

## Actualidad Profesional

---

*Por María Pinazo, abogada e investigadora en formación en Derecho y Economía.*

### La legislación de emergencia en materia concursal y los préstamos participativos

La crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud ocasionada por el COVID-19, ha tenido y tiene un impacto global, con graves consecuencias sociales y económicas, siendo especialmente necesario en este momento que se potencie e incentive la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez. Así, con el fin de facilitar el crédito y la liquidez de las empresas, 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, introduce la consideración de que serán clasificados como créditos ordinarios, los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor en los concursos de acreedores que pudieran declararse dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020.

El artículo 7 de la meritada Ley, sobre Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor, establece:

1. En los concursos de acreedores que se declaren hasta el 14 de marzo de 2022 inclusive, tendrán la consideración de créditos ordinarios, sin perjuicio de los privilegios que les pudieran corresponder, los derivados de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, que desde la declaración del estado de alarma le hubieran sido concedidos al

deudor por quienes, según la ley, tengan la condición de personas especialmente relacionadas con él.

2. En los concursos de acreedores que se declaren en el periodo indicado en el apartado anterior, tendrán la consideración de créditos ordinarios, sin perjuicio de los privilegios que les pudieran corresponder, aquellos en que se hubieran subrogado quienes según la ley tengan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor como consecuencia de los pagos de los créditos ordinarios o privilegiados realizados por cuenta de este, a partir de la declaración de ese estado.

El citado precepto hay que relacionarlo con el artículo 281 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal, que señala que son créditos subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, que son aquellas a las que se refieren los artículos 282 y 283 del texto refundido, es decir:

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

Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas el cónyuge o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso; sus ascendientes, descendientes y hermanos; y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos de los socios.

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

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

Por tanto, hasta el 14 de marzo de 2022, todas aquellas aportaciones realizadas por las personas especialmente relacionadas con el concursado serán considerados créditos ordinarios, de manera que se pretende incentivar que los socios, o personas vinculadas, ingresen tesorería a aquellas sociedades que están atravesando problemas de liquidez, sin ver su crédito subordinado en un eventual concurso de acreedores.

La Ley 3/2020, permite que estos ingresos se realicen en concepto de préstamos, créditos u otros negocios de análoga naturaleza, por lo que toman especial relevancia los contratos de préstamos participativos, siendo un instrumento de financiación empresarial de carácter mercantil, en los que se podrá pactar un interés fijo, independiente de la evolución de la actividad de la prestataria, pero siendo fundamental que se pacte un interés variable vinculado a los resultados de la actividad empresarial. Es una figura muy utilizada

en la práctica, en la que tanto entidades públicas como entidades bancarias utilizan estos contratos para financiar sociedades, así como los propios socios de las mercantiles suelen recurrir a este tipo de contratos ya que este tipo de financiación resulta de especial interés para aquellas empresas cuya situación financiera no se encuentra perfectamente saneada.

Este tipo de contratos se encuentran regulados en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica y en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, que los define como aquéllos que tengan (entre otras que contempla tal precepto legal) las siguientes características La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

El texto refundido de la Ley Concursal, ha realizado una aclaración sobre la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos en los que el prestatario es declarado en concurso de acreedores, ya que el artículo 281.1 de la referida normal legal, que define los créditos subordinados, señala, en el segundo apartado que son créditos subordinados, Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos, por lo que queda resuelta, a priori,

la controversia que existía en cuanto a la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos, como créditos ordinarios o subordinados.

Sin embargo, y hasta el 14 de marzo de 2022, en aquellos casos en los que el prestamista sea persona especialmente vinculada con el concursado, los créditos derivados de los préstamos participativos rubricados a partir de 14 de marzo de 2020, serán clasificados como créditos ordinarios.

Por ello, esta figura contractual es especialmente atractiva para aquellos sujetos a los que el artículo 7 de la Ley 3/2020 pretende incentivar para financiar aquellas sociedades que están atravesando graves situaciones económicas ante la crisis derivada del COVID-19, debido a que en un eventual concurso de acreedores declarado antes del 14 de marzo de 2022, su crédito no se clasificará como subordinado, sino como ordinario en virtud de la citada norma de emergencia y en caso de que la empresa comenzara a recuperarse obtendría intereses derivados de los beneficios de la mercantil. Por tanto, esta figura contractual cumple su función de mecanismo de financiación para sociedades que se encuentren en una situación económica complicada, ante la crisis ocasionada por el COVID-19.

Y, sobre la suspensión de la causa de disolución por pérdidas, el apartado primero del artículo 13 de la Ley 3/2020, señala que A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá

solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de junta general para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente. Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo aclara que lo anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en la referida Ley.

Los préstamos participativos considerados como fondos propios a los efectos de la legislación mercantil -artículo 20. Uno d) del Real Decreto-ley 7/1996- son un mecanismo relevante a los efectos de que, una vez transcurridos los plazos previstos en la Ley 3/2020 sobre la suspensión de la causa de disolución por pérdidas correspondientes al ejercicio 2020, sirvan como instrumento de saneamiento patrimonial a aquellas mercantiles que se hayan podido ver azotadas por esta crisis, siendo por tanto ésta una figura contractual que debería ser incentivada ante la crisis económica derivada de la pandemia del COVID-19.