

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

EDITORIAL

ENRIQUE BLASCO ALVENTOSA

ARTÍCULOS

BÁRBARA PITARQUE

Y LLEGÓ LA DEVOLUCIÓN DE LOS PRÉSTAMOS
ICO: EMPRESAS ABOCADAS A LA LIQUIDACIÓN
CONCURSAL.

FIRMA INVITADA

JUAN BLASCO

ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL
UNIVERSO ICO EN SU AFECTACIÓN A LAS
REESTRUCTURACIONES DEL PASIVO
EMPRESARIAL.

IGNASI GAY

LOS JUECES DE LO MERCANTIL DE MADRID
PUBLICAN UNA GUÍA QUE COMPLEMENTA
LA PARCA REGULACIÓN LEGAL SOBRE EL
“PREPACK”.

ENTREVISTA 2ª PARTE

JUANA PULGAR EZQUERRA

Catedrática de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

03

EDITORIAL:
ENRIQUE BLASCO
ALVENTOSA

05

ENTREVISTA:
JUANA PULGAR
Catedrática de
derecho mercantil
de la Universidad
Complutense de
Madrid

10

ARTICULO:
BÁRBARA PITARQUE
Y llegó la devolución
de los préstamos ICO:
empresas abocadas
a la liquidación
concurzal.

13

ARTÍCULO:
JUAN BLASCO
Aspectos más
relevantes del
universo ico en su
afectación a las
reestructuraciones del
pasivo empresarial.

16

ARTÍCULO:
IGNASI GAY
Los jueces de lo
mercantil de Madrid
publican una guía que
complementa la parca
regulación legal sobre
el “prepack”.

20

JURISPRUDENCIA
Boletín actualidad
jurídica

24

FORMACIÓN
REALIZADA Y
PROGRAMADA

¿CÓMO CASAN LAS ESTADÍSTICAS Y EL “BOOM” CONCURSAL TANTAS VECES ANUNCIADO?



Quando ya llevamos más de seis meses de vigencia de la gran reforma del sistema concursal, introducida por la Ley 16/2022, y algo más de tiempo de la finalización de la moratoria concursal (renovada de manera sistemática por el Gobierno más bien para “aligerar” la estadística concursal que por convicciones técnicas o estudios económicos sobre la materia), los que dedicamos una parte de nuestra actividad profesional al derecho de la insolvencia nos venimos preguntando si ese “boom” concursal tantas veces anunciado no termina de llegar pese a que muchos de los indicadores y expertos económicos llevan tiempo augurando su llegada.

Los datos estadísticos del año 2022 nos revelan que más del 70% de los concursos declarados corresponden a personas físicas y autónomos (casi 15 mil de los 21 mil declarados), lo que demuestra que en nuestro sistema ya está absolutamente instaurado el concurso de la persona física, con la clara voluntad del “fresh start” de cada persona como les gusta decir a los anglófilos y cuyo éxito viene dado principalmente por el extraordinario mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho. Y en ello consideramos que está ayudando de manera extraordinaria la vuelta a los tribunales mercantiles de la competencia para conocer los procedimientos de insolvencia de persona física no

empresaria. No obstante hay una serie de cuestiones en este tipo de procedimientos que siguen sin tener una solución óptima: en primer lugar no podemos más que referirnos al ansia de nuestro legislador, con el Ministerio de Hacienda a la cabeza y con ese mantra de que “Hacienda somos todos”, en persistir en la limitación injustificada e injusta de la exoneración del crédito público, claramente contraria a los postulados comunitarios; en segundo lugar, la ridícula o muchas veces nula retribución que perciben los profesionales encargados de la administración concursal por su fundamental trabajo en este tipo de procedimientos, debiéndose dar por el legislador una solución de manera inmediata a este asunto sangrante, aplicando posiblemente criterios similares a la justicia gratuita y el turno de oficio; y en tercer lugar, la “mancha” no social sino en el expediente “financiero” que supone el concurso y la exoneración del pasivo para las personas físicas, siendo en muchos casos muy complejo acudir en su “fresh start” a nueva financiación tradicional.

La estadística también nos informa que los concursos “express” o sin masa – con su novedosa regulación de los artículos 37 bis y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal – no hacen más que “subir puestos” en la clasificación. Así en el cuarto trimestre de

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL ICAV

NÚMERO 05/2023

[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] Enrique Blasco, Álvaro Sendra, Bárbara Pitarque, Juan Blasco, Ignasi Gay.

[Imágenes] Por Freepik.

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

2022 este tipo de concurso representa más del 60% y con un porcentaje del 45% respecto del total de concursos declarados en 2022. No será desde esta tribuna donde se critique ciertas prácticas, que en ocasiones pueden dar la sensación de un uso aparentemente fraudulento de esta modalidad de concurso, pero si queremos mostrar nuestra disconformidad con la decisión legislativa de añadir al “zurrón” de los acreedores que han sufrido el impago la obligación de soportar los costes del nombramiento del administrador concursal si quieren que por éste se revise la actuación del deudor para comprobar si la misma ha sido legal y que no se han producido actos perjudiciales para los acreedores en ese “trance” temporal muchas veces breve de la existencia de activos a la constatación de un activo casi inexistente que provoca la muerte jurídica del deudor. Y conectado con dicha “muerte jurídica” de las sociedades cuyo concurso si consideramos que se abre un nuevo escenario con el redactado actual del artículo 485 TRLC, con el cierre provisional durante un año y las diversas situaciones que pueden darse respecto de la realización de los activos residuales, así como también de la relevante cuestión no resuelta de manera unánime del destino de los fondos obtenidos con dicha realización con posterioridad al dictado del auto de conclusión del concurso de esa persona jurídica.

Las anteriores estadísticas confirman que los concursos de empresas de cierto tamaño, al menos hasta finales de 2022, no asoman de manera habitual por las puertas de los juzgados de lo mercantil, no creyendo que el motivo fuera que esas grandes empresas tuvieran información privilegiada acerca del colapso que se nos venía encima con la huelga de los letrados de la Administración de Justicia. La realidad de las cifras confirma que en el cuarto trimestre de 2022 ni el 2,5% de las sociedades concursadas tenían una cifra de negocios superior a cinco millones de euros, ni tampoco el 3% de dichas concursadas contaban con más de 50 empleados a sus espaldas cada una de ellas. Estos datos confirman que hasta la fecha el gran boom concursal no afecta de manera general a las medianas y grandes empresas.

En cuanto a los planes de reestructuración, que puede considerarse una de las claves y figuras de la reforma concursal, con la idea madre trasladada de la Directiva 2019/1023 que todo lo que se quiere “salvar” debe tratarse en una fase preconcursal ya que, por ejemplo, los tiempos de los convenios concursales se han reducido de una manera

esencial, podemos comprobar de las estadísticas del mes de enero de 2023 se desprende que se habían presentado en toda España un total de 84 planes de reestructuración (intuimos que principalmente en las grandes ciudades, especialmente en Madrid y Barcelona) frente a 604 concursos declarados en dicho mes. En este esquema preconcursal tendrá una relevancia esencial la reestructuración de los créditos ICO Covid y su tratamiento, no tanto por las entidades de crédito, sino especialmente por la Agencia Tributaria, que es la que tiene que dar la última palabra para ello. También intuimos que relacionado con este tipo de créditos ICO asoma una gran litigiosidad relativa a la creencia de muchos de los empresarios endeudados que el aval que estaban prestando era tan solo del 20-30% y no del 100% como ahora les está reclamando la entidad de crédito con la que firmó la correspondiente póliza de crédito o préstamo.

Y por último, no quiero finalizar estas líneas de la editorial sin referirme al esperado Real Decreto que tiene que aprobar el Reglamento de la Administración Concursal, llegándonos campanas desde la capital que está próxima su publicación, y con ello la regulación de una cuestión tan espinosa como el examen de aptitud profesional para inscribirse como administrador concursal en el Registro Público Concursal. Y por ello no podemos más que confiar en que el texto sea el resultado de consenso de todas las partes implicadas, que normalmente en materia concursal ha llevado al retraso casi eterno de la aprobación de ciertas normas – en este sentido podemos referirnos a la cuenta arancelaria de la administración concursal –, y no se produzcan los efectos tan adversos que algunas disposiciones legales aprobadas en otras materias por nuestro Parlamento con cierta celeridad y sin el sosiego adecuado han llevado.

**ENRIQUE
BLASCO
ALVENTOSA**

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



2ª Parte

JUANA PULGAR EZQUERRA

CATEDRÁTICA DE DERECHO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

5.- Plan de reestructuración. Se dice, no sin razón, que somos un país de PYMES y, sin embargo, subyace, entre ciertos operadores jurídicos, la sensación de que la regulación del plan de reestructuración está concebida para grandes empresas y que, por ello, su utilidad se circunscribe a éstas.

