

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

NOVEDADES LEGISLATIVAS
**REFORMA DE LA LEY
CONCURSAL**

EDITORIAL
VICENTE VILELLA

ARTÍCULOS
UNA VISIÓN GENERAL DEL NUEVO
PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA
MICROEMPRESAS

LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE
ACREEDORES ...

FIRMA INVITADA
JOSÉ ANDREU LLÓPEZ
LA NUEVA FIGURA DEL EXPERTO
EN REESTRUCTURACIONES EN LA LEY
CONCURSAL

CONGRESO CPM 2022

ENTREVISTA
ENRIQUE SANJUÁN

Magistrado de la Sección 6ª de la Ilustrísima
Audiencia Provincial de Málaga

ES LO PRECONCURSAL, ESTÚPIDO

“-How did you go bankrupt?
-Two ways. Gradually, then suddenly.”
ERNEST HEMINGWAY

Este tercer número de la Revista de Derecho Concursal del ICAV se os entrega recién publicada (BOE del 06/09/22) la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del TRLC, definitivamente aprobada en el Congreso, en pleno extraordinario del 25 de agosto, tras un atropellado paso por el Senado, finalmente inútil al haberse rechazado por la Cámara Baja todas las enmiendas que se introdujeron por la Alta en su votación de julio. Con ello, levemente superado el plazo de prórroga de un año que el Gobierno solicitó en julio de 2021 para transponer la Directiva 2019/1023, culmina la reforma estructural de más profundo calado de todas las que ha conocido nuestro Derecho de insolvencia desde 2003.

El Preámbulo de la norma (que, como el prólogo de las novelas, es su primer simulacro) hace de la necesidad virtud (no es que nos hayamos retrasado en transponer la Directiva, es que estábamos pensando) y se refiere al Texto Refundido aprobado por RD Leg. 1/2020 -ese trabajo de armonización que, con la calma impuesta por el encierro pandémico, aprendimos a apreciar- como “la base idónea para acometer la transposición de la Directiva”, tomando el legislador como premisa la constatación del fracaso de los instrumentos concursales vigentes hasta la fecha. Y es una premisa cierta. Los acuerdos de refinanciación fueron escasos (con raquíticas cifras de homologaciones en relación con el número de concursos declarados, si acudimos a las estadísticas concursales, cuya importancia para entender lo que pasa y prever lo que viene recordaba Jordi Ibiza en el número anterior de esta Revista) y su régimen legal, objeto de reformas constantes, generador de confusión e incertidumbre. Los acuerdos extrajudiciales de pagos tampoco cumplieron con su propósito, más allá de cubrirse genéricamente el expediente de su “intento” a fines concursales ulteriores. Y las comunicaciones de inicio de negociaciones del viejo expediente 5 bis quedaron casi siempre en meras ampliaciones tácticas del plazo de preparación de la solicitud del concurso en las que, una vez obtenido el oportuno decreto de constancia, el deudor se sentía cubierto hasta el concurso y rara vez se molestaba en levantar el teléfono para negociar nada con nadie.

Correctamente diagnosticado, pues, el fracaso de “lo que había”, el legislador/transponedor dedica al “Derecho Preconcurusal” un extenso Libro II, de más de cien artículos, que es, a la vez, la excusa (era obligado cumplir con Europa) y la gran novedad de fondo de la reforma. Y no es que lo puramente “concurusal”, lo afectante a la insolvencia ya declarada, no se reforme, que se hace en profundidad, sino que parece optarse de manera resuelta por intentar hacer pedagogía financiera (qué peligro, dirán algunos, educar con el BOE) y convencer al empresario español, o al español a secas, de que estas cosas hay que intentar resolverlas cuando tienen arreglo y, a ser posible, bien lejos de los Juzgados. Bromas aparte, es cierto que resulta algo incómodo, si nos ponemos en términos de confianza institucional, que la norma que viene a cambiar el paradigma de lo concursal en España proponga que la “viabilidad” empresarial deba buscarse entre privados, lejos de los Juzgados; y que la “inviabilidad” empresarial, cuando no cabe otra, haya de solventarse, en la inmensa mayoría de los casos, como una realidad liquidativa, puramente residual, *rápido* y con intervención judicial mínima. Este debate, que no toca aquí, tiene que ver con la innegable constatación de que los Juzgados no son el sitio idóneo para

abordar crisis empresariales remediadas, pero también con la injusta, y poco combatida, mala fama de un sector profesional (y de una jurisdicción) que, con muy pocos medios y un esfuerzo considerable, llevan, mal que bien, dos recesiones históricas a la espalda.

Pero a lo que íbamos: en su afán por promover lo “preconcurusal”, el legislador recurre a un enfoque preventivo, que incentiva, por ejemplo con vistas a la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 487.1.6º), la utilización de herramientas de alerta temprana que quedan pendientes de desarrollo (DDAA 5ª y 7ª, DDF 5ª y 12ª); ofrece la reestructuración como un modo ortodoxo de eludir el siempre temido examen de la responsabilidad de los administradores en la causación de la crisis (amargo trance casi inevitable en el concurso); da carta de naturaleza legal al pre-pack; y, cosméticamente, incorpora cambios semánticos que ayudan a atemperar ese “estigma” de lo concursal que los latinos no nos acabamos de sacudir de encima. Como decía el poema de Borges, “el nombre es arquetipo de la cosa”, y si la “refinanciación” de antes es ahora “reestructuración” y la quiebra de las pequeñas empresas (inmensa mayoría, por cierto) ya no es un “concurso”, sino un “procedimiento especial”, parece que la cosa escuece menos. El legislador es aquí inclemente: desaparece el acuerdo extrajudicial de pagos como instituto preconcurusal, se cancela la nomenclatura “refinanciadora” (los planes de reestructuración son para todos los acreedores, no sólo para los “financieros”) y lo que antes era pequeño ahora es “micro” y merece ser despachado con formularios normalizados. Por contraste, y como novedad, se articula un sistema de reestructuración muy ambicioso, en el que, en base a una graduación de la intensidad de la insolvencia (probable, inminente o actual), y con un amplio horizonte de posible incumplimiento de dos años, se ensanchan las posibilidades de reestructuración, de perímetros diseñables casi a la carta, con una participación decisiva de los acreedores, agrupados por “clases” de contornos flexibles y no necesariamente coincidentes con las “clases concursales” y, lo más importante, con posibilidades hasta ahora inéditas de arrastre a acreedores, e incluso a socios, disidentes.

Habrà que ver si este momento wagneriano que nos toca transitar, post-pandémico, bélico, climático y azotado por una seria crisis energética y de inflación, es el marco temporal propicio para una norma que apuesta por la prevención, por el orden y por aguar la fiesta si hace falta a la primera señal de flaqueza, pero de lo que no hay duda es de que si este nuevo Derecho de insolvencia nos invita a dedicar nuestros esfuerzos a pensar en algo... ese algo es lo preconcurusal.

Vicente Vilella

Abogado
y miembro
del Consejo
Ejecutivo de
la Sección
de Derecho
Concursal ICAV



02

EDITORIAL:
VICENTE VILELLA

04

ENTREVISTA:
ENRIQUE SANJUÁN
Magistrado de la
sección 6ª de la
audiencia provincial de
Málaga.

08

ARTICULO:
ANTONIO GARCÍA
Una visión general del
nuevo Procedimiento
especial para
microempresas

14

ARTÍCULO:
JOSÉ ANDREU
La nueva figura
del experto en
reestructuraciones en
la Ley Concursal.

18

ARTÍCULO:
JAVIER BADENAS
La Declaración
de Concurso de
Acreedores y
su efecto sobre
los contratos de
distribución.

21

NOVEDADES
LEGISLATIVAS

22

JURISPRUDENCIA

24

FORMACIÓN
PROGRAMADA

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL ICAV

NÚMERO 03/2022

[Edita] Sección de Concursal del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887

Web: www.icav.es

[Director] Álvaro Sendra Albiñana [Coordinadoras] Paola Melo y Ascensión Ribelles

[Colaboradores] Álvaro Sendra Albiñana, Vicente Vilella, Antonio García Cortés, José Andreu Llópez,

Javier Badenas Boldó

[Imágenes] Por Freepik.

