoria concursal" en marzo de 2020 y la entrada en vigor de la reforma concursal el pasado 26 de septiembre de 2022.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

REFORMA CONCURSAL, MORATORIA CONCURSAL.

---

<sup>1</sup> Los autores quieren agradecer los comentarios de Sheila Canudas.

## The spanish insolvency reform approved by law 16/2022, the insolvency moratorium and incentives offered to choose insolvency proceedings

*The recent insolvency reform approved by Law 16/2022 not only introduces restructuring plans by transposing the EU Restructuring and Insolvency Directive, but also aims to reduce the costs associated with insolvency proceedings to make them a more attractive alternative. Success in achieving the latter objective depends to a large extent on the incentives offered to choose insolvency proceedings as a course of action. This article analyses these issues with a particular emphasis on the debtor's duty to request the declaration of insolvency, and the events that took place from the beginning of the insolvency moratorium in March 2020 until the entry into force of the Insolvency Law Reform on 26 September 2022.*

### KEYWORDS:

INSOLVENCY REFORM, INSOLVENCY MORATORIUM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

Azagra Malo, Jorge; Gómez Pomar, Fernando; Segura Moreiras, Adrián (2022). La reforma concursal de 2022, la moratoria concursal y los incentivos a instar el concurso. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 246-274 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

La reforma del régimen concursal español operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (en adelante, la "Reforma concursal"), se declara tributaria de una doble constatación ligada al (relativo) fracaso de las múltiples y sucesivas modificaciones de la normativa concursal española. Desde luego, la sensación de insatisfacción con el funcionamiento del derecho español en su tratamiento de las dificultades financieras de las empresas no es nueva, pues tan numerosos han sido los intentos de aquilatar el régimen concursal español y de conjurar sus percibidas deficiencias que la frase "*La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas*" constituye el arranque de la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

Las insuficiencias a las que se refiere la Reforma concursal se proyectan sobre dos ámbitos: los institutos preconcursales, de un lado, y la contribución del concurso a la recuperación o, en su caso, a la liquidación ordenada de empresas, de otro.

En cuanto a la primera, la exposición de motivos de la Ley 16/2022 señala como una carencia de nuestro derecho concursal y paraconcursal el reducido uso de los instrumentos preconcursales, enfatizando el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos dirigido a las pequeñas y medianas empresas<sup>2</sup>. En efecto, solo se iniciaron 93 acuerdos extrajudiciales de pagos para empresas en 5 años (entre marzo de 2015 y marzo de 2020) y las empresas que han acudido a este instrumento muestran ratios financieros muy similares a las que entran en concurso, lo que parece indicar que

<sup>2</sup> Véase, CELENTANTI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, pp. 1-10.

el acuerdo extrajudicial de pagos no habría servido para canalizar la reestructuración de deuda de empresas con mayor viabilidad que las que concursan<sup>3</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda, la exposición de motivos destaca igualmente que el recurso al concurso de acreedores como procedimiento para canalizar la crisis empresarial también es inferior, en términos comparados, al de otros países de nuestro entorno<sup>4</sup>. Se señala igualmente que en España, además, cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de precariedad financiera en avanzado estado, lo que dificulta la posibilidad de ofrecer soluciones que hagan viable la continuidad de la empresa así como de su negocio (o unidad productiva).

De hecho, la Reforma concursal se puede leer en clave de intento de solución de ambos problemas simultáneamente. Por una parte, mejorar los instrumentos preconcursales para hacerlos más atractivos y eficientes a fin de incrementar las posibilidades de suscribir los ahora denominados planes de reestructuración que permitan superar las situaciones de insolvencia o de riesgo de insolvencia de las empresas. Por otra, reducir los costes del procedimiento concursal, en particular para las pequeñas y medianas empresas y, en general, aumentar la eficiencia del concurso para ayudar a las empresas en crisis y, sobre todo, para liquidar de forma ordenada sus activos si la continuidad de la empresa no es viable.

En principio cabría pensar que esta doble pretensión encierra una cierta contradicción, un elemento de incoherencia entre la persecución de ambos objetivos al mismo tiempo. La razón estribaría en el hecho de que los acuerdos preconcursales entre deudor y acreedores y el procedimiento concursal parecen presentarse como sustitutivos: si el mayor atractivo de los acuerdos de reestructuración merced a los cambios en su diseño y operativa legales conducen a que más deudores y acreedores hagan uso de ellos con resultado satisfactorio, menos empresas en dificultades terminarán en concurso<sup>5</sup>. En sentido opuesto, cuanto menores sean los costes e inconvenientes del concurso (tanto costes directos —incluyendo los reputacionales— como de destrucción de valor del negocio durante el procedimiento formal de insolvencia declarada), menos atractivo en términos relativos tendrán los institutos preconcursales sobre los procedimientos concursales.

Existen, sin embargo, aproximaciones distintas a esta relación entre institutos preconcursales y procedimientos concursales que destacan precisamente los elementos de complementariedad entre ellos<sup>6</sup>. Un sistema concursal eficiente, que es utilizado con frecuencia por las empresas en dificultades y que preserva el valor del negocio (sea mediante un convenio concursal que permite la subsistencia de la empresa o a través de una liquidación ordenada de sus activos y que puede incluso permitir el mantenimiento de su unidad productiva) incentiva —y no al contrario— que

3 Véase, VAN HEMMEN, Stefan (2020). *Estadística concursal. Anuario 2019*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

4 De nuevo, se trata de una importante realidad que venía señalando la doctrina desde hace años: CELENTANI, Marco, GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis. En S. BENTOLILA, M. BOLDRIN, J. DÍAZ-GIMÉNEZ, J. J. DOLADO (editores), *La Crisis de la Economía Española: Análisis Económico de la Gran Recesión*. FEDEA Monografías.

5 GERTNER, Robert; SCHARFSTEIN, David (1991). A theory of workouts and the effects of reorganization law. *Journal of Finance*, 46, pp. 1189 y ss.; FAVARA, Giovanni; SCHROTH, Enrique, VALTA, Philip (2012). Strategic default and equity risk across countries. *The Journal of Finance*, 67, pp. 2051-2095.

6 DONALDSON, Jason Roderick; MORRISON, Edward R.; PIACENTINO, Giorgia; YU, Xiaobo (2022). Restructuring v. Bankruptcy. *Columbia Law and Economics Working Paper*, 630.

los deudores y los acreedores puedan llegar a acuerdos de reestructuración. Solo si el recurso al procedimiento concursal por parte de los deudores es una posibilidad creíble para estos (y eso requiere que los costes y las ineficiencias del concurso no sean demasiado elevados) los deudores podrán asumir contrapartidas creíbles y ventajosas para con sus acreedores a fin de que estos consientan en la reestructuración de la deuda que permite la continuidad de la actividad de la empresa. Cuando el sistema concursal es ineficiente y costoso, nos encontramos con que la situación de equilibrio es una en que se observan a la vez muy pocos concursos y muy pocos acuerdos de reestructuración.

Desde este punto de vista, una cuestión que se antoja entonces de gran trascendencia para lograr el doble objetivo de la Reforma concursal es la de los incentivos a solicitar el concurso y las reglas que pueden incrementar o diluirlos. De ello nos ocupamos en este trabajo, incidiendo especialmente en las vicisitudes del deber de instar la declaración de concurso y, singularmente, en lo sucedido entre el inicio de la denominada "moratoria concursal" en marzo de 2020 y la entrada en vigor de la reforma concursal el pasado 26 de septiembre de 2022.

En derecho español, antes y después de la Reforma concursal, existe un deber legalmente impuesto de solicitar el concurso "*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual*" (art. 5.1 TRLC). La relevancia de este deber se explica, en buena medida, por las consecuencias vinculadas a su incumplimiento<sup>7</sup>.

Durante el período excepcional del estado de alarma, el Gobierno español aprobó diferentes normas de urgencia. Entre estas disposiciones legales se incluyeron medidas que pretendían desincentivar o, acaso mejor, eludir, los procedimientos reglados de insolvencia. En ese sentido, cabe destacar que la obligación general de los deudores de instar el concurso de acreedores a los dos meses de encontrarse en estado de insolvencia actual fue temporalmente desactivada: primero durante el estado de alarma<sup>8</sup>, luego hasta finales de 2020<sup>9</sup>, posteriormente hasta el 14 de marzo de 2021<sup>10</sup>, el 31 de diciembre de 2021<sup>11</sup> y finalmente hasta el 30 de junio de 2022<sup>12</sup>.

7 Como se destacó en AZAGRA MALO, Jorge y GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el impasse entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>*, "La presentación tardía de la solicitud de concurso comporta que el concurso de acreedores se presuma culpable, salvo prueba en contrario. Dicha calificación, si el deudor es una persona jurídica, puede determinar que sus administradores sean condenados a responder personalmente del déficit concursal, entre otros posibles efectos. Asimismo, si el deudor es una persona natural, puede impedir que acceda a la exoneración del pasivo insatisfecho, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso, decida concederlo".

8 Artículo 43 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sobre medidas extraordinarias urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

9 Artículo 11 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, más tarde convertido 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 Justicia.

10 Real Decreto-ley 24/2020, de 17 de noviembre, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

11 Esta extensión fue introducida por la disposición final séptima del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo.

12 Esta disposición final está contenida en el artículo tercero del Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, que extiende ciertas medidas económicas para apoyar la recuperación.

También se extendió sucesivas veces la suspensión del deber de disolución por pérdidas del artículo 363 LSC<sup>13,14</sup>.

En España, junto con estas normas de urgencia se implementaron una serie de medidas impulsadas tanto por el Gobierno central como por los respectivos Gobiernos autonómicos, con el fin de intentar mitigar los efectos económicos traumáticos que la pandemia había comportado en muchos agentes económicos del país.

Las medidas de estímulo fiscal adoptadas por las autoridades españolas fueron similares a las de sus homólogos europeos (con la excepción de los subsidios directos, que en España se desplegaron tardía y renuente en comparación con otros países de nuestro entorno) a raíz de la crisis causada por la pandemia<sup>15</sup>. Los incentivos fiscales se tradujeron esencialmente en ayudas para los desempleados que temporalmente<sup>16</sup> habían perdido su trabajo debido a los efectos directos de la pandemia sobre muchos sectores productivos. Con ellos se evitaba una destrucción de empleo más acusada. Para ayudar a las empresas que sufrían problemas de liquidez se concedieron líneas de financiación. Adicionalmente, se posibilitó el aplazamiento de algunas obligaciones tributarias, como el pago de impuestos y contribuciones sociales. Todo ello bajo el supuesto de que la pandemia constituía un choque sistémico con efectos solamente temporales.

La pandemia se prolongó más de lo que inicialmente se presagiaba. Por ello, algunas de estas políticas se reorientaron precisamente para intentar mitigar los efectos a medio o largo plazo. La primera y súbita crisis de liquidez provocada por cierres y paralizaciones de actividades se transformó gradualmente para muchos sectores en una crisis de solvencia que ha acabado comprometiendo la estabilidad financiera de un número muy relevante de empresas<sup>17</sup>.

El levantamiento de la moratoria concursal a finales de junio de 2022 supuso que, para aquellos deudores que se encontraran en ese momento en un estado de insolvencia actual, el plazo legal de dos meses para solicitar el concurso concluyera a finales de agosto de 2022, a salvo la comunicación de apertura de negociaciones. 26 días después, la Reforma concursal entró en vigor.

13 Sobre la suspensión de este deber, véase CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, pp. 315-317.

14 Sobre la relación entre las obligaciones societarias (como la prescrita en el art. 363 LSC) y las de naturaleza concursal, con especial atención al periodo de la pandemia, véase PÉREZ BENITO, Jacinto José (2022). Las moratorias concursal y societaria. Efectos y coordinación. *La LEY Insolvencia*, 13, julio-septiembre, pp. 6-7.

15 Una exposición más amplia de estas medidas que incluye una comparativa con las adoptadas por otros países europeos puede encontrarse en FEDEA, abril de 2021 (DE LA FUENTE, Ángel; ARRUÑADA, Benito; BERMEJO, Núria; CERQUEIRA, Olga; CERVERA, Marta; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORES, Marta; GARCIMARTÍN, Francisco; VAN HEMMEN, Stefan; MARISTANY, Jordi; RUBIO SANZ, Javier (2021). ¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid? *FEDEA Policy Papers*, 5, pp. 1-34.

