

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

EDITORIAL

¿EFICACIA DE LA REFORMA DEL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL TRAS EL
TRANSCURSO DE UN AÑO DE SU ENTRADA EN
VIGOR?
PAOLA MELO PALOMARES

ARTÍCULOS

FIRMA INVITADA
RAFAEL MOLERO PRIETO

LA FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES POR
LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

MARÍA SOLER FERRÚS

EL ARTÍCULO 224 BIS, COMO FÓRMULA ESTRELLA DE
LA ENAJENACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL
MARCO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

ISMAEL RODRIGO MARTÍN

EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LA PRENDA SIN
DESPLAZAMIENTO POSESORIO DE CRÉDITO FUTURO

ENTREVISTA

ANA BELÉN CAMPUZANO

Catedrática de Derecho Mercantil en la
Universidad San Pablo CEU



03

EDITORIAL:

PAOLA MELO
PALOMARES

¿Eficacia de la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal tras el transcurso de un año de su entrada en vigor?

05

ENTREVISTA A

ANA BELÉN
CAMPUZANO

Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad San Pablo CEU

11

FIRMA INVITADA

RAFAEL MOLERO
PRIETO

La formulación de las cuentas anuales por la administración concursal

14

ARTÍCULO

MARÍA SOLER
FERRÚS

El artículo 224 bis, como fórmula estrella de la enajenación de unidades productivas en el marco del procedimiento concursal

18

ARTÍCULO

ISMAEL RODRIGO
MARTÍN

El tratamiento concursal de la prenda sin desplazamiento posesorio de crédito futuro

22

JURISPRUDENCIA

Boletín actualidad jurídica

25

FORMACIÓN
PROGRAMADA

¿EFICACIA DE LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL TRAS EL TRANSCURSO DE UN AÑO DE SU ENTRADA EN VIGOR?

Después del descanso vacacional, retomada nuestra actividad habitual, de nuevo nos acercamos a vosotros, compañeros y miembros de la sección de derecho concursal con la publicación de este séptimo ejemplar de la revista de Derecho Concursal ICAV.

Transcurrido un año de la entrada en vigor de la gran reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, (aprobada por Ley 16/2022, el pasado 5 de septiembre de 2022), cabe preguntarse sobre la eficacia de la misma en la realidad de la insolvencia de nuestro país. Asimismo, cabe plantearse en qué medida ha incidido dicha reforma en la marcha diaria de los juzgados y los profesionales de lo mercantil y en el volumen y contenido de trabajo que para los mismos suponen los procedimientos concursales, especialmente en aquellas figuras sobre las que se incidió en la reforma.

En primer lugar, y teniendo en cuenta que uno de los principales objetivos de la reforma a fin de cumplir el mandato de la Directiva 2019/1023 era el de conceder un verdadero protagonismo a la fase preconcursal, -con el ánimo de dar una solución extrajudicial a las crisis empresariales-, la Ley 16/2022 incorporó una nueva regulación del LIBRO II TRLC, dentro del cual destaca como figura

“estrella” los planes de reestructuración. Transcurrido un año, cabría plantearse la eficacia de dicha medida configurada más bien para grandes sociedades, teniendo en cuenta que el tejido empresarial de nuestro país está compuesto en un 90% de pequeñas y medianas empresas.

Desde luego, a excepción de las grandes plazas donde radican las principales compañías como Madrid o Barcelona, -donde cabe destacar la reciente y revolucionaria Sentencia dictada por el juzgado de lo mercantil número 2 de Barcelona por la cual se homologa el plan de reestructuración propuesto por los acreedores del grupo CELSA, tomando éstos el control de la compañía-, se podría afirmar que la solución preventiva a las crisis empresariales a través de los planes de reestructuración no ha tenido en la práctica la eficacia esperada. No obstante, parece que de forma muy paulatina se está empezando a utilizar dicha figura en plazas más pequeñas de nuestra geografía nacional.

Por otro lado, y en relación al nuevo libro III del TRLC, ubicación del nuevo procedimiento especial para microempresas hay que destacar su falta de operatividad. A principios del presente año, y a fin de cumplir con el plazo legal, el legislador se vio obligado de forma



icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL ICAV

NÚMERO 07/2023

[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] Ascensión Ribelles

[Colaboradores] Paola Melo, Álvaro Sendra, Ana Belén Campuzano, Rafael Molero, María Soler, Ismael Rodrigo.

[Imágenes] Por Freepik.

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

precipitada a la puesta en marcha de un procedimiento tramitado a través de una plataforma electrónica mediante el uso de formularios, procedimiento que a día de hoy, carece de un funcionamiento eficaz. Prueba de ello es que a fin de mejorar el sistema se van incorporando nuevos formularios o perfeccionando los existentes. En fechas recientes se ha incorporado a la plataforma, por la Dirección General de Transformación Digital de la Administración de Justicia, nuevas plantillas relativas a los activos y pasivos de las microempresas, con el fin de mejorar y facilitar al usuario la carga de datos en el Servicio Electrónico de Microempresas.

En otro orden de cosas, resaltar la gran acogida que ha tenido la nueva tramitación del concurso sin masa incorporada en los artículos 37bis y siguientes del TRLC. Dicho procedimiento constituye a día de hoy de forma generalizada la mayor carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil, siendo utilizado de forma abrumadora tanto por personas físicas como jurídicas, incluso por sociedades cuyas características encajan en el Libro III, y que ven este cauce como la solución de un “carpetazo” a la situación de insolvencia, llegando para ello sin masa activa al procedimiento.

De entre los concursos sin masa, los relativos a personas físicas ocupan la mayor parte del trabajo diario de los juzgados de lo mercantil. Se ha producido un aluvión de este tipo de procedimientos, con el propósito de alcanzar la exoneración del pasivo insatisfecho, figura ésta profundamente reformada por la Ley 16/2022.

Asimismo, cabe destacar en el transcurso de este año la cada vez mayor utilización del “prepack”. La incorporación de dicha herramienta en el artículo 224 ter del TRLC, ha oficializado una fórmula que ya estaba siendo aplicada *de facto* por los juzgados de lo mercantil, siendo el objetivo agilizar la enajenación de unidades productivas una vez abierto el concurso.

En la regulación de la fase de liquidación, una de las principales novedades es la relativa al establecimiento por el juez del concurso de las reglas especiales de liquidación, aunque en la práctica lo que acontece es que el juez acoge en su totalidad o sin apenas modificaciones las previsiones del informe previo que la Administración Concursal ha presentado indicando los medios más adecuados para la

enajenación de los activos de la concursada. Indudablemente es este órgano quien verdaderamente conoce la situación real de la empresa y de qué manera va a ser más ágil y eficiente la venta de los bienes y derechos de la concursada.

Entrando en la nueva regulación de la fase de calificación cabe destacar el mayor protagonismo concedido a los acreedores para intervenir en la sección 6ª con la posibilidad de presentar informe de calificación del concurso como culpable; eso sí, debe cumplirse el requisito previo de remisión de alegaciones a la Administración Concursal en el plazo de comunicación de créditos. Dicho doble requisito, está provocando verdaderas dificultades a muchos acreedores que, o bien no han cumplido con la comunicación previa -prevista en el artículo 447 del TRLC-, o no alcanzan la legitimación exigida con posterioridad consistente en ser titulares de créditos representativos del 5% del pasivo o superar el importe del millón de euros.

Finalmente, indicar que en la práctica la interpretación de la reforma por parte de los juzgados está provocando resoluciones dispares, corrientes doctrinales distintas, con la clara inseguridad jurídica que implica tanto para el ciudadano como para las personas jurídicas. Con el fin de unificar criterios se prevé para el próximo mes de octubre un Encuentro de los Magistrados de lo Mercantil, en el que se abordarán diversos temas, destacando el ineficaz procedimiento previsto en el Libro III.

