

# REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

## EDITORIAL

INICIO DEL TRÁMITE LEGISLATIVO  
PARA EL REGLAMENTO DE LA  
ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

## ARTÍCULOS

### FIRMA INVITADA

**IGNACIO FERNÁNDEZ LARREA**  
EL COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DE  
LA ACTIVIDAD EN EL “PRE PACK”

### PEDRO MANN BENITO

EL ÁRDUO CAMINO JUDICIAL TRAS LA  
OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL  
PASIVO INSATISFECHO

### MARIA BARTLE AGUSTÍN

LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS EN LA LEY  
CONCURSAL, CON ESPECIAL REFERENCIA  
A LOS CONVENIOS DE ACREEDORES

## BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA FORMACIÓN

## ENTREVISTA

## IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala 1º del Tribunal Supremo.

03

EDITORIAL:  
ASCENSIÓN  
RIBELLESInicio del trámite  
legislativo para el  
Reglamento de  
la Administración  
Concursal

05

ENTREVISTA A  
IGNACIO SANCHO  
GARGALLOMagistrado de la  
Sala 1º del Tribunal  
Supremo.

09

FIRMA INVITADA

IGNACIO  
FERNÁNDEZ  
LARREAEl compromiso de  
mantenimiento de la  
actividad en el "pre  
pack" concursal

15

ARTÍCULO  
PEDRO MANN  
BENITOEl árduo camino  
judicial tras la  
obtención de la  
exoneración del  
pasivo insatisfecho

19

ARTÍCULO:  
MARÍA BARTLE  
AGUSTÍNlos derechos de  
los socios en la  
Ley Concursal, con  
especial referencia  
a los convenios de  
acreedores

23

JURISPRUDENCIA  
Boletín Actualidad  
Jurídica

26

FORMACIÓN  
REALIZADA Y  
FORMACIÓN  
PROGRAMADA

## INICIO DEL TRÁMITE LEGISLATIVO PARA EL REGLAMENTO DE LA ADMINISTRACION CONCURSAL

Recientemente se ha hecho público el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollará el Reglamento de la Administración Concursal, iniciándose así el proceso para que entre en vigor el Estatuto de la Administración Concursal.

Por fin, después de casi diez años, parece que se dará cumplimiento al desarrollo normativo previsto en la DT 2ª de la Ley 17/2014 del reglamento del estatuto de la administración concursal.

Los ejes en los que se centra el Real Decreto y la problemática que de ellos se derivan son tres: los requisitos de acceso a la administración concursal para su posterior inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal, el régimen de nombramientos en función de la complejidad de los concursos, para lo que se establece una clasificación y el nuevo régimen de retribución. Numerosas han sido las críticas por las deficiencias técnicas y de fondo de que adolece la norma, por lo que esperamos que se acojan las observaciones y propuestas de mejora que se han enviado desde distintos colegios profesionales.

En cualquier caso, hemos podido conocer por donde irá la futura norma legal y sorprende del proyecto la falta de confianza y los prejuicios que el legislador parece tener hacia la figura del administrador concursal.

Así, por ejemplo, en las comisiones evaluadoras de los exámenes de aptitud no se incluye a los administradores concursales que ya se hallen inscritos en el Registro Público Concursal, denotando una desconfianza impropia hacia dicha figura profesional que, dicho sea de paso, sería el más indicado, junto con los jueces de lo mercantil, para evaluar a los futuros administradores concursales.

También es llamativo que no se exija titulación jurídica o económica para poder acceder

a las listas y baste tener titulación universitaria de cualquier tipo, lo que supone una merma en la cualificación y profesionalidad de esta figura

Respecto al régimen de nombramientos, en función de la complejidad de los concursos, se establece tres clasificaciones, menor complejidad, complejidad media y mayor complejidad, basándose estos últimos para su clasificación, en criterios incompletos por cuanto sólo tienen en cuenta el número de acreedores y pasivo, prescindiendo de otros parámetros, como si existen más centros de trabajo, grupo de empresas, número de trabajadores, etc.

En cuanto al régimen de retribución, el recelo del legislador contra los profesionales de la insolvencia, resulta más que llamativo, como si solo ellos fueran los causantes de la duración de los procedimientos, con el establecimiento de incentivos y reducciones totalmente desproporcionados, con elevadas penalizaciones y pírricos incentivos, en función de la duración del concurso.

Se cambian los criterios de cobro por las distintas fases del concurso siempre en perjuicio de los profesionales, sin tomar en consideración que la base de la retribución es la misma que la establecida Real Decreto 1860/2004, con reducciones, como por ejemplo de la fase de convenio (20 % de los honorarios de la fase común) con independencia de su duración y la eliminación de porcentajes de incremento que el Real Decreto 1860/2004, como por ejemplo el incremento del 5 % por tramitar un expediente de regulación de empleo en el concurso.

Cuando no es posible cobrar honorarios del propio deudor, es loable que se establezca la tantas veces reclamada cuenta de garantía arancelaria, pero no se comprende el motivo por el que la misma deba nutrirse de aportaciones de los administradores concursales.

icav

Ilustre Colegio de  
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL ICAV

NÚMERO 08/2023

[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, Paola Melo.

[Colaboradores] Ascensión Ribelles, Ignacio Fernández Larrea, Pedro Mann Benito, María Bartle.

[Imágenes] Por Freepik.

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

les, cuando el administrador concursal está prestando un servicio público y necesario en el proceso concursal que debería ser pagado por el erario público. Tampoco es admisible que la obligación de aportar a la cuenta arancelaria sea con carácter retroactivo, es decir para los concursos en los que no se haya presentado la rendición de cuentas, lo que parece un ataque más a la figura del administrador concursal. A ello se añade la cuestión de que si esas remuneraciones reclamadas ya han sido objeto de tributación por parte de la administración concursal, cómo se articula la recuperación de esas tributaciones.

En definitiva, nos parece positivo que se acometa por fin este necesario proyecto legislativo, aunque resulta llamativa, como hemos dicho, la suspicacia que el legislador demuestra hacia la figura del administrador concursal que en numerosas ocasiones presta un servicio altamente profesionalizado y muy escasamente o a veces en absoluto retribuido.



**ASCENCIÓN RIBELLES**

Abogada miembro de la Sección de Derecho Concursal



## IGNACIO SANCHO GARGALLO. MAGISTRADO DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo desde 2012. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra

Nacido en 1963, es magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo desde 2012. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza y doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra. Ingresó en la Carrera Judicial en 1990 y tuvo su primer destino en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Alcañiz (Teruel). Tras ascender a magistrado en 1992, fue juez de Primera Instancia de Barcelona. Magistrado especialista de lo mercantil de la primera promoción (2004), en 2005 fue nombrado presidente de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Miembro electo y primer presidente de la Comisión de Ética Judicial tras su constitución en mayo de 2018 y hasta la primera renovación parcial de la misma en septiembre de 2020, cuando expiró su mandato. Desde diciembre de 2020 es miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

**1.- La Ley 16/22 de 5 de Septiembre de reforma del texto refundido de la Ley concursal para transposición de la directiva europea 2019/1023 ha cumplido ya un año de vigencia. El nuevo texto ha previsto modificaciones importantes en nuestro sistema concursal. En términos generales ¿Qué podemos esperar de la nueva ley?**

Con la nueva regulación de los planes de reestructuración, más flexible, en relación con los acreedores afectados y la posibilidad de arrastrar a las clases disidentes (caso Xeldist) o a los socios (caso Celsa), puede ser el cauce para la reestructuración de empresas que, aunque esten afectadas por la insolvencia, podrían ser viables.

La segunda oportunidad, tal y como se ha diseñado, ha favorecido la exoneración del pasivo de los deudores civiles o consumidores, con riesgo de propiciar el abuso; y, por el contrario, impide la exoneración de los emprendedores, porque lo tendrán vedado si han sufrido alguna derivación de responsabilidad de



la Seguridad Social o de la Agencia Tributaria. El concurso de acreedores ha quedado para la liquidación, aunque puede seguir cumpliendo un importante papel con el pre-pack.

El éxito del procedimiento de microempresas dependerá del sistema informático, que por ahora es un tanto deficiente.

**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?.**

Es cierto que todavía persiste el estigma del deudor que es declarado en concurso de acreedores, herencia de aquel aforismo previo a la codificación *decoctor ergo fraudator* (quebró, luego defraudó). Pero en la actualidad el estigma no radica tanto en la atribución de culpa por su insolvencia, como en la alarma o el miedo de verse afectado por la

insolvencia de ese deudor, lo que lleva a restringir sus fuentes ordinarias de financiación. ¿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 PYMES?