16 En relación con las medidas de soporte al empleo durante la pandemia véanse, entre otros, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo; el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre; y el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero.

17 Se estima que aproximadamente 207.000 empresas españolas se han visto obligadas a cerrar durante la pandemia.

Aunque la voluntad del legislador era hacer coincidir el fin de la moratoria con la entrada en vigor de la Reforma concursal, finalmente no fue así y se ha generado un desajuste temporal<sup>18</sup>. No obstante, el éxito de la Reforma concursal —al menos en los primeros tiempos— en conjugar a la vez un incremento en el uso satisfactorio de los institutos concursales y unos mayores niveles de utilización de los procedimientos concursales por las empresas en dificultades se verá marcado por cómo ha incidido la moratoria concursal en los incentivos a solicitar el concurso.

## 2. El escaso uso del concurso en España: evidencia comparada

En este apartado se muestran algunos datos comparativos del número de procedimientos concursales así como de su evolución en diferentes países europeos. Estas cifras muestran cómo el uso del concurso de acreedores en España ha sido históricamente residual en comparación con otras economías europeas.

Los datos confirman la impresión que algunos operadores jurídicos tienen de que España es un país con una ratio de solicitud de concursos muy baja. Esta situación no es nueva. De hecho, la falta de utilización del concurso por las empresas en dificultades caracteriza la dinámica empresarial española desde hace décadas<sup>19</sup>, mucho antes de que el legislador comunitario y el español hayan prestado interés creciente a la fase preconcursal y hayan intentado fomentar el recurso a los institutos concursales. Este trabajo se centra en el periodo que comprende la moratoria concursal que se dio en España como consecuencia de la pandemia, pero es preciso recordar que, para entender cabalmente la evolución española en relación con otros países cercanos, el número de empresas concursadas en España ha sido y es sustancialmente inferior al de la mayoría de nuestros países vecinos<sup>20</sup>.

### 2.1. Perspectiva comparada

Centrando la atención en el período de tiempo inmediatamente previo y posterior al estallido de la crisis de la COVID-19, podemos obtener algunas conclusiones de interés.

En primer lugar, cabe destacar que en Francia, Reino Unido, Alemania, Bélgica o Países Bajos, el comienzo de la pandemia comportó una moderación sustancial (cuando no una disminución) del

18 Sobre las posibles consecuencias de este *impasse*, AZAGRA MALO, Jorge y GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el *impasse* entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal* en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>.

CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2, pp. 315-317.

19 Ver CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). The Spanish corporate bankruptcy puzzle and the crisis. *FEDEA Working Papers*, pp. 1-44.

20 Por ejemplo, Francia tuvo en 2013 más de 60.000 procedimientos de insolvencia, lo que es aproximadamente —en términos absolutos— siete veces el número de procedimientos de insolvencia en España en el mismo período. Alemania, aproximadamente 2,5 veces más procedimientos de insolvencia en 2013 que España. En Bélgica, hubo aproximadamente 1,4 veces más procedimientos que en España en ese año.

número de empresas incursas en procedimientos concursales. A diferencia de lo que se verá para el caso español, los datos disponibles no parecen mostrar ningún aumento significativo en el uso de dichos procedimientos tras la crisis de la COVID-19. Más bien todo lo contrario.

Hay tres posibles explicaciones complementarias para esta moderación evidenciada en estos países. Primero, las medidas de ayuda ofrecidas por los Estados para frenar los efectos más inmediatos de la pandemia<sup>21</sup> y para frenar la posible ola de insolvencias provocadas por la crisis de la COVID-19 podrían haber sido efectivas, evitando que las empresas llegaran a la insolvencia. Segundo, los efectos reales de la pandemia en todas estas economías todavía podrían no haberse hecho del todo visibles. Ante este escenario, las empresas podrían empezar a usar el sistema de insolvencia como “chaleco salvavidas”, pero únicamente tras el levantamiento progresivo de las medidas de apoyo financiero<sup>22</sup> adoptadas por los diferentes países. Tercero, que la mayoría de los países hayan tenido períodos de moratoria o de suspensión de la obligación de solicitar el concurso más cortos que España o, incluso, inexistentes<sup>23</sup>, podría indicar que sus sistemas de gestión judicial de la insolvencia estaban en condiciones de operar de manera correcta desde el primer momento de la crisis de la COVID-19. Así, habrían eludido el riesgo de que sus sistemas se congestionaran con miles de peticiones a las que no se puede dar respuesta en un plazo razonable, evitando también que empeorase la situación de las empresas insolventes que necesitaban de una reestructuración urgente.

En contraste con lo que puede observarse en Francia, Bélgica, o Países Bajos, España<sup>24</sup> experimentó a principios del 2021 un aumento en el número de concursos declarados. De todos modos, este aumento debe situarse en el contexto del sistema concursal español. Es decir, en un escenario general de escaso recurso al concurso por parte de las empresas españolas en dificultades, singularmente las de pequeño tamaño. Cabría esperar acaso que, ante una crisis de la magnitud de la abierta en 2020, las ratios de declaración de concurso se aproximaran a las experimentadas en 2012.

---

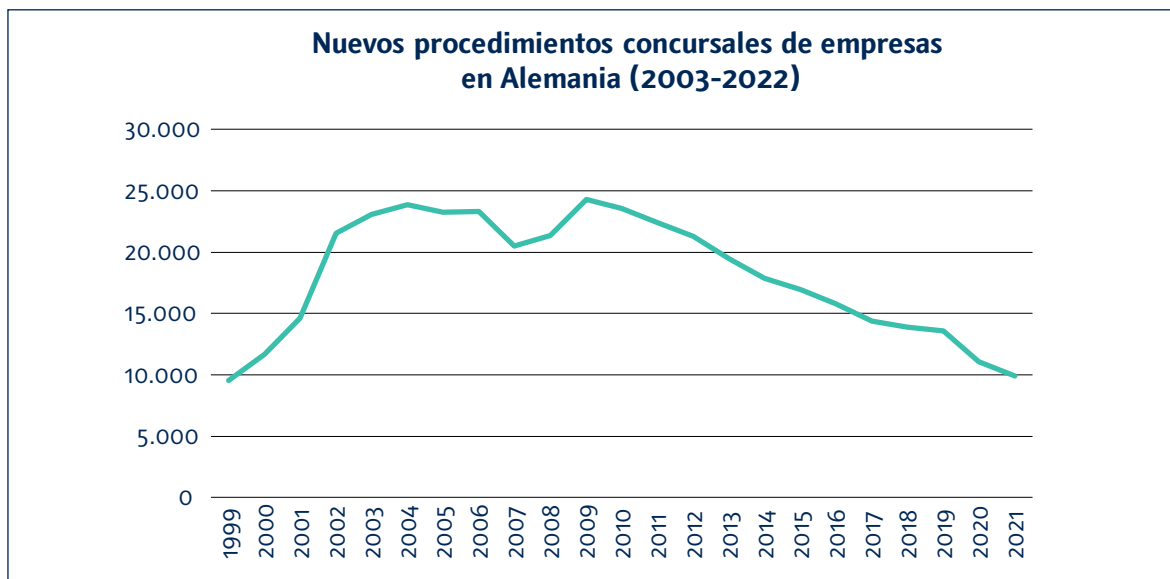
21 En términos de GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (2021). The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World. *International Insolvency Review*, pp. 1-18, la “fase de hibernación”.

22 Tal y como explica en detalle Gurrea-Martínez (2021), el ritmo en el que los países decidieron cambiar de estrategia regulatoria con el fin de adentrarse en la fase de recuperación fue dispar. Los primeros en hacerlo fueron Singapur, Alemania y Australia, que adoptaron como primera medida enfocada hacia esa nueva fase el levantamiento de la suspensión de los derechos de los acreedores a exigir el cobro de las deudas.

23 Ver *infra* los períodos de moratoria adoptados por los diferentes países europeos.

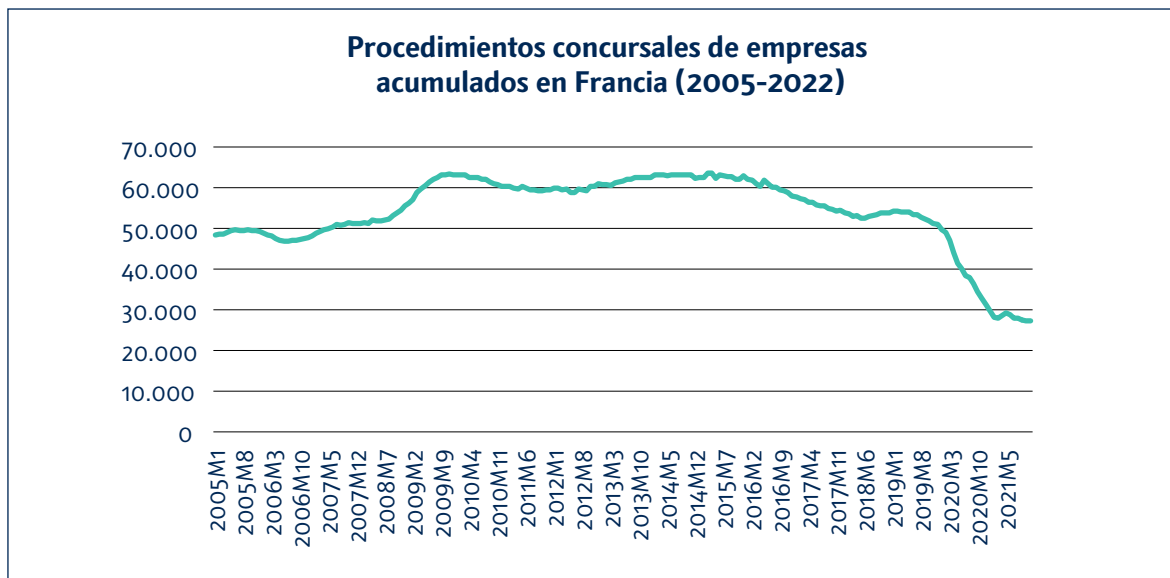
24 España es uno de los países que ha experimentado un mayor crecimiento cumulativo relativo en la insolvencia entre 2019 y 2021. Más detalles en <https://group.atradius.com/publications/economic-research/insolvency-increases-expected-as-support-ends.html> (última consulta, 9 de junio de 2022).

**GRÁFICO 1**



**Fuente:** Elaboración propia con datos de la Oficina Federal de Estadística, Wiesbaden (<https://www-genesis.destatis.de/genesis//online?operation=table&code=52411-0002&bypass=true&levelindex=0&levelid=1641298743913#abreadcrumb>).