Las opiniones que figuran en la publicación “CONCURSAL ICAV” pertenecen exclusivamente a sus autores.

ENRIQUE SANJUÁN Y MUÑOZ

MAGISTRADO DE LA SECCIÓN 6ª DE LA ILUSTRÍSIMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

Magistrado de la Sección 6ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Málaga (especializada en asuntos mercantiles) Enrique Sanjuán y Muñoz es Doctor en derecho y persona altamente comprometida con la docencia y formación jurídica. Inagotable estudioso, es especialmente activo en redes sociales, que utiliza con carácter exclusivamente divulgativo y al objeto de promover el debate y el intercambio de ideas y de interpretaciones jurídicas.

¿Casado? ¿Hijos?
Casado y con dos hijas.

Su libro favorito.

Seguramente el siguiente, pero uno de ellos el Quince de Charles Pallicer, en donde se llega a apreciar la distinción en la aplicación del derecho de equidad y la ley en el sistema anglosajón. Son cinco partes con ciento veinticinco capítulos, como ciento veinticinco son los elementos del quince de quince que entrelaza a cinco familias en el mismo.

Una película a destacar.

Cualquiera de ciencia ficción, aunque para destacar una "El increíble hombre menguante" de 1957 (Jack Arnold) y una frase final de la misma: *lo increíblemente grande y lo increíblemente pequeño se encuentran en un momento dado para cerrar el círculo.*

¿Aficiones?

Sin duda leer, andar y realizar actividades educativas activas y pasivas.

¿Las vacaciones ideales?

Siempre con la familia y descubriendo nuevas culturas, la última experiencia Filipinas.

Magistrado-Juez, Doctor en derecho, Profesor Asociado de la universidad de Málaga... ¿cómo compagina sus labores docentes y formativas con el ejercicio profesional como magistrado de una Audiencia como la de Málaga?

Bueno, de primeras la compatibilidad debe ser necesariamente temporal porque anualmente la tienen que dar desde el Consejo General y necesariamente en horarios compatibles. A partir de ahí es cuestión de organización, de ocupar muchos fines de semana y muchas horas que serían libres y mucho de pasión. Lo principal que ves al alumnado crecer y posteriormente te lo encuentras en la Sala con des-

trezas que sabes que has ayudado a formar. Esa sensación es un impulso para quienes compatibilizamos dichas actividades.

A lo largo de todos estos años le hemos visto participar en numerosos cursos de formación jurídica, es Ud. muy activo en redes profesionales y es autor de innumerables artículos, comentarios, etc... ¿se podría decir que la formación y la docencia es su otra gran pasión?

Sin duda la formación que doy y la formación que recibo. Como juez tengo una suerte inmensa porque en cada pleito, en cada vista, en cada juicio aprendo de al menos dos profesionales jurídicos que dan su visión distinta de un mismo asunto. Eso hace que aprendamos mucho más rápido que los demás. Como formador aprendo de mi alumnado que cada año ofrece perspectivas diferentes de la misma materia y nos permite ir desarrollando nuevas herramientas. Como alumno aprendo de los mejores y sobre todo aprendo más que cuando eres un joven estudiante porque no tienes ni la presión ni la obligación y descubres que lo haces solo porque quieres y te gusta.

¿Por qué y cuándo decidió dedicarse al mundo del derecho?

Un amigo vino a verme casi al terminar el instituto y me preguntó que qué iba a hacer de carrera. Le dije que o sería medicina (yo soy de ciencias puras) o derecho. Finalmente opté por esta última precisamente porque vengo de una familia de comerciantes que a su vez procedían de comerciantes y que desde siempre han tenido que bregar con contratos, impuestos y reclamaciones. Descubrí un mundo de injusticias si no sabías desenvolverse en el mismo, así que posiblemente fuera por eso. Ese mismo amigo, que estudió derecho conmigo, vino a verme al terminar derecho y me propuso, junto con otro, montar nuestro propio despacho. En ese momento, precisamente en ese, había tenido una clase de procesal apasionante, en donde el asunto

que estudiábamos en la Facultad de Derecho de Granada versaba sobre una respuesta judicial a un tema de obligaciones y la imagen del juez estaba muy viva en la respuesta justa dada para resolver la cuestión. Les contesté que pensaba preparar oposiciones a judicatura y así fue.

¿Tenía algún antecedente familiar, próximo o conocido que estuviera relacionado con el mundo de la justicia y que le acercara al mismo?

Ninguno. Es más, en el momento en que planteé que iba a preparar oposiciones, alguien me dijo que era imposible porque se trataba de un sistema cerrado en donde solo hijos de... podían acceder y que era raro que otros entrarán salvo para justificar el sistema. En ese momento recuerdo haber respondido que si había una oportunidad por ese lado, esa sería la mía. Así que hoy ya no soy el único de la familia que ha estudiado derecho y algunos familiares cercanos han seguido el mismo camino.

¿Desearía que alguna de sus hijas hiciera la carrera judicial?

Realmente lo que me gustaría es que fueran felices y tuvieran salud. A partir de ahí lo que quieran, aunque parece que una lleva el camino. Lo más importante de ser juez (o jueza) es que el sentimiento de poder aportar algo a la sociedad queda cumplido en cada asunto. Eso es lo que puedo ofrecer a mis hijas de experiencia para que sepan elegir en el futuro.

La recientemente aprobada reforma de la ley concursal para transposición de la directiva europea 2019/1023 prevé cambios importantes en nuestro sistema concursal. En términos generales ¿qué espera de la nueva ley?

Lo que espero es que nosotros (mis compañeros y yo mismo) la apliquemos con prudencia, de forma armonizada e intentando servir a los prin-

cipios que rigen dicha Directiva y que no siempre se han transpuesto bien en la norma. Se trata de buscar la viabilidad de, permitirme la expresión, las empresas viables y la liquidación de las que no lo son, para conseguir no afectar el mercado, la competencia, los trabajadores o el propio sistema. Por lo demás, no creo que se produzca un cambio cultural que sería lo importante para que nuestro sistema empresarial comenzara a tener confianza en el sistema.

Parece que la tradicional finalidad de "mejor satisfacción de los acreedores" que se le atribuía al derecho concursal ha sido sustituida o complementada por aquella tendente a la salvaguarda y continuidad de empresas y actividades productivas... ¿Lo entiende así? ¿Cree que ambas finalidades son incompatibles o por el contrario existe posibilidad de complementarlas?. En esencia, ¿estamos ante un nuevo paradigma del derecho concursal que antepone la continuidad empresarial a la mejor satisfacción de los acreedores?

Bueno no lo creo. En principio es cierto que se pretende que si eres viable continúes y que el sacrificio entonces se te pueda exigir, tanto a través del mejor interés del acreedor como límite, como en el principio de relatividad en el supuesto de microempresas que convive con aquel. Se trata de no buscar el mejor interés del acreedor a pesar de todo, sino de buscarlo en el interés global de todos y de la viabilidad de la empresa. Esto es posiblemente lo que haya cambiado y relativice eso de sobre todo pagar a los acreedores por encima de todo. Es evidente que de lo que se trata es de pagar al acreedor pero eso puede hacerse, en la empresa viable, un poco más tarde, con un poco de sacrificio y con ello conseguir que el sistema económico empresarial y laboral sufra menos.

Plan de reestructuración: ¿Cree que la introducción de esta figura cumplirá su objetivo de que las empresas reestructuren su deuda y acudan a este sistema en un estadio más temprano que con los antiguos remedios existentes (acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos)?, ¿no opina que el empresario español no es tan previsor y posterga o no asume anticipadamente su situación de insolvencia?

Es triste pero el sistema cultural español no es previsor en ello. La situación de la mayoría de las empresas es que tendrán el Plan de Continuación más que Plan de Reestructuración y que entrar en ello es posiblemente algo a lo que el empresario tendrá miedo precisamente porque sucede que el proveedor (aún a pesar de las normas nuevas sobre contratos) deja de proveer y el deudor (por si acaso) deja de pagar. No obstante las herramientas son muchas y si los juzgados fueran capaces de gestionar los procedimientos de insolvencia (por no soportar la carga de trabajo que se soporta) con rapidez,



entonces a lo mejor podría funcionar. Veremos diferentes ritmos en los juzgados según el colapso de estos. Además, hay una crítica que se ha venido haciendo desde el principio a la "no desposesión" del deudor como regla general que a mi entender es importante para que cambie ese sistema cultural y que es la más importante arma de las que nos ha dotado, por fin, la norma concursal. Es importante destacar que sin embargo tenemos un cuerpo de jueces de lo mercantil entregados, conocedores del sistema, estudiosos e interconectados y esto es tremendamente importante para el éxito de la aplicación de la norma.