¿Cuál su opinión al respecto?.

¿Cree que con el tiempo se podrá llegar a la aplicación generalizada del plan de reestructuración a las PYMES?

¿No será necesaria también una cierta actuación divulgativa-formativa para el empresario español sobre el particular?

¿Cree que cumplirá el objetivo de que las empresas acudan a este sistema en un estadio más temprano en relación a su insolvencia?

¿No opina que el empresario español no es tan previsor y posterga -o no asume anticipadamente- su situación de insolvencia? ¿Es posible que se revierta generalizada esta tendencia?

En la reforma del texto refundido de la ley concursal en virtud de la ley 16/2022 se han tenido particularmente en cuenta las particularidades y necesidades de las pymes y microempresas, cuando atraviesan dificultades económicas que se manifiesten como insolvencia actual, inminente o probabilidad de ésta, lo que en todo caso es compatible con la viabilidad exigida a la compañía para acceder marcos preconcursales de reestructuración.

Así, dentro del libro II en el que se regulan los planes reestructuración, se han introducido en el título V reglas particulares respecto de las pymes, definidas ampliamente sobre la base del número medio de trabajadores durante el ejercicio anterior (no superior a 49 personas) y volumen de negocios anual o balance general anual no superior a diez millones de euros.

Estas especialidades inciden en materia de comunicación de inicio de negociaciones para



alcanzar un plan de reestructuración, modelo oficial de plan de reestructuración para facilitar a las pymes su preparación y presentación, excluyéndose en estos casos la posibilidad de arrastre de los socios por el contenido del plan de reestructuración.

Así mismo, respecto de microempresas en el sentido de deudores personas naturales o jurídicas que lleven a cabo un actividad empresarial o profesional y hayan empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores y volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a 3560.000 euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud, se regula en el libro III del texto refundido de la ley concursal un nuevo procedimiento .

Se trata de un procedimiento especial, híbrido en el que se combina una primera fase preconcursal equivalente a los planes de reestructuración del libro II a través de los llamados planes de continuación, pero con importantes especialidades que persiguen superar los tradicionales problemas de interlocución de estas microempresas sobre todo con los acreedores profesionales excluyéndose también en este ámbito la posibilidad de arrastrar a los socios contra su voluntad y que puede acabar en liquidación, excluyéndose la apli-

Razones para elegir
eactivos

cación y sometimiento de estos deudores al concurso de acreedores del libro I del TRLC.

Por tanto cuando estamos hablando de institutos concursales de reestructuración no estamos centrándonos ni legislando solo para grandes compañías, que por supuesto serán unos importantes actores en estos procedimientos, sino también para pymes y microempresas en el sentido indicado.

6.- Beneficio de Exoneración del pasivo insatisfecho. La idea generalizada es que se ha producido un “paso atrás” en la regulación de la segunda oportunidad cuyos requisitos para su obtención son más gravosos para el deudor, fundamentalmente, en relación a la regulación del crédito público. Recientemente hemos conocido el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por la Ilma Audiencia Provincial de Alicante sobre el particular.

¿Cuál es su opinión al respecto de la ausencia de exoneración total del crédito público en la exoneración del pasivo insatisfecho?

¿No cree que hay una tendencia legislativa exagerada de sobreprotección del crédito público revertiendo la tendencia anterior caracterizada por la denominada “poda de privilegios”?

Salvo Portugal, la mayoría de los países de nuestro entorno exoneran el crédito público. ¿No cree que en España nos enfrentamos ante un problema de “déficit público” (y por tanto de índole económica), más que ante un problema jurídico de implementación de tal exoneración en nuestro ordenamiento?

En efecto este es un tema complejo que no ha quedado bien resuelto en la reforma del Texto refundido de la ley concursal para la transposición de la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de pasivo y medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales.

Se ha optado en los artículos 616 y 616 bis TRLC por una solución que podríamos cali-

ficar como “híbrida”, incluyéndose a los créditos de derecho público dentro de los que pueden ser afectados por el plan de reestructuración, constituyendo una clase separada de acreedores entre las clases de su mismo rango concursal (art 624 bis TRLC), constituyendo una clase propia de acreedores, aun cuando pudiendo ser exclusivamente afectados los créditos públicos por esperas o aplazamientos en la forma prevista en el art 616 de la ley de reforma y solo en tanto concurren los requisitos enumerados en el art 616 TRLC, produciéndose por tanto dicha afectación en condiciones distintas a aquellas en las que resultan afectados otros créditos .

Esta opción de política legislativa se adapta a las previsiones contenidas en la Directiva UE 2019/1023, que en su considerando 44, contempla que los créditos públicos puedan dar lugar a una clase separada de acreedores, dada la dificultad de aplicar a estos el criterio de formación de clases de la “comunidad de intereses suficiente”;

A ello se añade, a los efectos de valoración de la prueba del mejor interés de los acreedores, la previsión contenida en el considerando 52 in fine de la Directiva que establece: “cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores” .

Precisamente es en esta última previsión, en conexión con la prueba del mejor interés de los acreedores, en la que encuentra su justificación de política jurídica el régimen contenido en el artículo 616 bis TRLC, conforme al cual en ningún caso el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de derecho público el cambio de deudor sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación del deudor la obligación de pago ,la modificación o extinción de las garantías que tuvieren , la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o rangos distintos de aquellos que tuviera el originario .

**n1**

Más de 350 administradores concursales nos han elegido para llevar a cabo sus liquidaciones gestionando así más 16.000 de forma ágil y eficaz.

n2

OJD Interactiva, la certificadora de audiencia de los grandes medios, audita y verifica nuestros datos.

n3

Generamos acciones de marketing online/offline para llegar a nuestro público objetivo con el fin de lograr la máxima realización de los activos.

n4

La certificación ISO 27001:2013 establece un marco normativo que permite asegurar la confidencialidad e integridad de la información.

13 años liderando liquidaciones judiciales

Contamos con una herramienta eficiente en la gestión de activos procedentes de concursos de acreedores que renovamos periódicamente. Así aseguramos la maximización de los resultados.



Es cierto que estas limitaciones legales en la afectación de los acreedores públicos en el marco de los planes de reestructuración, a las que se añaden otras en materia de comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración respecto de la paralización de las ejecuciones, así como en relación a la exoneración del pasivo insatisfecho (1500 euros máximos de exoneración) va a hacer en muchos supuestos difícil la reestructuración y sobre todo respecto de pymes y microempresas en las que estos acreedores representan un importante porcentaje del pasivo.

No obstante creo que esta afectación representa un importante primer paso en la evolución en nuestro derecho del tratamiento de los acreedores de derecho público que son una clase particular de acreedores, involuntarios en todo caso y que representan interés generales que han de ser adecuadamente equilibrados con el interés de otros acreedores, así como de un pretendido interés en la reestructuración, que en nuestra reforma está en todo caso en su ejecución en manos de los acreedores (principio mayoritario)

7.- Aun cuando la casuística puede resultar inabarcable, en términos generales los concursos de personas físicas no empresarios carecen de cierta complejidad, ante la inexistencia de pasivo laboral, escasa cuantía de su pasivo, poco activo realizable, etc.

¿No cree que hubiera sido más eficaz implantar determinado procedimiento especial -en modo análogo al procedimiento especial para microempresas- para estos deudores que les permitiera obtener la exoneración de forma rápida sin necesidad de tramitar todo un concurso de acuerdo con lo establecido en el libro I?

En la transposición de la Directiva UE 2019/1023 se tomó la opción de política legislativa de mantener la tradicional inserción en nuestro derecho del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de un procedimiento judicial de insolvencia ya declarado.

El fundamento de esta opción básicamente ha residido en la necesidad de un control de los requisitos de acceso en conexión con la pieza de calificación del concurso, a lo que tras la reforma del TRLC constituye un derecho de la persona natural en el sentido de física sea o no empresario a la exoneración del pasivo insatisfecho y no un mero beneficio como acontecía antes.

No todo deudor debe acceder a estos mecanismos de exoneración, sino solo aquellos en los que concurriendo los requisitos legales "se lo merezcan", no debiendo haber sido declarado culpable el concurso, no debiendo olvidarse que las obligaciones han de ser satisfechas en el momento, forma y tiempo pactados y que la exoneración viene a ser una excepción a ese principio general, que puede tener importantes consecuencias respecto de los acreedores profesionales (bancos), lo que justifica que el control de esas condiciones se realice con las garantías de un procedimiento judicial concursal.