Sinceramente, no soy la persona más idónea para responder a esta pregunta. Lo único que sí alcanzo a apreciar es que las últimas reformas concursales, al atribuir al crédito público privilegios procesales, tanto en el caso de la venta de unidades productivas como en los planes de reestructuración, han dificultado que las empresas en crisis puedan continuar con su negocio, lo que redundará a la postre en una pérdida del tejido empresarial al que se refería su pregunta.

En esencia, ¿no cree que el éxito -o alternativo fracaso- de la nueva norma 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 potentes instrumentos que concede la nueva norma?

Me parece que el éxito de la reforma va a depender del conocimiento que de estos instrumentos jurídicos tengan los abogados y economistas, expertos en reestructuraciones, que deban intervenir, primero, en el diseño de la estrategia para solventar la crisis que sufre una determinada empresa, y luego en su ejecución. Es necesario combinar un conocimiento teórico y práctico de estos medios, para representarse sus posibilidades, y, al mismo tiempo, una buena dosis de imaginación.

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

Tal y como han quedado configurados los planes de reestructuración, son también aplicables a las PYMES. La norma legal se adapta perfectamente a la escala o dimensión de la

empresa. No veo por qué no puede aplicarse con eficacia a una PYME, si realmente desarrolla un negocio susceptible de ser viable.

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

Por supuesto. Eso depende, como le he dicho, de ustedes, los abogados y economistas que analizan la situación y diseñan la estrategia. Es un medio mucho más flexible que el concurso de acreedores, pues lo más relevante, la elaboración y la aceptación del plan, lo pueden hacer sin intervención judicial y en general sin trabas burocráticas.

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

Sin perjuicio de que esa formación pueda ser muy útil para los directivos de empresas, pienso que lo más relevante es la formación de los profesionales que orientan la solución de la crisis empresarial, desde el principio. Es cierto que la formación de los empresarios puede facilitar que acudan a esa orientación de los profesionales en un momento propicio, cuando hay margen de actuación. Pero lo esencial es la preparación de los profesionales encargados de orientar y diseñar la estrategia.

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

No tanto al concurso de acreedores y sí a los planes de reestructuración.

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

En cierto modo es lógico que el empresario trate de apurar las vías ordinarias para afrontar el temporal, sin acudir a un concurso de acreedores, por todo lo que supone. Pero no debería haber tanta reticencia en acudir a los planes de reestructuración, pues de la misma manera que es muy normal acudir al banco para refinanciar la deuda, podría serlo ampliar el marco de reestructuración e implicar a otros acreedores.

Sí, poco a poco, se revertirá esa tendencia a la que hace referencia en su pregunta.

**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 4 cuestiones prejudiciales sobre el particular ante el TJUE y 2 cuestiones de inconstitucionalidad. ¿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 “deficit público” (y por tanto de índole económica), más que ante un problema jurídico de implementación de tal exoneración en nuestro ordenamiento? ¿Qué podemos esperar de las cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad planteadas?**

Efectivamente, las reticencias del acreedor público a la exoneración del pasivo están impidiendo la exoneración de los emprendedores, que eran los originarios destinatarios de la norma europea. El problema no es sólo la exoneración parcial del crédito público, sino las causas de exclusión del derecho a la exoneración previstas en el art. 487 TRLC, y en concreto en el segundo inciso del ordinal 2º (cuando se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad contra el administrador de una sociedad por deudas de la Seguridad Social o de la Hacienda Pública). Tal y como está regulado, la causa de exclusión no responde a la gravedad de la conducta sino al ánimo recaudatorio, pues desaparece la causa si se paga la deuda. Esta previsión, además de que no responde a la justificación que según el art. 23.2 de la Directiva permitiría introducir excepciones a la exoneración, supone una alteración de las reglas de la par condicio creditorum, como resalta uno de los autos de planteamiento de la cuestión prejudicial.

**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 I?**

Sí, estoy de acuerdo en que de forma análoga a como se regula el procedimiento de microempresas, debería haber un procedimiento sencillo y simplificado para el deudor no comerciante. No tiene sentido que tenga que acudir a un concurso de acreedores.

**6.- Estamos asistiendo a un aluvión de concursos de personas físicas y la mayoría de los mismos son concursos sin masa, tramitándose al amparo del artículo 37 ter TRLC. No cree vd que la regulación en cuestión es excesivamente permisiva y puede alimentar el fraude?. ¿Entiende que se requiere una modificación de la norma en este concreto sentido?**

Efectivamente, la mayoría de los concursos son de personas físicas y sin masa. Son instados con el único objeto de lograr la exoneración del pasivo. La práctica, por lo que me refieren, puede propiciar fraudes. En cuanto al procedimiento, me parece que siendo como es un cauce tan transitado, no se ha ideado bien. Entiendo que deberían ser los jueces de lo mercantil quienes, a la vista de lo que está ocurriendo, aportaran ideas sobre cómo reformar la norma.

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

La intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación era una herencia del pasado, de la sección de calificación ideada en la primera codificación (Código de Comercio de 1829) y desarrollada en la segunda (Código de Comercio de 1885), como requisito previo de procedibilidad para juzgar al quebrado por un delito de insolvencia punible. Una vez que la calificación penal se desvinculó de la calificación civil (concurso), carecía de sentido la intervención del fiscal. La única función que podía cumplir era evitar la actuación fraudulenta de la administración concursal que, en

connivencia con el deudor concursado, calificara como fortuito lo que merecería una calificación culpable.

La nueva regulación ha suprimido la intervención del Ministerio Fiscal y ha atribuido legitimación para formular una determinada calificación a los acreedores cualificados. Entiendo que no cualquier acreedor puede estar legitimado para instar la calificación culpable, pues fácilmente la amenaza de la calificación culpable podría utilizarse como un medio de extorsión. Y, al mismo tiempo, esa legitimación del acreedor cualificado puede servir de alternativa en caso de actuaciones indebidas de la administración concursal. Como siempre, habrá que ver cómo acaba de funcionar en la práctica.

**8.- En términos generales: ¿Cómo valora el procedimiento especial para microempresas?. ¿Lo estima necesario?. ¿No le parece que en ciertos aspectos se descuida en demasía el rigor y la seguridad jurídica, sobre todo en lo relativo a la liquidación?.**

Este procedimiento responde a una idea de eficiencia económica. No tiene sentido que para encauzar la insolvencia de un deudor «pequeño» o una microempresa haya que acudir a un procedimiento que ocasiona un coste superior a los recursos que puede generar la actividad económica de ese deudor, provocando lo que tradicionalmente se llamaba la quiebra de la quiebra, o el concurso del concurso, cuando los créditos contra la masa no pueden llegar a pagarse. Esto es absurdo. Un procedimiento de insolvencia no puede ser un fin en sí mismo. Había que idear un procedimiento sencillo y automatizado, sin apenas intervención de profesionales, que permitiera liquidar fácilmente los activos y destinar lo obtenido al pago de los acreedores. Y esto es lo que se ha pretendido con el libro III. En esos casos, ante el equilibrio entre seguridad jurídica y eficiencia, me parece mejor inclinar la balanza a favor de la eficiencia, a riesgo de que en algún caso pueda limitarse la seguridad jurídica. Los posibles fraudes habrá que abordarlos de forma reactiva, una vez concluido el procedimiento, en vez de establecer tanto mecanismo de prevención que a la postre haga ineficiente el procedimiento.

**9.- La nueva norma establece un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal que ya ha sido incumplido.**

**¿Entiende vd necesaria una cierta restricción en el acceso a la profesión de administrador concursal?. Cree necesario el examen de acceso?. A su juicio como debería configurarse el sistema de nombramientos y retribución?.**

La profesión de administrador concursal y de experto en reestructuraciones requiere conocimiento y experiencia, lo que se logra por la dedicación habitual a esta actividad. Tal y como está el mercado, es mejor que haya pocos, bien preparados y bien retribuidos, que muchos, peor preparados y peor retribuidos.

Me parece lógico que se restrinja el acceso a esta actividad, como también me lo parecería que siguieran haciéndose los nombramientos de administradores concursales por el juez del concurso. Pero, a mi juicio, lo relevante sería, no sólo la selección de los profesionales, sino que existiera un organismo de control (no judicial) que pudiera recibir las quejas sobre posibles abusos y tuviera facultades de inspeccionar y sancionar a quienes hubieran incurrido en malas prácticas. Este organismo estaría encargado no sólo de la concesión de la acreditación de administrador concursal (y de las categorías de concursos que podría llevar), sino también de sancionar con la retirada de esta acreditación.

**ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA**

*Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV*



## EL COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DE LA ACTIVIDAD EN EL "PRE PACK" CONCURSAL



La reforma desarrollada a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha introducido en nuestro sistema concursal la posibilidad de que, ya junto con la propia solicitud de concurso, se presente una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas. Es lo que viene a conocerse como "pre-pack", anglicismo que recoge el propio Preámbulo de la norma, y que ha venido a asentarse en el ámbito concursalista, habida cuenta de su ventaja de expresión "sintética" frente a lo que sería su más extensa denominación en nuestro idioma español.

Se trata de una propuesta de adquisición que se gesta de modo previo al concurso, pero que necesariamente presupone éste, desde el momento en que se presenta como un elemento adicional a la solicitud de concurso. Así pues, la propuesta en sí cabría calificarla de "pre concursal", pero todo su desarrollo y

tramitación efectiva ha de calificarse como netamente concursal desde el momento en que se produce una vez declarado el concurso. Lo anterior no resulta baladí, especialmente en el ámbito laboral: la reciente Propuesta de Directiva en materia de insolvencia publicada en diciembre del pasado año lo sitúa como un instrumento enmarcado en un procedimiento de quiebra bajo la supervisión de una autoridad pública competente a los efectos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE, lo que permite excepcionar la aplicación de las reglas de dicha Directiva relativas a los derechos de los trabajadores en los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad.

Por otra parte, esta propuesta de adquisición se presenta condicionada *ab initio*, pues el artículo 224 bis, apartado 1 TRLC preceptúa que el oferente "deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con

la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años", y es aquí donde en mi opinión se sitúa la "clave de bóveda" explicativa del escaso desarrollo que esta figura ha experimentado durante el primer año de vigencia de la nueva norma concursal.

En efecto, la configuración inicial del *pre-pack* se ve así penalizada a posteriori (esta previsión no constaba en el Anteproyecto de Ley) respecto a otras opciones de adquisición de unidades productivas. Y no sólo respecto a las que se verifiquen una vez iniciado el procedimiento concursal, a las que no se exige compromiso de mantenimiento de actividad alguno (art. 218 TRLC), sino incluso respecto a las ofertas asociadas al nombramiento del experto que prevé el artículo 224 ter TRLC y a las que se va a exigir un compromiso de mantenimiento de actividad por un periodo inferior (2 años, art. 224 septies TRLC), diferencia temporal ésta que nadie ha sabido explicar, y que incluso motivó una puntual enmienda parlamentaria de reforma de este último artículo (enmarcada en la tramitación de otra norma de contenido absolutamente dispar) que se vio frustrada por la convocatoria anticipada de las elecciones celebradas el pasado mes de julio.

Al margen de este agravio comparativo, lo cierto es que este compromiso de mantenimiento de la actividad genera tal cantidad de dudas e incertidumbres no resueltas ni tan siquiera por la doctrina concursal más autorizada que se sitúa en las antípodas de lo que podría predicarse como mínima seguridad jurídica, tan especialmente necesaria en los procedimientos de adquisición de activos de sociedades en crisis de solvencia. Veamos:

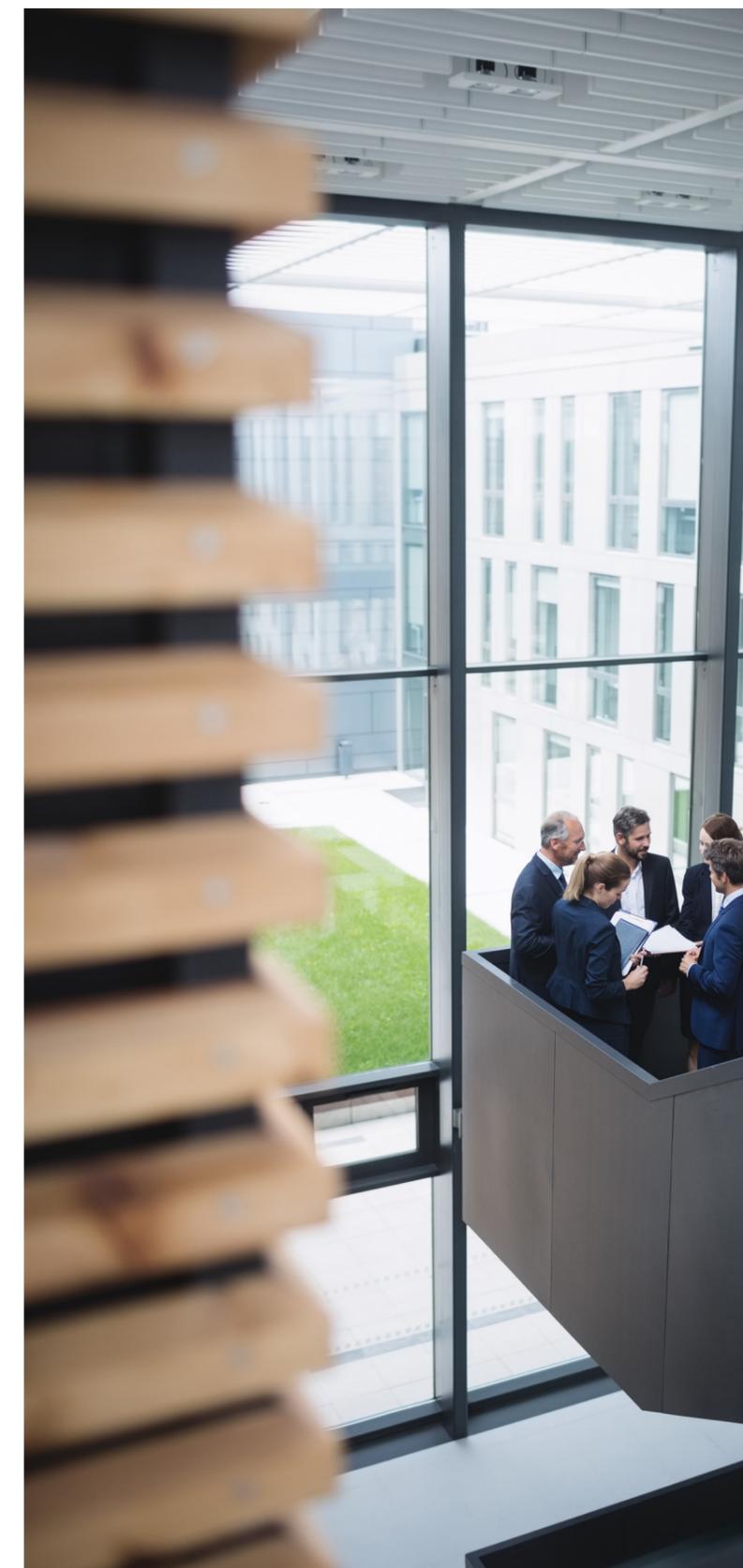
A diferencia de lo que ocurre en otras ocasiones recogidas por la propia norma concursal, no se relaciona el compromiso con el mantenimiento del *empleo* o de los *puestos de trabajo*, sino que se asocia a *continuar o reiniciar la actividad*. ¿Qué significa ello? ¿Basta, en una interpretación literal, con continuar con el mismo tipo de actividad que venía desarrollándose anteriormente en esa unidad productiva? ¿Hay que desarrollar un cierto umbral mínimo de actividad para que se entienda que se está produciendo esa continuidad o reinicio? ¿Ese umbral mínimo debe partir necesariamente de igualar el mismo nivel de actividad que venía previamente desarrollándose? ¿Puede entenderse cumplido con el compromiso de mantenimiento una continuidad o reinicio de actividad que, manteniendo cierto niveles productivos, prescin-

da de un alto porcentaje de la plantilla pre-existente? ¿El cumplimiento del compromiso ha de mantenerse aun a costa de que la situación de la unidad productiva así adquirida devenga en absolutamente deficitaria?

Y si ya la propia configuración o delimitación del compromiso que asume el oferente se antoja bastante complicada y presidida por la inseguridad jurídica, otro tanto de lo mismo o incluso aún más, si tal extremo cabe ocurre con las consecuencias de su incumplimiento, pues, a tal efecto, el artículo 224 bis, 1 TRLC señala que "*El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados*".

Dejando al margen que no resulta claro cuándo ha de entenderse incumplido un compromiso cuya delimitación -como ya hemos adelantado- resulta cuanto menos difusa, la redacción del precepto no viene sino a arrojar a un mayor número de dudas a una cuestión ya de por sí ambigua, y así, y comenzando por la legitimación activa en lo referente al ejercicio de esa reclamación ¿qué ha de entenderse por *cualquier afectado*?