Beneficio de Exoneración del pasivo insatisfecho. En relación al Crédito Público, ¿entiende que en la nueva ley -pese al acogimiento en parte de las últimas enmiendas formuladas- existe una indebida incorporación de la Directiva Europea 2019/1023 en este punto? ¿No cree que hay una tendencia legislativa exagerada de sobreprotección del mismo?

De primeras efectivamente existe una desproporcionada protección del crédito público incompatible con la empresa viable y su viabilidad. El paso por el ministerio de economía ha sido dramático para mantener esa viabilidad. No es solo la sobreprotección sino la admonición o la pérdida de posibilidades simplemente porque no se comunique en plazo alguna medida a la administración tributaria. Al principio el legislador puso el acento en el tema de la competencia y vino a mantener, desde 2003, que no podía exonerar porque era contrario a la competencia. Alemania demostró con su normativa que no era así y finalmente poco a poco, pero ya en 2014/2015 empezamos a entender que no es posible dejar en la muerte civil a una persona natural honesta simplemente por haber tenido mala suerte en los negocios. Luego la limitada y denominada "normativa" restricción al deudor de buena fe (que como vemos ha cambiado en la nueva estructura aunque mucho me temo que se va a mantener como interpretación), la obligación de que se fuera a un procedimiento liquidatorio para exonerarse presentando un plan de pagos que partía de que no tenía nada o la limitación al honorado de poder hacer negocios simplemente por esa mala situación que puede ser incluso exógena. El legislador ha creído que quitando eso de "beneficio" para recoger que en realidad es como un derecho ya cambia todo, pero limita la exoneración y pone trabas a la misma en el crédito público que si vemos no siempre alcanzará (de hecho, en la mayoría de los supuestos) los diez mil euros porque ese límite es de 5000 los primeros y del máximo al 50% hasta alcanzar los 5000 como límite en el resto. Esta simple cuenta pone de manifiesto que el legislador no cree en la exoneración de la persona natural.

¿Cuál es su opinión en cuanto a la supresión, en la nueva ley, de la figura ministerio fiscal en la pieza de calificación? ¿Y en cuanto al mayor protagonismo de los acreedores en la sección 6ª? ¿Puede provocar esto mayor litigiosidad?

La figura del Ministerio Fiscal era simplemente anecdótica en la norma concursal y su desaparición de la misma (y aparición como institución vigilante de delitos) no es trascendente. El hecho de que pueda o no haber mayor litigiosidad depende precisamente, permitirme la expresión, "del despecho" y de ahí quizás la pregunta. Pero la realidad es que esto es un tema de negocios y de empresa y que el hecho de mantener una acción, aún a pesar de saber que no existe nada para ganarla, es contrario al concepto de emprendedor. Por eso creo que está bien residiada en el acreedor.

En términos generales ¿cómo valora el procedimiento especial para microempresas? ¿Lo estima necesario? ¿No le parece que en ciertos aspectos se descuida en demasía el rigor y la seguridad jurídica?

La regulación de microempresas tiene buena intención, mucha remisión y mucha indeterminación por lo que seguramente planteará dudas, generará interpretaciones diferentes y motivará la necesidad de que el Tribunal Supremo deba pronunciarse para unificar criterios, pero también tiene muy limitado el recurso por lo que seguramente nos encontraremos en escenarios diferentes según el lugar donde se aplique. A mí en particular me gusta la idea pero la hubiera completado mucho más que lo que está. Por lo demás espero que la implementación de formularios (que deberían ser dinámicos y no estáticos) y su tramitación telemática no tenga la problemática de limitaciones tecnológicas que en cada momento nos encontramos cada vez que se pretende este tipo de desarrollo. Cruzamos los dedos.

Álvaro Sendra Albiñana

Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV



Plataforma de liquidación

PARA LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Eactivos.com conoce las necesidades de la Administración Concursal y realiza un acompañamiento personalizado de cada procedimiento para asegurar el máximo valor de los activos.

¿Qué ofrece eactivos.com?

Más de 12 años de experiencia
 Valor de realización superior al 70%
 Notificaciones certificadas
 Búsqueda eficiente de inversores
 Cuidada atención al cliente

Contacto

info@eactivos.com

96 350 44 76

www.eactivos.com

UNA VISIÓN GENERAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 6 de septiembre se publicó en el BOE la anunciada Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, "Ley de reforma concursal" o "LRTRLC"). Entre sus principales novedades podemos destacar el nuevo procedimiento especial que se aplicará a las microempresas de nuestro país que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que cumplan, además, los requisitos establecidos legalmente.

Como se explica en el Preámbulo V de la Ley de reforma concursal, con este nuevo procedimiento se pretende dar solución a la crisis de las microempresas, que en nuestro país constituyen el 93,82% de la totalidad de las empresas, implantando un sistema que incremente las posibilidades de continuidad de las empresas viables y que ofrezca instrumentos eficaces de salida de mercado a aquellas otras que no tengan valor añadido.

Es obvio que los instrumentos establecidos dos años atrás por el Texto Refundido de la Ley Concursal, no han resultado ser herramientas eficaces para ayudar a estas microempresas a salir de las situaciones de crisis empresarial, bien sea a través del acuerdo extrajudicial de pagos - cuyo uso ha sido más bien residual -, o del concurso de acreedores.

Por todo ello, nuestros legisladores han diseñado un procedimiento especial incorporando un nuevo libro tercero en la LRTRLC denominado "Procedimiento especial para microempresas" integrado por los artículos 685 a 720, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023 debido básicamente a la necesidad de preparar tanto la plataforma electrónica que ayudará a liquidar los bienes de las compañías deudoras, como los formularios normalizados accesibles en línea en los que descansará dicha tramitación.

En el presente artículo analizaremos las reglas comunes aplicables a dicho procedimiento

especial que ocupan el título I del libro III de la LRTRLC y cuyo contenido se desarrolla en los artículos 685 a 696 de la Ley de reforma concursal.

II. DISPOSICIONES GENERALES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO

1. Presupuesto subjetivo: ¿Qué entendemos por microempresa?

El artículo 685 de la LRTRLC delimita el ámbito subjetivo al que resultará de aplicación el procedimiento especial, entendiendo por microempresa "aquellas personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características":

- (i) haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores.
- (ii) tener un volumen de negocio inferior a 700.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

Sin duda alguna nos encontramos ante una de las mejoras introducidas en la Ley de reforma concursal durante su reciente tramitación parlamentaria, al rebajar el umbral de los límites establecidos originalmente en el Anteproyecto de reforma concursal publicado por el Ministerio de Justicia en agosto de 2021, el cual requería un volumen de negocio en la microempresa de 2.000.000 euros, lo que en la práctica hubiera supuesto que el 90% de las empresas que entraran en concurso habrían tenido que acogerse a este procedimiento especial, en detrimento del procedimiento concursal ordinario.

2. Presupuesto objetivo: situación de insolvencia del deudor

El presupuesto objetivo delimitado en la LRTRLC es amplio, ya que para acogerse a

este procedimiento especial la microempresa debe de encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- Probabilidad de insolvencia (situación pre-concursal): es decir, cuando la microempresa prevea de manera objetiva que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones a la fecha de vencimiento de éstas.
- Insolvencia inminente (situación concursal): a saber, cuando el deudor prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones
- Insolvencia actual (situación concursal): cuando el deudor no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Además en este último supuesto, se establece la obligación para el deudor de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual.

