

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

EDITORIAL
JORDI IBIZA

ARTÍCULOS

"EL FENÓMENO DE LAS STARTUPS Y EL DERECHO CONCURSAL"

"EL CONCURSO SIN MASA EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA..."

FIRMA INVITADA

ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO

"LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL: AGILIZACIÓN Y EFICIENCIA"

CONGRESO JUNIO 2022

IV ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL

ENTREVISTA **MATILDE CUENA CASAS**

Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad Complutense de Madrid

LA IMPORTANCIA DE LAS ESTADÍSTICAS CONCURSALES

El Número 2 de la Revista de Derecho Concursal del ICAV surge en un mes en el que, al menos inicialmente y salvo nuevas modificaciones, se contempla como de transición en el sistema concursal español, y ello por cuanto que: 1º) el próximo 30 de junio finaliza la moratoria concursal, medida que si bien fue necesaria y acorde con el de otras políticas económicas adoptadas a lo largo de dicha crisis, no estuvo exenta de críticas por los riesgos asumidos consecuencia de una excesiva prolongación; y, 2º) la conocida reforma de la Ley Concursal, cuyo objeto es la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, se prevé que entre en vigor con el fin de la moratoria concursal.

Sin duda, son muchos los retos e incertidumbres a los que nos enfrentamos los profesionales de la insolvencia, no obstante, nos gustaría hacer sucinta referencia a un aspecto de la reforma que de ser objeto de una eficaz implementación podría contribuir a la mejora del derecho de insolvencia.

Nos referimos al desarrollo de las "estadísticas concursales", siendo que el Proyecto de Reforma incluye en su Disposición Final Decimotercera que, a los seis meses de su entrada en vigor y a propuesta conjunta de los ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se aprobará mediante real decreto un Reglamento que determinará las estadísticas que han elaborarse para poder analizar adecuadamente la eficacia y eficiencia de los instrumentos preconcursales y concursales. Y es que estas estadísticas concursales deberían ayudarnos, en un momento de cambio de paradigma, a delimitar la verdadera eficiencia y eficacia del sistema de insolvencia.

Si bien es cierto que a la fecha se disponen de estadísticas concursales, no lo es menos que estas se encuentran más enfocadas en cuestiones económicas (naturaleza jurídica del concursado, tipo de concurso, clase de procedimiento, tipo social, tramo de volumen de negocio, tramo de asalariados, antigüedad, actividad económica principal o aspectos demográficos) y no tanto en aspectos relacionados con el propio funcionamiento del sistema legal. Siendo ello así, variables fundamentales como la duración del procedimiento de insolvencia, el coste y la ratio de recuperación habrán de considerarse profundamente a efectos de facilitar unas estadísticas más específicas.

A modo de ejemplo, y a efectos de evitar interpretaciones erróneas respecto a la ratio de recuperación para los acreedores privilegiados especiales, será fundamental comparar la cantidad objeto de reclamación con la valoración de la garantía al tiempo del inicio del procedimiento de insolvencia, pues dicha comparativa permitiría identificar las ineficiencias del sistema de modo más aproximado. Del mismo modo, resulta fácil afirmar que las ventas de unidades productivas contribuyen a mantener puestos de trabajo y a conservar tejido empresarial, pero también cabe plantearse los siguientes interrogantes: ¿cuál es la esperanza de vida para estas nuevas unidades productivas configuradas? ¿cómo responde el mercado ante el cese de actividad de una deudora concursada, es decir, estos puestos de trabajo destruidos son finalmente absorbidos por otros competidores? ¿la esperanza de vida de estas unidades productivas en caso de efectuarse a favor de persona especialmente relacionada es menor?

Sin duda la reforma concursal va a significar grandes cambios y, una estadística concursal bien configurada, puede ser de gran ayuda a efectos de determinar la eficacia y eficiencia de estos, no basándonos en meras suposiciones sino en datos empíricos que las respalden. Y por supuesto, una mayor evidencia empírica contribuiría a configurar futuras reformas legislativas, reduciendo la diferencia de posiciones por cuestiones meramente políticas.

Jordi Ibiza

Abogado y secretario de la Sección de Derecho Concursal del ICAV



02

EDITORIAL
JORDI IBIZA

04

ENTREVISTA
MATILDE CUENA CASAS
Catedrática de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid

08

ARTÍCULO
TOMÁS VAZQUEZ LÉPINETTE
El fenómeno de las startups y el Derecho Concursal

12

ARTÍCULO
COVADONGA SÁNCHEZ SUÁREZ
"El concurso sin masa en el proyecto de ley de reforma..."

16

JURISPRUDENCIA
Documentos y publicaciones

18

FORMACIÓN
Realizada y Programada

19

CONGRESO JUNIO 2022
IV Encuentro Intercolegial Concursal

20

ARTÍCULO
ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO
La liquidación concursal: Agilización y eficiencia

icav
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL ICAV

NÚMERO 02/2022

[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

[Colaboradores] Álvaro Sendra Albiñana, Jordi Ibiza, Covadonga Sánchez Suárez

[Imágenes] Por Freepik.

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

D.^a MATILDE CUENA CASAS

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Matilde Cuenca Casas es Catedrática de derecho civil por la universidad complutense de Madrid. Persona especialmente comprometida con el estado de derecho ha dedicado gran parte de su labor investigadora al estudio de la denominada segunda oportunidad empatizando así con los deudores que carecen de los más elementales recursos para su subsistencia. En relación con tal institución ha desarrollado amplios estudios sobre el crédito responsable. La profesora CUENA CASAS ha desarrollado su labor, además como asesora del Ministerio de Justicia desarrollando tareas de asesoramiento para el legislador español y participando activamente en el proyecto de reforma de la ley concursal y la instauración de la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho. Autora de diversas monografías y artículos es hoy por hoy la mayor autoridad española en la materia.

1.- ¿Casada? ¿Hijos?

Me casé muy joven y tengo dos hijos ya mayores.

2.- Vicepresidenta de la fundación “Hay derecho”, Catedrática de derecho Civil, Madre, Escritora, Conferenciante... ¿De dónde saca el tiempo?

La verdad es que no paro, pero tengo la ventaja de que me gusta mucho todo lo que hago. Mi tarea en la Fundación Hay Derecho es de las más gratificantes y somos muchos en el equipo y repartimos el trabajo. Como cualquier madre trabajadora, toca organizarse para hacer todo lo que quiero. Procuro no descuidar mi vida personal a la que le dedico mi tiempo. Todo se puede, solo hay que organizarse.

3.- ¿Cuándo y por qué escogió dedicarse al mundo del derecho?

Siempre me gustó el Derecho y la lucha por un Derecho justo. Creo que desde las profesiones jurídicas se puede ayudar mucho a la gente y esa idea me ha motivado bastante. Me gusta mucho enseñar y los alumnos sólo me han dado alegrías a lo largo de mi vida. Creo que la educación es el camino para lograr la mejora de la sociedad.

4.- ¿Cuándo decidió que quería dedicarse a la investigación académica y a la docencia, y qué le motivó a ello?

A mí siempre me ha gustado estudiar y aprender. Mi padre era catedrático de universidad, de inteligencia artificial y he crecido

viéndole estudiar y avanzar en un área de conocimiento de la que poco se hablaba en España en los años 70. Ese interés por estudiar temas poco explorados y el deseo de innovar para mejorar la vida de la gente es algo que aprendí de él. Mi padre tuvo mucho que ver en mi vocación docente, aunque también me impactaron mucho algunos profesores que tuve durante la carrera. Realmente un profesor puede influir mucho en la vida de una persona.

Me gusta mucho enseñar y los alumnos sólo me han dado alegrías a lo largo de mi vida. Creo que la educación es el camino para lograr la mejora de la sociedad. Eso me motiva bastante.

5.- ¿Tenía algún antecedente familiar, próximo o conocido, que estuviera relacionado con el mundo del derecho?