No obstante, con la reforma se ha introducido una novedad muy importante y es que ya no está inescindiblemente unida la exoneración del pasivo a la liquidación de la masa activa, lo que puede permitir a la persona natural continuar en su caso con su actividad empresarial, sin tener que cargar con la pesada "mochila" de la satisfacción del pasivo insatisfecho y sin tener que reiniciarla o iniciar otra actividad distinta como acontecía con anterioridad a la reforma.

8.- 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, sobre todo en lo relativo a la liquidación?

El procedimiento especial para microempresas regulado en el libro III del Texto refundido de la ley concursal, constituye la pieza más novedosa y podríamos decir incluso revolucionaria introducida en virtud de la reforma del texto refundido de la Ley concursal por la ley 16/2022. Se trataba de una previsión contemplada en los considerandos de la directiva UE 2019/1023 aun cuando no desarrollada, habiéndose proyectado dicho desarrollo en la propuesta de segunda directiva de insolvencia de la que constituye uno de los objetivos principales.

En este sentido, hemos cumplido con las genéricas previsiones de la Directiva UE 2019/1023 y además nos hemos adelantado en gran medida a las previsiones al respecto contenidas en la propuesta de segunda directiva en materia de insolvencia, al regular un procedimiento flexible, basado en la utilización de la tecnología con un régimen simplificado de publicidad y ahorro de costes temporales, económicos y esperemos también reputacionales, respecto de los tradicionales procedimientos concursales.

Y es que, en efecto, se trata de un procedimiento sencillo, versátil, ágil y sobre todo que persigue eliminar los obstáculos y dificultades de interlocución que las microempresas tienen cuando pretenden alcanzar soluciones preconcursales a sus dificultades económicas, en particular a través de un acceso al crédito o a la refinanciación de sus endeudamientos, que a veces como se ha demostrado en la práctica resulta muy difícil.

Es un procedimiento híbrido que permite en una sola pasarela procesal, intentar soluciones preconcursales a través del plan de continuación y de no ser ello posible lo que previsiblemente acontecerá en la práctica, desembocando en una liquidación a través de un plan de liquidación con enajenación de la empresa o en su caso de unidades productivas en funcionamiento procediendo a la enajenación individual de los activos cuando la empresa no tenga valor en funcionamiento, a través de la novedosa plataforma de liquidación, con exclusión del tradicional concurso de acreedores regulado en el libro I del TRLC.

No obstante, se trata de un procedimiento que sólo y exclusivamente funcionará adecuadamente si se implementa una tecnología nueva acorde con las funciones encomendadas al nuevo procedimiento, por lo que es la única parte de la reforma que no entrará en vigor hasta enero de 2023 cuando concluya la implementación del sistema tecnológico necesario en el que se está trabajando muy activamente desde el ministerio de justicia.

Hará falta también un cambio de mentalidad en las microempresas que tienen como es sabido un enorme peso en la economía española, a lo que contribuirá de manera esencial el asesoramiento de estas que desde los colegios profesionales y cámaras se puede hacer en relación con el uso del nuevo procedimiento.

9.- La nueva norma establece un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal.

¿Podemos esperar el cumplimiento de los plazos legalmente previstos? ¿Qué se puede trasladar de la nueva regulación en ciernes?

¿Se prevé una cierta restricción en el acceso a la profesión de administrador concursal?

¿Alguna novedad en el sistema de nombramientos y retribución?

El modelo "profesionalizado" de la administración concursal, así como el modelo "funcionarial" es indudable que presenta ventajas frente a nuestro modelo "profesional", pero "no profesionalizado". No obstante, dada la fluctuación en el número de concursos de acreedores que se declara, en gran medida propiciada por los ciclos económicos y en este marco por las crisis económicas, parece que nuestro modelo siempre que resulte acreditada debidamente la "profesionalidad" del administrador concursal a través de pruebas de acceso a dicha administración, puede funcionar en un modo óptimo y eficaz.

Esta es una de las más importantes reformas técnicas pendientes del Texto refundido de la Ley Concursal, siendo prioritario acometer el desarrollo reglamentario de las reformas introducidas en materia de administración concursal, con el fin de ir hacia un "modelo profesional". En efecto, la ausencia hasta el momento de este desarrollo reglamentario del Estatuto de la Administración Concursal "impide" la adecuada "puesta en marcha" de las recientes reformas introducidas en el texto refundido de la ley concursal para la transposición de la directiva UE 2019/1023.

No olvidemos además que los administradores concursales reúnen las condiciones para poder ser designados por el deudor o una mayoría o minoría cualificada de acreedores como expertos en la reestructuración, figura novedosa de profesionales de la insolvencia introducida sobre la base del modelo de mercado en el marco de los nuevos planes de reestructuración, por lo que es importante un desarrollo reglamentario de las condiciones de acceso a la administración concursal.



ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA

Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV

Y LLEGÓ LA DEVOLUCIÓN DE LOS PRÉSTAMOS ICO: EMPRESAS ABOCADAS A LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL.



En el año 2020, con ocasión de la pandemia, se aprobaron medidas por parte del Gobierno concediendo financiación a través de las entidades financieras con el aval parcial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital gestionado por el ICO. Estas medidas urgentes extraordinarias fueron aprobadas por el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo que fueron bien acogidas por el público en general, ahora bien, nos preguntamos o, mejor dicho, afirmamos, que esta medida que se adoptó fue una forma de dar una patada hacia adelante sin analizar las consecuencias que las mismas tendrían, llegado el momento de la devolución de los préstamos. Por lo que, la duda de si estos préstamos han sido realmente una medida que permite apoyar el mantenimiento del tejido empresarial, ronda en la cabeza de muchos.

Desde la concesión de estos préstamos ICO, estos se han convertido en un instrumento de referencia que las empresas han utilizado para sortear las situaciones de iliquidez

derivadas del COVID-19, de la guerra de Rusia y Ucrania, y no sabremos si también, en algunos supuestos, para sortear la iliquidez de una mala gestión de los administradores societarios. La gran pregunta que nos hacemos todos, empresarios, profesionales, entidades financieras y el Gobierno es, **qué ocurrirá cuando empiece la obligación de devolver estos préstamos.** Si las empresas prestatarias cumplen con sus obligaciones contractuales y devuelven puntualmente las cuotas resultantes del préstamo ICO no habría problema alguno: se concedió un préstamo que el empresario devuelve, por lo que podríamos decir que la medida adoptada por el Gobierno ha sido positiva para tales empresarios. Ahora bien, parece que la mitad de las empresas que solicitaron estas líneas de ayuda no van a ser capaces de reembolsar el dinero recibido, aún habiéndose acogido a las sucesivas prórrogas que se han ido aprobando por parte del Gobierno, por lo que, aquí empieza el problema, dado que estas **empresas se verán abocadas a solicitar el concurso de acreedores.**

Dada la importancia y la controversia que tienen estos préstamos ICO dentro de un concurso de acreedores, la reforma de la ley concursal aprobada en septiembre de 2022 (*ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la ley concursal*) incorporó una disposición adicional octava referida al régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los *Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, así como 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania*, por razón de la especialidad que supone el tratamiento de estos préstamos respecto del régimen general aplicable a los créditos de derecho público. Con la citada disposición adicional se trata de preservar dicho régimen especial, distinguiéndolo claramente del régimen aplicable a los créditos de derecho público en sede de reestructuración en todos los procedimientos previstos en la Ley Concursal, entendiendo que los créditos derivados de los avales públicos regulados en tal disposición tendrán la consideración de **crédito financiero**, por lo que su clasificación será la de ordinarios y no al 50% como privilegio general y el otro 50% restante, como ordinario, tal y como sucede con los créditos públicos. Esta clasificación del crédito como ordinario, se hizo inicialmente como algo positivo, pero sin pensar en las implicaciones que ello supondría dentro de cualquier plan de reestructuración, planes de continuación o ante una propuesta de convenio.

En estos supuestos de continuidad de la actividad empresarial, al ser considerado un crédito financiero, la D.A. 8ª de la Ley 16/2022, otorgaba a las entidades financieras la potestad de realizar las comunicaciones, ejercer el derecho a voto o plantear las reclamaciones oportunas para el reconocimiento y pago de los créditos derivados de los avales. No obstante, se exigía que para que las entidades de crédito pudieran votar favorablemente en nombre y por cuenta del Estado a los planes de reestructuración, deberían **recabar previamente su aprobación por parte del Departamento de Recaudación de la AEAT.** Entendiendo que tal autorización previa de la AEAT se entiende emitida exclusivamente respecto de los créditos derivados de los avales públicos previstos en tal disposición sin afectar ni vincular al derecho de voto derivado de los restantes créditos públi-

cos calificados como ordinarios cuya gestión corresponda directamente a la AEAT. Siendo así, no será fácil para las empresas obtener las autorizaciones necesarias para poder firmar un plan de reestructuración dado que la decisión corre a cargo de la Administración Pública.