Las conclusiones alcanzadas ayudaran a dar luz a los profesionales de la insolvencia, que en nuestro trabajo diario y ante la toma de decisiones, nos vemos afectados por los distintos criterios judiciales existentes tras el transcurso de un año de la entrada en vigor de la Ley 16/2022.

**PAOLA MELO
PALOMARES**

*Abogada de
Salvatierra
Abogados*



ANA BELÉN CAMPUZANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO MERCANTIL EN LA UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU

Catedrática de Derecho mercantil en la Universidad San Pablo CEU, Ana Belén Campuzano es cántabra de nacimiento y madrileña de adopción. Discípula del añorado Emilio Beltrán, la profesora Campuzano es Vocal permanente de la sección segunda de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal y codirectora del Anuario de Derecho Concursal. En su dilatada trayectoria profesional ha sido ponente en numerosos congresos y encuentros nacionales e internacionales y ha participado en más de un centenar de publicaciones. Es Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Economía de CEU Escuela Internacional de Doctorado y desempeña labores de asesoramiento en un despacho profesional, tarea que compagina con sus ocupaciones académicas.

1.- La Ley 16/2022 de 5 de septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal que transpone la Directiva europea 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia ha incorporado relevantes cambios en nuestro sistema concursal. En términos generales ¿Qué podemos esperar de esta reforma?

La reforma de la legislación concursal de 2022 indiscutiblemente ha generado grandes expectativas de mejora en la eficacia y eficiencia de nuestro sistema concursal, integrando modificaciones que encuentran su fundamento en el marco de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia o directamente en la experiencia acumulada en los últimos años en la aplicación de la normativa de insolvencia. La amplitud de la Directiva y la complejidad de equilibrar intereses en las situaciones de insolvencia procuraba distintas opciones legislativas en este proceso de reforma. Con carácter general, las que finalmente se han integrado en nuestra normativa suponen una decidida apuesta por el procedimiento preconcursal, por un sistema específico para microempresas y por agilizar el proceso concursal, además de un mayor reconocimiento a las decisiones y actuaciones de los acreedores que de-



tenten determinados porcentajes de pasivo. Sin perjuicio de que como toda reforma profunda requiere rodaje para evaluar sus resultados, considero que este primer año de vigencia ya ha puesto de manifiesto que estos diversos procedimientos pueden procurar mejoras en la gestión y tramitación de la insolvencia. Ahora bien, ello no significa que no queden aún cuestiones muy importantes por resolver que si no se acometen pueden terminar por lastrar la reforma; es fundamental que las herramientas que aún no tienen un funcionamiento adecuado lo tengan a la mayor brevedad y que los ámbitos que aún están pendientes de desarrollo dispongan de él. Además, es también necesario, al menos, reflexionar sobre algunas de las opciones acogidas y valorar su idoneidad tal y como han sido configuradas; pienso, por ejemplo, en el tratamiento del crédito público o la configuración del precurso como alternativo al concurso de acreedores y, a mi entender, sin mecanismos efectivos que aseguren la negociación de un plan de reestructuración.



2.- En general, las situaciones de insolvencia generan escasas expectativas de recuperación de créditos en los acreedores y, análogamente, de continuidad de la empresa en el deudor. ¿No cree que la visión de la insolvencia en nuestro país está excesivamente asociada a la idea de fraude y del fracaso, y que la estigmatización del concurso incide demasiado sobre acreedores y deudor?

El coste reputacional que supone para el deudor quedar sujeto a un procedimiento de insolvencia continúa siendo, en algunos supuestos, relevante. En efecto, la insolvencia tiene a menudo repercusiones sociales y reputacionales -el estigma social- que conforman un importante desincentivo. Ciertamente, este coste reputacional es mayor en los procesos concursales que en los procedimientos preconcursales, pero ello no significa que estos últimos sean totalmente ajenos a esta cuestión, 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. De ahí la relevancia de asegurar, siempre que sea posible, el funciona-

miento ordinario de la actividad del empresario durante el curso de las negociaciones y la celeridad en la conclusión de éstas.

¿Hasta qué punto no debería el legislador establecer, en mayor medida, determinadas ayudas (económicas, fiscales, laborales, financieras o de cualquier otro ámbito) que permitieran la continuidad de mayor tejido empresarial? En tal sentido ¿Cómo podría incentivarse un mayor compromiso del sector financiero con las situaciones de insolvencia sobre todo en pequeñas y medianas empresas?

El tema de las ayudas es singularmente complejo. Con carácter general, no me decanto especialmente por un incremento del sistema de ayudas, salvo que las circunstancias las conviertan en imprescindibles; creo más idóneo apostar por un modelo que aporte incentivos, seguridad y estabilidad al tejido empresarial, sobre todo en el ámbito fiscal y laboral, aunque indudablemente algunas de las medidas que terminarían por integrar ese modelo serían de fomento y apoyo y ello, en suma, podría considerarse ayuda. A partir de ahí, la continuidad empresarial en situaciones de deterioro económico y financiero si que requiere, si hay viabilidad, un papel más comprometido del sector financiero. Esto no es sencillo de lograr, no sólo porque las propias exigencias normativas del sector no siempre lo facilitan, sino porque la experiencia en términos de recuperación en situaciones de insolvencia de los últimos años no ha sido todo lo positiva que hubiera sido deseable. No obstante, si que creo que en este ámbito algunos aspectos de la reforma concursal de 2022 podrían impulsar un mayor compromiso del sector financiero, aunque en mi opinión será más visible en las empresas de mayor dimensión.

En esencia, ¿No cree que el éxito -o alternativo fracaso- de la reforma dependerá también de la lucha contra la estigmatización que deriva de la situación de insolvencia, y de la concienciación del empresariado español en relación a los instrumentos que concede la normativa concursal?

Sin lugar a dudas. Los procedimientos concursales sólo podrán alcanzar resultados si quienes los necesitan los conocen y confían en ellos y, claro, esto es francamente difícil si el coste reputacional y las consecuencias negativas son las que prevalecen.

3.- Plan de reestructuración. Se dice, no sin razón, que somos un país de pequeñas y medianas empresas 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?

Parte sustancial de las previsiones del derecho preconcursal y, en particular, de los planes de reestructuración se proyectan respecto a grandes empresas. No obstante, considero que otras previsiones si que resultan útiles para las pequeñas y medianas empresas. Que el régimen especial preconcursal -que recoge especialidades para pequeñas y medianas empresas- sea significativamente reducido en número de artículos no significa, en mi opinión, que el precurso en general y los planes de reestructuración en particular no conformen procedimientos útiles para este relevante tipo de empresas.

¿Cree que con el tiempo se podrá llegar a la aplicación generalizada del plan de reestructuración a las pequeñas y medianas empresas?

Espero que respecto a las empresas viables los planes de reestructuración si que conformen un procedimiento a considerar por pequeñas y medianas empresas. Lo que es imprescindible es que el coste de esta alternativa sea adecuado a la dimensión de la empresa y que las medidas que incorpore el plan sean igualmente idóneas.

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

Desde luego, a mi entender, la información sobre los procedimientos a los que es posible acudir en supuestos de insolvencia sería positiva. Esgrimir que hablar al empresariado español de procedimientos de insolvencia es algo que no le interesa -quizás de forma más precisa que no le atrae- porque le lleva a tener que plantearse una situación tan difícil como la insolvencia, en mi opinión, es impreciso. Una correcta información sobre las alternativas de las que dispone el empresariado español, también en sede de dificultades económicas y financieras, si que creo que le aportaría opciones y estrategias que no podrá considerar si no las conoce.

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

Sólo si realmente el sector empresarial toma conciencia de que afrontar una situación de insolvencia en un momento temprano procura toda una serie de alternativas y medidas que van desapareciendo si no se actúa y la insolvencia se agrava. Y considero que esto es fundamental, porque no creo que las alertas tempranas que recoge nuestra normativa concursal puedan asegurar la detección temprana de las dificultades financieras y económicas, ya que no se han acogido otras medidas de alerta que podrían haber procurado mayor alcance a esa detección temprana de dificultades.