Mi madre estudió Derecho. Fue Técnico de la Administración Civil del Estado en un momento en que pocas mujeres estudiaban. Mi madre fue para mí un ejemplo de esfuerzo, pues sacó adelante una familia con cuatro hijos y además tenía una profesión demandante. Realmente yo he crecido viendo un modelo de vida de estudio y trabajo que luego he procurado practicar. La familia es muy importante en el desarrollo de los hijos y creo que a mí mis padres me han influido mucho.

6.- ¿Qué aficiones tiene que le hagan evadirse de su trabajo?

Me gusta mucho hacer deporte, me fascina la cultura en general. Disfruto mucho con el

cine, la música y la lectura. Es difícil que yo me aburra...

7.- ¿Cuáles son sus vacaciones ideales?

Mis vacaciones ideales son viajando con la gente que quiero. Un buen libro, una buena música y compañía, son suficientes para mí...

8.- ¿Desearía que alguno de sus hijos siguiera sus pasos?

La verdad es que nunca tuve especial interés. Lo importante es que escojan profesiones que les llenen y cumplan una función para la sociedad. Que te guste tu trabajo es un ingrediente importante para ser feliz pues son muchas horas las que dedicamos a ello. Eso es lo que he tratado de inculcar a mis hijos y cada uno ha escogido su carrera en libertad y ninguno se dedica al mundo del Derecho. Mi hijo mayor ha estudiado farmacia y el pequeño ha estudiado psicología.

9.- Como decíamos al principio, es Vd. vicepresidenta de la fundación “Hay derecho”. ¿Nos puede explicar brevemente la finalidad principal de la misma y cuál de sus últimas actividades destacaría?

En la Fundación Hay Derecho somos un grupo de profesionales que decidimos tener una actitud proactiva para la defensa del Estado de Derecho, la lucha contra la corrupción y la regeneración de las instituciones. Luchamos también por la mejora de nuestro ordenamiento jurídico. Desde el blog Hay Derecho denunciaremos cualquier atentado contra nuestro Estado de Derecho y además haremos propuestas de mejoras de nuestro actual sistema. Así, por ejemplo, desde el blog

se propuso la supresión de los aforamientos y el régimen de segunda oportunidad para personas insolventes. También realizamos estudios, investigaciones y controlamos la necesaria transparencia de nuestras Administraciones Públicas, cursando las oportunas solicitudes. Creo que nuestro Estado de Derecho está sufriendo en los últimos años ataques intolerables y nosotros no nos conformamos con ser espectadores. Hay que actuar y para ello decidimos crear la Fundación.

Pero no solo actuamos nosotros, sino que incentivamos que otros también lo hagan. Para eso reconocemos las acciones de personas y entidades en esta causa, a través de los Premios Hay Derecho, para los que pueden presentar candidaturas a través de nuestra web. Un ejemplo concreto acerca de cómo defendemos el Estado de Derecho ha sido nuestro análisis crítico a la impugnación de los nombramientos a la presidencia y adjuntía de la Agencia Española de Protección de datos que no habían respetado el procedimiento legalmente establecido. De ahí que el Tribunal Supremo los haya anulado. Luchamos por la transparencia y por el mérito y la capacidad para el nombramiento de cargos de tanta relevancia evitando que el criterio sea el amiguismo y la afinidad política.

10.- Durante años ha escrito vd sobre “segunda oportunidad”. ¿Cómo ve el panorama actual de la institución y su evolución en el futuro a la luz del nuevo proyecto de reforma de la Ley concursal?

El tema de la segunda oportunidad me ha preocupado y ocupado durante muchos años. Cuesta trabajo creer que no se hablara de este tema en España y “se tolerara” un sistema que fomentaba el sobreendeudamiento de los particulares a los cuales se condenaba a la exclusión social cuando devenían insolventes por circunstancias que no podían controlar. Era llamativo que aquí solo se hablara de la insolvencia de sociedades. Afortunadamente desde las instituciones europeas nos han obligado a modificar el sistema hasta ahora vigente y yo aplaudo la regulación proyectada que he tenido oportunidad de ayudar a diseñar, colaborando con Sección especial de la Comisión General de Codificación que elaboró el Ministerio de justicia.

El hecho de que haya un itinerario para poder obtener la exoneración sin necesidad de liquidar el patrimonio del deudor creo que es muy positivo. Por el contrario, el deudor que



no tiene nada, debe liquidar su patrimonio y obtener la exoneración de forma rápida y sin obligarle a abonar un umbral de pasivo mínimo. Creo que la abogacía, como siempre, tendrá un gran poder en el éxito de la reforma, mediante un asesoramiento adecuado y tempestivo tanto a deudores como a los acreedores. El gran fallo de la reforma es la limitadísima exoneración del crédito público.

11.- En relación al Crédito Público, entienda que en el proyecto ha habido una indebida incorporación de la Directiva Europea 2019/1023 en este punto ¿No cree que hay una tendencia legislativa exagerada de sobreprotección de este?

Soy absolutamente partidaria de la exoneración del crédito público. Creo que el Estado debe colaborar, al igual que los acreedores privados, en la recuperación del deudor insolvente. De lo contrario, se compromete la finalidad de la regulación que es recuperar al empresario para que reinicie una nueva actividad y cree puestos de trabajo. Esto es lo que generará ingresos para el Estado y una mayor recaudación.

La Directiva no impone de manera expresa la exoneración del crédito público. El hecho de que exija que la exoneración sea plena, no implica que pueda haber excepciones en forma de deuda no exonerable. Esa posibilidad está admitida de manera expresa, si bien se ordena que las excepciones fuera del listado ejemplificativo que se recoge en la norma, deben estar justificadas. Y es ahí donde yo encuentro obstáculos en la Directiva para la no exoneración del crédito público. No hay una justificación razonable para ello en tanto que, tratándose de empresarios, es bien sabido que, al tener más pasivo con las Administraciones Públicas, su no exoneración comprometería la finalidad de la Directiva que es la recuperación del deudor. No existe riesgo moral para los deudores porque la propia Directiva establece un mayor control de entrada con una exigencia rigurosa de buena fe. Existiendo un eficiente filtro de entrada, no está justificada la no exoneración del crédito público. Ello supondría una discriminación negativa de los empresarios respecto a consumidores y eso es contrario a la Directiva. Por lo tanto, no exonerar el crédito público entiendo que el contrario a la finalidad de la Directiva.

12.- ¿Cómo juzga la previsión establecida en el proyecto de reforma de la Ley concursal en

relación a la derogación de los artículos 6 a 12 del Código de comercio y, en congruencia con ello, la reforma del 1365 del C.C.?

Yo he defendido esa supresión del régimen especial del cónyuge comerciante contenido en los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio. Es una norma obsoleta que hoy carece de sentido. Debía de haberse derogado hace mucho tiempo. Además, en la práctica no hay casos de oposición del cónyuge del comerciante al ejercicio del comercio por lo que la especialidad de régimen contenida en el Código de Comercio desaparecía la especialidad. La reforma del art. 1365 CC era necesaria para acabar con esa remisión al Código de Comercio. Con el nuevo texto, y al igual que sucede en los ordenamientos de nuestro entorno, en caso de ejercicio del comercio, se aplica la regulación general contenida en el Código Civil. Por todas estas razones, considero un acierto esta derogación.

13.- ¿Qué le parece la asunción exclusiva de competencias de los juzgados de lo mercantil para los concursos de las personas físicas?

Me parece una decisión acertada que también he defendido. Los juzgados de lo mercantil han alcanzado un grado de especialización y experiencia de la que no debe verse privados los consumidores. Los Juzgados de Primera Instancia están saturados de temas y no es justo que tengan que enfrentarse de la noche a la mañana con un tema complejo como es el concurso de acreedores. La experiencia ha sido terrible. Casos que han tardado mucho tiempo y errores graves que, afortunadamente en la mayoría de los casos, han podido subsanarse de forma adecuada por la Audiencia en la que se mantenía la especialidad.

**Álvaro
Sendra
Albiñana**

*Presidente
de la Sección
de Derecho
Concursal ICAV*



PLATAFORMA DE LIQUIDACIÓN

PARA LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

¿Qué ofrece Eactivos.com?