Asimismo, aunque la disposición adicional nos deriva a lo previsto en el artículo 10.3 de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria para los supuestos de planes de continuación o propuestas de convenio, al final de recorrido viene a ser lo mismo, dado que se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

En tanto en cuanto se percibió que la citada regulación no favorecía la agilidad y eficacia de los procedimientos concursales, el 27 de diciembre de 2022, tres meses después de la aprobación de esta disposición adicional, se vio modificada por el *Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad*, en su artículo 105, atribuyendo a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado la representación y defensa de los créditos derivados de los avales públicos en determinadas ocasiones, existiendo unos supuestos una intervención directa de los abogados del estado en los siguientes supuestos:

- Para oponerse a la aprobación judicial del convenio.
- Para oponerse a la formación de clases y para la impugnación del auto de homologación del plan de continuación.
- Para oponerse a la formación de clases y para impugnar u oponerse a la homologación del plan de reestructuración.
- Para el ejercicio de las acciones que fueran procedentes en los procedimientos de la ley concursal, cuando existan indicios de presunto fraude o irregularidades respecto a alguno de los intervinientes en la operación de financiación, sin perjuicio de otras actuaciones que pudieran llevarse a cabo en otros procedimientos judiciales fuera del ámbito de la Ley Concursal.

Si bien, se mantiene el derecho de voto a las entidades financieras para los planes de reestructuración, aunque ese derecho de voto ahora se emitirá de **forma separada**, por un lado, la parte del crédito avalado y por otra, la parte restante del crédito no avalado que le



corresponde a la entidad financiera. No obstante, frente a la previsión de que, para que la entidad financiera pudiera votar favorablemente la propuesta del plan de reestructuración, debía obtener la autorización del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se introduce la novedad de que, a partir del 28 de diciembre de 2022, las entidades financieras podrán votar favorablemente las propuestas de planes de reestructuración sin necesidad de recabar autorización de la AEAT cuando concurren las circunstancias previstas en los correspondientes Reales Decretos y Acuerdo de Consejo de Ministros adoptados al amparo del Marco Temporal Europeo y el artículo 16.2 del RDL 5/2021. Se mantiene la previsión, pero únicamente “en caso de ser necesaria”, de que la falta de autorización previa de la AEAT determinará el perjuicio del aval, en la parte que no hubiera sido ejecutada o, en otro caso, la conservación de los derechos de recuperación y cobranza por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, sin que el contenido del plan de reestructuración produzca efectos frente al mismo.

Contrariamente, en los supuestos de **propuestas de convenio o planes de continuación**, el **derecho a voto** o la adhesión u oposición a la propuesta de convenio **corresponderá al órgano de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que resulte competente**.

Como quiera que las citadas autorizaciones, votos y adhesiones u oposiciones realizadas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria se hacen a los efectos de los avales ICO, las mismas se entenderán emitidos exclusivamente respecto de los créditos ICO y no afectará ni vinculará al derecho de voto derivado de los restantes créditos públicos calificados como ordinarios cuya gestión corresponda a la Agencia Estatal de Administración Tributaria directamente.

Con todo ello, salvo que haya una reforma legislativa que faculte a las entidades financieras, a tomar decisiones sobre la viabilidad de las operaciones que plantean las empresas insolventes para continuar con su actividad sin perder la garantía del Estado, las empresas se irán a liquidación.

La clasificación del crédito como ordinario, se hizo inicialmente como algo positivo, pero dada la implicación que tienen los créditos ordinarios en cualquier acuerdo de reestructuración o ante una propuesta de convenio, sino se regula de forma expresa que la AEAT vaya a participar en estos procesos para votar a favor en una propuesta de convenio, no van a servir para nada las ayudas concedidas inicialmente puesto que el tejido empresarial va a desaparecer por la vía de la liquidación de las empresas.

Y terminamos, recuperando una frase del letrado de la Administración de Justicia D. Álvaro Perea Gonzalez de su artículo publicado en Diario La Ley nº 10090, que *“lo que fueron balones de oxígeno en la pandemia son ahora rocas atadas y que amenazan con hundir (del todo) a las empresas.”*

**BÁRBARA
PITARQUE**

*Socia y Consejera
Delegada de
LEOPOLDO
PONS GRUPO
S.L.*



ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL UNIVERSO ICO EN SU AFECTACIÓN A LAS REESTRUCTURACIONES DEL PASIVO EMPRESARIAL.



Es un hecho no controvertido que un buen número de las empresas de este país han precisado reestructurar su deuda a lo largo de 2022 o precisarán hacerlo en el curso de 2023.

Sin ser las únicas causas eficientes pero con decisiva participación en la resultante, (i) el incremento paulatino de la inflación durante todo 2022 y (ii) la espiral alcista sobre los tipos de interés pilotada por el Banco Central Europeo, han impactado en la estructura de costes -al alza- de las empresas, lo que a su vez ha tenido su reflejo en una acusada reducción o estrechamiento de los márgenes. Aun cuando estoicamente las compañías consigan mantener sus niveles de ingresos, si los gastos siguen la espiral alcista, el problema está servido.

De otro lado, no es menos cierto que durante la pandemia un alto porcentaje de las empresas nacionales acudieron al **crédito bancario avalado por el ICO** en el ámbito de las **Líneas ICO de Liquidez y de Inversión** creadas por los **RD 8/2020 y 25/2020**, lo que permitió

-desde el balance de los bancos- aportar a las empresas en el entorno de 100 mil millones de euros en un momento especialmente crítico. Muchas de estas financiaciones han sido posteriormente novadas (ampliaciones de plazo y /o de carencia) en el marco de las sucesivas facilidades crediticias auspiciadas por el Gobierno y concedidas por los bancos durante los años 2021, 2022 y lo que llevamos de 2023 (Código de Buenas Prácticas y otras medidas), razón por la que un buen número de tales **“financiaciones ICO”** se encuentran vigentes en el momento actual.

El “universo ICO” está impactado nada menos que por 7 Reales Decretos y varios acuerdos del Consejo de Ministros, además de por los respectivos acuerdos bilaterales firmados por las Entidades Financieras (EEFF) con el Ministerio de Economía a través de ICO. Y dicha regulación tiene su trasunto en las relaciones negociales bilaterales que firmaron las EEFF con las empresas, beneficiarias en última instancia de las financiaciones finalistas concedidas durante la pandemia.



Y toda esta regulación impacta acusadamente en los marcos y procesos de reestructuración, de modo que cuando las empresas y los bancos afrontan bilateral o multilateralmente una negociación para reestructurar deuda, se enfrentan a unas limitaciones y complejidad operativa relevantes que dificulta -y en no pocas ocasiones encarece- el diseño de la operación. Y el posicionamiento de las EEFF en estas negociaciones no es en absoluto caprichoso sino “debido” y condicionado por la regulación imperativa a la que hemos hecho referencia anteriormente.

Dicho lo anterior, con la brevedad que nos impone esta nota, vamos a analizar sucintamente aquellos aspectos o condicionantes más relevantes con los que las partes se encuentran en todo proceso de refinanciación/reestructuración en el que -como factor distintivo- el cliente reestructurado dispone de “financiaciones ICO” vigentes y no canceladas:

- *Par i passu (igualdad de trato): el crédito avalado por el Ministerio debe gozar*

al menos el mismo rango en el orden de prelación a los derechos derivados del endeudamiento NO ICO. Este es el que podríamos denominar principio inspirador del que traen causa directa el resto de aspectos y condicionantes.

- *Obligación de compartir garantías con ICO.*

En caso de concederse nuevas financiaciones / operaciones sin aval ICO, las garantías asociadas a estas nuevas financiaciones deben ser compartidas con las operaciones preexistentes avaladas por ICO. El racional no es otro que evitar que la posición del estado avalista se vea perjudicada o subordinada frente al resto de la financiación no avalada y titulada por el mismo cliente.

Se comprenderá fácilmente que ello provoca no pocos problemas de encaje para los clientes: (i) los derivados del incremento no previsto ni querido del volumen de riesgo para los garantes y saturación del valor de las garantías; (ii) dificultades en la estructuración de las nuevas garantías (pactos de igualdad de rango, hipotecas flotantes en garantía de varias obligaciones, etc...); y (iii) el coste añadido -notarial, fiscal, registral- que supone el proceloso mundo de “compartir” garantías.

Por vía de excepción hay algunos supuestos en los que se puede soslayar la compartición de garantías. A saber: (i) cuando las operaciones avaladas quedan garantizadas, en el mismo grado y en su totalidad, por ser suficientes los activos corporativos de la empresa titular del riesgo; (ii) cuando las nuevas obligaciones contraídas están financiadas a través de SEPI, COFIDES u otras entidades públicas; (iii) cuando las garantías nuevas proceden de fuera del perímetro empresarial; (iv) cuando se trata de financiaciones finalistas -por ejemplo para la compra de un activo-; (v) cuando se trata de operaciones que de suyo llevan asociada y ligada indisolublemente una garantía (factoring, descuento, anticipo de derechos de cobro, etc..)