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

Asumir de forma anticipada una situación de insolvencia no es sencillo, dado que con frecuencia se confía en que aún existan opciones para revertirla. No obstante, aunque aún hay mucho camino por recorrer para que se generalicen las actuaciones en estadios tempranos de insolvencia, si que creo que puede avanzarse en este objetivo.

4.- Beneficio de Exoneración del pasivo insatisfecho. Subyace la idea general de que la nueva ley implementa requisitos más gravosos para el deudor, fundamentalmente, en relación a la regulación del crédito público. Se han llegado a plantear hasta cuatro cuestiones prejudiciales sobre el particular ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Qué opinión le merece la exoneración parcial del crédito público? ¿Cree que es suficiente? Salvo Portugal, la mayoría de los países de nuestro entorno exoneran en mayor o menor medida 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? ¿Qué espera de las cuestiones prejudiciales planteadas?

Creo que la exoneración parcial del crédito público que ha acogido nuestra normativa es insuficiente como, en otros ámbitos, resultan poco justificadas algunas excepciones al tratamiento del crédito público en situa-



ciones de insolvencia. La razón fundamental que se esgrime para ello es la propia consideración y finalidad de este tipo de créditos. Ahora bien, ciertamente, mantener de forma rígida un tratamiento excepcional del crédito público convierte en muchas ocasiones en un obstáculo insuperable el objetivo de superar o afrontar la insolvencia en las mejores condiciones. En esa medida, una mayor flexibilidad y la reducción de privilegios sobre el crédito público tendría un impacto positivo en la gestión de los procedimientos de insolvencia. Eso sí, que ello suponga necesariamente que la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia a nuestra legislación concursal, en sede de exoneración parcial del crédito público, pueda no haber sido correcta, a mi entender es más dudoso. No tanto porque la Directiva no apueste en sede de consideraciones generales por la plena exoneración, que lo hace, sino porque la propia Directiva permite créditos no exonerables cuando así se justifique y desde luego justificaciones hay, aunque no se compartan o en línea de principio no se consideren suficientes. Es difícil, por tanto, aventurar que pueden deparar las cuestiones prejudiciales planteadas, porque el margen de actuación otorgado a los Estados es amplio, pero sin lugar a dudas su resolución aportará seguridad jurídica en una cuestión tan sensible como la de la exoneración de pasivo insatisfecho, en la que no deberían permanecer interpretaciones dispares.

5.- 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 a lo establecido en el libro primero?

Una de las opciones que no se ha acogido es la del tratamiento diferenciado de la insolvencia de las personas naturales no empresarios, que se fundamentaba en las particularidades que presenta y en que podría procurar un acceso más rápido a la exoneración de pasivo. Aunque, en efecto, ello hubiera deparado algunas ventajas, es posible que no tantas como podría parecer. De partida, porque la delimitación entre los sujetos atendiendo o no a su condición de empresario siempre plantea dificultades y los criterios de distinción pueden no sólo atender al inicio del procedimiento, sino también al origen y momento de generación del pasivo, por lo que pueden plantearse estrategias procedimentales que pueden ser perfectamente atendibles, pero que también a menudo suscitan cierto recelo. Por otro lado, si que existen insolvencias de persona física no empresario complejas. En mi opinión, las dificultades derivan más de



que en muchas ocasiones se trate de concursos con insuficiencia de masa desde un inicio, más que del cauce procedimental. Mientras que el procedimiento para acceder al derecho a la exoneración si que ha mejorado en términos de celeridad con la reforma concursal -sin perjuicio de que debe seguir avanzándose en este objetivo- los concursos sin masa siguen siendo un problema central.

6.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la supresión, en el proceso concursal, de la figura del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación? ¿Y en cuanto al mayor protagonismo de los acreedores en la sección sexta? ¿Puede provocar esto excesiva litigiosidad?

Considero que la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación concursal responde a consideraciones procedimentales; una vez que la decisión legislativa es mantener la sección de calificación concursal, el resto de los intervinientes ya procuran las actuaciones necesarias. El mayor protagonismo de los acreedores en esta sección es reflejo de la nueva posición y actuaciones que en los procedimientos de insolvencia se otorga a los acreedores o, al menos, a quienes detenten unos porcentajes mínimos de pasivo o sean titulares de determinadas clases de créditos. Estas posibilidades de acción para acreedores entiendo que pretenden una mayor implicación de éstos, de forma que si que habrá trámites o acciones que antes no se iniciaban y ahora podrán hacerse a través de los acreedores, pero no lo veo en términos de excesiva litigiosidad sino de impli-

cación en los procesos en defensa de sus intereses.

7.- 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?

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia destaca expresamente que entre los deudores a los que debe prestarse especial atención se encuentran las microempresas, por lo que la inclusión de un procedimiento especial en nuestra normativa de insolvencia creo que merece de inicio reflexión y análisis sosegado. Una de las características pretendidas para el procedimiento especial es la sencillez y flexibilidad. Ciertamente, es discutible que el diseño legal incorporado a nuestra legislación procure un procedimiento sencillo -lo que aún es más importante por las limitaciones que se contemplan a la intervención de profesionales- pero hay que reconocer que se persigue que las microempresas dispongan de un procedimiento propio, adaptado a sus circunstancias, que les proporcione la mejor alternativa, en tiempo, coste y resultados, para afrontar su situación. En todo caso, incido en que el diseño es complejo -lo que pretende atenuarse con el uso de formularios normalizados- y que el concreto estado de insolvencia en el que se encuentre el deudor microempresa juega un papel relevante, así como quien solicita la apertura del procedimiento y su tramitación. Y, ciertamente, cuando

el procedimiento es de liquidación los trámites y actuaciones previstas requieren modificaciones para dotarlo de mayor rigor y seguridad. En esa medida, habría que plantear modificaciones en el procedimiento especial, ya que es único para estos deudores y hay que procurarles un procedimiento riguroso y seguro; las microempresas no tienen acceso al concurso de acreedores ni al precurso, aunque gran parte de las reglas de este procedimiento -con algunas especialidades- entroncan con lo establecido para el concurso y el precurso.

8.- La nueva norma establece un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal que ya ha sido incumplido ¿Entiende necesaria una cierta restricción en el acceso a la profesión de administrador concursal? ¿Cree necesario el examen de acceso?

Las condiciones de acceso a la administración concursal continúan siendo las previstas tras la reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre; la falta de desarrollo reglamentario impide la aplicación de las modificaciones posteriores. El mero dato de que ese desarrollo no se haya producido ya da idea de las dificultades que concurren. Aunque, dado el tiempo transcurrido, no se justifica que el desarrollo de la administración concursal continúe pendiente; la relevancia y complejidad de las funciones que desarrollan estos profesionales debe desarrollarse en un marco jurídico seguro de acceso y permanencia. Y esta prolongada falta de desarrollo es aún más insatisfactoria si tenemos en cuenta las reiteradas carencias y críticas que recibe el sistema aplicable. En este marco, resulta ya inaplazable abordar este desarrollo. La importancia de las funciones que desempeña en el concurso la administración concursal y la constatación de que es necesario que a ese cometido accedan profesionales especializados en insolvencia, plantea la necesidad de formular un sistema transparente y objetivo de acceso a la profesión de administrador concursal. La cuestión nuclear que se plantea aquí es cómo regular la acreditación de esta especialización. Es decir, si la condición de especialista es suficiente con acreditarla documentalmente (reportando los procesos concursales en los que ya se ha intervenido y aportando certificación de la formación específica que de forma continua se ha recibido); si no se considera suficiente la acreditación documental referida y sería necesaria adicionalmente una prueba específica de aptitud para el acceso; o, incluso, si en atención a los años de experiencia efectiva

concursal bastaría la acreditación documental que, por el contrario, con menos años no sería suficiente y exigiría esa adicional prueba específica de aptitud. Es obvio, que cualquiera de esas opciones -o, cualesquiera otras combinaciones que pudieran plantearse- tiene argumentos a favor y en contra. Dicho esto, considero que una prueba o examen de aptitud profesional daría seguridad a los profesionales que deseen acceder a la administración concursal y proporcionaría también confianza a quienes, desde fuera, proyectan dudas sobre el modelo de acceso a la administración concursal. A ello, añadiría la idoneidad de un sistema de formación continua definido que acredite el mantenimiento de la especialización de los profesionales y que aseguraría que el nombramiento recae en un profesional especializado.