3. Reglas procesales especiales del procedimiento

Sin duda una de las principales novedades que nos trae la LRTRLC con relación al procedimiento general ordinario, es la simplificación procesal que en el procedimiento especial se llevará a cabo a través de las siguientes medidas:

- (i) Se eliminan, con carácter general, las vistas orales presenciales que se sustituirán por vistas virtuales.
- (ii) Se sustituye el sistema tradicional de presentación de escritos en papel ante el juzgado por la entrega de formularios formalizados electrónicos, predeterminados, accesibles en línea, sin coste, y cuyo envío se producirá de forma telemática.
- (iii) Se faculta al juez para dictar resoluciones de manera oral al final de la vista. En el caso de sentencias, se documentará en un soporte audiovisual apto para la grabación y reproducción de la imagen y sonido, dándose traslado a las partes personadas de copia o acceso electrónico de la grabación original, en caso de que aquellas puedan ser recurridas.



- (iv) Con el fin de agilizar el procedimiento, con carácter general, las decisiones judiciales no serán recurribles.

Por último hay que destacar el hecho de que la participación del deudor en el procedimiento especial requerirá asistencia letrada y representación procesal mediante procurador, cuestión que había sido puesta en entredicho en el inicio del Anteproyecto de Ley de reforma concursal y que, con acierto, ha sido introducida en la nueva Ley de reforma concursal, si bien, continúa siendo discutible que la participación de otros profesionales (mediador, administrador concursal, experto en reestructuración) sólo se exija para ejecutar determinadas funciones o cuando lo soliciten las partes y asuman su coste.

4. Consecuencias de la presentación de información o documentación gravemente falsa o inexacta.

El pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada por el deudor en el procedimiento especial. Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de información incorrecta o no enteramente veraz por parte del deudor tiene consecuencias graves, siendo causa expresa de calificación culpable y poniéndose en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

En este sentido el artículo 688.2 segundo párrafo de la LRTRLC establece una presunción “iuris et de iure” al entender que el deudor incurrirá en inexactitud grave “cuando el importe total de un ejercicio, del pasivo o el del activo o el de los ingresos o el de los gastos fuese realmente superior o inferior al veinte por ciento del consignado en el formulario, siempre que suponga un importe de al menos 10.000 euros”.

III. LA COMUNICACIÓN POR EL DEUDOR DEL INICIO DE NEGOCIACIONES Y LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

El procedimiento especial único es un procedimiento formal en el que se contempla en primer lugar un periodo de negociación con los acreedores durante el cual, como veremos, puede prepararse un plan de continuación o de enajenación de la empresa en funcionamiento.

Finalizado dicho periodo, se podrá iniciar un procedimiento flexible y de bajo coste por parte

de los legitimados para ello que debería llevar a una liquidación rápida (fast-track) de la sociedad o a un proceso de continuación de rápida gestión y flexible. A continuación examinaremos cada una de estas posibilidades.

1. La comunicación por el deudor del inicio de negociaciones.

El artículo 690 de la Ley de reforma concursal regula con detalle la posibilidad que se ofrece al deudor de comunicar al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores con el fin de acordar: (i) un plan de continuación, o (ii) la enajenación de la empresa en funcionamiento, siempre que el deudor se encuentre en alguna de las tres situaciones de insolvencia que le permitan acogerse al procedimiento especial.

Como novedad, la comunicación se realizará por medios electrónicos a través de un formulario normalizado, disponiendo desde entonces el deudor de un plazo de tres meses no prorrogable para negociar con los acreedores, quedando durante dicho periodo en suspenso, tanto las ejecuciones sobre los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, como el deber legal de acordar la disolución por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

Tampoco se tramitarán durante ese periodo las solicitudes de procedimiento especial por legitimados distintos del deudor, quedando en suspenso las solicitudes anteriores y no tramitadas.

Si bien se aplican supletoriamente las normas sobre comunicación de apertura de las negociaciones con los acreedores del libro segundo, título II, capítulo I y II, no resulta preceptivo el nombramiento de experto en el periodo de negociación abierto a solicitud del deudor.

Finalmente, transcurridos los tres meses desde el inicio del periodo de negociaciones, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia actual deberá solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los cinco días hábiles siguientes.

2. La apertura del procedimiento especial.

La apertura del procedimiento especial tiene potestad de solicitarla tanto el deudor

como los acreedores y los socios personalmente responsables, también a través de la presentación de un formulario normalizado, sin coste para el solicitante, que se presentará y tramitará electrónicamente bien a través de la sede judicial electrónica, bien en las notarías u oficinas del registro mercantil o cámaras de comercio que hayan asumido tales funciones.

Una vez presentada, la solicitud se remitirá al juzgado competente que será el mismo que corresponda en caso de concurso de acreedores y será examinada por el Letrado de Administración de Justicia, quien comprobará que se cumplen los requisitos legales establecidos en cada caso, pudiendo bien admitirla por decreto o bien conceder un plazo de tres días al solicitante para subsanar los posibles defectos de presentación.

Por último, el solicitante deberá elegir en la apertura entre el inicio de un procedimiento de continuación o uno de liquidación (fast-track), si bien existen pequeñas diferencias en caso de que el procedimiento sea solicitado por el deudor o por el resto de legitimados que examinaremos a continuación.

a) Solicitud por parte del deudor.

A diferencia de la solicitud instada por los acreedores u otros legitimados, en la presentada por el deudor se establece la obligación de comparecer asistido por abogado.

Si el deudor es persona jurídica, el órgano competente para solicitar la apertura es el de administración.

Al mismo tiempo, se establece la obligación de solicitar la apertura de este procedimiento especial en el plazo de un mes, una vez transcurridos tres meses desde el incumplimiento de las obligaciones tributarias, cuotas de seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta, salarios, indemnizaciones o demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo. De incumplirse dicho plazo, el plan de continuación y las quitas y esperas que, en su caso, se acuerden no afectarán a los créditos tributarios y de seguridad social. Además, se establecen una serie de obligaciones adicionales para el deudor.

En primer lugar, si el deudor solicita el procedimiento de continuación, dispondrá de 72 horas para informar a la AEAT y TGSS. El incumpli-

miento de dicha obligación se sancionará con la exclusión a los créditos públicos de las quitas y esperas que, en su caso, se acuerden.

Por último, y con el objeto de reducir la carga de los juzgados y agilizar el proceso concursal, el deudor tiene la obligación de comunicar a los acreedores y al Letrado de la Administración de Justicia, la apertura del procedimiento especial, permitiéndoles el acceso a toda la documentación presentada en el juzgado y publicándose en el Registro público concursal.

b) Solicitud por acreedores u otros legitimados.

En este supuesto, se requiere que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, no habiendo previsto el legislador que el acreedor deba comparecer asistido por abogado y representado por procurador.

Al igual que sucede con la solicitud presentada por el deudor, el formulario deberá recoger un contenido mínimo, si bien como novedad en el presente caso, al inicio del procedimiento por parte del acreedor, el deudor tendrá la facultad de modificar el itinerario marcado por aquel en los siguientes términos: (i) si el acreedor solicitó un procedimiento de continuación, el deudor podrá imponer la liquidación siempre que se esté en situación de insolvencia actual; y (ii) si el acreedor solicitó un procedimiento de liquidación, el deudor podrá poner en marcha un procedimiento de continuación.

c) Auto de apertura y posibilidad de conversión del procedimiento especial.

La apertura del procedimiento especial se realizará mediante auto dentro de los dos días hábiles siguientes a la admisión a trámite de la solicitud, o, en caso de oposición del deudor, en el auto que la resuelva.

Es el Letrado de la Administración de Justicia, quien se encargará de notificar la resolución al deudor y, en su caso, al acreedor solicitante, así como de su remisión al Registro Público Concursal.

Como sabemos, tanto el deudor como los acreedores solicitantes podrán optar entre un procedimiento especial de liquidación o uno de continuación, si bien se establece la posibilidad, una vez comenzada la tramitación de un procedimiento de continuación,



de que los acreedores que representen una mayoría del pasivo puedan, en cualquier momento, forzar la liquidación en el caso de que el deudor sea insolvente.