La obligación de compartir las garantías se podrá cumplir, a elección de cada EEFF y para cada garantía (i) incluyendo como obligación garantizada la operación ICO desde el momento de constitución de la nueva garantía o bien (ii) a través del mecanismo de reducción del aval en la proporción que, sobre el importe avalado, represente el producto líquido de la ejecución de la garantía respecto de la suma de todas las deudas líquidas, vencidas y exigibles del cliente. Esta segunda solución, se

comprenderá, que no resulta atractiva para el financiador.

- *Proporcionalidad y equilibrio en el trato de riesgos ICO y NO ICO*

Las EEFF deben realizar sus mayores esfuerzos para incluir en el marco de un acuerdo de negociación de deudas todos los riesgos avalados y no avalados, para que el esfuerzo en la reestructuración no descansa sólo en la/s operación/es ICO, sino que sea proporcional sobre el conjunto de riesgos, ICO y NO ICO.

La concesión de facilidades crediticias en financiaciones ICO (ampliación de plazo y/o concesión adicional de carencia) debe ir acompañada de un esfuerzo equivalente también en la financiación NO ICO, para que las primeras no se vean perjudicadas en detrimento de las segundas.

Este esfuerzo equivalente no siempre implica *homogeneidad*, pero debe estar inspirado en el *principio de mejor ejecución*: no se debiera actuar sobre posiciones ICO si la tensión financiera está generada -total o en mayor medida- por las financiaciones NO ICO. Para poder completar el análisis de esfuerzo equivalente hemos recomendado a nuestros equipos de las áreas de negocio y riesgo que se atiende a cuatro elementos principalmente: (i) el *tipo de producto* (ante productos similares, esfuerzos equivalentes); (ii) *vencimiento final/plazo*: medidas homogéneas ante vencimientos similares; (iii) *porcentaje* (el tratamiento no debe ser equivalente si las cuotas de riesgo respectivo no lo son); (iv) *titularidad*: medidas equivalentes sobre productos de la misma titularidad, no en caso de titularidades plurales -parcialmente- no coincidentes.

En definitiva, por pasiva: se podrán realizar modificaciones en operaciones no avaladas, si las modificaciones acordadas no afectan ni empeoran las condiciones financieras y garantías del Ministerio en las operaciones avaladas.

- *Prohibición de realizar o conceder quitas.- Las EEFF no podrán conceder aplazamientos, fraccionamientos ni quitas sin recabar previamente autorización del Estado, a través de la AEAT.*
- *Prohibición de amortizaciones anticipadas voluntarias sobre endeudamiento NO ICO cuando existe endeudamiento ICO en vigor.*

Por imperativo regulatorio todas las finan-

ciaciones ICO COVID incorporan la obligación de los clientes financiados de no ejercitar su eventual derecho de amortización anticipada voluntaria en las financiaciones sin cobertura del Ministerio, entre tanto mantenga vivos riesgos ICO COVID.

¿Existe alguna excepción a esta prohibición regulatoria/contractual?

Si, aunque debe/n ser objeto de interpretación restrictiva. Destacamos algunas por su interés práctico: (i) Amortizaciones contractualmente obligatorias; (ii) pago de fiadores, pues la prohibición se predica respecto de titulares; (iii) amortización con fondos procedentes de la venta del activo hipotecado, cuando el activo no se comparta con una operación ICO y la amortización anticipada corresponde a la liberación de dicha garantía como factor esencial e imprescindible para que el cliente pueda consumir una operación que de otro modo no sería posible materializar; (iv) cancelación anticipada de leasing mobiliario o inmobiliario por la venta de activo financiado. (v) amortización por cumplimiento de LCCI (art. 23); (vi) aplicación de subvenciones directas tal y como recoge el RD 5/2021; (vii) amortizaciones ordinarias en el seno de la propia operativa de las líneas de circulante (simples reposiciones de fondos, cobro de anticipos, etc...), que en puridad son reposiciones de límites en operaciones que permiten re-disponer de los límites de modo sostenido en el tiempo.

Y este, nos guste o no, es el marco en el que nos tenemos que mover las empresas y EEFF en los procesos de reestructuración. Y nos va a acompañar durante los próximos años, pues -desearía equivocarme- el mundo ICO ha venido para quedarse hasta la próxima década.

**JUAN BLASCO
ALVENTOSA**

*(Colegiado nº
7030)*

*Director Jurídico
de CaixaBank en
la Comunidad
Valenciana*



LOS JUECES DE LO MERCANTIL DE MADRID PUBLICAN UNA GUÍA QUE COMPLEMENTA LA PARCA REGULACIÓN LEGAL SOBRE EL “PREPACK”



1. INTRODUCCIÓN

El pasado 21 de febrero de 2023, los magistrados de los juzgados mercantiles de Madrid aprobaron en Junta la *Guía de buenas prácticas para el nombramiento del experto en fase preconcursal* (“Prepack”) (en adelante, la “**Guía**”).

Aunque ya ha habido quien se ha apresurado en denunciar que los jueces de lo mercantil han pretendido erigirse en legisladores, creando a través de esta Guía un procedimiento *ex novo*¹, no debe olvidarse que la propia Guía deja claro que las normas que recopila tienen carácter “orientativo y no vinculante”.

¹ La «guía de buenas prácticas concursales para el nombramiento de experto en fase preconcursal (“prepack”)»: una mala práctica, Guillermo Alcover Garau, en Diario LA LEY, N° 10238, Sección Tribuna, 1 de Marzo de 2023, LA LEY

No puede negarse, por otro lado, que la parquedad de los artículos 224 ter a 224 septies TRLC ocasionan inseguridad jurídica y que para conseguir aumentar la inversión y, por tanto, recibir ofertas de mayor importe, es necesario incrementar la seguridad jurídica colmando las deficiencias en la regulación legal.

Por ello, el propósito de la Guía es loable: regular, con los procesos de venta de la unidad productiva en fase preconcursal, cuando se solicita al Juzgado Mercantil competente que nombre un experto que recabe ofertas.

La Guía regula el trámite procesal de la solicitud del deudor relativa al nombramiento del experto, con especial mención al contenido que debe incluir, el procedimiento de nombramiento del experto, la duración del cargo, las funciones del experto y su retribución, que divide en dos

tramos (fija y definitiva -como veremos, una especie de variable que se hace depender de ciertos hitos-), introduciendo algunos criterios de moderación, el deber de solicitar el concurso cuando se ha solicitado el nombramiento de experto y la solicitud de concurso con oferta de compra de la unidad productiva cuando se ha pasado previamente por un proceso de venta en fase preconcursal.

Me centraré aquí únicamente en tres de los aspectos que considero más relevantes de la Guía por las novedades que introducen respecto de la regulación contenida en el TRLC: (i) el contenido que se determina de la solicitud de nombramiento del experto; (ii) las funciones que tendrá el experto; y (iii) seguramente la más relevante de todas, la retribución del experto.

2. CONTENIDO DE LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE EXPERTO

Dado que el TRLC no regula los requisitos que debe cumplir la solicitud de nombramiento de experto, la Guía trata de colmar esa laguna extendiendo la necesidad de motivar la petición que se exige a al deudor que presenta una comunicación para iniciar negociaciones con sus acreedores para alcanzar un plan de reestructuración de su activo y pasivo. Como destaca la Guía, tanto el mecanismo del art. 586 TRLC como la solicitud de nombramiento de experto son mecanismos de reestructuración de la deuda, por lo que deben cumplir requisitos similares.

Asimismo, como ya había indicado alguna resolución judicial (por ejemplo, el auto n° 200/2022, del Juzgado de lo Mercantil de Santander), la Guía establece que, además de identificar al deudor, es conveniente describir el negocio y el sector o rama de actividad al que se dedica, incluyendo la cifra de negocio y número de trabajadores, así como detallar si se encuentra en una situación de insolvencia actual, inminente o en probabilidad de insolvencia, especificando si la empresa está en funcionamiento o si ha cesado en su actividad, deberán exponerse en la solicitud las razones que justifican la petición.

Respecto de la unidad o unidades productivas a transmitir, se exige que se identifique su perímetro y se facilite una valoración, así como los criterios que se han utilizado para llegar a esa valoración. Asimismo, se establece que el deudor deberá justificar la propuesta de duración de las operaciones de venta. Además, el deudor deberá manifestar

si prefiere que se nombre un experto en reestructuraciones o un administrador concursal. El propósito de todo ello es que pueda elegirse al profesional que resulte más idóneo para el cargo, así como fijar su retribución. Sobre este punto, se ha sugerido que sería posible que el deudor incluyera en su solicitud a un concreto experto cuyo nombramiento interesase, sin que ello afectase a su imparcialidad², aunque ciertamente la Guía no llega a regular esta posibilidad.