A su juicio ¿Cómo debería configurarse el sistema de nombramientos y retribución?

El sistema de nombramiento debe, en mi opinión, vertebrarse sobre los profesionales acreditados, sin perjuicio de que, como es evidente, pueden existir niveles diferentes de especialización y experiencia acreditada que pueden pautarse. A partir de ahí, también considero que debe proyectarse mayor confianza sobre el órgano que realiza los nombramientos. Y, desde luego, el modelo de retribución de la administración concursal ha de regularse ya, para dotarlo de seguridad jurídica y porque es obvio que los profesionales deben de disponer de unos criterios retributivos fiables y que permitan su desempeño profesional. La profesionalización e imprescindible especialización de la administración concursal debe ir acompañada de la correspondiente remuneración. Es inimaginable que esa profesionalización y especialización pueda alcanzarse si no se asegura una remuneración óptima y justa, lo que, además, supondría la atracción a este desempeño de profesionales con alto nivel de especialización.

ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA

Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV



LA FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES POR LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

De forma general, en las sociedades mercantiles, y al margen de una situación concursal, el órgano de administración tiene el deber de formular las cuentas anuales (CCAA) conforme al artículo (art.) 253 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹ (TRLSC), el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y se incluirá, además, cuando proceda, el estado de información no financiera. Así las cosas, las CCAA, conforme al art. 254 del TRLSC, comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto (ECPN) del ejercicio, un estado de flujos de efectivo (EFE) y la memoria; si bien, y en función del tamaño de la entidad, el ECPN y el EFE podrían excluirse de los documentos que conforman las CCAA. Las CCAA, previamente formuladas, deben aprobarse en junta general, cuya convocatoria corresponde al órgano de administración conforme al art. 272 del TRLSC.

Las CCAA es posiblemente el elemento más importante y esencial de la contabilidad, dado que el art. 34 del Código de Comercio² (C. de Com.) indica que deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. Y no olvidemos que, conforme al art. 28.2 del C. de Com., las CCAA forman parte del libro obligatorio de Inventarios y Cuentas Anuales que todo empresario debe llevar, junto con el libro Diario, de forma ordenada y adecuada. Libros que deben ser presentados para su legalización en el Registro Mercantil correspondiente.

La información que contienen las CCAA no sólo satisface el interés de los socios, sino también el interés de terceros y del mercado en general. Ciertamente es que esa "imagen fiel" que representan lo es respecto a unos principios de contables de obligado cumplimiento;

tal es así, que si las CCAA no se formulan con la claridad necesaria ni muestran la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, el acuerdo social que las apruebe será nulo de pleno Derecho, aunque se haya adoptado de modo formalmente correcto³. El propio art. 34 del C. de Com. indica que: cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado. No obstante, se admite la no aplicación estricta de los principios contables cuando la importancia relativa de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

En situación concursal, y en caso de intervención de facultades, corresponde igualmente al órgano de administración la formulación de las CCAA, si bien bajo la supervisión de la Administración concursal (AC), así se indica en el art. 115 del Texto Refundido de la Ley Concursal⁴ (TRLSC); "supervisión" de cuyo contenido y alcance la norma no indica nada, quedando sujeta a diversas interpretaciones (aspectos formales, materiales, etc.). En caso de suspensión de facultades, normalmente tras la apertura de la liquidación (art. 413.2 del TRLSC), es el art. 116 del TRLSC el que impone la obligación legal de formular las CCAA a la AC. Y aquí comienzan las penalidades de la AC, dado que surgen serias dudas sobre la conveniencia de mantener la obligación de formular las CCAA una vez abierta la fase de liquidación concursal. En este caso, se podría producir una contrariedad entre el deber de formular las CCAA, atribuida a la AC, y el deber de convocar la junta general para aprobarlas, asignado por ley a los administradores sociales, conforme al art. 371.3 del TRLSC; además el art. 372 siguiente añade que: en caso de apertura de la fase de liquidación en

¹ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

² Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

³ STS, Sala 1ª, 589/2014, de 3 de noviembre

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal



el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal (remisión errónea no actualizada en el TRLSC).

Con el planteamiento anterior, coincido con el magistrado MATA⁵ que: la formulación de las CCAA tiene escasa relevancia práctica en los casos de empresas en liquidación donde la situación de ésta es sobradamente conocida por los acreedores o terceros y respecto de las que la AC informa de forma periódica (trimestral) en el seno del concurso. Sobre todo, en las últimas fases de la liquidación. En este sentido la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas⁶ (ICAC) indica, entre otros aspectos, que: cuando las operaciones de liquidación concluyan antes del cierre de ese mismo ejercicio, no se formularán CCAA por quien tuviera obligación de ello. Al respecto, ANSÓTEGUI⁷ cita un auto de 18 de diciembre de 2015 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona, en el que se exonera a la AC de la obligación de formular las CCAA (al cual no he tenido ac-

ceso), previa petición. Por tanto, la AC podría tomar la decisión de no llevar a cabo dicha formulación por motivos puramente prácticos. En este sentido, bastaría una exposición razonada de los argumentos que le llevan a ello en el seno del concurso, acudiendo al auxilio judicial, vía art. 518 TR LC, para lograr una autorización judicial de no obligación de formulación de las CCAA, que proporcione cobertura a su actuación.

En parecido sentido se pronuncia el magistrado NIÑO⁸ cuando se plantea si resulta útil y conveniente mantener la obligación de formular CCAA cuando el deudor carece ya de actividad profesional o empresarial, y en particular, una vez se abre la fase de liquidación concursal. Más allá de la interpretación literal de la norma, ésta ha de ser interpretada sistemáticamente a la luz de los preceptos concursales que se ocupan específicamente de la fase de liquidación concursal. A pesar de resoluciones contradictorias, se han pronunciado a favor de admitir la exoneración de la formulación, entre otras, los autos del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Barcelona, de 31 de marzo de 2015; del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Barcelona, de 14 de abril de 2015; y del juzgado de lo mercantil de Pamplona, de 4 de noviembre de 2016.

Siguiendo al magistrado NIÑO, el auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Ma-

dríd defiende que los informes trimestrales de liquidación reemplazan tanto la obligación de formular CCAA durante la liquidación concursal, como que aquéllas tengan que ser aprobadas por la junta general. En su auto 42/2016, de 11 de marzo, opta decididamente por la aplicación preferente del TRLC durante la fase de liquidación concursal; y aborda sin ambages esta cuestión con ocasión de un incidente concursal promovido por varios socios de una sociedad mercantil en el que instaban la separación de la AC por no haber convocado junta general para la aprobación de las CCAA. En su fundamento jurídico tercero razona que "(l)a apertura de la fase de liquidación no supone la supresión de la junta general pero sus funciones en dicha fase quedan notablemente diluidas desde el momento en que el artículo 372 del TRLSC dispone que en caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación no queda sujeta a las normas societarias de liquidación sino que ésta se ha de realizar conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal (error de remisión del TRLSC). No corresponde a la junta general de la sociedad concursada controlar la liquidación ni acordar lo que convenga al interés común. Finalmente, el magistrado aboga por una deseable reforma que, con la debida contradicción procesal, permita exonerar a la AC de las obligaciones legales existentes en materia de CCAA (formulación, verificación, aprobación y depósito), siempre que la información proporcionada por aquélla fuera suficiente para garantizar la tutela de los todos intereses afectados dentro y fuera del concurso (entre otros medios, mediante el informe, plan de liquidación, informes trimestrales de liquidación e informe final de rendición de cuentas).