IV. EFECTOS DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

1. Efectos generales de la apertura del procedimiento especial.

Desde la apertura del procedimiento especial hasta su conclusión se establecen los siguientes efectos generales:

a) El deudor mantiene sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, que podrán ser sometidas a limitación, si bien sus actos de disposición siempre deben ir dirigidos a la continuación de la actividad profesional o empresarial.

b) Se protege expresamente el crédito comercial, al prohibirse, salvo supuesto de fraude, la rescisión de las compensaciones de crédito producidas en el marco de un contrato de cuenta corriente o de financiación del circulante, en el ámbito de la actividad empresarial o profesional ordinaria, dentro de los tres meses anteriores al comienzo del procedimiento especial.

c) Como regla general, se produce la suspensión de las ejecuciones sobre el patrimonio de las microempresas con la finalidad de preservar el valor de la empresa en funciona-

miento hasta que se alcance un plan de continuación o la venta de la unidad productiva, si bien en el caso de bienes y derechos sometidos a garantía real, sólo se producirá la suspensión cuando lo solicite expresamente el deudor y se reúnan los requisitos legales para ello.

2. Efectos de la apertura del procedimiento de continuación y del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento.

En primer lugar, seguirán vigentes las obligaciones recíprocas de los contratos pendientes de cumplimiento.

En segundo lugar, se suspenderá el deber legal de acordar la disolución por pérdidas cualificadas en tanto se tramite el procedimiento especial de continuación.

Por último, la apertura del procedimiento de liquidación no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes, ni serán válidas las cláusulas que permitan la resolución anticipada en caso de liquidación.

3. Efectos de la apertura del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento.

La apertura de la liquidación supone la disolución de la sociedad y con carácter general se producirá el vencimiento anticipado de los

créditos aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

V. ACCIONES PARA INCREMENTAR EL PATRIMONIO A DISPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

El capítulo IV del título I del libro III regula dos tipos de acciones para incrementar el patrimonio del deudor: las acciones rescisorias y las acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora.

El ejercicio de la acción corresponderá al administrador concursal, nombrado específicamente al efecto o previamente nombrado con carácter general en el procedimiento. En el primer supuesto, su nombramiento deberá ser solicitado por acreedores que representen al menos el 20% del pasivo total y podrá ser rechazado por acreedores con porcentaje superior, salvo que los solicitantes asuman el coste del pago de la retribución.

Este tipo de acciones sólo podrán ejercitarse en caso de insolvencia del deudor y podrán ser cedidas o transmitidas a un tercero, generando así liquidez para la masa, mejorando las opciones de cobro de la generalidad de los acreedores y pudiendo ser incluidas como un activo más en el sistema de generación de recursos para el pago de los créditos del plan de continuación.

VI. CONCLUSIONES

No podemos sino calificar como loable la intención del legislador de modernizar y dar solución a la crisis de las microempresas siguiendo la línea marcada por la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 que transpone la Ley de reforma concursal.

Sin embargo, son muchas las incertidumbres que se ciernen sobre la aplicación práctica de esta nueva reforma.

Así, la Disposición final decimonovena de la Ley de reforma concursal establece que la entrada en vigor del procedimiento especial no tendrá lugar hasta el 1 de enero de 2023, entendiéndose, por tanto, que las solicitudes de concurso realizadas por las microempresas desde la entrada en vigor de la nueva Ley, que tendrá lugar el próximo 26 de septiembre, y hasta fin del presente año se tramitarán por

el régimen general, penalizándose así a las pymes de nuestro país que después del fin de la moratoria concursal se verán obligadas a presentar concurso bajo un procedimiento que no es el que el legislador ha previsto para ellas.

Por otro lado, la agilidad en el procedimiento especial que aboga la nueva reforma concursal requerirá de dotar de mayores medios a los juzgados mercantiles de nuestro país, ya que precisamente la simplificación procesal estructural que defiende requerirá mayor agilidad por parte de los profesionales en la tramitación de este tipo de procedimientos. Por último, falta por ver si los deudores insolventes cumplirán con las nuevas funciones que les asigna el legislador y que antes de la nueva reforma concursal correspondían al propio juzgado competente como la obligación de comunicar a los acreedores la apertura del procedimiento.

En definitiva, son lógicas las dudas que nos plantea la puesta en marcha del nuevo procedimiento especial para microempresas, lo cual no es óbice para reconocer las buenas intenciones del legislador plasmadas en el nuevo texto recientemente publicado. El tiempo dirá.

**Antonio
García
Cortés**

*Abogado,
socio
procesal de
Alentta*



LA NUEVA FIGURA DEL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES EN LA LEY CONCURSAL



1.- INTRODUCCIÓN

Con la reciente aprobación de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), tal y como se indica en la Exposición de Motivos, se regula una *"nueva figura en el derecho español"*, denominada EXPERTO ENCARGADO DE LA REESTRUCTURACIÓN (en adelante ER). En concreto, se trata de una figura impuesta por la Directiva Europea, de designación obligatoria en determinados supuestos y que finalmente ha quedado regulada únicamente en dos capítulos (nombramiento y estatuto) dentro del Título IV del nuevo Libro Segundo del TRLR, dedicado al Derecho Preconcursal. No obstante, también se hace referencia a la figura del ER en los libros primero y tercero del texto reformado.

2.- ¿QUÉ ES UN EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES?

En la Exposición de Motivos del texto reformado, se pone de manifiesto que nos encontramos ante una figura más próxima a un MEDIADOR que facilita la negociación entre las partes, ayuda a los deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración y, en su caso, facilita las decisiones judiciales cuando haya algún tipo de controversia.

En la práctica, esta figura siempre ha existido dentro de los procesos de renegociación de deudas empresariales, refinanciaciones, etc., si bien no constaba su regulación hasta la fecha. Se trata de un profesional (abogado, economista, auditor) que asiste a las partes en negociación, poniendo en

valor sus conocimientos al servicio de las empresas que han llevado a cabo procesos de reestructuración.

3.- NOMBRAMIENTO DEL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES

¿Quién puede ser nombrado ER?

De acuerdo con el texto aprobado, pueden ser nombradas aquellas personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan los conocimientos especializados, jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones o que acrediten los requisitos para ser nombrados como Administradores Concursales.

En este sentido, va a ser importante la labor de los diferentes Colegios Profesionales en materia de formación especializada en reestructuración de empresas a sus colegiados. En la propia Exposición Motivada se hace referencia a que si no hay acuerdo entre las partes (deudor/acreedores) el nombramiento de ER se producirá por el juez de entre los "inscritos en las listas de expertos en la reestructuración".

Para la realización eficiente de las tareas como ER, es muy importante la existencia de personas jurídicas integradas por profesionales tanto de la materia jurídica como económica.

¿Cuándo procede el nombramiento de ER?

Procede el nombramiento principalmente cuando lo solicite el deudor que pretenda alcanzar un Plan de Reestructuración (PR) o bien cuando lo soliciten acreedores que representen un determinado umbral de pasivo que pueda verse afectado por el plan. En otros casos, pueden ser nombrados cuando se solicite por el deudor la suspensión de ejecuciones y cuando se pretenda homologar un PR cuyos efectos se extiendan a acreedores o socios que no hubieran votado a favor del plan.

¿Quién nombra al ER y quién se hace cargo de su retribución?

El nombramiento lo realiza el juez mediante auto y debe de nombrar a la persona que propongan (deudor y/o acreedores) siempre que reúna las condiciones previstas en la ley concursal.

La retribución del ER será, en general, a cargo de quien haya solicitado su designación (deudor/acreedores) salvo que el Plan de Reestructuración que se homologue prevea otra circunstancia.

En el supuesto de que el deudor sea una *"microempresa"*, el nombramiento deben realizarlo de mutuo acuerdo el deudor y los acreedores que representen más del 50% del pasivo total. Si no se pusieran de acuerdo, lo nombrará el juez. La retribución del ER irá a cargo de quien lo proponga.

4.- ¿QUÉ FUNCIONES / TAREAS DEBE REALIZAR EL EXPERTO EN REESTRUCTURACIONES?

El nuevo texto hace referencia a las funciones del ER en un solo artículo al que dedica únicamente tres líneas, estableciendo que *"el experto asistirá al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del Plan de Reestructuración, y elaborará y presentará al juez los informes exigidos por esta ley y aquellos otros que el juez considere necesarios o convenientes"*.