- Más de **12 años de experiencia**
- Valor de realización **superior al 70%**
- **Gestión documental** ordenada
- **Tratamiento especializado** de los activos
- Notificaciones **certificadas**
- **Búsqueda eficiente de inversores**
- **Cuidada atención** al usuario

CONTACTO

96 350 44 76

www.eactivos.com

Paseo Alameda 46, 1º-1, 46023 Valencia

EL FENÓMENO DE LAS "STARTUPS" Y EL DERECHO CONCURSAL¹

1º) INTRODUCCIÓN

La Comunidad Valenciana es sin duda una tierra de acogida y favorable a la creación de "startups", como lo acreditan los números: desde 2017 se han creado un total de 1012 "startups", hay 12 incubadoras, 17 aceleradoras y se han invertido más de 200 millones de euros (datos de <https://startupvalencia.org/es/valencia-healthiest-region-in-the-world/#content>). Pero no todas las "startups" triunfan, pues un porcentaje muy significativo de ellas fracasará, por lo que es imprescindible relacionarlas con el Derecho concursal. Así pues en este breve trabajo (I) definiremos lo que es una "startup" y (II) veremos la regulación concursal de este tipo de sociedades.

2º) CONCEPTO DE "STARTUP"

¿Qué es una "startup"? A la espera de que se apruebe el "Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes" (en adelante, "LFEE") no hay una definición legal, pero sí que hay definiciones doctrinales, siendo la proporcionada por BLANK una de las más consolidadas: "organización temporal

que tiene el objetivo de buscar un modelo de negocio repetible y escalable"². La escalabilidad en el sentido de búsqueda de crecimiento muy rápido y la incertidumbre en la que se desarrolla la búsqueda son, por tanto, factores clave que definen a la "startup". De ahí que las "startups" se caractericen por una forma de gestión específica denominado "Hypothesis Driven Management" cuyas notas básicas son (I) la revisión del modelo de negocio en un momento inicial de la compañía confirmando o desmintiendo las hipótesis de partida; (II) la utilización del concepto de producto viable mínimo ("Minimum Viable Product" -MVP-) que es un producto suficientemente desarrollado para satisfacer a los clientes iniciales, y proporcionar retroalimentación para el desarrollo futuro, para validar (o no) las hipótesis de desarrollo, (III) la habilidad para "pivotar", esto es, para modificar el rumbo inicial a la vista de los resultados de validación de las hipótesis de partida y (IV) la contraposición entre la visión del emprendedor y los resultados del mercado³. Obviamente, cumpliendo estas condiciones, una "startup" puede ser una empresa de nueva creación, pero tam-

bién una nueva unidad de negocio en una compañía ya existente.

3º) "STARTUPS" Y DERECHO CONCURSAL

Si el deseo de todo fundador de una "startup" es triunfar, lo cierto es que el riesgo de fracaso es muy elevado. Se calcula que 9 de cada 10 "startups" fracasan, la mayoría de ellas en un plazo de 20 meses desde su constitución⁴. Por tanto, hay que tener claro desde el momento inicial que la salida concursal es una hipótesis de trabajo perfectamente razonable. Pues bien, el Derecho concursal español, al igual que la mayoría de los Derechos concursales de nuestro entorno

(como el francés) carece de especialidades concursales para "startups"⁵. En efecto, con carácter previo a la elaboración del texto del anteproyecto de "Ley de fomento del ecosistema de empresas innovadoras" se hizo una consulta previa en la que preguntaba sobre la necesidad o no de crear una normativa concursal específica y, aparentemente, el prelegislador a la vista de las contestaciones, no ha considerado necesario introducir tales novedades. Por tanto, la solución que ofrece nuestro ordenamiento, a la vista de que las "startups" generalmente tienen poco acreedores porque su financiación se realiza a través de fondos propios y que dispondrá igualmente de pocos activos, es el llamado "concurso sin masa" (art. 465.5 TRLC).



¹ Tomás Vázquez Lépinette, socio fundador de TOMARIAL, Catedrático (acr.) de Derecho mercantil.

² BLANK, Steve, "What's a startup, first principles", en <https://steveblank.com/2010/01/25/whats-a-startup-first-principles/>. Este carácter de escalabilidad también es destacado en la doctrina española por SOLANS CHAMORRO, Livia: "Contratos entre socios y startups. Aspectos prácticos", Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 52, 2019, pp. 36-52, en concr., p. 36. Esta autora define a las startups como "sociedades de reciente creación, independientes de otros grupos de empresas, de tamaño reducido y con un modelo de negocio escalable, basado en el desarrollo de productos o servicios innovadores o tecnológicos".

³ EISENMAN, Thomas, RIES; Eric, DILLARD, Sara, Hypothesis Driven Management: the Lean Startup, Harvard Business School, 2013. Accesible en https://lo.unisa.edu.au/pluginfile.php/1202801/mod_book/chapter/121817/HBS%20CS%20Hypothesis-Driven%20Entrepreneurship.pdf

⁴ Conferencia de Mary Jo White, Presidenta de la Stock Exchange Commission (31 de marzo de 2016), <https://www.sec.gov/news/speech/chair-white-silicon-valley-initiative-3-31-16.html> [<https://perma.cc/7SQ2-DGVY>].

⁵ SOLANS CHAMORRO, "Contratos entre socios...", op. cit., p. 39 aboga por la creación de especialidades concursales en este campo, pero no lo fundamenta. Sobre la ausencia de especialidades concursales en materia de startups, cf. la SJMerc. N° 1 de Pamplona, de 26 de marzo 2020, caso "Davalor": "Refiere la concursada que una startup no entra en insolvencia, pero dicha afirmación no se comparte, no existiendo en la legislación concursal ninguna excepción para este tipo de empresas en cuanto a su obligación de solicitar el concurso en caso de insolvencia, ni tampoco la legislación contable contiene especialidades para la elaboración de las cuentas o para su interpretación mediante los distintos ratios o instrumentos de valoración de las mismas. Es cierto que la financiación es uno de los factores principales de éxito y uno de los principales riesgos a los que se enfrenta una startup: antes de comprobar si su idea de negocio funciona y es válida".



Este procedimiento es una solución que permite a los inversores poner término rápidamente a la "startup", para reemprender sus actividades con otros proyectos. ¡Pero habrá de tenerse en cuenta el riesgo de presentar fuera de plazo la solicitud de concurso, lo que podría conllevar la declaración del concurso como culpable!!.

Pero que no exista normativa concursal específica no significa que al Derecho español le sea indiferente el fracaso del emprendedor, sino que, muy en la línea "conservadora", no permite la calificación de empresa innovadora a más de tres intentos por el mismo emprendedor (art. 3.2 LFEE)⁶. Ello supone, en nuestra opinión, un error de planteamiento pues limita, sin justificación aparente, a los emprendedores "en serie", recogiendo la presunción medieval de que el quebrado era un defraudador ("decoctus ergo fraudator").

La solución española se aleja por completo de la regulación italiana relativa a las "startups" innovativas que combina una mayor flexibilidad en punto a la obligación de disolución obligatoria (que sólo ocurre cuando los fondos propios se encuentran dos ejercicios seguidos por debajo de dos tercios del capital social) con un procedimiento de reestructuración de deuda que excluye el concurso de acreedores, aplicándose exclusivamente la normativa del sobreendeudamiento⁷. La opción del legislador italiano es clara, permitir que las "startups" sobrevivan a costa de mantener una estructura financiera muy endeble a la espera de que arranquen y empiece la fase de crecimiento que todo lo sanaría o seguir los criterios aplicables a las sociedades ordinarias. Es sin duda el mismo tipo de razonamiento que ha llevado al legislador español a las sucesivas suspensiones de la normativa sobre disolución obligatoria como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID. Véase en este sentido la exposición de motivos del RDL 27/2021, de 23 de noviembre, que señala que

"A través del artículo 18 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, derogado y sustituido por el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ám-

bito de la Administración de Justicia, se acordó excluir las pérdidas de 2020 a los efectos de la determinación de causas de disolución de sociedades de capital. Gracias a dicha medida se logró evitar la liquidación de empresas que resultan viables en unas condiciones de funcionamiento de mercado normales, lo que hubiera provocado un escenario indeseable tanto sobre la estabilidad económica como sobre la preservación del valor económico de las empresas y los puestos de trabajo. La medida se ha mostrado como un gran acierto que ha ayudado a limitar el impacto económico de la crisis sanitaria al permitir ganar tiempo a las empresas, acceder a financiación, pública o privada, e ir recuperando su actividad ordinaria.