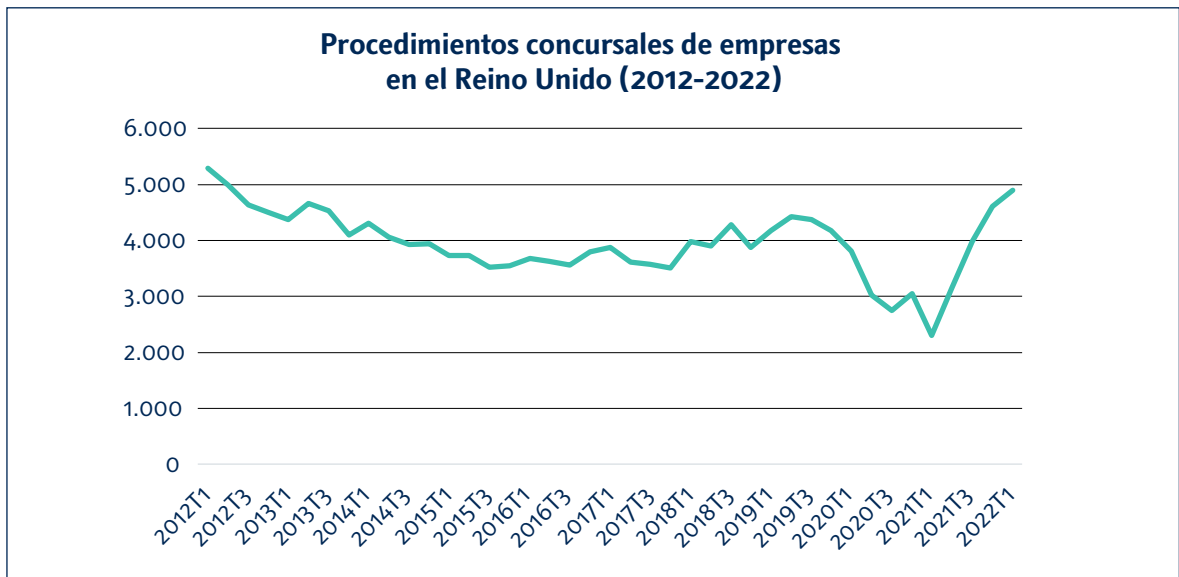
**GRÁFICO 2**



**Fuente:** Elaboración propia con datos del Banco de Francia (<http://webstat.banque-france.fr/en/#/node/5384230>).

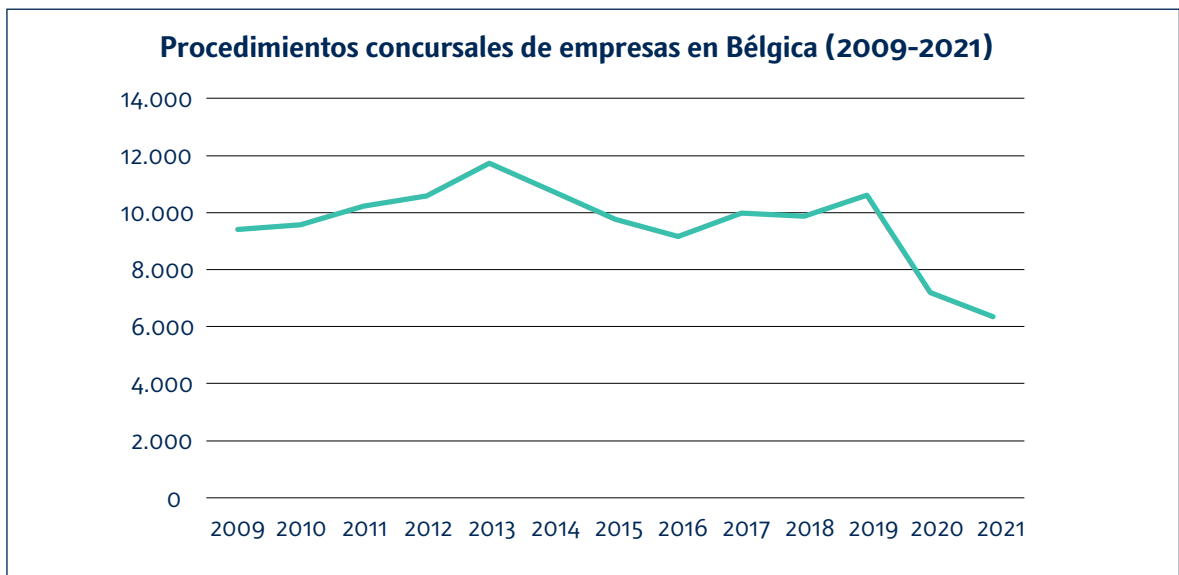


## GRÁFICO 3



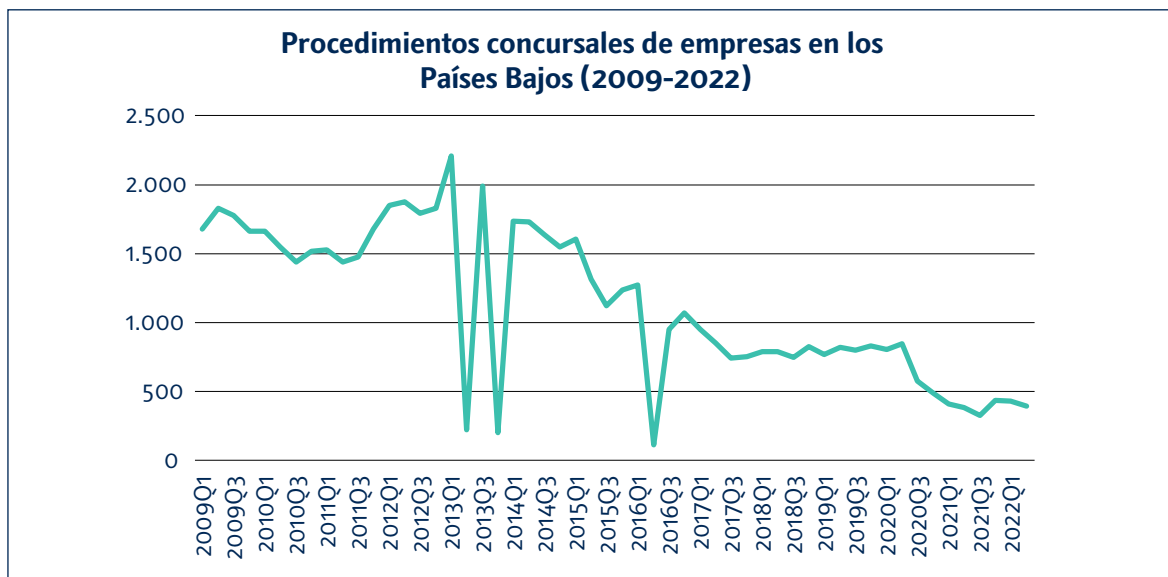
**Fuente:** Elaboración propia con datos del Servicio Oficial de Estadística sobre Insolvencia de UK (<https://www.gov.uk/government/collections/insolvency-service-official-statistics>).

## GRÁFICO 4



**Fuente:** Elaboración propia con datos de Statbel – Dirección General de Estadística de Bélgica (<https://bestat.statbel.fgov.be/bestat/crosstable.xhtml?view=f00cf502-ee2f-48a8-8b1a-0b323f02350b>).

## GRÁFICO 5



**Fuente:** Elaboración propia con datos del Centro Nacional de Estadística de los Países Bajos (Centraal Bureau van Statistiek; CBS): <https://www.cbs.nl/en-gb/news/2022/06/fewer-bankruptcies-in-january>.

En síntesis, aquellos países en los que la tasa histórica de concursos de empresas ha sido notablemente más alta que en España, como son, entre otros, Francia, Reino Unido<sup>25</sup>, Alemania o Bélgica, acaso la moratoria concursal haya podido ser efectiva para frenar el aluvión de solicitudes que se habrían producido a partir de los primeros meses del año 2020.

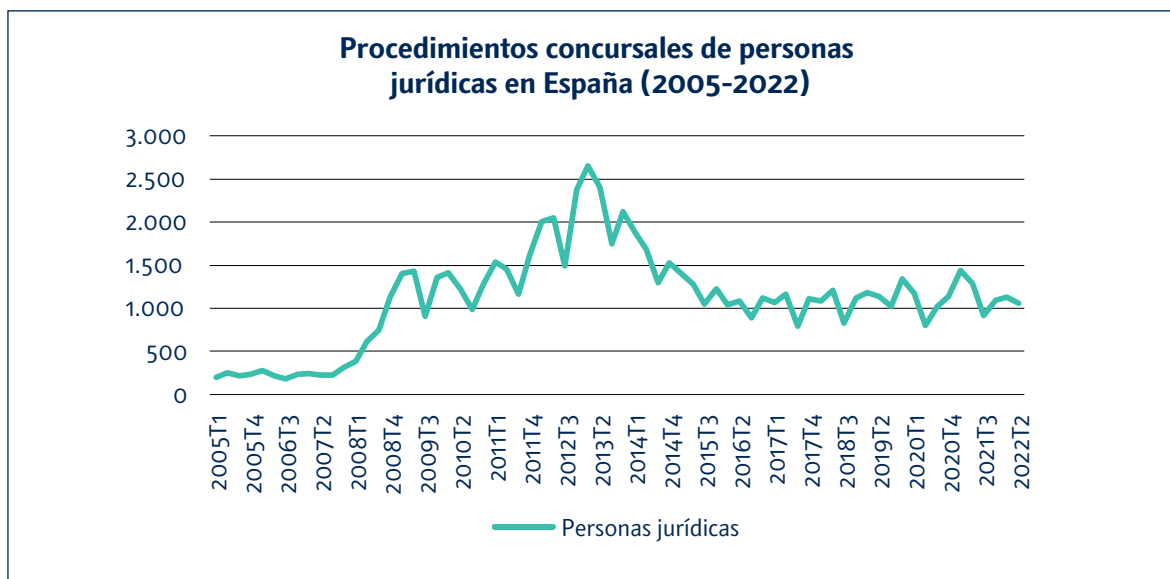
Sin embargo, en el caso español se observa una dinámica de crecimiento en las declaraciones de concurso, a pesar de que la moratoria concursal ha seguido vigente hasta junio de 2022. Una posible explicación de esta diferencia es que existe cierta relación con el número absoluto de concursos en España y sus fluctuaciones. Al ser el *stock* de concursos sustancialmente menor en España que en la mayoría de los países de nuestro entorno, cualquier variación positiva, pero poco relevante en términos absolutos, se traduciría en un crecimiento proporcional significativo. Ello podría estar sugiriendo que el aumento experimentado en España durante el periodo de la moratoria concursal es el resultado de una variación marginal en un sistema concursal que está, en toda circunstancia o situación, seriamente infrautilizado. Pero es posible que existan otros factores coyunturales (menores ayudas directas para paliar los efectos de la pandemia o mecanismos de reestructuración extra- o paraconcursal menos eficientes).

La evolución del número de concursos de empresas declarados en España indica que el máximo pico de concursos se observa a finales de 2012. Este máximo histórico es la única ocasión en el período estudiado (2005-2020) en que se superaran los 2.500 concursos voluntarios.

<sup>25</sup> En Reino Unido desde el pasado año —coincidiendo con el levantamiento del periodo de suspensión creado por la moratoria— se está produciendo un apreciable crecimiento en el número de solicitudes de concurso.

Desde 2013 y hasta prácticamente mediados de 2017, la tendencia fue decreciente. Desde 2017 y hasta el inicio de la pandemia, los concursos aumentaron de manera discreta hasta el primer trimestre de 2020, en el que se produjo una notable disminución<sup>26</sup>, siendo entonces el número de procedimientos voluntarios cercano a los 1.000. En el segundo trimestre de 2020 los números crecieron sustancialmente, regresando a cifras cercanas a las observadas en 2012. Esta tendencia creciente se mantuvo durante los dos primeros trimestres de 2021, mientras que en el tercer trimestre de 2021 los datos muestran una disminución significativa. En los primeros meses de 2022 la tendencia bajista se suavizó, si bien se prevé un incremento notable en los próximos meses, una vez ya en vigor la Reforma Concursal.

## GRÁFICO 6



**Fuente:** Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE) hasta 2020 y a partir de 2021 con los datos facilitados por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España: ([https://www.ine.es/dynqs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550](https://www.ine.es/dynqs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550)).