Por último, se sugiere que se acompañe a la solicitud una Memoria Jurídica y Económica y un balance de situación, salvo cuando se trate de PYMES o microempresas.

3. FUNCIONES DEL EXPERTO

La Guía profundiza en las funciones del experto, que en el TRLC se ventila con un escueto “recabar ofertas” y que no concreta lo que el experto debe hacer con las ofertas que recabe (por ejemplo, no se concreta si debe elaborarse algún informe o no, lo cual sí se prevé en la Guía, como veremos).

Así, la Guía menciona que el experto deberá conocer y familiarizarse con la actividad y negocio del deudor, asistirle en la delimitación del perímetro de la unidad productiva, así como comprobar que el valor de la unidad productiva supera el valor de mercado de los activos individuales integrados dentro del perímetro.

Por lo que se refiere específicamente al proceso de venta, el experto deberá asistir al deudor en la búsqueda y selección de ofertas, así como verificar y supervisar que el proceso de venta es abierto, objetivo, concurrente y transparente.

Al finalizar el proceso, la Guía establece que el experto deberá presentar en el Juzgado un informe sobre el proceso de venta y su resultado, indicando cuál ha sido la oferta seleccionada y si se considera acorde al valor de mercado de la unidad productiva y al interés de los acreedores.

Para el caso de que existan bienes afectos a privilegio especial, la Guía recomienda que el experto verifique que se ha informado a los acreedores privilegiados del proceso de venta.

² Reflexiones sobre el nombramiento de experto en “prepack”, JORDI ALBIOL PLANS, Tribuna Cinco Días, 2 de marzo de 2023.



Por último, la Guía trata de preservar la imparcialidad, objetividad e independencia del experto, ordenándole abstenerse de realizar cualquier prestación de servicios distinta de la encomendada por la resolución que le designe. De incumplir esta obligación, el experto quedará automáticamente excluido de la designación como administración concursal si posteriormente se acabara declarando el concurso de acreedores.

4. RETRIBUCIÓN

El TRLC establece que la retribución del experto se fijará en función del valor de la unidad productiva objeto de venta. No obstante, el TRLC no ofrece criterios objetivos para fijar esa retribución, que deberán fijarse en el reglamento de retribuciones del experto y del administrador concursal.

Por ello, la Guía establece unos criterios orientadores para fijar esa retribución, tratando de encontrar un equilibrio entre dos intereses a proteger. Por un lado, la Guía pretende retribuir adecuadamente el trabajo del experto. Por otro, se intenta que los honorarios de todos los profesionales intervinientes no supongan una carga excesiva para el deudor.

Por último, a la hora de determinar la retribución del experto, la Guía establece una retribución provisional fija que será la mayor de

dos cantidades (la retribución definitiva no podrá ser inferior a la provisional). Aunque se afirma categóricamente que las cantidades retributivas se deben fijar únicamente por el valor de la unidad productiva, luego se fijan atendiendo únicamente al tamaño del concurso.

La retribución se divide en dos tramos: retribución fija y retribución definitiva o variable (ya que su devengo depende del acaecimiento de ciertos hitos, como veremos).

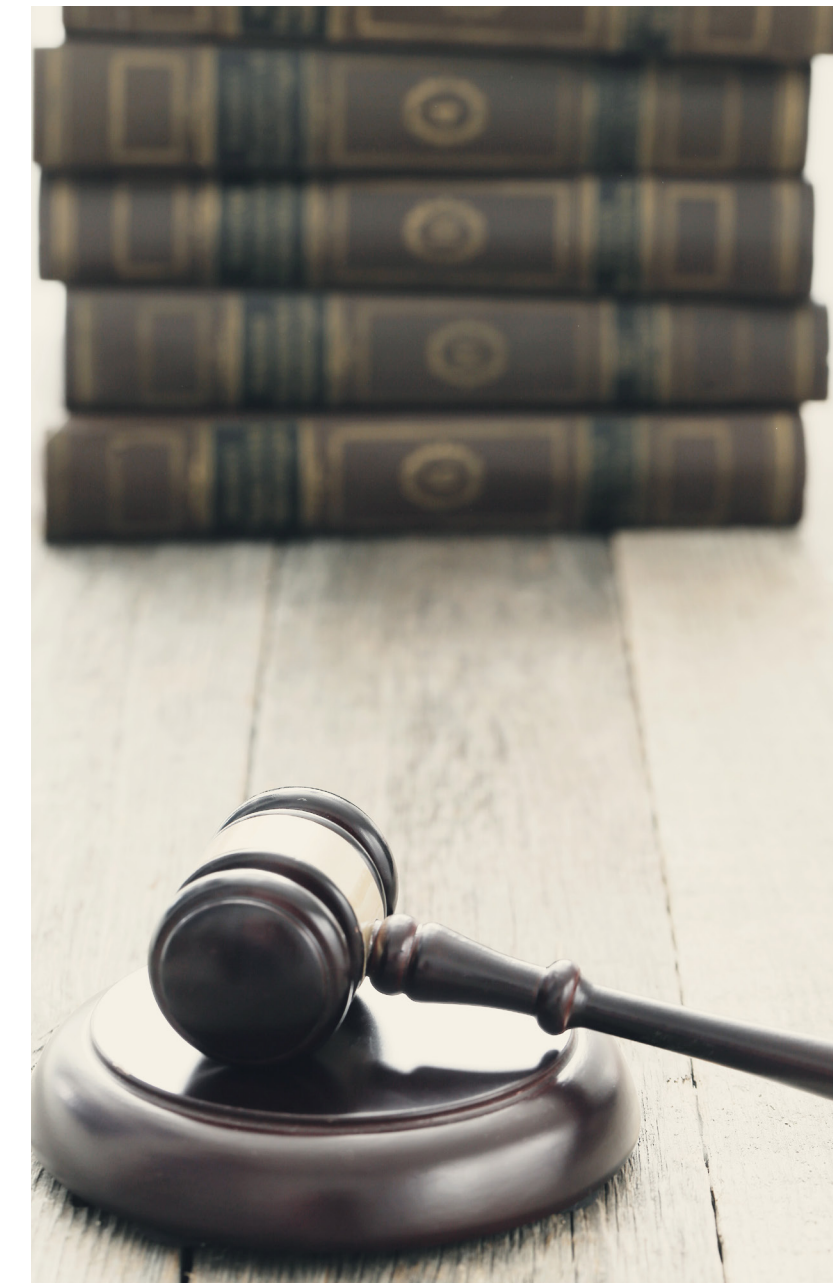
En primer lugar, la retribución fija será la que arroje un mayor resultado de entre los dos siguientes cálculos: (i) cálculo según el tamaño de la unidad productiva de la empresa, distinguiéndose cuatro clases (microempresas, 5.000 euros; empresas con 49 o menos trabajadores y cuyo volumen de negocio no supere los 10 millones, 12.500 euros; empresas con más de 50 trabajadores y volumen de negocios superior a 10 millones, 40.000 euros; y empresas cotizadas o multinacionales, 100.000 euros); y (ii) cálculo con base en la cantidad mensual según el Real Decreto 1860/2004, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales (durante los seis primeros meses, el equivalente al diez por ciento de la retribución aprobada para la fase común, y a partir del séptimo mes, un cinco por ciento de tal retribución).

Respecto a la retribución definitiva o variable, es preciso diferenciar dos supuestos: que no se lleve a cabo la venta de la unidad productiva, en cuyo caso no se devengará retribución variable o que sí se lleve a cabo la venta de la unidad. En ese caso, se devengará una retribución variable en función del valor de la unidad productiva, aplicando una escala contenida en la Guía.

Sin embargo, existen resoluciones judiciales (como el auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander citado anteriormente) que establecen, acertadamente en mi opinión, que el derecho a percibir una mayor o menor retribución debe variar en función de la obtención de ofertas por parte del experto y no de la efectiva venta o transmisión de la unidad, puesto que la función del experto es recabar ofertas y no garantizar que se produzca la venta de la unidad productiva, siendo esta una circunstancia ajena a su control.

En cuanto al devengo y abono de los honorarios, la Guía establece que el experto recibirá su retribución en los cinco días hábiles siguientes a la transmisión de la unidad productiva. El hecho de que la venta se lleve a cabo una vez declarado el concurso no es obstáculo para que se devengue la retribución al experto, siendo indiferente la actual condición de administrador concursal. No obstante, cuando se aplique el arancel para calcular los honorarios de la administración concursal, ésta excluirá el valor de los activos de la unidad productiva, con independencia de la fecha en que se formalice la venta o la transmisión. En su caso, también excluirá la tesorería o contrapartida entrante en el concurso debido a su realización.