Dado el impacto de la crisis sanitaria sobre los resultados empresariales durante 2021, y en tanto culmina el proceso en marcha de reforma de la normativa concursal, resulta imprescindible extender este tratamiento durante un ejercicio adicional para que los objetivos perseguidos por la misma continúen vigentes. Se favorecerá así un crecimiento económico más vigoroso en los próximos meses, en el contexto de recuperación económica, al permitir la vuelta a la normalidad de las empresas viables, que irán retomando su ciclo productivo sin verse obligadas a invocar una medida que no estaría motivada por la realidad económica sino por una crisis de origen sanitario.

Por ello, se establece la prórroga exclusivamente durante el ejercicio 2021 de la medida excepcional prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En consecuencia, a los efectos de la causa legal de disolución por pérdidas, no se computarán las de los ejercicios 2020 y 2021, sin que surtan efecto las pérdidas

que dejen reducido el patrimonio neto hasta la mitad del capital social hasta el resultado del ejercicio 2022.

Asimismo, se extienden hasta el 30 de junio de 2022, las moratorias previstas en el artículo 6 de la citada Ley, para evitar el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la situación económica generada por la crisis de la COVID-19, puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso."

¿Tiene sentido la opción española o es mejor el modelo italiano de normativa concursal especial?

Carecemos de datos empíricos para pronunciarnos de forma definitiva sobre esta cuestión, pero la propuesta del legislador italiano no nos parece del todo coherente con la naturaleza de las "startups" y con la protección los intereses en presencia. A nuestro juicio, si la "startup" no acaba de arrancar, no tiene sentido insistir y crear sociedades zombis que tengan una mera apariencia de existencia a la espera de una mejora que no acaba de llegar. Por tanto, concurso exprés y a reinvertir en otra "startup".

**Tomás
Vázquez
Lépinette**

Abogado
Catedrático
de Derecho
Mercantil

Socio de
TOMARIAL
ABOGADOS
Y ASESORES
TRIBUTARIOS



⁶ Cf. art. 3.2 LFEE: "No se entenderá que una empresa es de nueva creación cuando alguno de sus fundadores lo hubiera sido de una segunda o tercera empresa emergente que se hubieran beneficiado de esta ley, aunque hubieran perdido esa condición por extinción prematura de la sociedad".

⁷ Cf. D.L. n. 179/2012

EL CONCURSO SIN MASA EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

1. Introducción.

Una de las principales novedades introducidas en el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo publicado el 14 de enero de 2022 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados (núm. 84-1) (en adelante, el “Proyecto de Ley” o el “Proyecto de Ley de reforma del TRLC”) es la inclusión de un régimen completamente novedoso para los concursos sin masa que supone un cambio radical en el enfoque de los mismos.

Como se explica en la Exposición de Motivos, el Proyecto de Ley de reforma del TRLC intenta abordar más intensamente el régimen jurídico de los concursos sin masa, sustituyendo el sistema actual -el cual, en esencia, se encuentra regulado en los artículos 470 a 472 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal («TRLC»)- por otro en el que los acreedores tienen un papel esencial.

El objetivo principal de la modificación del régimen del concurso sin masa es evitar el uso abusivo de esta tipología de concursos para fines distintos de los originariamente atribuidos al mismo y cuyas virtualidades son innegables, ya que se trata de un régimen barato y rápido que ayuda a dar agilidad a los juzgados que se encuentran sobrecargados. No obstante, las virtudes del concurso sin masa no han impedido que en determinadas ocasiones sea utilizado de forma abusiva y con el objeto de evadir la responsabilidad concursal. Este problema es el que el Proyecto de Ley aborda e intenta corregir, pues lo que resulta inne-

gable es que los concursos sin masa tienen en la actualidad un peso muy relevante. Según los datos de la “Estadística del procedimiento concursal EPC” publicados en la web de Registradores de España, desde el primer trimestre del 2021 esta tipología de concursos ha supuesto, al menos, un 30 % del total de los concursos declarados en cada trimestre, alcanzado en el primer trimestre del 2022 el porcentaje más alto, llegando a suponer más de un 35 % de la totalidad de los concursos, produciéndose un incremento respecto del trimestre anterior del 12,6 %.

La regulación del concurso sin masa se introduce en el capítulo V del título I del libro primero con la incorporación de una nueva sección 4ª denominada “De la declaración de concurso sin masa”, integrada por los artículos 37 bis a 37 quinquies.

2. Declaración del concurso.

Según prevé el Proyecto de Ley, si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultaren determinadas condiciones, el juez dictará

auto declarando el concurso de acreedores con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando que se publique edicto en el Boletín Oficial del Estado (“BOE”), en el Registro Público Concursal (“RPC”) y, en caso de que el deudor fuera empleador, se notifique a la representación legal de las personas trabajadoras. En concreto, según establece el artículo 37 bis, denominado “Concurso sin masa”, las condiciones que deben concurrir para que sea aplicable el régimen aplicable a los concursos sin masa son las siguientes:

1. El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.
2. Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.
3. El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.
4. Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.

Reseñar que, conforme consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 20 de abril de 2022 (núm. 84-3), el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común ha introducido una enmienda (núm. 327) para que en el supuesto de que el deudor fuera empleador y no se haya nombrado administrador concursal, se haga constar en la declaración del concurso la situación acreditada de insolvencia así como una lista de acreedores de naturaleza laboral con la identificación de las personas trabajadoras y las correspondientes cantidades adeudadas por la concursada. Asimismo, dicho grupo parlamentario solicita que la publicación

del concurso se realice en el Suplemento del Tablón Judicial Edictal Único, en vez de en el BOE y el RPC (enmienda núm. 510). No obstante, al igual que respecto del resto de enmiendas a las que se hagan referencia, habrá que esperar a la aprobación definitiva de la Ley para conocer la inclusión o no de ambas modificaciones.

3. Solicitud de nombramiento de administración concursal por los acreedores.

Dentro del plazo de quince días desde la publicación en el BOE y RPC de la declaración del concurso, los acreedores pueden solicitar (siempre que representen, al menos, un cinco por ciento del pasivo) el nombramiento de un administrador concursal para que éste presente informe razonado y documentado sobre una serie de aspectos determinantes para la efectiva determinación de la inexistencia de masa del concurso. En el caso de que se produjera tal solicitud, el juez, mediante auto, procederá al nombramiento del administrador concursal para que, en el plazo de un mes a contar desde la aceptación, emita el informe solicitado.

4. Contenido del informe de la administración concursal.

Conforme establece el artículo 37.ter.1 del Proyecto de Ley, el informe a emitir por la administración concursal debe versar sobre (1) si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles, (2) si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores o (3) si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.

Respecto del segundo de los puntos del informe de la administración concursal, hay que destacar que el estudio de la existencia de indicios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad no se limita al aná-

lisis de las actuaciones de los administradores o liquidadores de derecho, sino que también comprende a los administradores o liquidadores de hecho de la persona jurídica concursada; la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, y; la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

De la redacción del artículo 37.ter.1.2º, puede deducirse claramente que la intención del legislador es que cualquier persona con capacidad decisoria en la sociedad concursada sea responsabilizada de los actos que ésta haya podido llevar a cabo y tengan transcendencia a efectos de la presentación de una posible acción social de responsabilidad, todo ello con el objeto de no dejar impunes a quienes, con dolo y mala fe, hayan podido abocar a la insolvencia a la concursada. En este sentido, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) ha propuesto una enmienda al Proyecto de Ley (núm. 46), por la que solicita añadir al artículo 37.ter un cuarto apartado en el que se diga que la solicitud de un concurso sin masa en ningún caso exonera al administrador social de posibles responsabilidades por deudas sociales. El objeto

esencial de dicha enmienda es garantizar la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad, individual y social, previstas en la Ley de Sociedades de Capital quedan siempre a salvo.