A lo largo del articulado del nuevo texto, principalmente en el Libro Segundo, se va haciendo referencia a la figura del ER. En concreto, destaco las siguientes menciones:

- Nueva Sección Quinta en el Registro Público Concursal dedicada a los Planes de Reestructuración, en la que se habilitará una "subsección" relativa a los ER, con inserción alfabética de los expertos con sus respectivos nombramientos.
- La solicitud de nombramiento de ER por el deudor debe expresarse en la comunicación de la apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un Plan de Reestructuración.



- La resolución judicial sobre la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores deberá contener la identidad del ER nombrado.
- El ER no interviene ni supervisa las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor.
- El ER debe emitir informe cuando el deudor solicite la paralización/prohibición de ejecuciones al juez (cuando resulte necesario para el buen fin de las negociaciones). La opinión debe ser favorable para que se pueda acordar la suspensión.
- El ER debe emitir informe cuando el deudor solicite la prórroga de los efectos de la comunicación de inicio de negociaciones (hasta 3 meses adicionales). El informe debe ser favorable para que se pueda acordar la prórroga.
- El ER puede solicitar al juez que deje sin efecto la prórroga del plazo de negociaciones.
- El ER puede solicitar al juez que deje en suspenso la solicitud de concurso voluntario que presente el deudor. No se podrá suspender a solicitud del ER en los supuestos de empresas con volumen no superior a los 49 trabajadores y a los 10 millones de euros de volumen de negocios o balance general anual.
- El ER solicitará al LAJ del juzgado competente que ordene la publicación de un Edicto en el Registro Público Concursal con indicación del lugar donde se puede examinar el Plan de Reestructuración, siempre que no fuera posible su comunicación de forma directa.

- El ER deberá quedar identificado en el Plan de Reestructuración.
- El ER deberá expedir certificación sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el Plan de Reestructuración. Se incluirá el certificado en el referido Plan.
- Una de las funciones más relevantes para el ER es la elaboración de un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa cuando no se consensuen los planes de reestructuración. Es un requisito necesario para la homologación del Plan de Reestructuración cuando no sea aprobado por todas las clases de acreedores.
- El ER no puede ser nombrado Administrador Concursal al haber intervenido en la negociación del Plan de Reestructuración del deudor.
- El ER puede intervenir también en el Procedimiento Especial para Microempresas a solicitud del deudor o de los acreedores. En concreto, sus funciones se encuadran en el Plan de Continuación (actual Fase de Convenio), con facultades de propuesta del plan, posibilidad de emitir opiniones técnicas que puedan afectar a la formación de la voluntad de los acreedores en relación al plan e incluso con facultades de mediación entre el deudor y sus acreedores.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN

.- Nos encontramos con una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico pero que en la práctica ha existido de alguna manera cuando los profesionales (abogados, economistas y auditores) han asesorado en los procesos de reestructuración de las empresas.

.- Es importante la labor que queda por delante de nuestros Colegios Profesionales en orden a impartir la formación correspondiente para la especialización de los colegiados en las reestructuraciones de empresas, lo que redundará en la correcta

formación de listas de expertos para las actuaciones profesionales.

.- El Experto en Reestructuraciones es un profesional clave en el proceso de negociación de un Plan de Reestructuración, en concreto, verifica, supervisa, colabora, da seguridad al proceso, tranquilidad para los acreedores, etc..., lo que puede favorecer el éxito de la aprobación del referido plan.

José Andreu López

*Economista
- Auditor -
Administrador
Concursal*



LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES Y SU EFECTO SOBRE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN LOS CONTRATOS: RÉGIMEN GENERAL Y EXCEPCIONES. III. LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 159 TRLC. IV. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

En el Derecho concursal en vigor, la cuestión planteada debe encuadrarse en el ámbito del principio general de empresa en funcionamiento consagrado en el TRLC, a través del cual, la declaración de concurso no supone la interrupción de la actividad profesional que ejercía la empresa previa a su declaración en concurso. A saber, la continuidad de la mencionada actividad profesional, no solo tiene carácter absoluto, sino que además se encuentra limitado por la propia finalidad del concurso, siendo ésta, la satisfacción de los acreedores. A partir de este propósito, el mantenimiento de la actividad del concursado se considera un medio para evitar la pérdida del valor empresarial en beneficio de sus acreedores. En consecuencia, debe perseverarse que la declaración del concurso no es causa suficiente para la extinción de los contratos de distribución, sino todo lo contrario, la regla general debe ser su continuación.

II. Efectos de la declaración de concurso en los contratos: régimen general y excepciones

Sobre el principio mencionado de continuidad de la actividad empresarial ha de revolverse la problemática con respecto a la dinámica de la ejecución de los contratos de distribución no finalizados una vez declarado el concurso de una de las partes.

Atendiendo a la naturaleza de los contratos de distribución, siendo estos contratos de gestión de negocios ajenos no les ha hecho merecedores de un tratamiento singular en

el TRLC, pudiéndose haber justificado el mismo, por su carácter de tracto sucesivo o, por la relevancia de los elementos personales en su contexto, observando a su carácter *intuitu personae*, al estar basados en una relación de confianza recíproca entre las partes. Por esa razón, en ausencia de tal especialidad, debemos acudir al régimen general de los contratos en el concurso de acreedores, previsto en el Capítulo IV, Título III, arts. 156 a 165 del TRLC, con el objetivo de abordar los efectos del concurso sobre los contratos de distribución, mediante la pretendida imposibilidad de resolución o extinción establecida en el art. 156 TRLC.

El art. 156 TRLC se refiere a situaciones de normalidad contractual, es decir, cuando ninguna de las partes ha descuidado sus obligaciones y no existe incumplimiento, proclamándose la vigencia de los contratos como medida complementaria e instrumental del mencionado principio general de continuación de la actividad profesional fundado en art. 111.1 TRLC. Sin embargo, el Texto Refundido de la LC en los arts. 157 y 158 realiza la diferenciación entre aquellos contratos en los que una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tiene pendiente el cumplimiento (total o parcial) de las suyas en el momento de la declaración de concurso y, por otro lado, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, sometidos cada uno de los supuestos a un régimen jurídico diferente. En primer lugar, en el caso en el que una de las partes haya cumplido íntegramente con sus obligaciones, establece el art. 157 TRLC que, *"el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"*. Y, en segundo lugar, siendo aquel supuesto en el que ninguna de las partes ha cumplido con su obligación contractual, el art. 158 TRLC dice, *"la declaración del concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*



pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado". En sede concursal es posible que el interés colectivo lleve al juez a decidir, con acuerdo de las partes o en sentencia incidental que, pese a no existir incumplimiento, el contrato en cuestión ya no tiene interés para el concurso y es perceptivo resolverlo, permitiendo al Administrador Concursal solicitar la resolución (art.165.1 TRLC). En ese caso, el juez dictará Auto declarando la extinción del contrato de conformidad con lo acordado. No obstante, las diferencias entre las partes se suscitarán, como se ha mencionado anteriormente, mediante incidente concursal, a través del cual, el juez decidirá acerca de la resolución, estableciendo, en su caso, las correspondientes indemnizaciones (por clientela, inversiones, stocks, etc...) o restituciones.

Sin embargo, y pese al principio del Derecho concursal de la continuación de los contratos vigentes, existen remedios frente a los incumplimientos contractuales que se produzcan tras la apertura del concurso, continuará la posibilidad de resolución por incumplimiento. En los arts. 160 a 164 TRLC se regulan los supuestos de resolución de los

contratos por incumplimiento, ya sea antes (art. 160 TRLC) o después (161 TRLC) de la declaración del concurso. En el caso de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las partes, si el contrato es de tracto sucesivo, y se prevé que aunque exista causa de resolución, el juez en atención al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las pretensiones debidas o que deba realizar el concursado (art. 164 TRLC). Para concluir, asimismo, se determinan las consecuencias de la resolución por incumplimiento. Cuando sea acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes. Con respecto a las obligaciones vencidas, se incluirán en el concurso los créditos que correspondan al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, en el caso en el que el incumplimiento fuese anterior a la apertura del concurso, no obstante, si el incumplimiento fuese posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento por los daños y perjuicios que proceda (art. 163 TRLC).