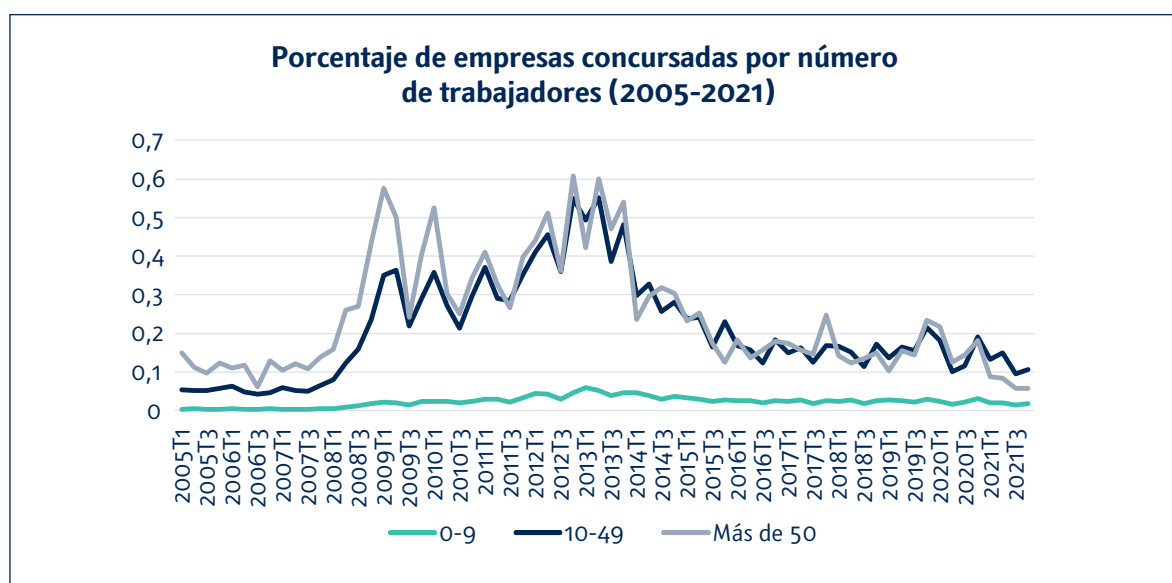
La distribución relativa de empresas concursadas nos muestra que la mayor parte de las empresas que solicitan concurso tienen en plantilla más de nueve trabajadores. Esto concuerda con la idea de que, por lo menos hasta la fecha (veremos qué sucede con el nuevo procedimiento especial para microempresas), el concurso de acreedores en España es raramente utilizado por empresarios individuales, autónomos o microempresas<sup>27</sup>. Esta diferencia —con respecto a las empresas con menos de nueve trabajadores— se intensifica en aquellos períodos con un mayor número de concursos (por ejemplo, como sucede en 2013). La distribución de las empresas insolventes con

<sup>26</sup> Probablemente, coincidiendo con el período de suspensión de plazos procesales que se incluía en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo.

<sup>27</sup> Este hecho ya ha sido destacado anteriormente por CELENTANI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020), entre otros.

más de 50 trabajadores guarda gran similitud con la que se refiere al número relativo de empresas insolventes con más de 10 pero menos de 50 trabajadores. La única diferencia sustancial entre estas dos series parece darse durante los primeros años de la crisis financiera que experimentamos en España desde 2008. Durante esos primeros años de la crisis, la proporción de empresas con más de 50 trabajadores inmersas en un procedimiento concursal es sustancialmente mayor que aquellas que disponen de entre 10 y 49 trabajadores. Las diferencias se reducen posteriormente, pero la tendencia no parece haberse visto alterada apreciablemente con la crisis provocada por la pandemia.

## GRÁFICO 7



**Nota:** Hay un cierto número de empresas que el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España no ha podido catalogar por tramo de asalariados. Por motivos ilustrativos, hemos eludido la representación de este subconjunto.

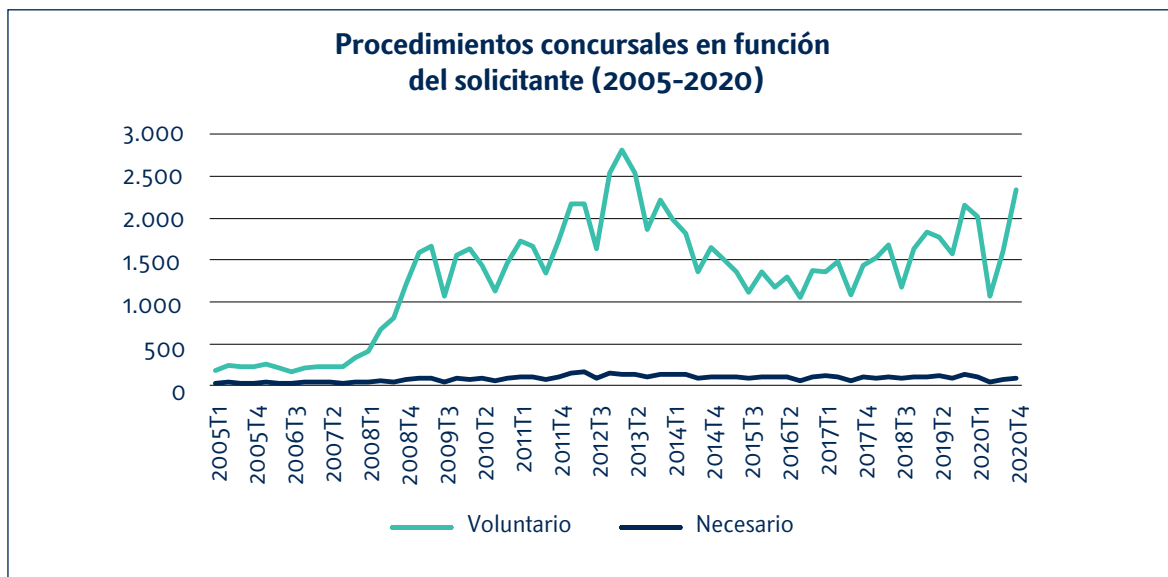
**Fuente:** Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE) y a partir de 2021 con los datos facilitados por parte del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España: ([https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550)).

Adicionalmente, cabe destacar que el número de concursos necesarios<sup>28</sup> con respecto a los concursos voluntarios en España es, y ha sido históricamente, especialmente bajo<sup>29</sup>.

28 Sobre el procedimiento de solicitud a instancia del acreedor y otros legitimados, así como de los requisitos exigidos para dicho trámite, véanse los artículos 13 y siguientes del TRLC.

29 Los costes y los riesgos —entre ellos la posible indemnización (artículo 27 del TRLC) al deudor por la liquidación de daños y perjuicios producidos por la desestimación de la declaración del concurso— que asumen los acreedores que quieran instar un concurso suelen ser superiores al beneficio que pueden obtener de la declaración del concurso. Tras la Reforma concursal, el artículo 24.2 del TRLC prevé que no se impondrán las costas al acreedor solicitante del concurso necesario si el crédito del que fuera titular hubiera vencido seis meses antes de la presentación de la solicitud, salvo caso de temeridad o mala fe. Quizás este cambio impacta en esta realidad.

## GRÁFICO 8



**Fuente:** Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE): ([https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550)).

La Reforma concursal aborda esta situación. En particular, pretende reducir los plazos para tramitar la solicitud de concurso necesario, salvaguardando, no obstante, el valor de esta institución (por ejemplo, al fijarla como uno de los límites temporales para la posibilidad de reestructuración de la empresa).

### 3. Moratoria concursal: función y objetivos

La moratoria concursal consiste en la suspensión del deber legal de solicitar la declaración de concurso al deudor que se halla en situación de insolvencia actual.

Ante una situación sobrevenida y no anticipada que obedece a causas exógenas a la situación financiera de los deudores, una herramienta de esta naturaleza supone ofrecer una dispensa legal al deber de instar el concurso. Sirve, en síntesis, para dotar de mayor margen de tiempo a las empresas viables (pero en dificultades por los efectos de la circunstancia externa adversa) para superar los desajustes padecidos en su tesorería y hacer frente a sus obligaciones exigibles a corto plazo. Con ello se evita así su concurso de acreedores.

La crisis de la COVID-19 ha supuesto un impacto negativo intenso e inesperado que ha mermado los ingresos de empresas y familias. Este es un claro ejemplo de una situación "incontrolable"<sup>30</sup>

<sup>30</sup> En tanto que se trata de una situación cuya aparición y entidad se halla fuera del control de los agentes económicos, lo único que estaría a su alcance es cómo afrontar los posibles efectos que la situación incontrolable puede provocar.

que reduce la capacidad de los potenciales deudores para responder a sus obligaciones. En tal situación, la moratoria resulta idónea para evitar la activación innecesaria de la maquinaria del sistema concursal para un problema que reviste en principio carácter transitorio. Si, por el contrario, el impacto negativo se convierte en permanente, la moratoria concursal no sirve para solventar el problema de solvencia persistente o no episódico que se ha generado. De hecho, solo enquistaba la situación de insolvencia y la traslada en el tiempo, acaso agravando su severidad o magnitud.

Esto lo podemos comprobar con un ejemplo sencillo:

Imaginemos que el deudor A en el periodo  $t$  tiene unas obligaciones que vencen a corto plazo que ascienden a 1.000.000 €. Su activo corriente para  $t$  desciende drásticamente a la cifra de 100.000 € y no tiene posibilidades de refinanciar ni reestructurar esta deuda antes de su vencimiento.

En este caso, la moratoria concursal traslada el deber de declarar concurso a un periodo  $t+k$ , siendo  $k$  el periodo de vigencia de la moratoria.

Si el activo corriente del deudor A, en un periodo  $k$  razonable de tiempo, aumenta lo suficiente como para que este pueda hacer frente a sus obligaciones, la moratoria concursal habrá servido para dotar de mayor tiempo al deudor para que pueda responder a la falta de liquidez transitoria.

Si tras el período  $k$  de tiempo, en cambio, el activo corriente de A se recupera solo en pequeña parte (pasa a 300.000 €), mantener la moratoria no parece servir a un propósito útil y parece deseable regresar a la normal utilización de los procedimientos concursales para intentar una reordenación de la estructura financiera de A o, en su caso, la liquidación ordenada de sus activos.

### 3.1. Régimen jurídico

En el ordenamiento jurídico español vigente cuando la moratoria concursal entró en vigor, un deudor debía solicitar el concurso de acreedores a los dos meses de encontrarse en situación de insolvencia actual<sup>31</sup>. Una declaración tardía puede acarrear responsabilidad del administrador por cualquier deuda que no pueda pagarse con los bienes de la empresa tras su liquidación. Hay una traslación del riesgo de agravamiento de la insolvencia al deudor al no cumplir con la imposición legal<sup>32</sup>.

La norma de urgencia no solo desactivó este deber, sino que también imposibilitó que los jueces admitieran a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas. Es decir, hasta el 30 de junio de 2022, las solicitudes de concurso presentadas por los acreedores se enviaban por mandato legal al dique seco.

31 Como excepción a esta obligación, se establece la posibilidad de que el deudor haya notificado al juez del concurso que ha iniciado negociaciones con sus acreedores para buscar una solución acordada. En tal caso, la ley le concede un plazo de gracia adicional de tres meses para llegar a tal acuerdo, y uno más para instar el concurso, si tal acuerdo no es alcanzado (artículos 583 y siguientes de la Ley Concursal). La reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en el artículo 607 incluye la posibilidad de prorrogar hasta tres meses más este periodo adicional de gracia. Igualmente, el deudor puede, aunque no está obligado a ello, solicitar el concurso si tal insolvencia es inminente (artículo 2.3 de la Ley Concursal).

32 Sobre esta idea, véase DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2015). La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13, pp. 47-49.

Conviene recordar que la falta de solicitud de concurso por parte del deudor es una de las presunciones *iuris tantum* que puede llevar al juez a declarar la culpabilidad del concurso.<sup>33</sup> Parte de la jurisprudencia ha entendido como inexcusable el deber de instar la solicitud de concurso transcurridos los dos meses desde que se conoce o debiera conocerse la situación de insolvencia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2394/2019, de 20 de diciembre). Sin embargo, en ciertas ocasiones se tiende a considerar que no existe reproche asociado a la presentación tardía, siempre y cuando el deudor hubiera realizado esfuerzos razonables para revertir la situación de insolvencia (así lo destaca, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3808/2016, de 29 de abril) o mostrado interés en solicitarlo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 86/2021, de 22 de enero).<sup>34</sup>

### 3.2. Factores explicativos de la larga duración de la moratoria concursal en España

El Gobierno español justificó oficialmente la extensión de la moratoria concursal en noviembre de 2020 con estas palabras: *"Para mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que sufren de las dificultades económicas derivadas de la situación excepcional causada por la pandemia o de quien, previamente a la crisis de la Covid-19, ha estado cumpliendo regularmente sus obligaciones económicas, así como de los que han alcanzado con sus acreedores un convenio, un pago extrajudicial o un acuerdo de refinanciación"*<sup>35</sup>.