En cualquier caso, en el supuesto de que el administrador concursal emita informe apreciando la existencia de tales indicios, el juez dictará auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso y apertura de la fase de liquidación de la masa activa, continuando el procedimiento conforme a lo establecido en la Ley. Además, el administrador concursal tendrá la obligación de ejercitar las acciones rescisorias y las acciones sociales de responsabilidad antes de que transcurran dos meses a contar desde la presentación de su informe. Si no lo hiciera, los acreedores estarán legitimados para el ejercicio de esas acciones dentro de los dos meses siguientes. Además, en tales casos sería de aplicación el régimen de las costas y de los gastos el establecido en la Ley para los casos de ejercicio subsidiario de acciones por los acreedores.

5. Retribución del administrador concursal por la emisión del informe.

Según lo previsto en el artículo 37.querter del Proyecto de Ley, en el auto judicial que

se acuerde el nombramiento del administrador concursal quedará fijada la retribución de éste por la emisión del informe encomendado, cuya satisfacción corresponderá a los acreedores que lo hubieran solicitado.

No obstante, no existe ninguna mención de la forma de cuantificación ni los criterios que serán aplicados por el órgano judicial para la determinación de tales honorarios, quedando este tema pendiente al momento en que se apruebe el tan anunciado reglamento del administrador concursal. Sin embargo, la alternativa más coherente es entender que tales honorarios deberán en todo caso adicionarse a los que pudieran llegar a devengarse conforme el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales (“Real Decreto 1860/2004”) en caso de que se aprecie la existencia de alguno de los antes mencionados indicios y, por tanto, se dicte el auto complementario al que se hace referencia en el artículo 37.quinquies del Proyecto de Ley y se abra la fase de liquidación del concurso conforme Ley.

6. Conclusión.

Con el nuevo régimen previsto en el Proyecto de Ley para los concursos sin masa, el legislador pretende evitar la impunidad de aquellos que tengan la tentación de utilizar el popularmente conocido como “concurso exprés”, que ha proporcionado agilidad y escaso coste en aquellos casos que no iban a proporcionar ninguna satisfacción a los acreedores, para eximirse de cualquier responsabilidad frente a la sociedad o sus acreedores y “poner el contador a cero”. Para ello, otorga a los acreedores (principales afectados por la declaración del concurso) la facultad de solicitar el nombramiento de un administrador concursal, cuya primera función será la emisión de un informe (cuasi pericial) que venga a determinar la no concurrencia de los indicios especificados en el artículo 37.ter.1

del Proyecto de Ley. La emisión de dicho informe llevará aparejado el devengo de unos honorarios que serán fijados por el auto judicial que acuerde el nombramiento de la administración concursal, debiendo ser satisfechos por los propios acreedores solicitantes del mismo.

La determinación de tales honorarios no queda regulada en esta nueva sección dedicada al concurso sin masa, si bien debe entenderse que esta retribución será adicional a aquella que le correspondiera según el Real Decreto 1860/2004 por la tramitación del concurso, ya que en caso de que procediera dictarse el auto complementario referido en el artículo 37.quinquies, la administración concursal deberá hacerse cargo del proceso concursal conforme lo establecido en la Ley. En consecuencia, la única interpretación posible es que la emisión del informe previsto en el artículo en el artículo 37.ter debe ser considerado un “trabajo adicional” y, por tanto, no puede entenderse comprendido dentro de los honorarios previstos en el citado Real Decreto, sin perjuicio de la conflictividad que pueda surgir al respecto de la fórmula que vaya a ser utilizada por los juzgados para la cuantificación de tales honorarios.

**Covadonga
Sánchez
Suárez**

*Abogada
Sección
Concursal del
ICAV*

*Abogada
Asociado
LEOPOLDO
PONS GRUPO*



BOLETÍN ACTUALIDAD CONCURSAL JUNIO 2022

I. RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

1. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 466/2022, de 21 de abril. Ponente: Excmo. Sr. José M^a del Riego Valledor

Por parte de acreedor privilegiado especial con garantía sobre concesión administrativa se insta a órgano contratante a efectos de que se proceda a la resolución del contrato administrativo, siendo que por parte de la administración local contratante se manifiesta que el acreedor carece de legitimación “ad causam”, y que únicamente puede ejercer la acción de forma subsidiaria ex. Artículo 54.4 de la LC -actual Artículo 122.1 del TRLC-. En la Sentencia que nos ocupa se concluye que la interposición por el acreedor hipotecario de un recurso contencioso administrativo para solicitar la resolución de un contrato administrativo, una vez declarada la apertura de la fase de liquidación, no debe sujetarse al régimen del Artículo 54 de la LC.

2. SENTENCIA del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 296/2022, de 6 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

La propuesta de convenio formulada por la concursada contemplaba como una de las alternativas la conversión del crédito en acciones, siendo que determinados acreedores, al estar las acciones de la concursada pignoras y resultando necesario de conformidad con el pacto de pignoración la autorización del acreedor pignoraticio, consideraron que estábamos ante un convenio condicional.

Se estima que la aprobación de la ampliación de capital social afecta al cumplimiento de la conversión de créditos en acciones o participaciones, sin que pueda caracterizarse como una condición a los efectos de la prohibición prevista en el artículo 101.1 de la LC. No se está realmente supeditando la eficacia del mismo convenio de acreedores.

3. SENTENCIA del Tribunal Supremo, núm. 295/2022, de 6 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Deudor persona natural: exoneración en cinco años y sujeta a un plan de pagos confor-

me al ordinal 5º del art. 178 bis.3 de la LC. Se precisa la aprobación del plan de pagos, que debe haber sido aportado previamente, ordinariamente con la solicitud, para que las partes puedan formular alegaciones en un plazo de diez días.

Por otro lado, se requiere una propuesta real, en un doble sentido, en cuanto existente, porque contenga un concreto ofrecimiento de pago, y en cuanto realista, porque este ofrecimiento se base en la realidad de los recursos disponibles y los créditos que deberían ser satisfechos. En este sentido, se concluye que el propuesto se trata de una simple declaración de intenciones y carece del contenido esencial de un plan de pagos.

4. SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C237/20, de 28 de abril. Ponente: Ponente: Excmo. Sr^a D^a. A. Prechal y otros

El tema principal de la presente resolución consiste en determinar si concurren los requisitos para la aplicación del artículo 5.1 de la Directiva 2001/23 (excepción de la imposición forzosa al cesionario de sucesión laboral), cuando nos encontramos ante un “pre-pack”.

Se concluye que concurre la excepción “cuando la transmisión de una empresa o de una parte de esta se prepara, antes de la apertura de un procedimiento de quiebra que tiene por objeto la liquidación de los bienes del cedente y durante el cual se realiza dicha transmisión, en el marco de un procedimiento de pre-pack cuyo objetivo principal consiste en posibilitar que en el procedimiento de quiebra se proceda a una liquidación de la empresa en funcionamiento que satisfaga al máximo los intereses del conjunto de los acreedores y que permita conservar en la medida de lo posible los puestos de trabajo”. Eso sí, se hace la mención a que siempre que dicho procedimiento de pre-pack se rijan por disposiciones legales o reglamentarias.

5. SENTENCIA del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, núm. 50/2022, de 15 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Álvarez-Linera Prado

Se estima acción de responsabilidad por pérdidas contra administrador societario, considerándose que el hecho de que no se hubieran presentado las cuentas del ejercicio 2018 resulta un indicio relevante de la situación de desequilibrio patrimonial. Indicio que, además, vino corroborado por el hecho de que la deudora, después de contraer la deuda de la actora, hubiese presentado concurso de acreedores exprés.