Apoyando lo anteriormente referido, conviene traer aquí la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado⁹ (DGRN) que al respecto se pronuncia en los siguientes términos: cuestión distinta -no pacífica en la doctrina y práctica judicial y no planteada en el caso de este expediente- es que, en vía de principios, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso (conflictos entre los socios y la AC, falta de justificación económica por pérdida de la inversión de los socios y eventual generación de sobrecoste-, etc.) pudiera el juez del concurso, en fase de liquidación concursal, exonerar a la sociedad de la obligación legal de aprobación

de las CCAA si la información proporcionada por los AC permite garantizar la tutela de los todos intereses afectados; máxime si se tiene en cuenta que la apertura de la fase de liquidación concursal de la sociedad comporta «ex lege» el cese de su órgano de administración y su sustitución por la AC, sin necesidad de nombramiento de liquidadores, quedando las competencias de la junta general disminuidas notablemente, toda vez que en tal caso según el artículo 372 de la Ley de Sociedades de Capital «la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal»(error de remisión del TRLSC).

Para finalizar, citar la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 22 de abril de 2021 (Magistrado D. Alfonso Merino Rebollo) en la que el juez del concurso exime (previa solicitud expresa del AC) del deber de presentación de las CCAA de la concursada en el Registro Mercantil; fundamentándolo de la siguiente forma: siendo la finalidad del depósito de las CCAA publicitar los datos económicos y financieros, garantizando el acceso a terceros a ella, ésta decae cuando la concursada ha cesado en toda actividad, hallándose disuelta y en fase de liquidación, ya que en este caso los posibles interesados son los acreedores cuyo crédito se halla reconocido en el proceso concursal, y éstos tienen a su disposición en el propio proceso concursal el informe de la AC, los informes trimestrales de liquidación y a rendición de cuentas, documentos que garantizan suficientemente el acceso a la información relativa al estado del patrimonio societario.

**RAFAEL
MOLERO
PRIETO**

*Doctor
Economista.
Auditor – Censor
Jurado de
Cuentas
Abogado
Administrador
concursal*



5 Mata Sáiz, Alberto. Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona. "Obligaciones contables y mercantiles en el concurso. Formulación y aprobación de las cuentas anuales". Revista Refor nº 48 (2017), página 54.

6 Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

7 Ansótegui García, Ester. Asociada junior. "Formulación de cuentas anuales en empresas en concurso". Blog PradaGayoso (4-2-2021)

8 Niño Estébanez, Roberto. Magistrado especialista en mercantil. Audiencia Provincial de Tarragonas (Secc. 1ª). "La formulación de las cuentas anuales en el concurso: una aproximación a sus aspectos más controvertidos". El Derecho.com (30-4-2018).

9 Resolución del 13 de junio de 2019

EL ARTÍCULO 224 BIS, COMO FÓRMULA ESTRELLA DE LA ENAJENACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL



En la búsqueda de la obtención de la máxima rentabilidad económica al adquirir una empresa, la compraventa o enajenación de una o varias unidades productivas en sede concursal se erige como una alternativa viable y rentable, dadas sus condiciones de ventaja por la propia situación de *distress*, para adquirir un negocio o rama de actividad, por lo que se considera como una oportunidad de M&A para situaciones de crisis. (FERNANDEZ CORTIJO, P.)

A este respecto, y aunque el legislador, desde la promulgación de la Ley 22/2003, de 9

de julio, ha venido trabajando en la búsqueda de soluciones favorecedoras de la enajenación de las unidades productivas de aquellas empresas que se encontraban en situación de insolvencia, lo cierto es que, el verdadero compromiso del legislador en relación a la enajenación de la unidad productiva de empresas, en una fase temprana del procedimiento, se pone de manifiesto en el propio Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, al reflejar la necesidad de introducir novedosa normativa relativa a la solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de unidades productivas.

Así pues, en sede de enajenación de unidades productivas, la actual normativa concursal, que mantiene la definición de la unidad productiva, entendida como “*el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria*”, contempla en los artículos 215 y a 224 bis TRLC, las especialidades de la enajenación de unidades productivas en situación de insolvencia, con especial dedicación a las reglas de presentación de ofertas, procedimiento y efectos que produce la transmisión.

En términos generales, las reglas de enajenación aplicables, de forma común y genérica, son las contempladas en los art. 215 y 216 del TRLC, estableciéndose tras la reforma dos sistemas: *i)* un modo de enajenación ordinario que será la subasta electrónica, y *ii)* un modo de enajenación extraordinario, que implicará la venta directa o la enajenación a través de entidad especializada, siempre previa autorización judicial.

En ambos supuestos, la enajenación puede llevarse a cabo en cualquier estado del concurso, ya sea en fase común o en fase de liquidación, con la particularidad de que en fase común siempre se requerirá autorización judicial.

Pues bien, con el nuevo elenco normativo, se aprecia cierta preferencia del legislador, por la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, mediante subasta, una modalidad que en materia de enajenación de unidades productivas, a priori resultaría incompatible o cuanto menos difícil de casar, con las reglas de valoración de las ofertas en cuestión, donde se han de tener en cuenta otros aspectos, más allá del precio ofrecido por el oferente, como pueda ser la delimitación del perímetro, la asunción de pasivos laborales, la subrogación de contratos, incluidos los laborales, y el compromiso de mantenimiento de estos puestos de trabajo, además por supuesto, de la viabilidad empresarial de la mercantil.

En este sistema de enajenación ordinario, existe una regla de preferencia establecida en el artículo 219 TRLC, que permite la adjudicación al ofertante cuya postura, siendo inferior, no difiera en más del quince por ciento de otra oferta superior a esta en términos económicos, que entra en juego en caso de subasta, pero no se tendrá en cuenta cuando la transmisión sea por venta directa.

No obstante, además de los mecanismos de enajenación citados, por suerte, el legislador ha previsto, como modalidad especial, un régimen jurídico novedoso y bajo mi punto de vista muy ventajoso en cuanto al éxito de las enajenaciones de unidades productivas se refiere, de carácter esencialmente procesal, a través del artículo 224 bis, que permite tramitar venta de unidades productivas, en la fase inicial del procedimiento, evitando de ese modo, la pérdida de valor de las compañías, y velando por la continuidad de la actividad, a través de un procedimiento ágil, eficiente y garantista.

Ágil y eficiente por cuanto se trata de un procedimiento de tramitación sencilla y de plazos reducidos, lo que contribuye al mantenimiento de la viabilidad de la actividad económica de la unidad o unidades transmitidas, de modo que, en un plazo inferior a un mes desde el auto de declaración de concurso, se podría obtener previo informe favorable por parte de la administración concursal, la autorización de la enajenación de la unidad productiva, en los términos de la oferta presentada, o en su caso, de la que resulte más beneficiosa para el interés del concurso.

Garantista, por cuanto: *i)* la norma garantiza el compromiso vinculante del ofertante, quién mediante la oferta aportada, se obliga a continuar o reiniciar la actividad por tres años, asumiendo la posibilidad de tener que responder por los daños y perjuicios causados, en caso de no cumplir con su compromiso, *ii)* la oferta presentada se publicará en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal el mismo día que se publique la declaración de concurso en la sección primera de dicho Registro, facultando al juez para requerir tanto al deudor como a los oferentes cuanta información considere relevante para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros interesados, *iii)* en el auto de declaración de concurso, el juez concederá un plazo de 15 días para que cualquier interesado, incluidos los trabajadores en sociedad cooperativa, laboral o participada, puedan presentar una oferta alternativa vinculante, o en su caso, formular a la propuesta acompañada a la solicitud de concurso las observaciones que tengan por conveniente. En definitiva, se trata de un procedimiento que garantiza el, en ocasiones tan olvidado, principio de seguridad jurídica.