Inicialmente, entiendo que resultaría pacífico considerar como *afectado* a cualquier otro oferente de esa misma unidad productiva que hubiese visto frustrada su adquisición como consecuencia de la preterición de su oferta en favor de la del finalmente adquirente que posteriormente incumple, y no olvidemos que conforme a previsión obrante en el propio artículo 224 bis TRLC dentro de esos oferentes alternativos pueden encontrarse trabajadores interesados en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada, algo a lo que luego me referiré. Pero incluso ello podría resultar discutible si atendemos a la génesis parlamentaria de la norma, pues durante la misma se planteó una enmienda parlamentaria, que fue rechazada, y que propugnaba que dicho compromiso de mantenimiento de la actividad únicamente se aplicara en el supuesto de que, concurriendo varias propuestas competidoras con igualdad de precios de adquisición, una de ellas resultara elegida como consecuencia de ofrecer mejores condiciones laborales. Es evidente que la admisión de dicha enmienda hubiera dejado plenamente expedito el camino para considerar que la referencia al *afectado* debería entenderse referida a cual-





quier oferente competidor con aquella oferta finalmente preferida por dicha circunstancia, pero no habiendo encontrado acogida en la norma hoy vigente, se mantiene la necesidad del criterio interpretativo.

Y esta interpretación dista, con mucho, de poder entenderse como unívoca, pues los sujetos *afectados* por el incumplimiento de aquel compromiso de mantenimiento o reinicio de la actividad pueden ser de índole muy diversa, sobre todo cuando el precepto utiliza el concepto más que amplio de *cualquier* afectado. ¿puede entenderse que un proveedor estratégico concepto hoy tan de moda por mor de los planes de reestructuración y la configuración de clases de la unidad productiva luego transmitida es un *afectado* por el incumplimiento del compromiso de mantenimiento de la actividad de la misma? Entiendo, obviamente, que sí.

Y, aun cuando que como ya hemos dicho no cabe identificar dicho compromiso con el mantenimiento del nivel de empleo ¿pueden considerarse como *afectados* por dicho incumplimiento los trabajadores de la uni-

dad productiva en la que no se ha verificado por el adquirente la continuación o reinicio actividad? Entiendo asimismo y también de modo obvio que sí. Como igualmente lo será que, dentro de ellos, no sólo tendrán la consideración de afectados los trabajadores con relación laboral vigente al tiempo de constatación del incumplimiento del compromiso, sino que también tendrán dicha consideración a aquellos trabajadores que dado que no se obliga al adquirente al mantenimiento del nivel de empleo hayan sido despedidos por éste durante el periodo intermedio entre la adquisición y aquella constatación del incumplimiento.

Y, precisamente esta disparidad o diversidad en cuanto a la delimitación de los posibles sujetos afectados tiene también su incidencia en cuanto al órgano judicial que ha de resultar competente para el conocimiento de esa eventual reclamación por el incumplimiento.

En este sentido, resulta discutible la competencia del juez del concurso, pues no creo que su *vis atractiva* permita extenderse a

todos los supuestos posibles. Si el sujeto reclamante fuera alguno de los oferentes que, dentro de ese procedimiento concursal de adjudicación de la unidad productiva, hubiere visto frustrada su posibilidad de adquisición por consecuencia de la otra oferta finalmente incumplida, entiendo que sí cabría defender la competencia del juez del concurso: se produce una reacción por parte de sujetos intervinientes en el concurso y que encuentra su fundamento en una específica previsión obrante en la norma concursal.

Mayores dudas me plantea que esa misma competencia del juez del concurso resulte ser predicable cuando la reclamación provenga de algún proveedor o contraparte contractual anterior de la unidad productiva así adquirida, que no ha intervenido en modo alguno en el procedimiento de adjudicación concursal, pero que ve frustrada su legítima expectativa de que, por virtud del compromiso legal de mantenimiento de la actividad, no se vieran mermadas sus relaciones contractuales. En tal caso, y teniendo en cuenta su no participación en el procedimiento concursal, y que el sujeto contra el que se dirige la reclamación no está en concurso (o, al menos no tiene por qué estarlo)

parece que la competencia para tal reclamación le correspondería al Juzgado de Primera Instancia correspondiente.

Pero la anterior competencia se diluiría si los reclamantes fueran trabajadores por cuenta ajena, pues en tal caso la competencia funcional le correspondería claramente a la jurisdicción social, no resultando en este caso claro el encaje de dicha reclamación dentro de las previsiones de la ley procesal laboral (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) al no resultar ni tan siquiera clara la naturaleza de la propia acción que se ejercita.

En efecto, y al margen de su posible específico encuadre en el ámbito laboral, en general no resulta ser pacífico si nos encontramos ante un ámbito de responsabilidad contractual referenciado a lo que no deja de ser un contrato asociado a la adquisición de la unidad productiva o extracontractual aquiliana por incumplimiento de una obligación *ex lege*, la cual, sin embargo, no se configura con carácter objetivo, sino por referencia explícita a los *daños y perjuicios causados*.

Y, precisamente en relación con esos daños y perjuicios, la expresa mención a los mismos



en el precepto legal fundamentador desde el punto de vista normativo de la reclamación, obligará no solamente a su invocación, sino adicionalmente a su prueba, actividad probatoria que, en la mayor parte de los casos y teniendo en cuenta la propia concepción difusa del compromiso, resultará harto dificultosa para el eventual *afectado* reclamante.

Tampoco contiene la norma concursal previsión alguna ni arroja luz respecto a los plazos asociados a esa eventual reclamación, con los consiguientes problemas de interpretación en cuanto a su momento de posibilidad de inicio o a su prescripción, desde el momento en que el artículo 224 bis TRLC se limita a reseñar que el compromiso de continuación o reinicio ha de verificarse *por un mínimo de tres años*

Y, llegando ya a lo que podría calificarse como el *culmen* de la indeterminación, no resulta nítidamente claro del texto legal que ese compromiso de mantenimiento de la actividad solamente quepa predicarse, o no, de la primera oferta de adquisición acompañada a la solicitud de concurso, pues sólo y exclusivamente respecto a esta primera e inicial oferta consta la mención a dicho compromiso (art. 224 bis, apartado 1 TRLC) sin que en las previsiones relativas al resto de eventuales ofertas alternativas o competidoras (224 bis, apartados art. 224 bis, apartados 4, 5 y TRLC) conste de modo expreso su sometimiento a un compromiso equivalente. Es cierto que una interpretación teleológica de la norma nos debería llevar indefectiblemente a la conclusión de que ese compromiso ha

de resultar predicable respecto a todos las ofertas concurrentes, pero todos sabemos de la inseguridad a que dan pie este tipo de interpretaciones de cualquier norma legal.

En definitiva, el mecanismo del *pre-pack* concursal así configurado se nos presenta como rodeado de una palmaria inseguridad jurídica en cuanto a sus posibilidades de interpretación y sus consecuencias, algo que evidentemente no sólo no resulta atractivo para un eventual inversor sino que, muy al contrario, se convierte habitualmente en un elemento absolutamente desincentivador para este tipo de operaciones de adquisición de unidades productivas que, no lo olvidemos, vienen referenciadas a sociedades en situación de crisis de solvencia.

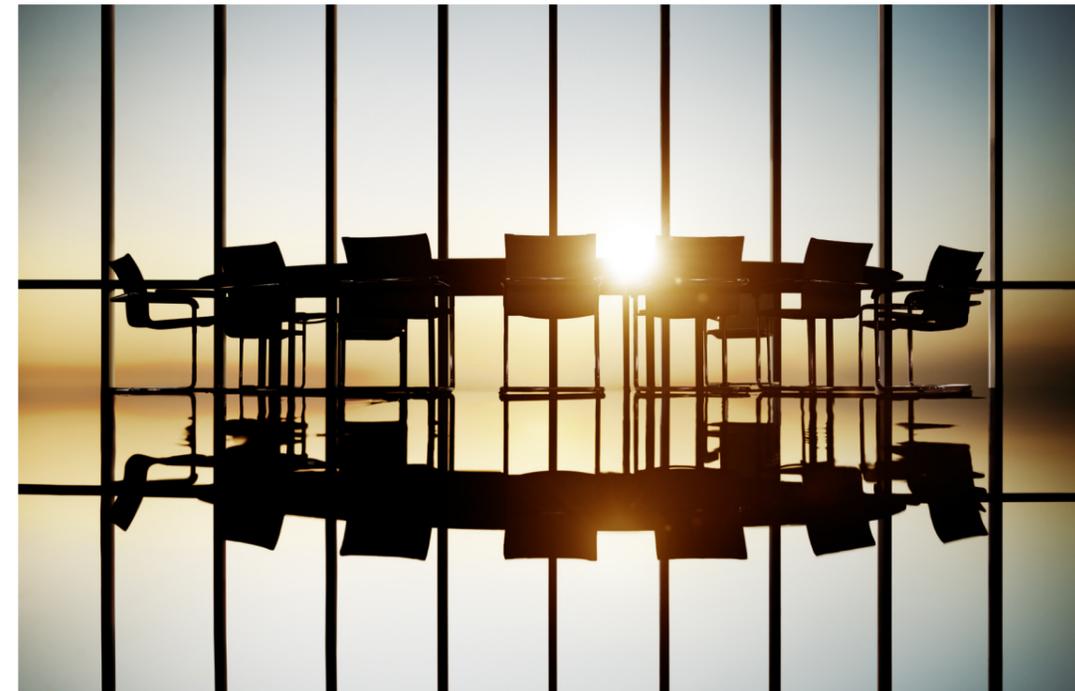
Y, si a ello unimos que el inversor que *valientemente* decida no obstante todas aquellas inseguridades formular dicha oferta vinculante (con todo el coste asociado a la propia generación y formulación de su oferta) puede verse finalmente preterido si concurre otra oferta que, pese a no ser superior a la suya, viene presentada por trabajadores interesados en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada, y a la cual el juez del concurso ha de otorgar prioridad (art. 224 bis, apartado 6), podremos concluir en que la vigente regulación no ofrece en absoluto elementos que favorecen el desarrollo de esta modalidad de adquisición.