Parece que una medida de esta índole vendría a confirmar que ni el Gobierno ni el legislador consideran que los procedimientos de insolvencia formales son herramientas eficientes para salvar o reestructurar empresas o, al menos, sus unidades productivas. Pero es que, históricamente<sup>36</sup>, las empresas españolas que se enfrentan a problemas en su situación financiera han acudido escasamente al procedimiento concursal como medida para solventar sus dificultades (acaso por el denominado "estigma concursal"). Esto confirmaría que tampoco estas empresas contemplan el concurso como una opción factible y eficiente para mejorar sus posibilidades de recuperación.

En este trabajo apuntamos a otras posibles explicaciones alternativas o complementarias a la que oficialmente fue proporcionada.

33 Tal y como nos recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo 490/2016, de 14 de julio, 269/2016, de 22 de abril, y 492/2015, de 17 de septiembre, el incumplimiento de este deber legal traslada la responsabilidad al concursado de probar que el retraso en la solicitud no ha agravado su situación de insolvencia actual o inminente.

34 Véase una discusión sobre sus implicaciones en <https://almacendederecho.org/el-deber-de-solicitar-el-concurso-de-acreedores>.

35 Exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

36 Numerosas son las publicaciones que han destacado esta situación. Entre otras, véanse GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA SANGUINETTI, Juan (2012). El uso de los concursos de acreedores en España. *Boletín Económico del Banco de España*, número de diciembre, pp. 27-38; GARCÍA-POSADA, Miguel (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.

### 3.2.1. EVITAR EL COLAPSO DEL SISTEMA JUDICIAL

Puede pensarse que el prolongado mantenimiento de la moratoria concursal no fue sino un gesto de realismo ante la saturación de los Juzgados de lo Mercantil y la certidumbre de que vendría a faltar la inversión suficiente en el sistema judicial para hacer frente a un aluvión de solicitudes de concurso. Antes de la pandemia, la ya sobrecargada situación de los Juzgados de lo Mercantil —a pesar del ejemplar esfuerzo que vienen desplegando los jueces de lo mercantil— generaba retrasos indeseables y dañinos tanto para deudores como acreedores. Esta situación era sabida por todos (también por el legislador de emergencia, que fue prorrogando la moratoria concursal). Esto es, la moratoria habría sido una medida necesaria para evitar que empeorara una situación cercana ya a lo insostenible. Por consiguiente, tras la declaración del estado de alarma, al no haber suficientes recursos para hacer frente a un incremento en el número de solicitudes de procedimientos concursales, el Gobierno habría decidido activar el botón de pausa en lo que respecta al número de nuevos asuntos entrantes.

Hay razones y observaciones que parecen avalar esta hipótesis. En primer lugar, cabe destacar que, en paralelo a la exención temporal de la obligación de declararse insolvente, se llevó a cabo un plan de acción anunciado por el Consejo General del Poder Judicial<sup>37</sup>, especialmente diseñado para aligerar la carga de aquellos tribunales especializados que se esperaba que recibieran un aluvión de nuevos asuntos como consecuencia de la crisis provocada por la COVID-19, especialmente, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de lo Mercantil. En segundo lugar, el TRLC supuso una alteración respecto a la anterior Ley de 2003<sup>38</sup>, en el sentido de incentivar el uso de los institutos preconcursales<sup>39</sup>, tratando de poner en marcha mecanismos que pudieran tener algún efecto sustitutivo de los procedimientos concursales en sentido propio. Finalmente, en diciembre de 2020, el Gobierno español aprobó la creación de 30 nuevos juzgados, 15 de ellos laborales y 13 mercantiles<sup>40</sup>. Más recientemente, en diciembre de 2021, el Real Decreto-ley 1052/2021, de 30 de noviembre, aprobó la creación de 56 nuevas unidades judiciales.

La afirmación de que el sistema judicial español está saturado no puede sorprender a nadie. El número de casos que entran en primera instancia en los Juzgados de lo Mercantil cada año se ha incrementado enormemente desde 2013. Este efecto se confirma al mirar las ratios de congestión, es decir, el número de casos pendientes de resolución por los juzgados respecto al número total de casos que entran en cada juzgado, que están por encima de cualquier otro valor histórico. En esencia, estos indicadores muestran que las notas de eficiencia y efectividad que, en teoría, orientan el ordenamiento procesal español y que deberían caracterizar a la administración de justicia en España están muy lejos de cumplirse en la realidad. Así, la suspensión general de la obligación de instar el concurso entre marzo de 2020 y junio de 2022 habría sido un freno al empeoramiento del sistema judicial, al menos de forma temporal.

37 Cabe destacar la disposición adicional decimonovena del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes adicionales para hacer frente al impacto social y económico de la COVID-19.

38 Léase la exposición de motivos de la LC.

39 Anticipando así en cierta medida los objetivos de la Reforma concursal.

40 <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/011220-enlace-justicia.aspx> (última consulta el 29 de diciembre de 2021).



### 3.2.2. LA MORATORIA COMO FRENO A LA CRISIS DE LIQUIDEZ

La segunda hipótesis que podría justificar la duración de la moratoria española (y quizás la más sencilla e intuitiva) sería la de que podría afectar negativamente a la actividad de las empresas que, aun siendo viables a medio plazo, no podrían satisfacer sus obligaciones a corto plazo como consecuencia de la pandemia.

Así se estarían persiguiendo objetivos similares a los de las medidas que ofrecieron extensiones o aplazamientos a contratos<sup>41</sup> en vigor, o aquellas que pretendieron evitar la resolución o terminación de contratos por incumplimientos producidos durante períodos de tiempo cortos por causas asociadas a la pandemia (Alemania y Francia adoptaron este tipo de medidas contractuales durante la primera ola, hasta septiembre de 2020). En definitiva, la moratoria habría ayudado al segmento de empresas viables antes de la pandemia, pero que con el inicio de la crisis sufrieron problemas graves de liquidez.

Algunos países europeos también pusieron en marcha otro tipo de medidas para frenar el crecimiento de la insolvencia por parte de las empresas. En este caso, tales soluciones temporales no afectaban directamente a la obligación de instar el concurso, pero sí estaban dirigidas a proteger los intereses de los agentes implicados en este tipo de procedimientos<sup>42</sup>.

La moratoria concursal habría operado como una medida que atenuaría las cargas que debían soportar muchas empresas que estaban siendo privadas de buena parte de sus fuentes de ingresos durante los primeros meses de la pandemia y que, no obstante, debían seguir haciendo frente a todas sus obligaciones de pago fijas<sup>43</sup>. La moratoria concursal fue adoptada por algunos (pero no todos) de nuestros países vecinos: Alemania<sup>44</sup>, Reino Unido<sup>45</sup>, Bélgica<sup>46</sup>, Grecia<sup>47</sup>.

41 Véase un análisis detallado de esta solución en el campo contractual en GANUZA, Juan José; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). *Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2.

42 Por ejemplo, en Alemania, durante la moratoria concursal, la eventual responsabilidad de los agentes implicados en el concurso (administradores, acreedores y demás legitimados) se flexibilizó. Asimismo, el Gobierno alemán limitó el número de circunstancias bajo las cuales el acreedor podía instar el concurso necesario de su deudor.

En Francia, la Ordenanza 2020-596 permitió a los juzgados conceder a los deudores una modificación o extensión de la duración de su plan de reorganización judicial. Véase [https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19\\_impact\\_on\\_civil\\_and\\_insolvency\\_matters?FRANCE&member=1](https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?FRANCE&member=1).

43 No así seguramente los costes variables en tanto que con el cierre de los establecimientos o la reducción de la actividad las empresas afectadas habrían eliminado o reducido los costes variables que debían soportar.

44 La suspensión de la obligación de declarar el concurso de acreedores en Alemania estuvo vigente hasta el 1 de mayo de 2021. Véase la Ley de Moratoria Concursal de la COVID-19 (*COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz*). No obstante, hay determinadas consecuencias derivadas de la suspensión de esta obligación que todavía subsisten a día de hoy. En particular, la especial protección para el caso de que exista un determinado recurso de los que prescribe la sección 2(1) 2-5 de la Ley de Moratoria Concursal de la COVID-19. Para más detalle, véase: [https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19\\_impact\\_on\\_civil\\_and\\_insolvency\\_matters?GERMANY&member=1](https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?GERMANY&member=1).

45 Las empresas en situación de insolvencia habrían gozado de protección contra el acreedor que quisiera instar el concurso desde junio de 2020, mediante las disposiciones contenidas al respecto en la Ley de Insolvencia Empresarial de 2020 (*Corporate Insolvency and Governance Act 2020*). Esta medida finalizó el 30 de septiembre de 2021.

46 En países como Bélgica no ha existido un periodo específico de moratoria concursal. No obstante, todos los procedimientos civiles que expiraban entre el 1 de noviembre y el 31 de marzo de 2021 fueron ampliados por un periodo de 6 meses. Para mayor detalle véase: [https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19\\_impact\\_on\\_civil\\_and\\_insolvency\\_matters?BELGIUM&member=1](https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?BELGIUM&member=1).

47 Se suspendieron los procedimientos concursales desde el 7 de marzo hasta el 30 de noviembre de 2020. Al respecto, véase: [https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19\\_impact\\_on\\_civil\\_and\\_insolvency\\_matters?GREECE&member=1](https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?GREECE&member=1).

No así Francia<sup>48</sup> o Países Bajos<sup>49</sup>. Sin embargo, España es uno de los muy pocos países en los que la extensión de la moratoria por insolvencia siguió vigente hasta mediados de 2022.

En España, dadas las características sectoriales<sup>50</sup> que definen su economía, juntamente con la dureza de sus restricciones en ciertas fases de la pandemia<sup>51</sup>, los efectos económicos de la emergencia por la COVID-19 han sido y son más traumáticos y duraderos aún que en otras economías vecinas<sup>52</sup>. Partiendo de esta situación, parece que puede tener sentido que las medidas destinadas a evitar el contagio de las empresas que adolecían de problemas de liquidez hayan sido más prolongadas en el tiempo en relación con otras grandes economías vecinas. Y a esos efectos pueden haber contribuido las distintas prórrogas de la moratoria concursal.

Las empresas españolas que en marzo de 2020 estaban en una situación financiera razonable, pero que, debido a la pandemia, sufrieron una reducción abrupta en sus ingresos, no tenían obligación<sup>53</sup> alguna de usar el procedimiento concursal como mecanismo para solucionar el choque de liquidez, siempre y cuando este hubiera sido transitorio. Por el contrario, el procedimiento concursal seguía, en teoría, jugando un papel positivo en relación con aquellas empresas que ya tenían problemas estructurales y que con el inicio de la pandemia<sup>54</sup> empeoraron sus perspectivas. Evidentemente, distinguir entre unas y otras es tarea imposible en el terreno legislativo. Pero acaso no es inviable ofrecer criterios orientativos correlacionados con la situación financiera a medio

48 En Francia, no ha habido ninguna suspensión específica de la obligación de instar el concurso. De hecho, la Ordenanza 2020-341 de 27 de marzo de 2020 y la Ordenanza 2020-596 de 20 de mayo de 2020 promovían medidas de insolvencia para aquellas empresas que no eran insolventes antes de 12 de marzo de 2020 pero que lo serían durante más de 45 días durante el período que empezaba el 12 de marzo y acababa el 23 de agosto. Véase el Artículo 1(I)(1) de la Ordenanza 2020-341:

– *“(a) el deudor que no era insolvente el 12 de marzo de 2020 o que ha sido insolvente por menos de 45 días pero que lo sería por más de 45 días durante el período que empieza el 12 de marzo y acaba el 23 de agosto, ambos incluidos, puede, durante este período, solicitar el inicio de un procedimiento de conciliación (aunque no cumpla con las condiciones requeridas, como por ejemplo ser insolvente por menos de 45 días).*

– *(a) el deudor que no era insolvente el 12 de marzo de 2020 pero que lo es durante el período que empieza el 12 de marzo y acaba el 23 de agosto, ambos incluidos, puede, durante este período, solicitar el comienzo de un procedimiento de salvaguarda (aunque no cumpla con las condiciones requeridas, como por ejemplo no ser insolvente).”*

Adicionalmente se introdujo una ampliación temporal de tres meses —hasta el 23 de junio de 2020— de los procedimientos judiciales.