A propósito de lo anterior, y de nuevo en conformidad con el principio establecido en el art. 111.1 TRLC, en el que se instaura la con-

tinuidad de actividad profesional que viniera ejerciendo el deudor antes de la declaración del concurso, debemos de hacer hincapié en el art.156 TRLC que determina “*se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes*”. De esa manera, no resultará posible pactar en el contrato una cláusula que determine que la declaración del concurso extinguirá automáticamente el contrato. La prohibición de estas cláusulas, dado que la declaración del concurso no supone la interrupción de la actividad empresarial que viniera ejerciendo el concursado, establece que el acreedor no pueda ampararse en ellas para resolver extrajudicialmente el contrato, debiendo acudir a los trámites mencionados para poder obtener un pronunciamiento judicial. En cambio, esta regla general no tiene carácter absoluto, habida cuenta que, se prevé que puedan darse supuestos especiales (art. 159 TRLC).

III. Los contratos de distribución en el marco del art. 159 TRLC

Conforme al art. 159 TRLC “1. La declaración de concurso no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato en los casos en que así se reconozca expresamente por la ley. 2. La declaración de concurso no afectará a la aplicación de las leyes que dispongan o expresamente permitan pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes”, encontramos el encaje previsto en la Ley del Contrato de Agencia (en lo sucesivo, LCAg.) en el que cada una de las partes puede dar por finalizado el contrato pactado por tiempo determinado o indefinido en cualquier momento, sin necesidad de preaviso cuando, “*la otra parte hubiera sido declarada en concurso*” (art. 26.1.b. LCAg). Atendiendo el precepto en cuestión, cabe plantearse la posibilidad de aplicación analógica a los contratos de distribución. Habida cuenta que, los contratos de distribución carecen de regulación propia, son atípicos, al no haber predispuesto la ley hasta el momento una particular disciplina jurídica, a diferencia de contratos como el de agencia que sí existe. Sin embargo, si es cierto que, en su momento existió esa voluntad por parte del legislador en el año 2006, mediante la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución (PALCD) que, nunca salió a la luz. Gran parte de la Doctrina

sostiene dicha aplicación analógica y, en caso de afirmar su procedencia podría deducirse la validez de las cláusulas que establecen la extinción automática del contrato, pues se limitaría a anticipar un efecto amparado por la ley.

IV. Conclusión

A nuestro parecer, no albergamos grandes esperanzas en que los estrictos términos del art.156 TRLC puedan eludirse sin una expresa previsión legal, teniendo en cuenta que las partes están amparadas por el recurso de resolución por incumplimiento (arts. 160 y ss. TRLC). En cualquier caso, la aplicación analógica debería someterse a los límites de la resolución en el seno del concurso (art. 164 TRLC). Sin embargo, y a modo de conclusión, debe tenerse en cuenta que en el art. 23.1 del mencionado PLCD proporcionaba de forma directa cobertura legal a las cláusulas que prevén los efectos de las situaciones concursales al determinar que “*en caso de concurso de acreedores se estará a lo pactado entre las partes*”, norma que, sin lugar a dudas, encontraba su encaje en el art. 159.2 TRLC.

**Javier
Badenas
Boldó**

*Abogado.
Profesor
Asociado
de Derecho
Civil en la
Universidad
Jaume I.*



NOVEDADES LEGISLATIVAS



1.- Ley 16/2022, de 5 de Septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2.019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La disposición final decimonovena de la norma establece su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE a excepción del libro tercero (procedimiento especial para microempresas) que entrará en vigor el 1 de Enero de 2.023 con la salvedad del apartado 2 del artículo 689.

La disposición final decimotercera fija un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ley para la aprobación del reglamento de la administración concursal.

La disposición transitoria primera de la ley establece la aplicación de la misma a las solicitudes de concurso, de nombramiento de experto, declaración de concurso, comunicaciones de apertura de negociaciones y planes de reestructuración que se inicien a partir de su entrada en vigor, permitiendo la tramitación

con arreglo a la normativa anterior de aquellos concursos ya declarados a la entrada en vigor de la norma con determinadas excepciones como lo relativo al informe de la AC, el inicio de las acciones rescisorias, las propuestas de convenio y su modificación, la liquidación de la masa activa, las solicitudes de exoneración, el régimen de calificación concursal y los recursos a interponer contra las resoluciones del juez del concurso siempre y cuando tengan lugar una vez haya entrado en vigor la nueva norma.

<https://www.boe.es/boe/dias/2022/09/06/pdfs/BOE-A-2022-14580.pdf>

2.- La ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial, previó en su artículo único, entre otras, la modificación del 86 y 86.Ter de la LOPJ asignando la competencia de los concursos de las personas físicas a los juzgados de lo mercantil con independencia de la condición civil o mercantil del deudor. La norma prevé el reparto de los concursos de personas naturales a un único juzgado para el caso de que existan menos de 5 juzgados de lo mercantil en la capital de provincia de que se trate. En breve tendrá lugar la correspondiente junta de jueces en orden a adoptar una decisión sobre el particular.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-12578

BOLETÍN ACTUALIDAD CONCURSAL SEPTIEMBRE 2022

I.- RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

1.- SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 457/2022, de 1 de junio de 2022. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

La Sala casa y deja sin efecto la Sentencia dictada por la AP de Valencia, que había desestimado, por causa de inadmisión, el recurso de apelación interpuesto por una sociedad concursada al entender que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 54 LC (hoy art. 120 TRLC), el régimen de suspensión vigente en el momento de interponerse el recurso exigía que fuera la Administración Concursal la que lo hiciera, por ser la única legitimada a tal efecto. El TS considera que, dado que la ley permite (art. 121 TRLC) que, en estos supuestos de sustitución, la concursada mantenga su defensa separada, es perfectamente viable que, mientras la Administración Concursal no se persone y solicite la sustitución persista la legitimación procesal de la concursada, que incluye la facultad de presentar recursos, a cuyo fin que ha de contar, eso sí, con la autorización de la AC.

2.- SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 209/2022, de 15 de marzo de 2022. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

La Sala resuelve, como *obiter dictum* pero no por ello de menor interés, lo que parece una obviedad pero aún suscita dudas: que el crédito ostentado por el acreedor hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor no debe figurar en el pasivo concursal, porque tal concursado, garante real pero no deudor, “*nada debe*” al acreedor hipotecario. El inmueble hipotecado sí habrá de aparecer en el activo, debiéndose tener en cuenta la carga hipotecaria en su valoración, y siendo de aplicación al referido acreedor hipotecario (pese a no ser acreedor del concursado y estar ausente de la lista de acreedores) las reglas especiales relativas a la ejecución de garantías reales de los arts. 145 y ss. TRLC.

3.- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 1109/2022, de 4 de julio de 2022. Ponente: Manuel Díaz Muyor.

Se somete a la consideración de la Sala la calificación crediticia de un préstamo con garantía de hipoteca unilateral formalizado en escritura suscrita con anterioridad a la declaración del con-

curso, pero habiendo sido la hipoteca inscrita en fecha posterior a tal declaración, por suspensión acordada por el Registro. La sentencia de instancia, en aplicación del tenor literal del art. 271 TRLC, que exige como requisito del privilegio especial que la garantía estuviere constituida “antes de la declaración del concurso”, y siendo doctrina pacífica que la inscripción de la hipoteca es constitutiva, rechaza el reconocimiento del crédito como especialmente privilegiado. Frente a ello, la Sala, pese a partir de la premisa fáctica de que, en efecto, la hipoteca se había inscrito con posterioridad a la declaración del concurso, razona que la suspensión de la inscripción de la hipoteca se había producido por razones ajenas a la voluntad de los acreedores, que habían actuado con toda la diligencia exigible, circunstancia que no debe impedir que los efectos constitutivos de la hipoteca se desplegasen desde antes de la declaración del concurso, debiendo, consecuentemente, reconocerse el crédito como privilegiado especial.

4.- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 1124/2022, de 6 de julio de 2022. Ponente: Luis Rodríguez Vega.