**IGNACIO  
FERNANDEZ  
LARREA**

*Abogado. Doctor  
en derecho*



## EL ÁRDUO CAMINO JUDICIAL TRAS LA OBTENCIÓN DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO



**En el mundo jurídico concursal mucho se ha tratado, tras la entrada en vigor de la nueva legislación concursal el pasado 26 de septiembre de 2022, de los requisitos para la obtención del nuevo EPI, pero ¿Qué ocurre tras la obtención de mismo? ¿En qué situación se encuentra el deudor frente a sus acreedores?**

El tenor literal de la exoneración del pasivo insatisfecho es que el deudor ve extinguido el pasivo, tras la enajenación de su patrimonio, o tras la obtención y el cumplimiento de un plan de pagos, o, en la mayoría de los casos, cuando no tiene masa activa, tras la solicitud de un concurso sin masa. El efecto del auto de conclusión del concurso y concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho en todas las situaciones es el mismo, las deudas pendientes, las exonerables, se extinguen, no podrán ser reclamadas por los acreedores; y si ya estaban siendo reclama-

das judicialmente, los procedimientos deben ser archivados.

En este sentido, el artículo 490 de la Ley 16/2022, es claro, los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán ejercer ningún tipo de acción frente al deudor para su cobro, salvo solicitar la revocación de la exoneración por los cauces legales.

Pero ¿qué ocurre si las deudas ya están siendo reclamadas judicialmente y se siguen procedimientos de ejecución contra el patrimonio del deudor? El artículo 492 ter del TRLC, nos da la solución para las deudas no reclamadas judicialmente, ya que obliga a que la resolución por la que se acuerda la exoneración, debe incorporar mandamiento a los acreedores afectados para que comuniquen la exoneración a los sistemas de información crediticia y los ficheros de morosos, a los que previamente hubieran comunicado la exis-



tencia de la deuda, pero cuando las deudas están judicializadas, le deudor se encuentra envuelto en un enjambre judicial que vamos a intentar desenmarañar en este artículo.

En un sentido meramente procesal, no es correcto afirmar que el auto de exoneración del pasivo insatisfecho tiene efecto de cosa juzgada respecto a las reclamaciones judiciales existentes contra el patrimonio de deudor, ya que no concurre ninguno de los requisitos que nos lleve a pensar que dicha resolución tenga un efecto directo sobre las reclamaciones judiciales iniciadas o futuras.

Procesalmente, está claro, que el procedimiento de ejecución, tanto de título judicial como de título no judicial, tras la declaración de concurso se paraliza, pero como sabemos, no es una situación ni mucho menos automática, sino que es el deudor por sus medios y con su letrado, o en su caso, el administrador concursal, si ha sido designado, quien tiene que personarse en los distintos procedimientos judiciales de ejecución, y solicitar, tras aportar la documentación acreditativa

de la situación concursal, que la ejecución sea paralizada, por encontrarse el ejecutado inmerso en un concurso de acreedores. En dicho escrito es muy recurrente solicitar que se alcen los embargos trabados, normalmente, en los casos de persona física natural, sobre el salario o las pensiones de jubilación, de los deudores.

La situación, a priori, parece sencilla, pero la realidad está resultando mucho más complicada, que tramitar el propio concurso de acreedores.

Los operadores jurídicos, y por lo tanto, los deudores exonerados, nos encontramos ante dos escenarios posibles, en virtud del procedimiento concursal al que el deudor se ha acogido y ha sobrevivido, para instar el archivo de estos procedimientos de ejecución:

**1.** Los procedimientos concursales en los que se ha procedido a designar a un administrador concursal, o bien para que efectúe la liquidación de los bienes del deudor, o bien para que se apruebe un plan

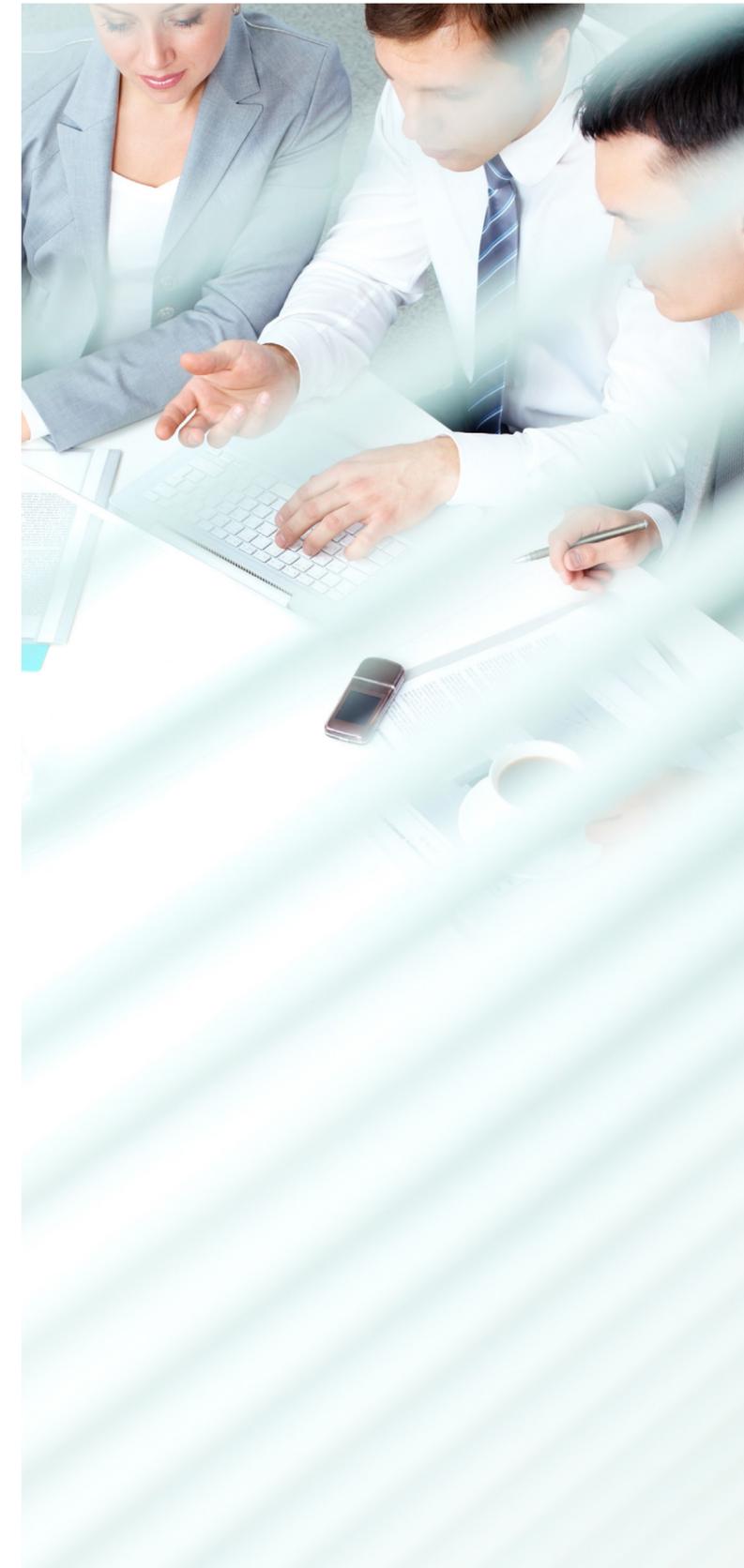
de pagos. Tras la obtención de la exoneración, el deudor, tiene el camino un poco más sencillo, ya que, en estos casos, el concurso se debe haber publicitado de forma correcta, los acreedores han comunicado sus créditos, y el administrador ha efectuado un listado provisional de acreedores, clasificando los créditos en función de lo dispuesto en el TRLC, dejando constancia de los créditos y los acreedores actuales.