En este sentido, el AC designado y dentro del mismo plazo establecido de los 15 días concedidos para mejoras de ofertas, deberá emitir informe evaluando la oferta presentada que acompaña a la solicitud de concurso. En el caso de que se presentaran ofertas alternativas a la acompañada a la solicitud de concurso por parte del deudor, el juez requerirá nuevamente al AC por 5 días para que emita nuevo informe de evaluación. Así mismo, y en el caso de que se hubieran presentado varias propuestas, el juez concederá un plazo de 3 días a los oferentes, a fin de que, si así lo desean, pueda mejorar la oferta. Se trata pues de un modelo de “subastilla” post-concursal, que implicará una suerte de proceso competitivo, que redundará en la obtención del fin perseguido, esto es, la oferta más ventajosa. (THERY MARTÍ, A.)

Aunque la norma detalla el procedimiento procesal a seguir de manera bastante clara, adolece de alguna carencia legislativa, como pueda ser la omisión al trámite de audiencia a los trabajadores al que se refiere el artículo 220 del TRLC, supuesto en el que con la finalidad de agilizar plazos, y aunque nada dice el precepto sobre el particular, en la práctica los tribunales vienen validando a estos efectos, la presentación de un escrito acompañado a la solicitud de concurso con oferta vinculante, firmado por los representantes de los trabajadores manifestando que se les ha dado traslado de la misma, y en su caso, que no muestran ninguna objeción a la oferta presentada.

Así pues, a la vista del informe presentado por el AC en el plazo requerido, el juez mediante auto, contra el que cabe interponer recurso de reposición, procederá a la autorización de la enajenación de la unidad productiva.

Así mismo, y en caso de haberse presentado propuesta alternativa por parte de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, en base a los criterios que hemo adelantado y que, van más allá de los puramente economicistas de la oferta.

El contenido mínimo de la oferta presentada conforme al artículo 218 TRLC, deberá incluir, la identidad del oferente con información sobre su solvencia económica y sobre los me-

dios humanos y técnicos a su disposición. Así mismo deberá delimitar de manera clara y concreta el perímetro de la unidad, con determinación precisa de los bienes, derechos, contratos, y licencias o autorizaciones que se incluyen de la oferta, de forma y manera que el futuro adquirente podrá elegir aquellas licencias o autorizaciones que considere oportunas y/o necesarias para la viabilidad empresarial. (FARIÑAS PEÑA, J.M.) Igualmente, se concretará la incidencia sobre los trabajadores, eso es a cuantos trabajadores se subroga, y en qué condiciones. Por descontado, la oferta deberá incluir, el precio ofrecido por la compra de la unidad, con modalidad de pago y garantías aportadas.

Se aprecia pues, con esta nueva fórmula de enajenación, que el legislador en este ocasión aprovecha positivamente, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medias para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, para otorgarle un carácter normativo al régimen de transmisión de las unidades productivas, hasta ahora carente de regulación, pero consagrado ya por la experiencia y práctica judicial de los tribunales en una fase anterior a la declaración de concurso (pre-pack), y por el que se ha instaurado como alternativa a la liquidación de las empresas, la venta de unidades productivas, en una fase muy primaria del procedimiento concursal, por cuanto además de satisfacer el interés del concurso, vela por la preservación de la actividad empresarial o profesional, evitando así la destrucción del tejido productivo, con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo.

En definitiva, y aunque la nueva normativa concursal, permite que la unidad productiva pueda ser enajenada por distintos cauces, todo parece apuntar a que la modalidad del artículo 224.bis, va a ser la estrella del momento, pudiendo convertirse, en uno de los mecanismos de transmisión de empresas en situación de insolvencia, más habituales de los juzgados y tribunales tras la reforma del TRLC por Ley 16/2022 de 5 de septiembre, por tratarse de la fórmula más eficaz y ventajosa para el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial, así como para una



mayor satisfacción de los acreedores en un tiempo record, con todos los beneficios que ello conlleva para la conservación y recuperación del tejido empresarial español.

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

FERNANDEZ CORTIJO, P., “Tendencias M&A: Llega el turno para las operaciones “distressed”, *El Economista*”.

THERY MARTÍ, A. “El pre-pack en la propuesta de Directiva de 7 de diciembre de 2022”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 2023, nº9, p109 (Nota 14).

FARIÑAS PENA, J.M., “Cesión de los contratos administrativos en la venta de unidades productivas en sede concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2020, nº33, p3.



**MARÍA SOLER
FERRÚS**

Andersen

EL TRATAMIENTO CONCURSAL DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO POSESORIO DE CRÉDITO FUTURO



En el presente artículo abordamos la cuestión de reciente actualidad relativa a la clasificación de los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento sobre crédito futuro (ej. Pignoración de rentas arrendaticias en favor de un acreedor financiero) en el seno del concurso de acreedores como créditos con privilegio especial, bastando para ello estar formalizados en escritura pública o inscrita en registro público, como requisitos alternativos, o, en cambio, se trata de requisitos acumulativos y se tienen que dar ambas circunstancias.

No es, pues, objeto del presente trabajo llevar a cabo un estudio de la naturaleza, características, requisitos de constitución, formas

de ejecución de la garantía prendaria, y demás aspectos jurídicos relativos a su formalización, mantenimiento y extinción, tanto de la prenda ordinaria como de la prenda sin desplazamiento, cuestión ésta que ha sido ampliamente tratada por la doctrina científica¹, sino responder a dicha disquisición sobre su clasificación concursal y los requisitos exigibles, desde un punto de vista jurisprudencial a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo.

No obstante, y con carácter previo a entrar en dichas cuestiones, y como antecedente necesario, debemos apuntar la existencia en el

¹ Por todos, VEIGA COPO, A. B: Tratado de la prenda, Ed. Civitas, Ed. 2ª, 2017.



ordenamiento jurídico español de dos tipos de garantía real prendaria, con regulaciones normativas distintas y requisitos constitutivos diferentes: esto es, la prenda ordinaria o común y la prenda sin desplazamiento posesorio.

De esta forma, la prenda ordinaria viene regulada en los artículos 1857-1862 y, especialmente, en los arts. 1863-1873, todos ellos del Código Civil, y viene configurada conceptualmente (1866 Cc) como aquel contrato que da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito, siendo implícita y consustancial a su definición el desplazamiento posesorio de su titular hacia el acreedor pignoraticio (requisito constitutivo previsto en el 1863 Cc). Además, y para que la prenda ordinaria surta efectos frente a terceros debe de estar constituida en documento público.

Por su parte, la prenda sin desplazamiento posesorio viene regulada en los arts. 52-66 de la de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, y es aquella garantía real que asegura el cumplimiento de una obligación a través del gravamen de bienes muebles, sin traslado posesorio del mismo, que queda en depósito del deudor (o del propietario de los bienes pignorados, en caso de pignorante no deudor), bajo el deber de conservarlos sin menoscabo hasta el día en que se produzca el cumplimiento de la obligación principal y los intereses devengados hasta ese día. Para que la prenda sin desplazamiento surta efectos frente a terceros debe constituirse en escritura pública o póliza intervenida e inscribirse en el registro público (art. 3 LHMPSD).

De esta forma y para que surta efectos frente a terceros, mientras que la prenda ordinaria sólo requiere formalizarse en instru-

mento público, la prenda sin desplazamiento necesita inscribirse, además, en el registro público de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Además, sobre ambos tipos de garantía real prenda se puede constituir promesa de prenda, tal y como prevé expresamente el art. 1862 del Código Civil². Dicho lo anterior, la cuestión debatida y que es objeto del presente trabajo viene dada por la distinta interpretación judicial y doctrinal que se ha hecho al respecto del antiguo art. 90.1.6º b) de Ley Concursal - actual 271.3 TRLC -, y cuya redacción disponía: “Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso: [...] b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente”.