Finalmente, es conveniente señalar que la retribución del experto puede ser moderada por el juez, de oficio o a instante de parte, en función del resultado obtenido y del trabajo desempeñado por el experto. Asimismo, el juez deberá tener en consideración si hubiese intervenido una persona o una entidad especializada durante la fase de preparación del proceso de venta previo a la declaración del concurso.



**IGNASI GAY
QUINZÁ**

Abogado
URÍA
MENÉNDEZ



BOLETIN DE ACTUALIDAD JURÍDICA EN DERECHO CONCURSAL



DOCTRINA

- A. Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España. Amanda Cohen Benchetrit (directora), editorial Aranzadi, 2022.
- B. El precurso de acreedores. Pedro Yanes, editorial Aranzadi, 2023.
- C. Reestructuraciones e Insolvencia. Eduardo Aznar y Vicente Zubizarreta (directores), editorial Tirant, 2023.

JURISPRUDENCIA

- A. **SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 863/2022, de 1 diciembre de 2022 (Roj: STS 4482/2022 - ECLI: ES: TS: 2022:4482). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.**

Nuestro más alto Tribunal resuelve sobre i) la interpretación del ordinal 2º del derogado artículo 178 bis.3 LC, en concreto de hasta qué punto una condena por un delito contra el patrimonio que no lleva aparejado penas relevantes de privación de libertad puede impedir que el deudor concursado tenga la condición de deudor de buena fe para acogerse a la exoneración del pasivo insatisfecho, y ii) la existencia de un crédito privilegiado de la TGSS, consecuencia de una derivación de responsabilidad que impediría acceder a la exoneración inmediata del ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC.

El deudor fue declarado en concurso de acreedores por auto de 30 de mayo de 2017 que fue concluido por insuficiencia de activo. Posteriormente, el deudor pidió la exoneración del pasivo insatisfecho a la que se opuso, entre otros, la Tesorería General de la Seguridad Social. Si bien en el año 2014 el deudor había sido condenado mediante Sentencia por un delito menos grave de daños en la propiedad ajena, contra el patrimonio.

El juez mercantil estimó la oposición y denegó la exoneración del pasivo insatisfecho porque entendió que i) el deudor no reunía los requisitos legales para ser considerado deudor de buena fe, de acuerdo con lo prescrito en el ordinal 2º del art. 178 bis. 3 LC, al constar una condena firme por un delito contra el patrimonio en los diez años anteriores a la declaración de concurso, y ii) no se cumplían los requisitos del ordinal 4º del art. 178 bis LC, pues el crédito de la TGSS consecuencia de la derivación de responsabilidad era, en parte, un crédito privilegiado y no todo subordinado como pretendía el deudor.

Al llegar el asunto al Tribunal Supremo, este hace expresa remisión a las sentencias 150/2019, de 13 de marzo, y 381/2019, de 2 de julio respecto al requisito de la exigencia de la buena fe para poder acceder a la exoneración del pasivo y al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. Y en este sentido el Tribunal Supremo

razona que la conducta por la que fue condenado el deudor (riña vecinal en el vehículo de otra persona por valor de 1.496,36 euros) no guarda relación con la actividad económica que pudiera haber desembocado en la insolvencia ni con la administración patrimonial, y además dice que, en cualquier caso su interpretación debe ajustarse a dos parámetros: la propia gravedad del delito y su justificación respecto del efecto de privar de la exoneración del pasivo. Concluyendo que, en el delito contra el patrimonio debe existir alguna relación o vinculación con la insolvencia o el crédito en el mercado, que justifique la privación a su autor de la posibilidad de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Por otra parte, y aunque no aplica al presente caso, se hace referencia también a la reforma introducida por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en el artículo 487.1.1º TRLC en la que se mantiene la referencia a los mismos delitos pero excluye los delitos contra el patrimonio que no tengan una cierta relevancia (que la pena máxima señalada al delito sea inferior a tres años). Por todo ello, el deudor concursado sería deudor de buena fe.

La segunda cuestión resuelta era la relacionada al incumplimiento de los requisitos propios de la alternativa prevista en el ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC. (exoneración inmediata de sus deudas) pues era preciso haber pagado una serie de créditos y en este caso, la TGSS adujo que tenía un crédito frente al deudor de 245.047,19 euros, de los cuales 75.423,31 gozaban de la consideración de crédito con privilegio general del art. 91.1.4º LC.

Por su parte, el concursado entendía que el crédito de la TGSS, al tener su origen en la derivación de responsabilidad al administrador de una sociedad, debe ser considerado subordinado. Para ello, el Tribunal Supremo vuelve a hacer alusión a las sentencias de esta Sala nº 315/2020 y 316/2020, de 17 de junio, y en la posterior 664/2020, de 10 de diciembre, respecto de la clasificación de los créditos de la AEAT por derivación de responsabilidad al administrador de una sociedad, en las que se declaraba que no se considera la derivación de responsabilidad tributaria como una sanción, y por tanto, no cabe que se subordinen todos los créditos resultantes, conforme al art. 92.4 LC, sino que conservarán la misma clasificación que correspondería a los créditos de los que provenga la derivación (50% de la cuota tributaria crédito con privilegio general del art. 91.4º LC y el 50% restante de la cuota tributaria era crédito ordinario del art. 89.3º LC).

En consecuencia, al no constar el crédito privilegiado de la TGSS pagado, no se cumplían los requisitos para la exoneración inmediata del ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC. Por último, y atendiendo a que el deudor solicitó de forma alternativa someterse a la exoneración demorada en cinco años, mediante un plan de pagos (ordinal 5º del art. 178 bis.3 LC), y al no constar que esta cuestión se analizara en la instancia, se acordó de conformidad con la interpretación que al respecto ha hecho la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias 381/2019, de 2 de julio, y 295/2022, de 6 de abril, que se remitiesen los autos al juzgado para tramitar y resolver esta solicitud subsidiaria.

- B. **SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 800/2022, de 22 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4253/2022 - ECLI: ES: TS: 2022: 4253). Ponente: Rafael Saraza Jimena.**

El crédito derivado de la cuota del impuesto sobre sociedades nace en el momento del devengo, en el último día del periodo impositivo. Si el concurso fue declarado en fecha anterior a ese día, se calificará como crédito contra la masa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial calificó el crédito de la cuota del impuesto de sociedades como crédito concursal al estimar, en el caso litigioso, que los ingresos de la sociedad correspondientes al ejercicio de la liquidación se habían generado en una sola operación, una venta realizada antes de la declaración de concurso, por lo que el crédito correspondiente al impuesto de sociedades debía ser considerado como crédito concursal y no como crédito contra la masa.

Se estima en este caso el recurso de casación de la Agencia Tributaria al considerar que el crédito correspondiente a la cuota del impuesto sobre sociedades nace, conforme a la normativa legal tributaria, el último día del ejercicio económico de la sociedad, al ser este el momento del devengo, sin perjuicio de que no sea exigible en el devengo sino más adelante.

Tratándose de una obligación de origen legal, el art. 84.2.10º LC fija como dato determinante de su carácter de crédito contra la masa que su nacimiento sea posterior a la declaración de concurso. Por esta misma razón, no es determinante del nacimiento de este crédito el momento en que se obtuvieron las rentas que constituyen su hecho imponible, sino la finalización del periodo impositivo durante el que se obtuvieron tales rentas. El criterio de la Audiencia obligaría a hacer una

periodificación de la cuota del impuesto, distinguiendo, como si fueran periodos fiscales distintos, el período anterior y posterior a la declaración de concurso, distinción que carece de sustento legal.

C. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 789/2022, de 17 de noviembre de 2022 (Roj: STS 4341/2022 - ECLI: ES: TS: 2022:4341). Ponente: Ignacio Sanchez Gargallo.

En esta Sentencia del Tribunal Supremo se abordan los efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones o apremios administrativos contra bienes o derechos del concursado.

Se reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias 319/2018, de 30 de mayo y 90/2019, de 13 de febrero, y se razona que la paralización de las ejecuciones administrativas en trámite es un efecto imperativo de la declaración de concurso, y constituye un requisito ineludible de cualquier actuación ejecutiva de la administración posterior a dicha fecha de la previa declaración por el juez del concurso que determine la “no necesidad” de los bienes embargados.