Tras la tramitación del concurso siguiendo los cauces establecidos, el administrador concursal cumple con su obligación de presentar ante el juzgado correspondiente, y circularizar a todos los acreedores, el oportuno informe de rendición de cuentas, donde consta el pasivo definitivo tras la liquidación de los bienes; una foto fija del pasivo pendiente del concursado que va a ser exonerado en un futuro cercano.

Durante este proceso, el acreedor, ha tenido la oportunidad de personarse e impugnar el listado de acreedores, impugnar el informe del administrador concursal del art. 290 TRLC, o incluso la rendición de cuentas, si entiende que sus derechos pueden ser o han sido perjudicados.

Ahora bien, una vez alcanzada la fase post-concursal, con el fin de lograr una virtual aplicación efectiva de la exoneración, en este escenario, para los acreedores será más complicado alegar desconocimiento o indefensión, y para el deudor será mucho más sencillo lograrlo, ya que también se le otorgan más garantías, al disponer de multitud de documentación acreditativa de las deudas existentes, de los acreedores, y del estado y clasificación de las deudas, totalmente actualizada, con el fin de poder aportarla en los procedimientos de ejecución iniciados, estén paralizados o no, y obtener así la exoneración de forma más rápida y ágil.

**2.** Los procedimientos concursales, que son la gran mayoría en la actualidad, **sin masa**, en el que, o bien se designa un administrador concursal que no llega a tramitar la fase común, ya que solicita la conclusión por falta de masa en un momento muy inicial, o bien directamente, al encontrarnos ante lo dispuesto en el artículo 37 Ter TRLC, un concurso sin masa en el que no se designa administrador concursal, con lo que el deudor dispone únicamente de la documentación e información aportada junto a



la solicitud de concurso, muchas veces desactualizada, para poder hacer valer sus derechos como exonerado. En este escenario, no se dispone de un listado de acreedores, contrastado con los mismos, si no un listado de créditos aportado por el propio deudor, en el que pueden no constar todos los créditos o los importes adeudados correctamente, por el propio desconocimiento del deudor, debido al paso del tiempo.

En estos casos, además, nos encontramos con otro hándicap añadido, ya que durante el lapso de tiempo que transcurre entre que se dicta el auto de declaración de concurso de acreedores sin masa y se obtiene la exoneración del pasivo, los juzgados de primera instancia, en muchos de los casos, todavía no han dictado la oportuna resolución de paralización de la ejecución y alzamiento de embargos, con lo que en la mayoría de las veces, cuando esto ocurre, el concurso ya ha concluido, teniendo que presentar otro escrito de solicitud de archivo definitivo y devolución de cantidades que se hayan embargado indebidamente durante los meses que ha durado la situación concursal.

La práctica habitual es que estos juzgados exijan a los deudores la personación mediante procurador y designación de dirección letrada para efectuar las alegaciones pertinentes, dándose traslado a los ejecutantes de la solicitud realizada por el deudor-ejecutado. Aquí surge un nuevo bache en el camino del deudor exonerado ya que, normalmente los ejecutantes han cambiado, ya no son las entidades financieras acreedoras, si no que se trata de fondos que han adquirido diferentes paquetes de deuda de estas entidades, y que ahora se encuentran ante una solicitud de archivo y por tanto extinción de la deuda adquirida. En muchos casos, estas nuevos acreedores, solicitan que el deudor justifique y aporte la documentación justificativa de la exoneración, complicando el trámite al exonerado.

Finalmente, tras algunos meses, reiteración de escritos, llamadas a los juzgados, y otras muchas actuaciones, el juzgado de instancia en el que se sigue el procedimiento de ejecución dicta la oportuna resolución de archivo, la mayor parte de los casos de archivo definitivo de la ejecución, en otros casos, simplemente un archivo provisional, pero con la que se consigue el fin de los embargos y otorgándole al deudor la exoneración real de sus deudas y la tan ansiada segunda oportunidad.

En definitiva, una vez obtenido el tan ansiado auto de exoneración del pasivo insatisfecho, tanto en el primer escenario como en el segundo, el deudor se encuentra “solo ante el peligro”, para embarcarse en la aventura de tener que comunicar a los diferentes juzgados de primera instancia y las diferentes administraciones públicas, donde se siguen las ejecuciones y apremios, la exoneración obtenida, solicitando el archivo definitivo de los procedimientos, y, en su caso, la devolución de las cantidades embargadas.

Visto el resultado del primera año de vigencia de la nueva ley concursal, en este ámbito, el articulado de la exoneración debería incluir de forma expresa que el propio tribunal se dirija, tras la concesión de la exoneración, se dirija no solo a los sistemas de información crediticia, sino al Banco de España para la eliminación del registro CIRBE de las deudas financiera, y directamente a las autoridades judiciales y administrativas para que, tras remitirles la resolución de la exoneración, de forma automática, procedieran al archivo de los procedimientos de ejecución que se siguen frente al deudor, al menos en los supuestos de exoneración definitiva, para evitar el via crucis judicial al deudor-exonerado.

Desde aquí, como letrado instante en muchos concursos de persona física, pido, si se me permite, que entre todos los operadores jurídicos intervinientes en este tipo de procedimientos, logremos crear un cauce legal, ágil e inmediato, con el fin de que los deudores puedan obtener la verdadera exoneración plena, y por tanto, la segunda oportunidad.

**PEDRO MANN  
BENITO**

*Abogado en  
Andersen*



## LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS EN LA LEY CONCURSAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONVENIOS DE ACREEDORES

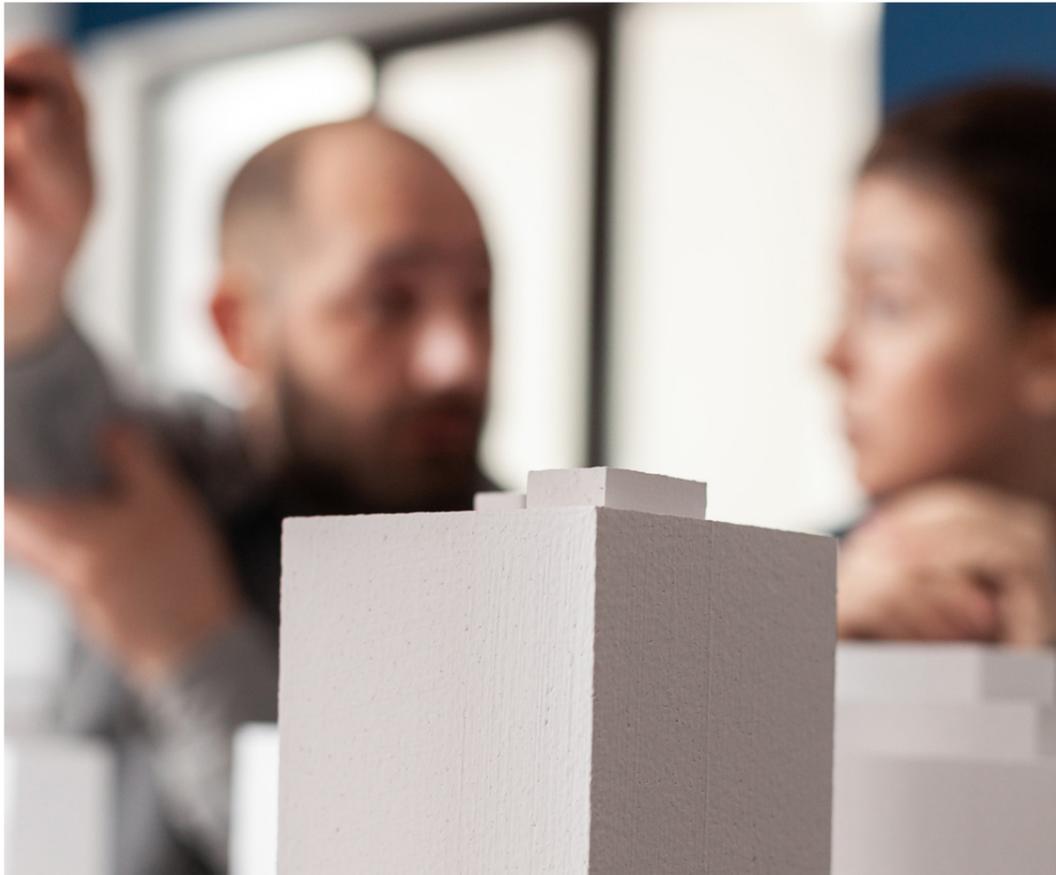


Mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deuda e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos, insolvencia y exoneración de deudas [“Dir (UE) 2019/1023”].