49 El Gobierno de los Países Bajos mantuvo desde el inicio de la pandemia una posición muy decidida firmemente contraria a la idea de decretar un periodo de moratoria concursal. Léase: [https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19\\_impact\\_on\\_civil\\_and\\_insolvency\\_matters?NETHERLANDS&member=1](https://e-justice.europa.eu/37843/EN/covid19_impact_on_civil_and_insolvency_matters?NETHERLANDS&member=1).

50 Según los últimos datos de la contabilidad nacional el sector servicios representa cerca del 50% del total del PIB del país, así como el 43% de los trabajadores ocupados. Véanse los datos del Instituto Nacional de Estadística al respecto: [https://www.ine.es/prensa/iass\\_prensa.htm](https://www.ine.es/prensa/iass_prensa.htm).

51 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; Real Decreto-ley 14/2020, de 26 de mayo, por el que se establecen con carácter extraordinario y urgente medidas para la reactivación del sector de la hostelería, restauración, ocio y esparcimiento, entre otros.

52 La economía española decreció un 23.1% en términos de producto interior bruto entre el primer y el segundo trimestre de 2020. Los datos a finales de diciembre de 2021 reflejan que la economía española estaría todavía seis puntos por debajo de los niveles alcanzados antes del inicio de la pandemia. Véanse los datos en: [https://www.ine.es/prensa/pib\\_tabla\\_cntr.htm](https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cntr.htm).

Los datos sugieren que economías como la francesa o la alemana a mediados de 2022 ya se encontrarían por encima de los niveles de producto interior bruto observados antes de la pandemia. Para más detalle véase el siguiente informe: <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/analisis-coyuntura/europa-post-covid-19-historia-convergencia-o-divergencia>.

53 Sí mantuvieron la facultad de solicitar la declaración de concurso.

54 De hecho, tal y como sugieren ALESINA, Alberto; GIAVAZZI, Francesco (2020). The EU must support the member at the centre of the COVID-19 crisis. *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever*, 51: “Ninguna empresa debe ser forzada a declararse insolvente como consecuencia de la emergencia por la COVID-19 porque la insolvencia implica pérdidas irreversibles.” En otras palabras, el sistema concursal tiene que centrarse en las empresas que no eran viables antes de la pandemia.

plazo o —como han hecho otros países— optar por entender que una vez pasado lo peor era conveniente regresar al escenario general de incentivos para solicitar el concurso.

A las empresas con problemas severos de solvencia, pero que, a pesar de ello, no se vieron seriamente incentivadas a instar de inmediato el concurso hasta el fin de la moratoria concursal, les espera probablemente un futuro poco prometedor. Si no son liquidadas y ponen fin a su actividad habitual, es plausible que entren en un círculo vicioso que agravará su situación financiera. En estos últimos casos, estaríamos en frente de la denominada “zombificación<sup>55</sup> empresarial”. En esencia, si las empresas con necesidad de una reestructuración general de sus deudas pueden continuar operando con cierta normalidad en el mercado, podrán seguir teniendo acceso al crédito. Al aumentar su endeudamiento estarán *de facto* reduciendo sus posibilidades de supervivencia<sup>56</sup>.

Con el avance de la pandemia, la tarea de detectar las empresas viables y las que no lo son fue cada vez más difícil bajo la vigencia de la moratoria<sup>57</sup>. Probablemente, si junto a una mayor confianza en el sistema concursal se añadiera una temprana detección de la insolvencia empresarial, se evitaría que las empresas “zombis” continuaran devorando recursos públicos y privados<sup>58</sup>. Los esfuerzos deben concentrarse en ayudar a aquellas empresas que son productivas, pero que necesitan inmediata ayuda financiera, e intentar no malgastar recursos públicos<sup>59</sup> en aquellas que ya no eran productivas antes del impacto súbito de la pandemia<sup>60</sup>.

La probabilidad de liquidación de una empresa parece estar correlacionada con la prontitud o tardanza con la que se sea capaz de detectar el riesgo relevante de insolvencia, así como con el modo en que se gestiona este riesgo. Múltiples ampliaciones del período de moratoria pueden causar una disminución en la probabilidad de supervivencia de las empresas en situaciones complicadas. Más aún bajo una dinámica de expectativas autocumplidas de continuadas prolongaciones de la moratoria.

55 BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2018). The rise of zombie firms: causes and consequences. *BIS Quarterly Review September*. Este artículo usa datos de empresas en 14 economías avanzadas, y documenta un aumento en la prevalencia de las empresas zombis desde finales de los años 80.

56 La extensión de nuevos créditos o su prolongación mientras se estabiliza la economía a corto plazo comporta el riesgo de transformar choques transitorios de liquidez en largos períodos de recuperación tardía y pérdidas permanentes de productividad y beneficios. Véase ACHARYA, Viral V.; LENZU, Simone; WANG, Olivier (2021). Zombie lending and policy traps. *National Bureau of Economic Research*, 29606.

57 Esto sucede a causa de que los incentivos de los administradores de empresas insolventes no están alineados, en principio, con el interés general en cuanto a desvelar la existencia de la insolvencia. Si las empresas insolventes no revelan su situación es más difícil diferenciar las empresas que son insolventes de las que no lo son.

58 Al respecto, véase LAEVEN, Luc; SCHEPENS, Glenn; SCHNABEL, Isabel (2020). Zombification in Europe in times of pandemic. *Vox EU org.*, 11.

59 DÖRR, Julian Oliver; LICHT, Georg; MURMANN, Simona (2022). Small firms and the COVID-19 insolvency gap. *Small Business Economics*, 58.2, pp. 887-917. Este estudio, que usa datos de aproximadamente 1,5 millones de empresas alemanas, muestra que fueron principalmente las empresas de menor tamaño las que experimentaron un alto riesgo de insolvencia y son las mismas que habrían acabado quebrando. Este análisis revela que la reasignación de recursos a las empresas eficientes (como normalmente es el caso a través de la reasignación que se lleva a cabo en un procedimiento concursal) habría sido obstaculizada durante la pandemia como consecuencia de la ingente concesión indiscriminada de transferencias y subsidios, así como por la suspensión temporal de la obligación de instar el concurso, causando un impacto especialmente negativo por aquellas empresas que ya estaban en una posición de inestabilidad financiera antes de la crisis.

60 El legislador debiera optimizar un doble objetivo: en primer lugar, como “prestamista de última instancia” (con la expectativa de que estas empresas sigan operando y al final sean capaces de pagar sus deudas) y, en segundo lugar, como “absorbente de pérdidas de última instancia” (pues otras empresas acabarían eventualmente siendo liquidadas). Véase DIDIER, Tatiana; HUNEEUS, Federico; LARRAIN, Mauricio; SCHMUKLER, Sergio L. (2021). Financing firms in hibernation during the COVID-19 pandemic. *Journal of Financial Stability*, 53.

En esencia, esto explicaría la razón por la que la moratoria de otros países europeos ha sido más corta que la española. Los Gobiernos de estos países, a fin de evitar el problema de las empresas “zombi”, habrían intentado alinear tan rápido como era factible, una vez superado el impacto súbito inicial de la pandemia, los incentivos de los administradores de las empresas insolventes para conseguir que estas solicitaran el concurso en el momento indicado.

Es importante hacer un correcto diagnóstico de la situación de las empresas con tiempo para prevenir que las consecuencias negativas de la pandemia se prolonguen en el largo plazo. Para conseguirlo es esencial no solo una mejora de la eficiencia del sistema concursal, sino también un mejor diseño de los potenciales incentivos para evitar que las empresas escapen de los cauces para ordenar el proceso de insolvencia —evidentemente, si estos son suficientemente eficientes y útiles—.

### 3.2.3. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS CONCURSADAS ESPAÑOLAS

En este ámbito, España se caracteriza por varios rasgos: (i) tener un número histórico de empresas concursadas especialmente bajo, (ii) que la mayoría de los concursos son solicitados a instancias del deudor, es decir, hay pocas solicitudes de concursos necesarios<sup>61</sup>, y (iii) que estas características parecen haberse mantenido incólumes durante el periodo de vigencia de la moratoria concursal. En las líneas que siguen, planteamos una hipótesis plausible de cómo estas notas características pueden explicar por qué la moratoria concursal no ha producido una disminución en el número de solicitudes de concurso en España.

Partiendo de la idea de que las empresas que entran en concurso en España lo hacen mayoritariamente de forma voluntaria, tiene sentido pensar que una moratoria concursal ha afectado en poco los incentivos de aquellos administradores que ya tenían pensado solicitar el concurso, con independencia de que se suspenda o no el deber legal de hacerlo.

Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que muy pocos concursos acaban siendo calificados como culpables<sup>62,63</sup>, y aún se esperaría que la proporción de concursos declarados culpables fuera todavía menor tras un evento sistémico e inesperado como la pandemia que afecta negativamente a casi todas las empresas con independencia de la conducta individual de sus administradores. Podríamos pensar, pues, que las empresas que hacen uso del concurso de acreedores en España no son las que se encuentran en una peor situación del posible elenco de empresas que deberían solicitarlo, en la medida en que los administradores de las empresas incursas en un procedimiento concursal suelen tomar medidas preventivas para evitar las tan negativas consecuencias y responsabilidades que una calificación de concurso culpable les acarrea. Por lo tanto, el grueso de empresas insolventes en España no estaría instando la declaración de concurso, sino que simple y

61 También sucede así en otros países (como en Estados Unidos, tal y como se expone en HYNES, Rich; WALT, Steven D. (2020). Revitalizing Involuntary Bankruptcy. *Iowa Law Review*, 105, pp. 1127-1185.

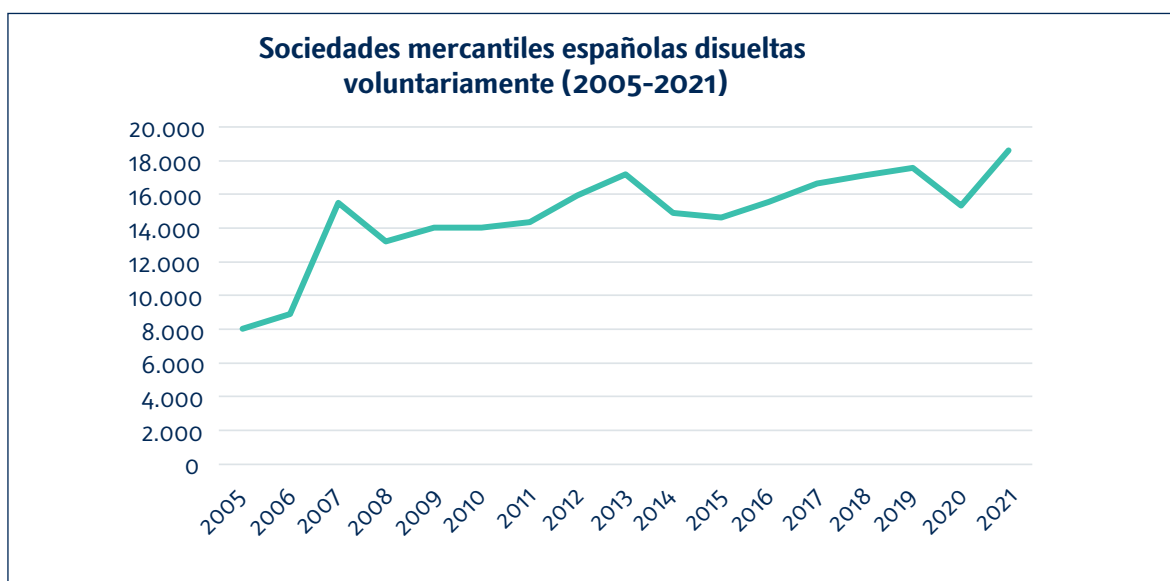
62 Está por ver si, con la Reforma concursal que introduce cambios significativos en la sección de calificación, se incrementan los concursos culpables.