‘El presupuesto del caso es el siguiente: la AEAT, en el curso de un apremio administrativo contra la deudora, acordó dos embargos sobre bienes o derechos de esta entidad, antes de que fuera declarada en concurso de acreedores. El efecto de la declaración de concurso era la inmediata paralización de ese apremio o ejecución administrativa, y correspondía a la AEAT haberse dirigido al juez del concurso para obtener la declaración de que los bienes o derechos embargados no tenían la consideración de necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Mientras no obtuviera esta declaración, no podía operar la excepción al efecto legal de paralización de ejecuciones contra bienes o derechos del concursado. En consecuencia, al apreciar injustificada la continuación de la ejecución separada y que, mientras no se declarara por el juzgado que eran bienes o derechos “no necesarios”, resultaba procedente acordar la restitución a la masa del concurso del importe de lo obtenido con la realización de aquellos bienes o derechos por la actuación de la AEAT. Y por ello el Tribunal Supremo estima los motivos y desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

D. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Competencia Art 42 LOPJ, núm. 14/2022, de 20 de diciembre

de 2022 (Roj: ATS 18389/2022 - ECLI: ES: TS: 2022:18389A). Ponente: José Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

Ante la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo se plantea un conflicto positivo de competencia contencioso-civil. Y su origen se encuentra en el despacho de ejecución contra una persona física no comerciante en fecha 19 de octubre de 2016 por daños y perjuicios ocasionados a caudales públicos, siendo esta persona declarada en concurso voluntario en el año 2020.

Con ocasión de la declaración del concurso, el Juez de Primera Instancia acuerda requerir de inhibición al Tribunal de Cuentas para la inmediata suspensión de la ejecución. Sin embargo, éste órgano, declara su competencia para seguir la ejecución contra el concursado alegando que a pesar de la naturaleza jurisdiccional de la ejecución de su sentencia, se aplica la excepción a la suspensión para los embargos administrativos al entender que debe tener el mismo trato que las ejecuciones administrativas por perseguir un interés público.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia finalmente falla a favor de la competencia de la jurisdicción civil y no del Tribunal de Cuentas argumentando que es el Juez del Concurso quien, de acuerdo con el anterior redactado del artículo 52.2 del TRLC, tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o autoridad administrativa que hubiera ordenado, sin más excepciones que las previstas en dicha ley (señalar que la nueva redacción de la TRLC ha sustituido en dicha ley por la ley concursal).

Es por ello que, dado que en el presente supuesto, la sala trata de determinar cuál es la jurisdicción competente sin adentrarse en consideraciones referidas al fondo de la controversia, falla a favor de la jurisdicción civil.

E. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 865/2022, de 9 de diciembre de 2022 (Roj: STS 4532/2022 - ECLI:ES: TS:2022:4532). Ponente: Pedro Jose Vela Torres.

En esta Sentencia, se analiza el orden de pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa que impida pagar todos ellos y los honorarios de la administración concursal.

Comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe seguir el orden de prelación del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal, al margen de cuál sea su fecha de vencimiento y afecta, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago (no se aplica solamente a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación, sino a todos los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad).

No obstante la regla anterior, esta no opera cuando la declaración de insuficiencia de activo se hace por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación de un crédito contra la masa. En el caso, hay coincidencia temporal entre la reclamación del crédito contra la masa y la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por lo que no es aplicable a dicho crédito el orden de prelación previsto en el art 176 bis 2 Ley Concursal y la administración concursal debe respetar el orden de pagos del art. 84.3 Ley Concursal y, en su caso, devolver a la masa las cantidades que hubiera cobrado por sus honorarios sin aplicar dicho orden, salvo las que sean prededucibles por su carácter imprescindible para la culminación del proceso de liquidación.

F. AUTO del Juzgado de lo Mercantil nº13 de Madrid, nº290/2022, de 22 de noviembre de 2022.

El deudor solicitó la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho conforme al artículo 489 TRLC, en su redacción dada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

La administración concursal fue la única que presentó escrito informando, que no incidente concursal, que el deudor mantenía una deuda con la Diputación de Toledo por importe de 4988,82 euros, indicando que a su entender la concursada no estaba al corriente de pago “de los créditos contra la masa y privilegiados”, a los fines de serle concedida la exoneración del pasivo insatisfecho.

En este supuesto, se analiza el marco legal aplicable para finalmente acabar valorando este juzgador que se está ante un deudor de buena fe, y reconocer el derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho, incluyendo el crédito público que mantiene con la Diputación de Toledo, al ser inferior a 5.000 euros. Además, se resuelve que dicha exoneración será definitiva y alcanza a la totalidad del pasivo concursal no satisfecho por el concursado, no constando que tenga pendiente

“deuda no exonerable” conforme al art. 489.1 TRLC.

G. RESOLUCIÓN Nº17947/2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 4 de octubre de 2021 publicada el BOE el 3 de noviembre de 2021 (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-17947)

En esta resolución se abordan dos defectos, por un lado si existe o no concurrencia de los presupuestos para la reapertura del concurso, y por otro lado, la necesidad de nombrar un liquidador en el registro mercantil de forma previa a la liquidación de la sociedad en un concurso concluido por insuficiencia de masa activa.

El concurso de acreedores se declara en el año 2010, posteriormente en el año 2018 se apertura la fase de liquidación, y en 2019 se solicita la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa pese a existir en su activo dos fincas registrales, habiéndose dictado por el Juzgado de lo Mercantil auto de conclusión de concurso y decretando la extinción de la compañía y el cierre de su hoja registral.

Mediante escritura otorgada en mayo de 2021, los únicos socios de la compañía extinguida dando al acto de dicho otorgamiento carácter formal de Junta General Extraordinaria y Universal, previa la formación proporcional de la cuota de liquidación en los términos prevenidos en la Ley de Sociedades de Capital, se adjudicaron las referidas fincas (para que no pasaran a ser <<res nullius>>) en pago de dicha cuota y por el valor asignado a las mismas en el informe pericial previamente solicitado a tal efecto.

Pues bien, respecto al primer defecto, la Dirección General resuelve que no procede la reapertura del concurso, pues solo puede realizar en el año siguiente a la conclusión del mismo y en el supuesto de la aparición de nuevos bienes (activos sobrevenidos), no siendo el caso, pues las fincas adjudicadas en la escritura calificada con defectos estaban incluidas en la masa del concurso y eran conocidas por las partes interesadas en el procedimiento (acreedores).

Sin embargo, respecto al segundo defecto, sí que se resuelve que para llevar a cabo la liquidación es preciso el nombramiento de un liquidador y su previa inscripción en el registro mercantil, y que a estos efectos, el cierre de la hoja registral, por su propia configuración, debe admitir posibles asientos posteriores como exige la registradora.

FORMACIÓN REALIZADA

El ciclo concursal que se viene realizando desde el pasado mes de Septiembre, organizado con el fin de ofrecer a los compañeros formación por la entrada en vigor de la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Está teniendo una gran acogida por parte de los compañeros y miembros de la sección. Igualmente se ha celebrado la 6ª Edición del Curso de Experto en Derecho Concursal ICAV, que finalizó el pasado día 9 de marzo de 2023.

-12 de enero de 2023. Designación y Retribución de AC impartido por Don Leandro Blanco García-Lomas y Don Francisco Gil Monzó.

- 25 de enero de 2023. El Convenio. Impartido por Don Salvador Vilata Menadas y la Calificación impartido por Don Abel Sala Sanjuan.



- 2 de febrero de 2023. Créditos ICO. Impartido por Don Francisco Cano Marco.



- 16 de febrero de 2023 Taller del Curso de Experto Concursal impartido por Don José Andreu López.

**VII CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO**

1.- Los pasados días 9 y 10 de marzo, tuvo lugar el **VII CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO** en el Hotel Asia Gardens, de 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 sobre la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

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 reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.

**FORMACIÓN PROGRAMADA**

9º seminario del CICLO CONCURSAL: 4 de abril de 2023 de 16.00 a 20.00 hs. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS. Don Jacinto Talens Seguí Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia. **Don Rafael Fuentes Devesa.** Magistrado de la Audiencia Provincial de Murcia y **Jose Luis Fortea Gorbe.** Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil 3 de Murcia.

10º Seminario del CICLO CONCURSAL: 19 de abril de 2023 de 16.00 a 20.00 hs. EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO. Doña Matilde Cuenca Casas Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid y **Don Jose María Fernández Seijo.** Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil 11 de Barcelona. **Don Álvaro Sendra Albiñana** Abogado.

V ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL: 1 y 2 de junio de 2023 organizado por el Ilustre Colegio de Abogados, Colegio de Titulares Mercantiles y Empresariales, Colegio de Economistas, Colegio de Procuradores, todos ellos de Valencia, así como el Colegio de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana.

SECCIÓN DERECHO CONCURSAL

SIGUE TODA LA INFORMACIÓN DE NUESTRA SECCIÓN EN:

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

admon@sendraabogado.com