No se pretende exponer de forma exhaustiva la finalidad y objetivos de la Dir (UE) 2019/1023, pero baste señalar que lo que se pretende en ella es evitar en la medida de lo posible la judicialización de la insolvencia, mediante el establecimiento de herramientas que permitan alcanzar soluciones flexibles tendentes a evitar la pérdida de puestos de trabajo y la maximización del valor de los

activos de las empresas. Para ello, tanto la norma europea como el legislador transponedor han estimado que debe limitarse el derecho de los socios para evitar que, injustificadamente, puedan impedir la adopción de convenios de acreedores y/o planes de reestructuración que permitirían al deudor recuperar su viabilidad. Es por ello por lo que no se les concede a los socios derecho a voto en el plan de reestructuración o que, si se contempla en el plan alguna medida que deba conllevar la adopción de un acuerdo de Junta General, no resulten exigibles quórums reforzados.

Al hilo de lo anterior, en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 se reflexiona sobre el uso del término “plan”, en lugar de “acuerdo”, puesto que solo así se permite la imposición, bajo ciertas condiciones, a los socios



del deudor de tal restricción de derechos, pudiendo llevar incorporado el plan entre sus medidas la capitalización de créditos, que pueden suponer la pérdida del control del capital social en favor de los acreedores sociales, como así ya ha ocurrido en el breve periodo de tiempo en el que la reforma está en vigor. Efectivamente, de la regulación contenida en los artículos 614 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (“TRLC”) se establece tal imposición.

Efectivamente, el artículo 640 del TRLC permite que se apruebe un plan de reestructuración en el que se contengan medidas que contemplen acuerdos de junta general aunque los socios del deudor no hayan adoptado el citado acuerdo, pero únicamente en supuestos de insolvencia actual o inminente del deudor, no cuando la insolvencia sea probable. Con ello se da prevalencia a la normativa concursal frente a la societaria.

Los institutos de la preinsolvencia y los objetivos que persiguen justifican, pues así se indica en la Dir (UE) 2019/1023 y en la Exposición de Motivos de la Ley 16/2022, que el TRLC sea norma especial en determinados supuestos respecto del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”), resultando inaplicables algunos de los preceptos de ésta en detrimento de los derechos de los socios, pero en beneficio de los acreedores y de la salvaguarda de empresas viables. Ello será así si con la adopción de determinados acuerdos societarios incorporados en un plan de reestructuración se supera la situación de insolvencia en la que se encuentra un determinado deudor.

En derecho concursal, la Ley 16/2022 introdujo, entre muchas más novedades, amén de la incorporación al TRLC del derecho preconcursal, el artículo 399 bis, según el cual, si en el convenio se prevé la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, no será necesario el acuerdo de la junta general

de socios. ¿Se está trasladando la merma de derechos de los socios en el precurso al convenio? Pudiera cuestionarse que esa deba ser la conclusión a la que llegar. Etimológicamente, por “convenio”, a diferencia de lo que ocurre con el término “plan”, debe entenderse, en atención a la definición proporcionada por la RAE, “acuerdo o pacto”, por lo que, si estamos hablando de una ampliación de capital, sí debiera existir una confluencia de voluntades entre los acreedores y el deudor, quien se manifiesta a través de su Junta General, conformada por sus socios.

Efectivamente, el artículo 328 del TRLC regula, dentro de las posibles propuestas de convenio, aquella que consiste en la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima. Esta conversión puede articularse jurídicamente de distintas formas, aunque la más habitual es mediante un aumento de capital por compensación de créditos.

Ciertamente, en la norma especial que supone el TRLC frente a la LSC, se establecen ciertas particularidades respecto de la norma general, cuales son que no es necesario que los créditos a capitalizar sean líquidos, vencidos o exigibles (art. 328.1 TRLC) o que en la adopción del acuerdo no se necesite la mayoría reforzada establecida por la Ley o por los estatutos. Pero ello, en principio, no exime del cumplimiento del resto de los requisitos legal y estatutariamente previstos cual es, entre otros, la adopción del acuerdo de la Junta General relativo a la ampliación de capital por compensación de créditos.

Es por ello por lo que dicho acuerdo debería formar parte del contenido del convenio. Al igual que resulta exigible en una propuesta de convenio con un compromiso de financiación o de modificación estructural acompañar los documentos que acrediten la existencia de tales compromisos, debe adjuntarse el “compromiso” de los socios de la sociedad a la ampliación proyectada por sus consejeros.

Y todo ello por cuanto que el hecho de estar en concurso no exime de la obligación de mantener la observancia de la norma societaria relativa a la ampliación de capital, en general, y la de este tipo de ampliaciones, en particular. Las únicas excepciones son las contenidas en el artículo 328 del TRLC que hemos comentado. En consecuencia, resul-

taría exigible el correspondiente acuerdo de junta general que posibilite la transformación de deuda en capital sin que tal exigencia, como está ya más que superado [STS (Sala de lo Civil) núm. 296/2022, de 6 de abril (STS1388/2022)], suponga que la propuesta de convenio se considere condicionada y, en consecuencia, prohibida.

La cuestión estriba fundamentalmente en determinar el momento en el que el acuerdo de la junta general debiera insertarse en la tramitación del convenio, lo cual no puede ser sino como contenido de la propia propuesta de convenio y, en consecuencia, haberse celebrado la junta *ex ante* a la presentación de aquella en sede judicial, en atención a la interpretación sistemática de los artículos 328.2 y 399 bis del TRLC.

Y ello por cuanto que pese a la dicción del artículo 399 bis del TRLC, no se suprime la necesidad de acuerdo de la junta general, tanto por así establecerlo el Tribunal Supremo en diversas resoluciones (entre ellas, la citada en párrafos precedentes) como por la dicción literal del artículo 328.2 del TRLC.

El acuerdo al que se refiere el artículo 328 del TRLC no es sino una propuesta de máximos y de ahí que el artículo 399 bis del TRLC vaya referido a la ejecución del acuerdo de la ampliación de capital inicialmente proyectada por la Junta General, una vez conocidas las adhesiones de los acreedores y, en consecuencia, la cifra en la que finalmente resultaría ampliado el capital y las acciones o participaciones sociales que se crearían o asumirían, procediéndose a la modificación del correspondiente artículo de los estatutos sociales dedicado al capital social. Ejecución que va en la línea de lo previsto en el artículo 310 de la LSC, pero específico a la ampliación por conversión de créditos prevista en sede concursal.

Ello por cuanto el contrato, por así decirlo, entre la concursada y los nuevos socios (esto es, quienes acuerden capitalizar sus créditos tras la adhesión al convenio) se perfecciona una vez éstos aceptan la oferta que previamente ha emitido la sociedad. Y ese carácter previo, esa oferta de la sociedad, no es sino contenido necesario del convenio formulado y presentado en el procedimiento concursal. Solo cuando el acuerdo es ejecutado, a lo que nos conduce el artículo 399 bis del TRLC, el

aumento previamente acordado, sobre la base del artículo 328 del TRLC, produce todos sus efectos.

En definitiva, que el acuerdo de ampliación de capital deba incorporarse al convenio y, en consecuencia, ser contenido indispensable del mismo, es la opción adecuada, a la vista de los artículos 328.2 y 399 bis del TRLC y de la interpretación sistemática que de ellos debe hacerse.

Por consiguiente, debe partirse de la dicción literal del artículo 328.2 del TRLC, que no requiere de interpretación, y establece la necesidad de la existencia de un acuerdo de aumento de capital social por conversión de créditos adoptado por la junta general de socios. El acuerdo de la junta general adoptando el acuerdo debe existir. *In claris non fit interpretatio*.

Debiendo existir el acuerdo, es mediante la interpretación sistemática de los referidos artículos de los que se desprende el momento procesal en el que el acuerdo debe adoptarse: con carácter previo a la presentación de la propuesta de convenio.

Efectivamente, en el Título VII del Libro I, dedicado al convenio, en el capítulo I referido a la propuesta de convenio, se encuentra ubicado el artículo 328.2 del TRC, mientras que el artículo 399 bis del TRLC se encuentra dentro de la regulación contenida en el Capítulo VI, dedicado a la eficacia del convenio.

Si el legislador hubiese querido prescindir de la voluntad previa de los socios, carecería de todo sentido la regulación del artículo 328.2 del TRLC y, posteriormente, sin eliminar éste, la introducción con la reforma operada por la Ley 16/2022, del artículo 399 bis del TRLC, que faculta a los administradores para ejecutar el aumento de capital para la conversión de créditos concursales en participaciones sociales cuando el convenio hubiese sido aprobado por el Juez.