6. SENTENCIA del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Bilbao, núm. 1/2022, de 13 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Marcos Francisco Bermudez Avila

Mediante esta resolución se hace referencia al concepto de “crédito concursal no concurrente”, por no haberse comunicado por parte del acreedor en los autos del procedimiento concursal correspondiente y, en consecuencia, no haberse incluido en Textos Definitivos.

El Juzgado estima que estamos ante un “crédito concursal no concurrente” aunque el acreedor desconociese la existencia del proceso de insolvencia y, en consecuencia, se le niega la posibilidad de concurrir y participar en el concurso de acreedores y de ser satisfecho con cargo a la masa activa. La satisfacción de este tipo de créditos únicamente sería posible una vez concluido el concurso, y ello mediante el remanente de la liquidación o los nuevos activos que pudieran sobrevenir. Se considera que la conclusión del procedimiento es con la terminación de la liquidación o con el cumplimiento de la propuesta de convenio.

7. SENTENCIA del Juzgado de lo Mercantil nº11 de Barcelona, núm. 267/2022, de 4 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. José María Fernández Seijo

Por parte de la concursada se interesa que el crédito del Ministerio derivado de los avales ICO sea reconocido como crédito contingente ordinario, mientras que por otro lado interesa que se reconozca a la entidad bancaria como acreedora por la totalidad del importe prestado; y ello en tanto no se acredite la ejecución del aval.

El Juez del concurso ratifica el criterio del administrador concursal, manifestando que procede reconocer a favor del Ministerio un crédito ordinario por el 80% del importe prestado, y el 20% restante a favor de la entidad bancaria prestamista. Dicha solución se al-

canza con base, fundamentalmente, a los siguientes razonamientos: (i) el reconocimiento como crédito contingente de cantidades avaladas se refiere en el TRLC a supuestos donde el concursado se configura como avalista de la deuda de un tercero, siendo que en este caso el avalista es el Ministerio; (ii) el TRLC no se configura como ley especial frente al RDL 5/2021, siendo además que este último es posterior en el tiempo.

II. DOCUMENTOS VARIOS

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil.

(https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-83-1.PDF).

Contenido de las enmiendas.

(https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-83-2.PDF#page=1)

III. PUBLICACIONES

Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas. Petra M^a Thomàs. Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universitat de les Illes Balears. Anuario de Derecho Concursal núm. 56/2022, Editorial Civitas SA.

Fianzas y avales públicos en el concurso del deudor garantizado. Petra M^a Thomàs. Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universitat de les Illes Balears. LA LEY mercantil nº 90, Sección Empresa y empresario, abril, 2022, Wolters Kluwer.

La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal. Amanda Cohen Benchetrit, Magistrada especialista mercantil ante el CGPJ, Profesora Asociada de la Universidad de Alcalá, LA LEY mercantil, nº 86, Sección Sociedades, diciembre 2021, Wolters Kluwer.

Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana. Margarita Viñuelas Sanz, profesora titular de Derecho Mercantil, Universidad de Alcalá, Anuario de Derecho Concursal núm. 56/2022. Editorial Civitas, SA.

A) FORMACION REALIZADA.

1. El pasado día 18 de mayo de 2022 tuvo lugar una conferencia impartida por el compañero y Presidente de la Sección de Derecho Concursal del ICAV, Alvaro Sendra Albiñana, bajo el título **“la exoneración del pasivo insatisfecho”**. La conferencia tuvo gran interés entre los compañeros, debido a la actualidad de la materia y a la profunda reforma que sobre la misma se prevé en el Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, cuya entrada en vigor se prevé cada vez más próxima.

2. El pasado jueves día 2 de junio de 2022 tuvo lugar la conferencia impartida por el magistrado titular del juzgado de lo mercantil número 2 de Valencia, Don Jacinto Talens Seguí, sobre: **“el procedimiento especial para microempresas”**, de gran relevancia en el futuro dado que, si el Proyecto de Ley no se modifica fi-

nalmente, se aplicará a un gran número de procedimientos concursales, dado que afectará a aquellas empresas, que hayan empleado en el año anterior a la solicitud a menos de 10 trabajadores o cuyo volumen de negocio o pasivo sea inferior a 2.000.000 de euros, según las últimas cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la solicitud.

**B) FORMACION PROGRAMADA.**

1.- **“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 Gómez Acebo & Pombo). Septiembre de 2.022; formato desayuno. Fecha pendiente de concreción.

2.- **EL EXPERTO Y LA REESTRUCTURACIÓN**. Carlos Gomez Asensio (Doctor en derecho. Profesor de la Universidad de Valencia acreditado a titular). David Pastor Garcia (Economista; Despacho Leopoldo Pons). Octubre de 2.022. Formato de tarde. Duración en conjunto 2 horas. Fecha pendiente de concreción.

3.- **CONCURSO SIN MASA**. Jorge de la Rúa Navarro. Magistrado juez titular del

juzgado de lo mercantil 5 de Valencia. Noviembre de 2.022. formato desayuno. Fecha pendiente de concreción.

4.- **LAS ACCIONES RESCISORIAS**. José María Ribelles Arellano. Magistrado Juez. Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Diciembre de 2.022. Formato desayuno. Fecha pendiente de concreción.

6º CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO, Hotel Meliá Villa Aitana, de Finestrat-Benidorm (Alicante), días 15 y 16 de septiembre de 2022.

6ª EDICION DEL CURSO EXPERTO ICAV EN DERECHO CONCURSAL, que se impartirá en el ICAV, desde el mes de septiembre a diciembre de 2022.

IV ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL

Los pasados días 9 y 10 de junio se celebró en el Hotel Balneario Las Arenas el IV ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL, 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.

Fue una ocasión idónea para el encuentro de los profesionales tanto del ámbito

jurídico como del económico, para analizar en profundidad el Proyecto del Texto Refundido de la Ley Concursal, pendiente de aprobación, el cual supondrá, si sale adelante, un cambio de paradigma en el derecho concursal, ya que supone la modificación más relevante de esta materia desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003.

El encuentro tuvo una gran acogida, siendo muy satisfactorio para los asistentes, después de su última celebración en el año 2015.



LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL: AGILIZACIÓN Y EFICIENCIA*

1. La reforma concursal: un procedimiento de liquidación ágil y ordenado

Que la reestructuración preventiva constituye uno de los ejes fundamentales de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, es una cuestión fácilmente deducible del hecho de que los “marcos de reestructuración preventiva” y las “medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración” se integren en el título de la misma. La opción por el fomento e impulso de los procedimientos de reestructuración encaja en esa creciente tendencia a incorporar soluciones preventivas (no sólo preconcursales, en cuanto alternativas al proceso concursal, sino realmente previas al estado de insolvencia) en el derecho de la crisis económica. En ese contexto se sitúa la Directiva europea sobre reestructuración e insolvencia de 2019, cuyos principios y reglas se mantienen, así como las expectativas que genera su incorporación a la legislación de los Estados miembros, aunque las condiciones económicas en las que la Directiva fue aprobada hayan cambiado profundamente a consecuencia de la pandemia sanitaria y a pesar de que la excesiva amplitud e indeterminación de las medidas y objetivos de la Directiva hacen francamente compleja la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros. Ello supone un paso más en la evolución, y parece que consolidación, de las alternativas negociadas en el seno de lo que viene denominándose Derecho preconcursal, como vía para la resolución de las crisis empresariales. En este devenir se han ido perfilando aspectos tan esenciales de estas soluciones negociadas como la de su naturaleza preventiva y la necesaria viabilidad de la empresa¹. A partir de ahí, las herramientas para alcanzar la resolución de la crisis pueden ser diversas y simultáneas: reorganizar, reestructurar y/o

reorganizar la deuda empresarial para superar la grave situación de dificultad económica o financiera.