Así pues, y dado que el precepto no distinguía claramente entre prenda ordinaria y prenda sin desplazamiento, a la hora de clasificar el crédito garantizado con prenda de crédito futuro sin desplazamiento como privilegiado especial, existía una doble interpretación; una primera que se refería a la necesidad de que ambos requisitos (constitución en documento público e inscripción en registro público) eran necesariamente acumulativos, y aquella otra que interpretaba que los requisitos formales previstos en la norma eran alternativos, de forma que, cumpliéndose con uno cualquiera de ellos, el crédito debía incorporarse como privilegiado especial.

Al respecto de esta última interpretación, alguna jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales³, venía considerando que para que el crédito garantizado con prenda de crédito futuro sin desplazamiento bastaba que se dieran uno cualquiera de los requisitos formales (su constitución en instrumento público sin necesidad de inscripción en registro público) fundamentando, generalmente, su criterio en tres argumentos:

1. Una interpretación literal del precepto permitía entender que los requisitos formales son alternativos, a la vista de la existencia de la conjunción disyuntiva “o” en su redacción legislativa.

2. Sobre la base de la Resolución de la DGRN, de 18 de marzo de 2008, que interpretaba la reforma del art. 54 LHMPD por la Ley 41/2007, y que dispuso que la prenda sin desplazamiento posesorio no sustituía a la prenda ordinaria. Según la Dirección General la norma (art. 54 LHMPD), tras la su modificación por la Ley 41/2007, venía a abrir la posibilidad a que se pudiera constituir prenda sin desplazamiento de créditos, “más en modo alguno impedir, limitar o menoscabar la posibilidad de prenda ordinaria de tales créditos.”⁴

3. Que exigir la inscripción registral en la prenda sin desplazamiento para su calificación de crédito con privilegio especial no casaba con un sistema que sólo exige para la prenda de crédito con carácter general “un documento con fecha fehaciente”; ni tampoco concordaba “con otros cuerpos legales (art. 11 del RDL 5/2005)”.

Al respecto de la correcta interpretación normativa del art. 90.1.6 LC - actual 271.3 TRLC-, para la debida clasificación concursal del crédito garantizado por prenda sin desplazamiento de crédito futuro, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 15 de junio de 2023 (nº 965/2023) y 22 de junio de 2023 (nº 1015/2023), manifestando que en este tipo de garantía real la inscripción en el registro público es requisito esencial para calificar el crédito de privilegiado especial.

Así se refiere expresamente en el apartado 10 de su Fundamento Jurídico Segundo, cuando dice que: “La interpretación literal del art. 90.1.6º LC pone de manifiesto de forma inequívoca que para el caso de constitución de prenda sin desplazamiento de posesión de créditos futuros es requisito necesario para reconocer al crédito garantizado la condición de privilegiado especial la inscripción en

4 Sobre la equiparación de los efectos en el concurso de la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento y su resistencia al concurso, ver REDONDO APARICIO, A.: “La reforma del régimen concursal de las prendas sin desplazamiento de créditos futuros de la Ley 40/2015, de 1 de octubre”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 42-2016, págs. 87-94.



el “registro público competente” (el Registro de Bienes Muebles, ex art. 54-III LHMPD e Instrucción DGRN de 12 de mayo de 2012). La partícula disyuntiva “o” no separa dos requisitos distintos y alternativos para un mismo supuesto de hecho, sino que diferencia entre dos modalidades de prenda distintas: la común (para la que exige documento público) y la prenda sin desplazamiento de posesión (para la que requiere, además, la inscripción registral).

Decimos “además” porque la práctica de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles exige, a su vez, como título formal inscribible, la presentación de la correspondiente escritura o póliza notarial, según el art. 3 LHMPD. Por tanto, la norma no parte de una relación dicotómica entre escritura o póliza e inscripción, sino entre prenda ordinaria (con desplazamiento de posesión) y prenda sin desplazamiento de posesión”.

Por tanto, y según el Tribunal Supremo la norma no parte de una relación dicotómica entre escritura o póliza e inscripción, pues ambos son requisitos acumulativos de este tipo de prenda sin desplazamiento, sino entre prenda ordinaria (con desplazamiento de posesión que no requiere de inscripción en registro de bienes muebles) y prenda sin

desplazamiento de posesión (que sí requiere de inscripción).

Por ello, para que el crédito garantizado con garantía real prenda sin desplazamiento sobre crédito futuro tenga la calificación de privilegiado especial se requerirá la confluencia de ambos requisitos formales: su constitución en instrumento público y su inscripción en el registro competente.



² Para un estudio en detalle y profundidad de la promesa de prenda, ver GIL-ANTUÑANO VIZCAÍNO, I.: “Promesa de prenda” en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. por MUÑOZ CERVEIRA, M y NIETO CAROL, U., Vol. 1, 1996, págs. 845-886

³ Por todas, citar la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, Secc. 4ª, nº 426/2019, de fecha 06 de junio.

BOLETÍN DE ACTUALIDAD JURÍDICA EN DERECHO CONCURSAL

1. Sentencia de 18 de julio de 2023 del Juzgado Mercantil nº11. Incidente concursal de resolución de contratos. Ponente: Jose María Fernández Seijo

Supuesto de resolución de un contrato de gestión hotelera firmado por la empresa concursada en 2014 y renovado en 2018. Se argumenta que la resolución del contrato es necesaria en interés del concurso y no se propone ninguna indemnización a favor de la contraparte. Se presenta oposición a la resolución del contrato, argumentando que no se cumplen las condiciones legales para hacerlo y afirmando que la resolución se busca en interés de la propiedad del hotel, que ha llegado a un acuerdo con otro operador logístico que sería perjudicial para los acreedores. Y en caso de resolución, solicita una indemnización de 19.193.000 euros.

El tribunal resuelve el contrato en interés del concurso, siendo de la demandada la carga de probar la realidad del daño, lo cual no quedó acreditado con el informe pericial presentado.

En conclusión, el tribunal estima íntegramente la demanda, dando por resuelto del contrato de prestación de servicios, considerando que no existe evidencia directa o indirecta de que la demandada sufriría un perjuicio injustificado como resultado de la resolución del contrato.

2. Auto de 30 de mayo de 2023 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid nº 13. Plan de reestructuración consensual. Acuerda homologar el plan de reestructuración. Ponente: Bárbara María Córdoba Ardao.

Plan de reestructuración: Acreedor afectado por dicho plan se persona presentando escrito de alegaciones.

En este supuesto el solicitante del plan de reestructuración eligió la vía de homologación sin contradicción previa en cuyo caso, la

decisión del juez mercantil era impugnabile ante la Audiencia Provincial, mediante un incidente concursal totalmente novedoso, que se inicia y tramita ante la segunda instancia. Por tanto, no es admisible permitir que el acreedor disidente introduzca, de facto, una fase de contradicción previa que no está expresamente prevista, debiendo limitarse su intervención bien a recurrir la providencia inicial bien a impugnar, en su caso, el auto de homologación.

En conclusión, se considera que el plan de reestructuración propuesto cumple con los requisitos legales y de oportunidad, por lo que se procede a su homologación, habiendo sido firmado el 9 de marzo de 2023 entre la sociedad deudora y el principal acreedor, lo que implicará la adhesión del otro acreedor disidente al plan.

3. Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de Junio de 2023 (Nº Resolución 965/2023). Incidente concursal. Estima el recurso de los concursados. Ponente: Juan María Díaz Fraile.

En demanda de incidente concursal, se solicita la modificación del informe de la Administración Concursal en el importe y calificación de los créditos de la Agencia Tributaria la cual presentó escrito de contestación oponiéndose a la misma. La sentencia analiza la importancia y privilegios que puede tener una prenda sin desplazamiento de créditos futuros.

En resumen, el tribunal argumenta que, en este caso, se está invocando una norma excepcional (art. 4.2 CC) que permite el reconocimiento de créditos con privilegio especial debido a la presencia de una garantía (prenda de crédito presente), a pesar de que no exista un registro público o posesión evidente de dicha garantía. Además, se hace referencia a un criterio jurisprudencial, mencionado en Sentencia nº 780/2023, de 22 de mayo, que destaca

la importancia de interpretar de manera restrictiva la normativa que regula los privilegios, especialmente en el contexto de los créditos tributarios y la Ley Concursal.