63 Sobre la calificación del concurso y, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales contraídas durante el periodo de moratoria concursal, véase GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). Dos cuestiones sobre responsabilidad de administradores. Responsabilidad por deudas sociales durante las moratorias concursal y societaria. Legitimación de la minoría para la acción social por infracción del deber de lealtad. *Original pendiente de publicación*.

directamente cesa su actividad. Si atendemos al número de disoluciones de empresa decididas voluntariamente por sus respectivos socios, podremos observar fácilmente que los números absolutos son aproximadamente entre ocho y nueve veces la magnitud de los concursos de acreedores.

Así, parecería que tendríamos un efecto complementario entre el número de solicitudes de concurso y el cierre de empresas fuera del concurso. Y esta última es la forma más habitual de actuación que adoptan las empresas españolas cuando se encuentran con problemas no transitorios de liquidez que afectan a su situación financiera.

## GRÁFICO 9



**Fuente:** Elaboración propia con datos del Instituto Español de Estadística (INE): (<https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=13912>).

Durante el periodo de la moratoria concursal observamos que un número relevante de sociedades ya han sido disueltas<sup>64</sup>. En definitiva, la moratoria concursal tampoco ha servido para frenar el goteo de empresas que tienen que poner fin a su actividad.

A pesar de que la moratoria no haya contribuido —causalmente— al empeoramiento del estado de las empresas, sí es probable que, debido a la escasa confianza en el sistema concursal como solución al problema de la insolvencia, las empresas que habrían sido viables en caso de ser re-

<sup>64</sup> Téngase en cuenta que esta cifra puede ser sustancialmente mayor si se tiene presente que algunas sociedades pueden no estar usando el sistema oficial para formalizar su cierre. También debe tenerse en cuenta que la estadística oficial no contempla las empresas con actividad pero no inscritas en el Registro Mercantil.

estructuradas<sup>65</sup> a tiempo, no acabarán siéndolo si el procedimiento se insta de forma tardía o, en última instancia, no se produce.

Durante la vigencia de la moratoria concursal, algunas empresas españolas decidieron usar el mecanismo de la insolvencia formalmente declarada, con independencia de que el deber legal de hacerlo se hallaba suspendido. Es más que plausible que las que decidieron instar el concurso entonces fueran aquellas con una mejor (o menos mala, si se prefiere) situación financiera —de entre las que sufren problemas en la capacidad de pago de sus obligaciones—.

De esta manera, la moratoria concursal habría producido una especie de selección adversa de aquellas empresas que solicitan el concurso. En otras palabras, de entre las empresas con dificultades, podría haber pasado que aquellas con una situación menos grave serían las que habrían acabado instando el concurso (a fin de alcanzar un convenio o de enajenar su unidad productiva en funcionamiento, evitando así su deterioro), mientras que hubiera sido preferible para el bienestar de la economía que las más afectadas fueran las primeras en acudir al sistema concursal.

Con todo, lo que parece haber sucedido es que las empresas con peores niveles de solvencia no han tenido los incentivos suficientes para instar un procedimiento concursal<sup>66</sup>. Así, han continuado operando en el mercado o algunas ya han desaparecido, pero en cualquier caso eludiendo el mecanismo formal del concurso. A este respecto, ciertamente no ayuda la idea de que de las empresas que solicitan el concurso, entre el 90 % y el 95 %<sup>67</sup> acaban liquidando sus activos.

### 3.2.4. LOS RIESGOS DE LAS EMPRESAS “ZOMBI”

Uno de los objetivos de cualquier sistema concursal es evitar la propagación de una posible espiral de impagos, como la que se puede producir ante un choque de liquidez. Es decir, el sistema concursal pondría freno —de manera ordenada— a las terribles consecuencias asociadas a la reducción del flujo de ingresos de empresas inicialmente solventes que se encuentran dependientes de las aportaciones de otras que no lo son.

Desde el inicio de la pandemia y hasta el fin de la moratoria concursal en junio de 2022, todas aquellas empresas que ya acusaban problemas graves en su capacidad de pago se vieron beneficiadas —en parte al menos— por las extensiones del periodo de moratoria concursal. Al verse libres temporalmente del deber de usar el cauce oficial del concurso, con carácter general, pudieron seguir operando en el mercado, generando, en tanto que clientes de sus respectivos proveedores, nuevos impagos. Estos impagos pudieron hacer que las empresas que los debieron soportar los decidieran trasladar a sus respectivos proveedores, y así sucesivamente.

65 Estos son los beneficios que el análisis económico del derecho defiende que resultan de acudir a un procedimiento concursal (WHITE, Michelle J. (1989). The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, 3.2, pp. 129-151).

66 Este será el caso, al menos, para los administradores que pueden perder el control de la empresa o ver reducidas sus retribuciones una vez comienza el procedimiento concursal (artículos 128 y ss. TRLC).

67 Véase el informe de VAN HEMMEN (2020), pp. 31 y ss.

La no prolongación (más allá de lo estrictamente necesario para evitar que empresas afectadas por un *shock* transitorio de ingresos se vean abocadas al concurso, con los costes que este genera) de la exoneración del deber de solicitar concurso ante una insolvencia efectiva o inminente se sitúa como parte del instrumental de medidas enfocadas a frenar la propagación de la iliquidez. Entre ellas, se encontrarían la quitas o condonaciones de deuda por parte del Estado, la concesión de líneas de crédito, así como las medidas de intervención en los contratos de larga duración. En definitiva, la correcta intervención a través del procedimiento concursal<sup>68</sup> debería favorecer la refinanciación eficiente de todas aquellas empresas solventes, pero que por culpa de la pandemia adolecen de problemas de liquidez transitorios.

Dotar de recursos financieros a empresas que antes de la crisis ya se encontraban aquejadas de serios problemas estructurales ajenos a las consecuencias de la pandemia supone alargar sin contrapartidas útiles el proceso de su desaparición, con lo que se perderían recursos que podrían haberse invertido en aquellas cuya continuidad fuese realmente productiva para la economía en su conjunto<sup>69</sup>. El tiempo extra que ha concedido la larga moratoria española probablemente se va a traducir en resultados poco deseables. Ha hecho menos probable la reestructuración de aquellas empresas que, pese a catalogarse como insolventes en un cierto momento, eran viables a medio y largo plazo, y ha dificultado que aquellas empresas sin viabilidad a medio y largo plazo fueran objeto de una pronta liquidación<sup>70</sup>.

La evidencia internacional disponible indica que las empresas “zombis” se caracterizan por ser poco productivas, por tener ratios de endeudamientos muy elevados y por contar con una escasa inversión en capital intangible<sup>71</sup>. A pesar de que no existe una caracterización exacta (desde el punto de vista económico, menos aún jurídico) de este tipo de empresas, cabe destacar que son económicamente inviables a medio y largo plazo, y suelen exprimir al máximo todas las oportunidades de financiación para garantizar su supervivencia<sup>72</sup>.

No es escasa la literatura económica<sup>73</sup> que nos muestra que, a través de los procedimientos concursales y los acuerdos de refinanciación, se consigue aliviar la carga de deuda de las empresas

68 En EIDENMULLER, Horst; PAZ VALBUENA, Javier (2021). Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-Distressed Critical/Systemic Firms. *Southern California Law Review*, 73, pp. 501 y ss., se presenta al concurso de acreedores no como una solución factible para solventar los problemas de empresas que han visto paralizada su actividad a raíz de la COVID-19, sino como una herramienta efectiva para reestructurar todas aquellas empresas que ya no eran solventes antes de la crisis. De lo contrario, este estudio aduce que el número de empresas que se acogiera a este régimen solo aumentaría la presión sobre el sistema sin erradicar el problema de fondo. Los autores consideran, en cambio, que las decisiones de quita o de rescate por parte del Estado pueden resultar medidas óptimas cuando las empresas rescatadas sean consideradas de especial relevancia para la continuidad de la actividad económica. Así lo sería sobre todo atendiendo a las más que plausibles externalidades negativas que generaría su desaparición del mercado.

69 Véase al respecto HODDOD, ALEXANDER; HOMMES Cars; HUBER, Stefanie J.; SALLE, Isabelle (2020). Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey. *Covid Economics*, 9, pp. 40-76.

70 Tal y como prueban desde una aproximación teórica DONALDSON *et al.* (2022), los mecanismos de reestructuración y los procedimientos concursales son complementarios entre ellos.

71 En BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2020). Corporate zombies: Anatomy and life cycle. *Economic Policy*, 27, se documenta el aumento significativo de este tipo de empresas con datos de 14 grandes economías, detallando las principales características definitorias de las mismas.

72 CABALLERO, Ricardo J.; HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil K. (2008). Zombie lending and depressed restructuring in Japan. *American Economic Review*, 98.5, pp. 1943-77, prueban que los sectores que están dominados por este tipo de empresas se caracterizan por tener tasas bajas de productividad y por mostrar incrementos en la destrucción de puestos de trabajo.

73 Al respecto véanse entre otros, los siguientes trabajos: PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. (2016). Court enforcement, bank loans, and firm investment: evidence from a bankruptcy reform in Brazil. *The Quarterly Journal of Economics*, 131.3, pp. 1365-1413; ADALET MCGOWAN, Müge; ANDREWS, Dan; MILLOT, Valentine (2018). The walking dead? Zombie firms and productivity performance in OECD countries. *Economic Policy*, 33, pp. 685-736.



con dificultades de pago, reduciendo en consecuencia la duración de este peligroso estado como empresa “zombi”. Cuando estos mecanismos no se utilizan en la medida necesaria, estas empresas insolventes tienen todos los incentivos para seguir operando en el mercado a costa del crédito que puedan obtener de cualquier resquicio del sistema. Por ejemplo, pueden aprovechar los incentivos de los prestamistas sujetos a supervisión a seguir ofreciendo crédito a estas empresas zombi para paliar el riesgo de presentar pérdidas en sus respectivos balances<sup>74</sup>.

En definitiva, cuando existe una presencia importante en la economía de estas empresas “terminales”, el mecanismo de redirección del capital de las empresas menos productivas hacia las empresas más productivas deja de operar de forma correcta<sup>75</sup>.

### 3.2.5. LA INCIDENCIA DE LOS PRÉSTAMOS ICO EN EL VOLUMEN DE SOLICITUDES DE CONCURSOS

Los microdatos de los que dispone el Banco de España muestran que a raíz de la pandemia se ha producido un gran aumento del endeudamiento<sup>76</sup> de las empresas para cubrir sus necesidades de liquidez. Aproximadamente la mitad de las necesidades de liquidez se habrían cubierto con crédito bancario, del cual el 71 % lo habría sido a través de los programas de aval público. Esta forma de financiación cubre hasta el 80 % de las posibles pérdidas de financiación concedida a los autónomos y a las pymes, y hasta el 70 % o 60 % en el caso de las empresas que no cumplan con la definición de pyme de la Comisión Europea (“empresas grandes”).

Esta financiación habría sido especialmente relevante para las empresas gravemente afectadas por la pandemia<sup>77</sup>. El uso de este instrumento habría conseguido desplazar los vencimientos de deuda de las empresas hacia el medio y largo plazo, comportando también una reducción del coste medio de financiación, es decir, una reducción en los intereses que devengaba su deuda<sup>78</sup>. Una parte del crédito concedido durante los albores de la pandemia podría haberse destinado también a crear colchones de liquidez para evitar futuras contingencias.

La puesta en marcha de la línea de avales del Estado a empresas y empresarios introducida por el artículo 29 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, habría servido como estímulo del crédito bancario al sector especialmente afectado por la pandemia. La existencia de este programa público de avales habría servido para mitigar también el riesgo de pérdidas para los bancos gracias

74 Este fue el motivo que llevó a los bancos europeos a prestar a las empresas altamente sobreendeudadas durante la pasada crisis económica. Véase al respecto BLATTNER, Laura; FARINHA, Luisa; REBELO, Francisca (2019). When losses turn into loans: The cost of undercapitalized banks. *ECB Working Paper Series*.

75 GOPINATH, Gita, KAMLELI-ÖZCAN, Sebnem; KARABARBOUNIS, Loukas; VILLEGAS-SÁNCHEZ, Carolina (2017). Capital Allocation and Productivity in South Europe. *Quarterly Journal of Economics*, 132(4), pp. 1915-1967.