El motivo no es otro que la propia razón de ser de la Ley 16/2022, cual es la agilidad del procedimiento concursal. Hacer depender la eficacia de un acuerdo de junta de otro posterior, demoraría el cumplimiento del convenio en lo que a la conversión de créditos se refiere e incluso podría malograr el mismo y verse la deudora abocada a la liquidación por

incumplimiento del referido convenio si la junta general cambia el criterio previamente adoptado en junta y presentado ante el juez del concurso y los acreedores, y decide no llevar a cabo la ejecución del acuerdo previamente adoptado

Por lo tanto, no debe considerarse que los artículos 328 y 399 bis del TRLC sean incompatibles habida cuenta de la ubicación sistemática de cada uno de ellos y la finalidad que persigue uno y otro. Ello debe llevarnos a rechazar considerar que el artículo 399 bis del TRLC supone privar a los socios del derecho a decidir en sede concursal, no resultando equiparables los argumentos que, para el derecho preconcursal, conllevan la limitación de estos.

**MARÍA  
BARTLE  
AGUSTÍN**

*Abogada y  
Administradora  
Concursal.  
Socia  
Kepler-Karst*



## BOLETIN JURISPRUDENCIA



**1. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2023. Ponente Don Jose Vela Torres.**

Sobre el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad del administrador por deudas sociales del artículo 367 LSC. En la Sentencia se señala que la previsión legal de la responsabilidad solidaria del administrador por las deudas sociales que se generan con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución, convierte al administrador en garante personal y solidario de dichas deudas. Y se concluye que el plazo de prescripción de la acción del art. 367 LSC es el mismo plazo de prescripción que tiene la obligación garantizada (la deuda social). Como quiera que la deuda proviene del impago del precio de una compraventa de mercancía, resulta aplicable el plazo de prescripción de las obligaciones personales del art. 1964 CC.

**2. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2023. Ponente Don Ignacio Sancho Gargallo. Legitimación Activa. Cancelación Registral. Insuficiencia de Masa Activa.**

Una sociedad extinguida debido a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, ostenta legitimación activa para ejercitar la reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual del banco en un contrato de préstamo al promotor, sin que sea necesaria la reapertura del concurso por no tratarse de una acción de reintegración estrictamente. Si como resultado de la acción afloran nuevos bienes (el importe de la indemnización), será necesario reabrir el concurso.

**3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de octubre de 2023. Ponente Don Jorge de la Rúa Navarro.**

Reitera la posición de la Audiencia de Valencia sobre que el crédito público no es exonerable, más allá de los límites a que

se refiere el art. 489.1.5º del Texto Refundido de la Ley Concursal.

**4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 2023. Ponente Don Jose Maria Ribelles Arellano. Sobre la nulidad de acuerdo por inexistencia o ilicitud de la causa**

La Sala considera que no hay causa ilícita en un acuerdo transaccional alcanzado entre dos partes en fechas próximas a la solicitud de declaración del concurso por parte de una de ellas. Se hace un análisis jurisprudencial sobre los requisitos de la ilicitud de la causa de un contrato y se concluye que *De entrada, la intención ilícita, según la demandante, lo sería sólo de una de las partes, cuando, de acuerdo con la doctrina expuesta, el propósito ilícito ha de ser compartido por ambos contratantes. Además, no podemos tener por probado que las demandas conocieran de antemano que las dos transacciones propiamente dichas -las presentadas ante los Juzgados de Badalona- fueran a ser anuladas a instancias de la administración concursal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40.7º de la Ley Concursal de 2003. Recordemos que la infracción de la limitación o suspensión de facultades acordada por el juez del concurso no determina, per se, la nulidad del contrato. El acto es simplemente anulable, por lo que cabe su convalidación o confirmación.*

**5. Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid. Sección 28 de 17 de marzo de 2023. Rendición de cuentas.**

Sobre la obligación de rendir cuentas de una forma clara, exhaustiva y veraz. El Juzgador condenó al administrador concursal a rehacer las cuentas y la Sala confirma la desaprobación de las cuentas y la inhabilitación para ser nombrado en otros concursos por un plazo de dos años. En la Sentencia se describe la obligación de rendir cuentas y las características que debe cumplir la rendición de cuentas.

**6. Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de fecha 3 de julio de 2023. Incidente de Rescisión pagos créditos ICO.**

Se establece en la Sentencia que la finalidad de la línea de avales era propiciar la concesión de financiación a las empresas, para que las mismas atendiesen a sus obligaciones corrientes en general. De ningún modo se pretendía que, gracias la financiación avalada por el Estado, pudiesen las entidades bancarias que la gestionaban y concedían sustituir los créditos no garantizados o menos garantizados que ostentaban antes, por otros créditos nuevos en que la mayor parte de su importe goza de la garantía del Estado.

Por lo tanto, por haber resultado perjudiciales para la masa activa, en el sentido de que supusieron una quiebra de la igualdad de trato entre los acreedores o *par conditio creditorum* conforme a la doctrina del TS (STS nº 170/2021), y también por haber defraudado la finalidad de los avales del Estado previstos por el Real Decreto Ley 8/2020, han de

ser rescindidos los abonos de 148.138,97 euros para cancelar el saldo acreedor de una póliza de crédito, de 2.130,85 euros para abonar los intereses acreedores de la misma póliza de crédito, así como los pagos que alcanzaron el importe conjunto de 47.208,92 euros, con el objeto de abonar cuotas de hasta seis contratos de *leasing* y tres contratos de préstamo.

**7. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Alicante de fecha 20 de noviembre de 2023. Incidente concursal oposición a concesión del EPI.**

La controversia reside en la consideración o no de "deuda con garantía real" del crédito del demandante, a los efectos de lo dispuesto en el art. 489.1.8º TRLC, que determinaría su condición de deuda no exonerable, en relación a la reserva de dominio inscrita en el Registro de Bienes Muebles. El juzgador, tras un exhaustivo análisis de la naturaleza del contrato de financiación de compraventa con pacto de reserva de dominio, concluye que dicho crédito si es exonerable, al no tratarse de una garantía real.

## FORMACIÓN REALIZADA

En este último trimestre, como viene siendo habitual la Comisión Ejecutiva de la Sección de Derecho Concursal del ICAV, en su compromiso con la formación de todos los compañeros de la Sección, ha organizado diversas ponencias, cursos y seminarios. Entre ellos:

**13/11/2023 Reestructuración empresarial y entidades financieras**, con la intervención de don Jorge de la Rúa, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Valencia, Ana María Navarro Ros, Juan Blasco Alventosa y Miguel Villaescusa Conejeros.



**30/11/2023. Concurso y vivienda habitual.** Organizada por la Sección de Derecho Concursal y Sección de Propiedad Inmobiliaria del ICAV, e impartida por Don Salvador Vilata Menadas Magistrado del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Valencia.



**15/11/2023 Taller Abogacía Práctica: Concurso de la Persona Física y Segunda Oportunidad**, impartido por Alvaro Sendra



**23/11/2023. Tercer Taller Curso Experto en Concursal. Aspectos prácticos de la masa pasiva** impartida por D. Jorge de la Rúa.



## FORMACIÓN PROGRAMADA

**Jornada sobre la Insolvencia y Continuidad Empresarial: 29 de enero de 2024. De 16:30 a 19:30. Sesión híbrida en el aula 1AB.**

1. D. Francisco Gil Monzó, Magistrado Juez titular del Juzgado mercantil 4. Valencia.
2. D. José Luis Fortea Gorbe: Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo mercantil 3. Valencia.

**Jornada sobre el Proyecto de Estatuto de la Administración Concursal. 27 de febrero de 2024. De 16:30 a 19:30. Sesión híbrida. Aula 3AB**

1. D. Salvador Vilata Menadas, Magistrado juez titular del juzgado de lo mercantil 1. Valencia.
2. D. Jacinto Talens Seguí, Magistrado juez titular del juzgado de lo mercantil 2. Valencia

**Desayuno Concursal ICAV. Las relaciones laborales en la transmisión de Unidad Productiva. Estado de la cuestión. 12 de abril de 2024. De 9:30 a 11:00 h. Aula 1AB**

D. Eduardo Talens Visconti, profesor titular de derecho del trabajo. Universidad de Valencia.

# SECCIÓN DERECHO CONCURSAL

SIGUE TODA LA INFORMACIÓN DE NUESTRA SECCIÓN

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

escribenos a:

[seccionconcurusal@icav.es](mailto:seccionconcurusal@icav.es)