Así, la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, persigue, entre otros objetivos, que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, en particular con el fin de reducir su duración. Alcanzar este propósito permitirá, en los términos expresos de los considerandos de la Directiva (...) *favorecer planteamientos que, a diferencia del clásico que consiste en la liquidación de las empresas en dificultades financieras, tengan por objeto la recuperación de estas o al menos el rescate de aquellas de sus unidades que sigan siendo económicamente viables (...)*. Por ello, al determinar el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva se señala que, entre otras, establece normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración. Bajo estas premisas la reestructuración preventiva que persigue impulsar la Directiva se asienta en la previsión de procedimientos que ofrezcan a los deudores en dificultades financieras soluciones eficientes –en coste y en resultados– siempre que exista viabilidad. En este sentido, una de las cuestiones recurrentes en los procedimientos y procesos que las legislaciones establecen para afrontar las dificultades financieras o, en general, la crisis económica, es el de coste de los mismos. También la Directiva comunitaria des-

taca que es necesario disminuir los costes de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores. Integrando dentro del coste tanto el relativo a la duración del procedimiento, como estrictamente el coste económico del mismo, incluso el coste social. Una solución que no se retrase en el tiempo tiene evidentes ventajas en cuanto al coste del procedimiento, la viabilidad de la empresa o el grado de satisfacción de los acreedores. Por ello, para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, se insiste en que los marcos nacionales de reestructuración preventiva incluyan procedimientos flexibles. En cuanto al coste temporal, como precisa la Directiva, la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración contribuiría a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. La conclusión es incuestionable; un procedimiento largo se traduce en un deterioro de la situación –a todos los niveles– que raramente finaliza con éxito². Por lo que se refiere al coste económico, los procedimientos de reestructuración deben tener un coste equilibrado. La cuestión no es sencilla de concretar, sobre todo en lo que se refiere a los costes derivados de la intervención de profesionales. En la medida en que la reestructuración preventiva parte de no “desapoderar” al deudor, considera que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración no debe ser siempre obligatorio –dependerá de las concretas circunstancias de cada caso, aunque los Estados pueden considerarlo obligatorio en determinadas circunstancias– para evitar

costes innecesarios. En otros supuestos, en concreto cuando es una mayoría de acreedores quien solicite el nombramiento, se prevé que sean los acreedores quienes asuman los costes y honorarios del administrador en materia de reestructuración³. En fin, el coste social es, igualmente, relevante. Tanto por las consecuencias negativas que se mantienen vinculadas con los deudores que se encuentran en dificultades financieras –que, aunque van progresivamente reduciéndose no han terminado de desaparecer por completo– como por el hecho de que la prolongación de un procedimiento de reestructuración pueda terminar por afectar negativamente al deudor y a su actividad.

Pues bien, unos adecuados marcos de reestructuración preventiva se considera que evitarán la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y maximizarán el valor –en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración–. Evitar, por tanto, liquidaciones innecesarias de empresas viables y maximizar el valor son algunas de las premisas esenciales del moderno Derecho de la insolvencia, sin perjuicio de que la delimitación de ambos postulados –viabilidad y maximización del valor– no esté, como es lógico, exenta de evidentes dificultades⁴.

En todo caso, la configuración general señalada sirve a nuestros efectos de punto de partida para poner de manifiesto que se persigue que la liquidación concursal sea la vía de solución de la insolvencia en los casos en que

² Por ello, insiste la Directiva en que los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de reestructuración (también los de insolvencia y exoneración de deudas) se tramiten de manera eficiente y rápida. También se incluye, para reducir la duración de los procedimientos, la utilización de medios electrónicos de comunicación. Ello permitiría realizar trámites y actuaciones de forma rápida, aunque, lógicamente, el uso de los medios electrónicos se vincula no sólo a la necesaria seguridad de los mismos, sino también a los requisitos para la participación de todos los interesados.

³ En realidad, la Directiva se limita a exigir que los Estados miembros velen por que la retribución se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos. Y es que las connotaciones negativas que pueden generarse por el cuestionamiento de la relación entre las funciones y el coste de los profesionales es un aspecto que conoce bien la deficiente evolución, en el punto del estatuto de la administración concursal, de la legislación española de insolvencia. En nuestro modelo de administración concursal –pendiente aún de desarrollo tras las reformas introducidas en el mismo en 2011– ha tenido gran impacto esta cuestión. Es evidente que el coste del procedimiento debe ser proporcional a las funciones que procura. Pero, aunque los aspectos que deben de tenerse en cuenta para lograr ese objetivo son diversos, en la evolución de la legislación concursal española resulta sorprendente que reiteradamente las medidas adoptadas para ello, desde las primeras reformas concursales, hayan recaído sobre los profesionales que intervienen en el proceso.

⁴ La viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor. La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración –como una refinanciación– sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores.

* Ana Belén Campuzano. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad San Pablo CEU. Directora Académica de Dictum Abogados.

¹ Los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Delimitar el término “temprano” es, en realidad, complejo, dado que, aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma temprana sea previa a la situación de insolvencia, no faltan las referencias a la insolvencia inminente. En efecto, la Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.

la viabilidad haya quedado definitivamente comprometida -deteriorada- y que este procedimiento liquidatorio ha de ser más ágil, ordenado y eficiente. En este contexto, la proyectada reforma del texto refundido de la Ley Concursal destaca que la tramitación de los concursos de acreedores en nuestro país adolece de rapidez y eficiencia. A esta consideración negativa no escapa el procedimiento de liquidación. En nuestra legislación de insolvencia la necesidad de mejorar la liquidación concursal es un objetivo que viene reiterándose desde hace tiempo y que ahora también se integra entre las finalidades perseguidas con la amplia reforma proyectada del texto refundido de la Ley Concursal.

En efecto, de un lado, resultan recurrentes las críticas a nuestro modelo tradicional de solución concursal -entendiendo por tal el consagrado en la derogada Ley Concursal de 2003- que, aunque parte de considerar el convenio como la solución normal del concurso, ha encontrado en la liquidación el modo habitual de finalización del mismo. La exposición de motivos de la reforma proyectada del texto refundido de la Ley Concursal considera que este es un error de concepción: *la consideración de que el convenio es la «solución normal» del concurso, cuando la realidad demuestra que el convenio es solución excepcional. Más del noventa por ciento de los concursos tramitados finalizan por liquidación.* Si ésta es la consideración general del convenio, ni que decir tiene que las expectativas creadas respecto al convenio anticipado -que la reforma del texto refundido de la Ley Concursal suprime, como *consecuencia lógica de la articulación de un derecho preconcursal-* nunca llegaron a cumplirse. En todo caso, la supresión del convenio anticipado en favor de los planes de reestructuración no supone que el fracaso de la reestructuración conduzca siempre necesariamente a la liquidación concursal. Ciertamente, permitir tras este fracaso la opción del convenio frente a la liquidación tiene el gran inconveniente de retrasar -quizás más de lo deseable- la apertura del procedimiento de liquidación. No obstante, subyace en la reforma proyectada la voluntad de dar prevalencia a las soluciones negociadas -se entiende, siempre que

haya viabilidad- y configurarlas en ciertos términos de equivalencia, es decir, procurando no situar en mejores condiciones a una herramienta sobre otra, lo que suele derivar en el uso de la mejor tratada en detrimento de la peor considerada (en términos técnicos o de consecución de la misma).

Y, de otro lado, las críticas a la liquidación concursal se extienden también respecto al coste temporal -con demasiada frecuencia se llega “tarde” al procedimiento de liquidación- y en cuanto al propio proceso liquidativo -lento y costoso-. En buena medida considera la reforma proyectada que el *exceso de procesalismo y de judicialismo* impide un proceso más ágil y eficiente que, en definitiva, conforma uno de los objetivos de las modificaciones contempladas en el proceso concursal.

2. Las modificaciones proyectadas en sede de liquidación concursal

En el texto refundido de la Ley Concursal existen dos principales soluciones del concurso de acreedores: el convenio, que es la solución acordada entre el deudor y la colectividad de acreedores, y la liquidación, solución imperativa que consiste en la conversión del patrimonio en dinero mediante su realización para su reparto entre los acreedores por el orden legalmente establecido. Ello sin perjuicio de que, en la actualidad, la causa más habitual de conclusión de un concurso sea la insuficiencia de masa, lo que ha propiciado que los concursos sin masa conformen otra de las materias profundamente modificadas en la proyectada reforma de la legislación concursal⁵.