La sentencia resuelve, en sede de incidente concursal de oposición a la rendición de cuentas y conclusión de concurso, en la que los actores incidentales alegan, primero, que la rendición de cuentas no contiene datos sobre las concretas gestiones de cobro realizadas por la AC para el cobro de los créditos de la concursada frente a terceros ni el resultado concreto de cada una de tales gestiones y, segundo, que la AC no había ejercitado determinadas acciones de reintegración contra entidades financieras. Desestimadas ambas pretensiones en la sentencia de instancia, la Sala acoge el recurso parcialmente, en cuanto afecta a la ausencia de información sobre las gestiones de cobro realizadas y revoca la aprobación de la rendición de cuentas y conclusión para, literal, dar de nuevo la oportunidad a la AC para realizar gestiones de cobro, dar cuenta de su resultado y volver a rendir la cuenta. La Sala rechaza, por el contrario, que el no ejercicio por la AC de determinadas acciones de reintegración deba determinar la revocación de la rendición de cuentas y ello porque la ley atribuye a los propios acreedores oponentes legitimación subsidiaria a tal efecto y, consecuentemente, pudieron haber ejercitado tales acciones por sí mismos.

5.- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 1087/2022, de 23 de junio de 2022. Ponente: Luis Rodríguez Vega.

La sentencia precisa, a los efectos de la calificación de “contingente” de un crédito cuya existencia se discute mediante impugnación judicial en pleito en trámite. En base a la doctrina asentada por la STS 548/2016, de 20 de septiembre, la Sala razona que existe un riesgo de que, al amparo de tal doctrina, se abuse de querellas o demandas infundadas que persigan instrumentalmente dilatar el reconocimiento efectivo de un crédito por su cuantía y, específicamente, excluir la participación de su titular en el convenio. Es por ello que la Sala entiende procedente que, a estos efectos de calificación del crédito como contingente o no, la AC y el juez del concurso puedan entrar a valorar si el pleito en curso entraña o no una seria controversia sobre la realidad o existencia del crédito.

6.- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 352/2022, de 13 de mayo de 2022. Ponente: José Manuel de Vicente Bobadilla.

La Sala confirma la desestimación de una demanda incidental de pago de crédito contra la masa formulada por AEAT en un supuesto en que la AC llevaba seis meses sin presentar informes trimestrales de liquidación. La AEAT había comunicado a la AC nuevos créditos contra la masa posteriores al último informe trimestral presentado, requiriendo a la AC, sin éxito, la aportación de una relación actualizada de los créditos contra la masa. Frente a ello, la AC no negó el retraso en la presentación de informes trimestrales, admitió la existencia de los créditos en cuestión, indicando que serían abonados cuando correspondiera por el orden de vencimientos. La Sala, sin amparar el incumplimiento de los deberes que incumben a la AC, sostiene que la falta de presentación de los informes trimestrales no es argumento suficiente para la presentación de un incidente concursal de pago de créditos contra la masa si realmente no existe controversia al respecto: no hay conflicto en cuanto al reconocimiento de tales créditos, que el AC no ha puesto en cuestión. El incumplimiento de la obligación de presentar los informes trimestrales, afirma la Sala, puede llevar aparejada la separación de la AC y la exigencia de la responsabilidad si concurriera daño, pero no justifica reclamar mediante demanda incidental el pago de unos créditos contra la masa que no se discuten. Se condena a AEAT al pago de las costas del recurso.

7.- AUTO de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, núm. 100/2022, de 31 de mayo de 2022. Ponente: Beatriz Ballesteros Palazón.

Se elevan a consideración de la Sala las observaciones sostenidas por una entidad bancaria frente a un plan de liquidación. En el supuesto de autos uno de los activos a liquidar era un inmueble hipotecado a favor de la entidad apelante del que la concursada sólo titulaba una mitad indivisa, perteneciendo la otra mitad a un tercero. El plan de liquidación preveía una primera fase de venta directa, una segunda de dación en pago y, por último, subasta. La Sala resuelve, acogiendo dos de las observaciones de la entidad bancaria recurrente. Primero, que, dada la indivisibilidad de la hipoteca, en caso de venta sólo sería posible su cancelación si se vendiera la totalidad de la finca o si la venta de la mitad perteneciente a la concursada cubriera la totalidad de la deuda garantizada y, segundo, que no es posible la posibilidad de dación “en” pago propuesta en el plan: al ser la concursada solamente dueña de una mitad sólo sería viable la dación “para” pago.

8.- SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, núm. 800/2022, de 1 de julio de 2022. Ponente: Alfonso Mª Martínez Areso.

La cuestión debatida es la fijación de la preferencia en la posibilidad excepcional (art. 144 TRLC) de ejecución extraconcursal de bienes y derechos no necesarios trabados por dos administraciones públicas, AEAT y TGSS, con anterioridad a la declaración del concurso. Dos fueron los criterios mantenidos al respecto: la AEAT mantuvo que no debía prevalecer el criterio de la preferencia temporal en la traba, sino que debía acudir a criterios de preferencia de derecho material para el cobro. Y así sostenía que, pese a que la diligencia de embargo más antigua era la de la TGSS, la preferencia de derecho material otorgada en las ejecuciones extrajudiciales por el art. 77 de la LGT imponía que lo obtenido le fuera destinado a ella o, subsidiariamente, repartido a prorrata. La TGSS mantuvo que era el orden temporal de la constitución de la traba el que determinaba la preferencia, criterio que se impuso en primera instancia. La Sala resuelve que, existiendo un concurso en trámite, la preferencia material invocada AEAT debe ceder a la normativa concursal. Sentado lo anterior, los créditos de AEAT y TGSS eran sendos créditos concursales, sin preferencia material alguna entre ellos y, por ello, el único criterio prevalente en esta excepción a la ejecución universal debía ser la preferencia en la traba. Todo ello sin perjuicio (art. 144.2) de que si la AC consideraba que se postergaba algún crédito concursal preferente a los mencionados, pudiera instar la oportuna tercería de mejor derecho.

FORMACIÓN PROGRAMADA

1.- “CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA Y SEGUNDA OPORTUNIDAD”. Álvaro Sendra Albiñana (Abogado, Doctor en derecho). 22 de Septiembre de 2022, 16'30-18'30 horas.

2.- “VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA EN CONCURSO Y SUCESIÓN LABORAL DE EMPRESA: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DEL TJUE”. Juan Antonio de Lanzas Sánchez (abogado, Of Counsel responsable Dep. laboral Gómez Acebo & Pombo). 29 de Septiembre de 2022; 9'30-11'30 horas. Formato desayuno.

3.- JORNADA REFORMA CONCURSAL. Universidad de Valencia. Facultad de Derecho. 7 de Octubre de 2022.

4.- EL EXPERTO Y LA REESTRUCTURACIÓN. Carlos Gómez Asensio (Doctor

en derecho. Profesor de la Universidad de Valencia acreditado a titular). David Pastor García (Economista; Despacho Leopoldo Pons). 18 de Octubre de 2022. 16'30-18'30 horas.

5.- CONCURSO SIN MASA. Jorge de la Rúa Navarro. Magistrado juez titular del juzgado de lo mercantil 5 de Valencia. 11 de Noviembre de 2022. Formato desayuno. 9'30-11 horas.

6.- LAS ACCIONES RESCISORIAS. José María Ribelles Arellano. Magistrado Juez. Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. 16 de Diciembre de 2022. Formato desayuno 9'30-11'00 horas.

7.- VI EDICIÓN DEL CURSO EXPERTO ICAV EN DERECHO CONCURSAL, que se impartirá en el ICAV, desde el mes de Noviembre de 2022 a Marzo de 2023.

SECCIÓN DERECHO CONCURSAL

SIGUE TODA LA INFORMACIÓN DE NUESTRA SECCIÓN EN:

Si quieres colaborar en nuestra revista, escuchamos tus ideas y opiniones
escribenos a:

admon@sendraabogado.com

VI CONGRESO CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO

Los pasados días 15 y 16 de septiembre de 2022, tuvo lugar el VI CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO en el Hotel Meliá Villa Aitana, de Finestrat-Benidorm (Alicante), organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia junto con los colegios de Abogados de Alicante y Murcia y los colegios de Economistas de Valencia, Alicante, Castellón y Murcia., en el que se presentaron diferentes ponencias en las que se pudieron analizar la Ley de Reforma de la Ley Concursal recientemente aprobada.

En el congreso, celebrado en un entorno muy agradable, los profesionales de las ramas económica y jurídica tuvieron la ocasión de debatir, junto con los ponentes, la importante reforma de la Ley Concursal.