En base a estos argumentos, se concluye que no es apropiado aplicar ampliamente la normativa relacionada con la clasificación de créditos concursales garantizados con prenda sobre créditos presentes a supuestos que tienen regímenes legales claramente diferenciados. Como resultado, se estima el recurso de casación y se revoca la sentencia de apelación.

4. Sentencia del Tribunal Supremo, 21 de junio de 2023 (Nº Resolución 1007/2023). Calificación: Incidente concursal. Condena a la cobertura del déficit. Ponente: Sancho Gargallo.

El TS confirma que hay simulación ficticia porque después de la presentación del 5 bis se realizó una ampliación de capital con aportación de unos inmuebles que estaban gravados con hipotecas que garantizan deudas de la concursada (es decir, el aportante es hipotecante no deudor). El importe de las deudas garantizadas era muy superior al valor de los inmuebles, por lo que el TS confirma que hubo dicha simulación ya que se dió a entender que había un refuerzo de fondos propios que no se producía.

El TS estima el recurso en cuanto a la condena a la cobertura del déficit.

5. Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2023 (Nº Resolución 1015/2023). Incidente concursal. Estima el recurso de los concursados. Ponente: Juan María Díaz Fraile.

Supuesto en que la concursada tiene una deuda con la Hacienda Pública, que había sido aplazada y fraccionada mediante una condición: establecer una prenda sobre los créditos que aquélla ostentaba frente a un Colegio Profesional.

Los concursados otorgaron escritura pública constituyendo prenda a favor de la Agencia Tributaria para garantizar el pago de la deuda existente, la cual no fue registrada en el Registro de Bienes Muebles. Declarado el concurso de acreedores, la Agencia Tributaria comunicó un crédito por importe de 170.364,10 euros en un 50%

como crédito con privilegio general y otro 50% como crédito ordinario.

El juzgado de lo mercantil dictó sentencia por la que desestimó la demanda de la AEAT. Fundó su decisión en que, conforme a la redacción dada al art. 90.1.6 de la Ley Concursal, tras la reforma aprobada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, "al no constar inscrita la prenda sobre créditos futuros en el Registro de Bienes Muebles (...), no se cumple uno de los presupuestos para el reconocimiento como privilegio especial".

Contra esa sentencia la AEAT interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. El TS estima el recurso de casación revocando la Sentencia de apelación. Se considera como principio de la Ley Concursal la limitación de los privilegios, lo que conlleva una interpretación restrictiva de los mismos, citando (sentencia 492/2009, de 22 de junio), no pudiéndose aplicar la norma relativa a la clasificación concursal de créditos garantizados con prenda sobre créditos presentes a supuestos distintos de los contemplados.

6. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2023 (Nº Resolución 1065/2023). Responsabilidad de la Administración Concursal. Desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y el de casación interpuesto por el administrador concursal. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

Se presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz contra el administrador concursal solicitando indemnización por importe de 3.023.085,04€, además de otros daños y perjuicios a determinar en sentencia o en ejecución, más intereses correspondientes e imposición de costas.

El Juzgado de lo Mercantil dicta Sentencia desestimando la demanda con imposición de costas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación declarando la responsabilidad individual del demandado en su condición de Administrador Concursal, condenándole a pagar una indemnización de 2.513.050,96 € a la entidad demandante por créditos contra la masa que no fueron pagados desde la Declaración de Concurso hasta el 31 de diciembre de 2013.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia anterior desestimando el recurso de

casación y extraordinario por infracción procesal, al considerar que existe una clara responsabilidad de la administración concursal al permitir la continuación de la explotación del negocio de aparthotel de forma ruinoso, sin pagar las rentas del propietario del inmueble que constituía parte del establecimiento, no habiendo desempeñado su actividad con la diligencia debida, en evitación del daño.

7. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2023 (Nº Resolución 1136/2023). Incidente concursal sobre retribución de la Administración Concursal. Desestima el recurso extraordinario de infracción procesal y el de casación interpuesto por el administrador concursal. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

El Letrado de la TGSS interpuso demanda de incidente concursal solicitando la extinción de la remuneración de la AC desde el 30/07/2015, por haberla percibido indebidamente, con devolución a la masa del concurso. Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La discusión se centra en si la limitación temporal, de doce meses, del derecho a cobrar la retribución durante el periodo de liquidación es aplicable a los concursos en los que la fase de liquidación se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 25/2015.

Se estima la existencia de una retroactividad impropia. En la relación jurídica consiguiente al nombramiento de un administrador concursal, cuyo régimen legal y reglamentario, al tiempo de abrirse el concurso, no establecía limitación temporal al cobro de honorarios durante la fase de liquidación, el juez del concurso le aplica la limitación temporal de cobro que establece la DT3a de la Ley 25/2015, a partir de la entrada en vigor de esta última. No es una auténtica aplicación retroactiva porque no afecta a derechos adquiridos (los honorarios anteriores a la entrada en vigor de la DT3a), sino a una expectativa de cobro, por lo que no infringe lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. En conclusión, el Tribunal estima el recurso interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social y declara que la adminis-

tración concursal carece de derecho a recibir retribución por la fase de liquidación a partir de 2015.

8. Sentencia del juzgado de lo mercantil número 2 Barcelona de 4 de septiembre 2023 (Nº Resolución 26/2023). Homologa el Plan de Reestructuración del grupo CELSA.

La Sentencia acuerda la homologación del Plan de Reestructuración propuesto por los acreedores. El plan contempla la capitalización de una parte importante de la deuda, de forma que los acreedores pasan a ser accionistas de la compañía sustituyendo a los actuales propietarios, ello por considerar que el importe de la deuda es muy superior al valor de la compañía; asegurándose además la viabilidad del Grupo Celsa. Además, dictamina que los acreedores deben cumplir de forma estricta sus compromisos, preservando e incrementando el valor de la compañía, manteniendo su integridad y conservando los puestos de trabajo. El juzgador advierte igualmente a los acreedores del uso responsable de las extraordinarias facultades de decisión concedidas, así como el deber de cuidado y protección de todos los intereses en juego y de la preservación del valor empresarial y la continuidad de la compañía.

9. Auto de 20 de Septiembre de 2.023 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. Sancho Gargallo), inadmite a trámite el recurso de casación interpuesto por la TGSS, a través del cual se pretendía cuestionar la sentencia de apelación en relación a la correcta aplicación de la regulación de la exoneración del crédito público tras el cambio operado por el anterior Texto Refundido de la Ley Concursal. El alto tribunal inadmite el recurso, entendiéndolo que la cuestión no tiene interés casacional y que la aplicación que se hace en la resolución recurrida de la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia de 2 de Julio de 2.019 por el Tribunal Supremo es ajustada a derecho.

FORMACIÓN PROGRAMADA

EXPERTO ICAV EN DERECHO CONCURSAL 7ª EDICIÓN.

Del 25 de octubre de 2023 al 19 de febrero de 2024.

Día 26 de octubre de 2023 **La Sección de Calificación.** Don Abel Joan Sala Sanjuan.

Día 13 de noviembre de 2023, **Concurso y entidades financieras.** Don Jorge de la

Rúa, Don Miguel Villaescusa, Don Juan Blasco y Doña Ana Mª Navarro.

Día 15 de noviembre de 2023, **Concurso de persona física y segunda oportunidad.** Don Alvaro Sendra.

Día 19 de diciembre de 2023, **Concurso y Vivienda habitual.** Don Salvador Vilata.



SECCIÓN DERECHO CONCURSAL

SIGUE TODA LA
INFORMACIÓN DE NUESTRA
SECCIÓN

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

escribenos a:

admon@sendraabogado.com