Las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia y la experiencia acumulada en los años de vigencia de la derogada Ley Concursal de 2003 apoyan las modificaciones que, para revertir los aspectos negativos respecto a la liquidación, se recogen en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Teniendo en cuenta que la mejora -en tiempo y resultados- del proceso liquidativo concursal es un objetivo ya recogido entre las medidas legales temporales derivadas de la pandemia sanitaria

e, incluso, ha sido invocado para admitir, antes de su proyectado reconocimiento legal, el llamado *prepack concursal*. En el primer caso, como consecuencia de la paralización de la economía provocada por las medidas adoptadas para contener la pandemia sanitaria, se han dictado en diferentes ámbitos normas temporales dirigidas a paliar los efectos derivados de esta situación. Entre esas medidas temporales publicadas como consecuencia del Covid-19, con impacto en el ámbito concursal se encontraba, fundamentalmente, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (procedente de la tramitación como Ley del Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril y sucesivamente prorrogada respecto a algunas previsiones). Entre las medidas concursales temporales recogidas en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, se encontraban, en el ámbito que nos ocupa, además de aquellas dirigidas a aplazar el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado, las previstas para agilizar el proceso concursal, entre las que se incluía la referida a la aprobación de planes de liquidación. En el segundo caso, las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia justificaron que algunos juzgados mercantiles aceptaran el denominado *prepack concursal* -“paquete previo al concurso” o “empaquetado concursal”- a pesar de que este procedimiento no tenía reconocimiento legal en nuestra legislación concursal, motivo que llevó a otros juzgados a no admitir esta alternativa⁶. En apoyo de esta vía señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020, entre otros argumentos, que la Directiva (UE) 2019/1023 *incluye entre sus objetivos conseguir que los estados implementen nuevas medidas tendentes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación. Por tanto, en una situación de “distressed” donde se plantee un escenario liquidatorio*

o incluso de concurso con activo insuficiente para el pago de créditos contra la masa, sin duda que la opción apuntada podría ser de interés con el fin de maximizar el activo.

Pues bien, en la reforma proyectada del texto refundido de la Ley Concursal, el sistema de insolvencia quedará integrado, por una parte, por los denominados instrumentos preconcursales -dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras- y, por otra parte, el proceso concursal, encaminado a la obtención de convenios si el deudor es viable o a su liquidación cuando no lo sea. Y, en sede de liquidación concursal, con carácter general, cabe destacar, en primer lugar, la introducción de numerosas modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, en la búsqueda de una liquidación rápida cuando no exista viabilidad. Estos cambios procedimentales resultan singularmente innovadores y trascendentes respecto de las pequeñas y medianas empresas. La Directiva sobre reestructuración e insolvencia ya incide en que debe prestarse especial atención a estos deudores. Así, señala que *las empresas, en particular las pymes, que representan el 99% de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño.* Con esa finalidad, en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal se incluye un nuevo libro tercero que diseña un -controvertido- procedimiento especial para microempresas, que como resalta la Exposición de Motivos establece dos posibles itinerarios: *una liquidación rápida (fast-track) o un procedimiento de continuación de rápida gestión y flexible.* Aclara, a este respecto, el proyecto de reforma que a través de este procedimiento solo podrán liquidarse empresas insolventes, pues la normativa societaria y mercantil ya ofrece vías para la liquidación

⁵ La Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal de 13 de marzo de 2019 destaca, al regular la conclusión y reapertura del concurso, que *... la conclusión del concurso por insuficiencia de masa tal y como se concibe en la actualidad, resulta ser el modo más habitual de conclusión de los concursos de acreedores.* A este respecto, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2014 que *las razones que justifican la conclusión del concurso son diversas, pero las que asisten a la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa son consecuencia, entre otras, de la frustración que supone no alcanzar uno de los fines que proclama la Ley Concursal, el convenio o la liquidación. Es una causa tradicionalmente habitual cuando se comprueba que el activo del deudor no cubre para atender el pasivo. Supone el agotamiento de la masa activa que no puede satisfacer siquiera los gastos del proceso.*

⁶ Este *prepack concursal* ha sido acogido por los Juzgados Mercantiles de Barcelona (20 de enero de 2021) y por los Juzgados Mercantiles de Baleares (28 de abril de 2021), que determinan el procedimiento a seguir, al objeto de dotarlo no sólo de la mayor eficiencia posible, sino también de transparencia. El procedimiento, siguiendo estas consideraciones, también ha sido aplicado, entre otros, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 15 de febrero de 2021. Por el contrario, sobre la base de que la legislación española aún no contempla esta figura -aun cuando considera deseable que así se haga, al trasponer la Directiva comunitaria sobre marcos de reestructuración temprana- la Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas (Colegio de Abogados de Madrid, en colaboración con Economistas y Judicatura, aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid el 22 de ener

de empresas solventes. El objetivo declarado es dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial que, por un motivo u otro, no ha resultado exitoso, incorporando una novedosa plataforma de liquidación de activos. No corresponde aquí entrar en el detalle de este procedimiento, cuyo desarrollo resulta más complejo de lo que probablemente se pretendía y que es muy posible que requiera antes de su entrada en vigor algunos ajustes en el régimen proyectado, además de la anunciada elaboración de los medios tecnológicos precisos.

En segundo lugar, se incide en la necesaria flexibilización, agilización y eficiencia. En puridad, ello persigue favorecer la reestructuración de empresas viables, aunque cuando dicha premisa no se cumpla ha de propiciarse una liquidación rápida y ordenada de las que no lo son. Las modificaciones proyectadas se vinculan no sólo a la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, sino también a la situación derivada de la pandemia sanitaria, lo que está implicando que el avance de la proyectada reforma concursal venga relacionándose con la denominada moratoria concursal prevista en las medidas concursales temporales derivadas de la pandemia sanitaria. En cualquier caso, en la búsqueda de la agilización se destaca que frente a la concepción según la cual solo el carácter definitivo del inventario y de la lista de acreedores es presupuesto para que el deudor opte por el convenio o por la liquidación, en el modelo proyectado la presentación del informe de la administración concursal con el inventario provisional y la lista de acreedores provisional abre automáticamente el plazo de presentación de la propuesta de convenio por el deudor o por los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo (además, esa presentación igualmente abre el plazo para que la administración concursal y los acreedores presenten informe de calificación). Con el mismo objetivo, la agilización, se resalta que otro momento retardatario en el modelo actual es la exigencia de que el juez apruebe un plan de liquidación, y para evitarlo el proyecto de reforma concursal opta por establecer normas legales de liquidación, facultando, no obstante, al juez del concurso para que, al acordar la apertura de la fase de liquidación de la masa activa

o en resolución posterior, pueda establecer reglas especiales de liquidación atendiendo a la composición de esa masa, a las previsibles dificultades que tenga la liquidación o cualesquiera otras circunstancias concurrentes. El administrador concursal liquidará la masa conforme a las normas legales o, en su caso, conforme a esas reglas especiales fijadas por el juez del concurso.

En fin, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia -también la experiencia acumulada estos últimos años- requiere el aumento de la eficiencia. Para ello, se introducen modificaciones que redunden en normas más adecuadas, eficaces o flexibles, además de aclarar algunas previsiones legales que han propiciado pronunciamientos judiciales controvertidos (por ejemplo, la declaración de que, en caso de insuficiencia de la masa activa, tienen la consideración de créditos imprescindibles para la conservación y liquidación los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios; la retribución de la administración concursal; las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa; o la previsión entre las especialidades en caso de incumplimiento del convenio de que los créditos contraídos por el deudor durante el periodo de cumplimiento del convenio tendrán la consideración de créditos concursales).

**Ana
Belén
Campuzano
Laguillo**

*Catedrática
de Derecho
Mercantil.
Universidad San
Pablo CEU*

*Directora
Académica
de DICTUM
ABOGADOS*



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