76 *Informe Anual del Banco de España. Los efectos de las crisis del Covid-19 sobre los sectores productivos en España*, pp. 229-230.

77 *Informe Anual del Banco de España. Los efectos de las crisis del Covid-19 sobre los sectores productivos en España*, p. 231.

78 Entre otros, en ALVES, Pana, ARRIZABALAGA, Fabián, DELGADO, Javier, GALÁN, Jorge, PÉREZ ASENJO, Eduardo, PÉREZ MONTES, Carlos., TRUCHARTE, Carlos (2021). Evolución reciente de la financiación y del crédito bancario al sector privado no financiero. *Boletín Económico del Banco de España*, se ponen de manifiesto las condiciones favorables que presenta la financiación a través de préstamos con aval público con respecto a otro tipo de préstamos.



a que la solvencia bancaria no sería tan sensible al deterioro de la calidad del crédito concedido a las empresas no financieras (como sí lo fue en la crisis de 2008).

El Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, por su parte, activó una segunda línea de avales para cubrir las necesidades adicionales de financiación vinculadas a la inversión. En noviembre de 2020 entró en vigor el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, que modificó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de evitar tensiones de liquidez en las empresas permitiendo ciertas ampliaciones de plazo y carencia en las líneas concedidas. A través de las modificaciones introducidas se permitió que los deudores con una línea de crédito ICO, de mutuo acuerdo con la institución financiera, aumentaran el plazo de su operación hasta los ocho años desde el máximo de cinco años establecido con anterioridad. Se introdujo también la posibilidad de aumentar el periodo de carencia concediendo doce meses adicionales hasta un máximo de veinticuatro meses. Los datos<sup>79</sup> que proporciona el Banco de España confirman que en el tercer trimestre de 2021 un total del 41 % de las operaciones avaladas por la línea ICO se había acogido a la ampliación de plazo o de carencia.

El elevado número de empresas que han ido posponiendo el inicio del esquema de la financiación a la que habían accedido puede estar apuntando a un riesgo de impagos que se manifestaría en este final de 2022, coincidiendo con la finalización de los periodos máximos de carencia y que, al coincidir también con la fecha de finalización de la moratoria concursal, podría tener un reflejo importante en las solicitudes de concurso y en la carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil.

Un efecto esperable como consecuencia de ello es que aquellas empresas que se han beneficiado de la línea de avales del Gobierno cuya situación de ingresos no haya mejorado y que, en consecuencia, habrían estado posponiendo sus obligaciones de pago, vean su situación financiera muy comprometida en estos últimos meses de 2022. En otras palabras, es perfectamente posible que el número de insolvencias inminentes y actuales aumente de forma notable de manera inmediata como consecuencia de la finalización del periodo de carencia de los préstamos con aval ICO.

Cabe señalar asimismo que es especialmente relevante en ese sentido la disposición adicional octava de la Reforma concursal que impone como requisito para que se apruebe un convenio de acreedores o plan de reestructuración el voto favorable de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para la afectación de todos aquellos préstamos que contaban con el aval público. En este sentido, se dificulta el funcionamiento de los institutos preconcursales cuando media el acreedor público como avalista.

---

<sup>79</sup> Informe de estabilidad financiera del Banco de España, otoño 2021, p. 90.

## 4. Conclusiones

---

La Reforma concursal pretende aumentar la eficiencia en España de los mecanismos preconcursales y, con ella, promover su uso. Al tiempo persigue reducir los costes e incrementar el atractivo de acudir al concurso para las empresas en dificultades, singularmente las pequeñas y medianas, que en nuestro país han sido muy renuentes a hacer uso de los procedimientos concursales.

La consecución de estos objetivos va a depender de que, efectivamente, los nuevos regímenes preconcursal y concursal sean percibidos por deudores y acreedores (y probablemente, en especial por los primeros) como adecuados para hacer frente a sus dificultades financieras y canalizar adecuadamente el futuro de las empresas con problemas de solvencia. Pero no solo la normativa sustantiva es relevante. Los Juzgados de lo Mercantil son esenciales para asegurar que una remozada normativa se aplique de modo ágil y predecible y, por tanto, *de facto* se perciba como un conjunto de mecanismos jurídicos verdaderamente interesantes para afrontar las dificultades financieras de las empresas.

Las solicitudes de concurso van a jugar un papel esencial en el uso efectivo del sistema concursal y también en la carga de trabajo de los órganos judiciales que la rigen. Entender cuáles son los incentivos a solicitar el concurso voluntario en España va más allá de la mera interpretación de las reglas legales sobre el deber legal de instar la declaración de concurso. Incluso más allá de entender las consecuencias que, ligadas al régimen del concurso culpable en nuestro derecho, pueden hacer más o menos gravoso eludir las obligaciones legales en este terreno. Es necesario comprender las peculiaridades del caso español, con niveles históricamente muy bajos de utilización del mecanismo concursal por las empresas con dificultades financieras, incluso muy serias. Y también el contexto reciente tras la Reforma concursal, así como la incidencia de la pandemia y de la moratoria concursal asociada a esta, que ha sido, en términos comparados, extraordinariamente larga entre nosotros.

En este trabajo hemos tratado de ilustrar estas cuestiones a fin de poder calibrar con más elementos de juicio la contribución de los factores que inciden sobre los incentivos a solicitar el concurso sobre el éxito de la Reforma concursal.

No estamos en condiciones de hacer un pronóstico. No obstante, sí creemos que no se puede descartar que el juego de los factores mencionados influya en el corto plazo —una vez superado el esperable período de espera hasta que el nuevo régimen se conozca y se asimile por los agentes económicos— de manera negativa en la capacidad de respuesta de la administración de justicia para contribuir al éxito de la Reforma concursal.

## Bibliografía

---

ACHARYA, Viral V.; LENZU, Simone; WANG, Olivier (2021). Zombie lending and policy traps. *National Bureau of Economic Research*, 29606.

ADALET MCGOWAN, Müge; ANDREWS, Dan; MILLOT, Valentine (2018). The walking dead? Zombie firms and productivity performance in OECD countries. *Economic Policy*, 33.

ALESINA, Alberto; GIAVAZZI, Francesco (2020). The EU must support the member at the centre of the COVID-19 crisis. *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever*, 51.

ALVES, Pana; ARRIZABALAGA, Fabián; DELGADO, Javier; GALÁN, Jorge; PÉREZ ASENJO, Eduardo; PÉREZ MONTES, Carlos; TRUCHARTE, Carlos (2021). Evolución reciente de la financiación y del crédito bancario al sector privado no financiero. *Boletín Económico del Banco de España*.

AZAGRA MALO, Jorge; GARCÍA MARTÍN, David (2022). Los atrapados en el impasse entre el fin de la moratoria concursal y la entrada en vigor de la reforma concursal. *Apuntes de la reforma concursal*. Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/8080-los-atrapados-en-el-impasse-entre-el-fin-de-la-moratoria-concursal-y-la-entrada>.

BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2020). Corporate zombies: Anatomy and life cycle. *Economic Policy*, 27.

BANERJEE, Ryan; HOFMANN, Boris (2018). The rise of zombie firms: causes and consequences. *BIS Quarterly Review September*.

BLATTNER, Laura; FARINHA, Luisa; REBELO, Francisca (2019). When losses turn into loans: The cost of undercapitalized banks. *ECB Working Paper Series*.

CABALLERO, Ricardo J.; HOSHI, Takeo; KASHYAP, Anil K. (2008). Zombie lending and depressed restructuring in Japan. *American Economic Review*, 98.5.

CAMPINS VARGAS, Aurora (2021). Disolución de sociedades y pandemia. Especial referencia a la disolución y responsabilidad de los administradores por pérdidas cualificadas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Extra 2.

CELENTANTI, Marco; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Concursos y pre-concursos de personas físicas, autónomos y microempresas. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3.

CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). The Spanish corporate bankruptcy puzzle and the crisis. *FEDEA Working Papers*.

CELENTANI, Marco; GARCÍA-POSADA, Miguel; GÓMEZ POMAR, Fernando (2010). El enigma de los concursos empresariales en España y la crisis. En S. BENTOLILA, M. BOLDRIN, J. DÍAZ-GIMÉNEZ, J. J. DOLADO (editores), *La Crisis de la Economía Española: Análisis Económico de la Gran Recesión*. FEDEA Monografías.

DE LA FUENTE, Ángel; ARRUÑADA, Benito; BERMEJO, Núria; CERQUEIRA, Olga; CERVERA, Marta; FERNÁNDEZ SEIJO, José María; FLORES, Marta; GARCIMARTÍN, Francisco; VAN HEMMEN, Stefan; MARISTANY, Jordi; RUBIO SANZ, Javier (2021). ¿Cómo ayudar a las empresas en la crisis del Covid? *FEDEA Policy Papers*.

DIDIER, Tatiana; HUNEEUS, Federico; LARRAIN, Mauricio; SCHMUKLER, Sergio L. (2021). Financing firms in hibernation during the COVID-19 pandemic. *Journal of Financial Stability*, 53.

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino (2015). La calificación del concurso por irregularidades contables graves, inexactitud grave de documentos aportados y retraso en la solicitud del concurso desde una visión jurisprudencial. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13.

DONALDSON, Jason Roderick; MORRISON, Edward R.; PIACENTINO, Giorgia; YU, Xiaobo (2022). Restructuring v. Bankruptcy. *Columbia Law and Economics Working Paper*, 630.

DÖRR, Julian Oliver; LICHT, Georg; MURMANN, Simona (2022). Small firms and the COVID-19 insolvency gap. *Small Business Economics*, 58.2.

EIDENMULLER, Horst; PAZ VALBUENA, Javier (2021). Towards a Principled Approach for Bailouts of COVID-Distressed Critical/Systemic Firms. *Southern California Law Review*, 73.

FAVARA, Giovanni; SCHROTH, Enrique; VALTA, Philip (2012). Strategic default and equity risk across countries. *The Journal of Finance*, 67.

GARCÍA-POSADA, Miguel (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.

GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA SANGUINETTI, Juan (2012). El uso de los concursos de acreedores en España. *Boletín Económico del Banco de España*, número de diciembre.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). Dos cuestiones sobre responsabilidad de administradores. Responsabilidad por deudas sociales durante las moratorias concursal y societaria. Legitimación de la minoría para la acción social por infracción del deber de lealtad. *Original pendiente de publicación*.

GANUZA, Juan José; GÓMEZ POMAR, Fernando (2020). Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.

GERTNER, Robert; SCHARFSTEIN, David (1991). A theory of workouts and the effects of reorganization law. *Journal of Finance*, 46.

GOPINATH, Gita; KAMLELI-ÖZCAN, Sebnem; KARABARBOUNIS, Loukas; VILLEGAS-SÁNCHEZ, Carolina (2017). Capital Allocation and Productivity in South Europe. *Quarterly Journal of Economics*, 132(4).

- GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (2021). The Future of Insolvency Law in a Post-Pandemic World. *International Insolvency Review*, Research Paper 14/2021.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena (2020). La suspensión del deber de solicitar el concurso como fuente de riesgos penales de insolvencia. *Diario La Ley*, 9683:2.
- HODBOD, ALEXANDER; HOMMES Cars; HUBER, Stefanie J; SALLE, Isabelle (2020). Is COVID-19 a consumption game changer? Evidence from a large-scale multi-country survey. *Covid Economics*, 9.
- HYNES, Rich; WALT, Steven D. (2020). Revitalizing Involuntary Bankruptcy. *Iowa Law Review*, 105.
- LA EVEN, Luc; SCHEPENS, Glenn; SCHNABEL, Isabel (2020). Zombification in Europe in times of pandemic. *Vox EU org.*, 11.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José (2022). Las moratorias concursal y societaria. Efectos y coordinación. *La LEY Insolvencia*, 13, julio-septiembre.
- PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. (2016). Court enforcement, bank loans, and firm investment: evidence from a bankruptcy reform in Brazil. *The Quarterly Journal of Economics*, 131:3.
- VAN HEMMEN, Stefan (2020). Estadística concursal. Anuario 2019. Madrid: *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*.
- WHITE, Michelle J. (1989). The corporate bankruptcy decision. *Journal of Economic Perspectives*, 3:2.