

REVISTA DE DERECHO CONCURSAL **ICAV**

EDITORIAL

INICIAMOS EL TERCER AÑO DE ESTA
REVISTA...

ARTÍCULOS

FIRMA INVITADA

ANA MARÍA NAVARRO ROS

LA HIPOTECA REZAGADA

VICENE PENADÉS ARANDIA

LOS HONORARIOS DE LOS
PROFESIONALES POR LA SOLICITUD Y
DECLARACIÓN DE CONCURSO NO SON
CRÉDITOS CONTRA LA MASA

LEOPOLDO E. LÓPEZ MÁÑEZ

CULPABILIDAD DEL CONCURSADO
PERSONA NATURAL

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

FORMACIÓN

ENTREVISTA

FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

Catedrático de Derecho Mercantil Universitat
Jaume I

03

EDITORIAL:

DANIEL GARCÍA
SORRIBES

Iniciamos el tercer
año de esta revista...

05

ENTREVISTA A

FERNANDO
MARTÍNEZ SANZ
Catedrático de
Derecho Mercantil
Universitat
Jaume I

14

FIRMA INVITADA

ANA MARÍA
NAVARRO ROS

La hipoteca rezagada

19

ARTÍCULO

VICENTE PENADÉS
ARANDIA

Los honorarios de
los profesionales
por la solicitud
y declaración de
concurso no son
créditos contra la
masa

23

ARTÍCULO

LEOPOLDO E. LÓPEZ
MÁÑEZ
Culpabilidad del
concurrido persona
natural

25

JURISPRUDENCIA

Boletín actualidad
jurídica

27

FORMACIÓN
REALIZADA Y
FORMACIÓN
PROGRAMADA

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

REVISTA DERECHO CONCURSAL **ICAV**

NÚMERO 09/2024 [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] Daniel García, Ana Mª Ros, Vicente Penadés, Leopoldo e. López Máñez .

[Imágenes] Por Freepik.

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

INICIAMOS EL TERCER AÑO DE ESTA REVISTA Y, COMO VIENE SIENDO HABITUAL EN EL DERECHO CONCURSAL, LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS SE HAN SUCEDIDO, PERO LOS PROBLEMAS PERSISTEN.

En editoriales anteriores nos referíamos a la sensación de estar reviviendo el mito de Sísifo con continuas reformas, no siempre efectivas, de la legislación concursal. De hecho, incluso el propio legislador, asumiendo una curiosa perspectiva de mero espectador, abrió el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, con una afirmación rotunda -casi literaria-: *“la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas”*.

Así, queremos aprovechar esta editorial para señalar algunas cuestiones que han protagonizado las conversaciones, quejas o lamentos de algunos compañeros en los últimos meses y que, además, parecen tener un denominador común: la falta de ejecución de los desarrollos reglamentarios prometidos y la falta de inversión en medios adecuados para que las reformas “legisladas” puedan surtir los efectos buscados.

Comenzamos retomando el tema de la última editorial de esta revista, el estatuto de la administración concursal. Ya la Ley 17/2014 modificaba algunos artículos de la anterior Ley Concursal e indicaba en su Disposición Transitoria Segunda que esos artículos no entrarían en vigor hasta que, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, entrase en vigor del desarrollo reglamentario del estatuto de la administración concursal. Para ello se fijaba un plazo de 6 meses.

Ochos años después, ese plazo era recordado en la Disposición Transitoria Única del Texto Refundido de la Ley Concursal. Sin éxito. Poco después, la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre fijaba un nuevo plazo: en un máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esa ley el Gobierno -a propuesta de los entonces renombrados Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital- aproba-

ría mediante real decreto el anunciado Reglamento de la administración concursal.

Ese Reglamento debía abordar cuestiones urgentes, de entre las que me permito destacar la garantía arancelaria en un momento en el que, para muchos profesionales, la tipología de concursos y el esfuerzo requerido desincentiva su continuidad en las listas de posibles administradores concursales.

Sin embargo, a la fecha de publicación de esta editorial conmemoramos el décimo aniversario de esa primera llamada a desarrollar el estatuto de la administración concursal con un Proyecto de Real Decreto todavía en tramitación y del que desconocemos cuándo se aprobará, si algún día se aprueba.

Algo similar sucede con la información pública concursal que regula el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro público concursal. Ese registro se ha mostrado como una herramienta muy valiosa para todos los operadores jurídicos al permitirles disponer de información sobre procedimientos concursales sin necesidad de estar personados. Sin embargo, muchos hemos experimentado cómo la información no siempre es completa ni está actualizada. Además, según se nos ha trasladado desde algunos juzgados, en ocasiones encuentran dificultades para publicar determinados trámites.

Pues bien, esta vez la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, establecía la necesidad de que, en esta ocasión el Gobierno a propuesta sólo del Ministerio de Justicia, aprobase una reforma de su régimen legal en el plazo máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de la ley. Excedido ese plazo, de nuevo sólo tenemos un Real Decreto en tramitación.

Terminamos esta sección de plazos incumplidos de seis meses recogidos en las disposiciones finales de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre con el fijado en su disposición final decimosexta; según tal disposición, en idéntico plazo el Gobierno -a propuesta conjunta de los ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital- aprobaría mediante real decreto un Reglamento sobre estadística concursal. Este debía determinar las estadísticas que han de elaborarse para analizar adecuadamente la eficacia y eficiencia de los instrumentos preconcursales y concursales.

En un mundo en el que el sector privado trabaja con *big data*, unas simples estadísticas -con todos los datos existentes y no los pocos reflejados en las actuales- y una herramienta que posibilitase analizarlos de forma sencilla permitiría trasladar a nuestros clientes expectativas realistas. Pongo un simple ejemplo: la clásica pregunta del solicitante del concurso acerca de cuánto tardará de media el Juzgado en resolver sobre la solicitud de concurso.

Y esto nos lleva a la siguiente cuestión, que quizá esté detrás de muchos de los problemas que se tratan de solucionar con sucesivas -y más baratas- reformas de los textos legales: la falta de medios en los órganos judiciales.

Sin ser exclusivo del ámbito concursal ni de ninguna de las instancias, el colapso de los juzgados y tribunales españoles es sangrante. A ello se suma, según nos confesaba en números previos de la revista un magistrado de lo mercantil, la falta de motivación especial en unas oficinas judiciales que llegan a ver cada reforma como un simple ataque y no como un intento de facilitar su esencial trabajo.

Por ejemplo, de entre las últimas reformas orientadas a tratar de descongestionar los órganos jurisdiccionales, resulta paradigmático lo sucedido con el procedimiento especial para microempresas que entró en vigor en enero de 2023. Lo que debía ser un procedimiento, según se recogía en nuestro número de marzo de 2023 "sencillo, versátil, ágil" que eliminase los obstáculos existentes, ante la falta de adecuación de las herramientas informáticas se ha mostrado, desde su primer día de funcionamiento, como un marco de inseguridad jurídica. La

plataforma presentaba fallos importantes de funcionamiento y su diseño era inadecuado ante la insuficiencia de los formularios que, además, como se quejaba un Magistrado en nuestro número de septiembre de 2022, son estáticos y no dinámicos, lo que añade limitaciones tecnológicas a unos procedimientos que, de haberse tramitado en papel, hubieran sido especialmente sencillos.

A ello se une que otras reformas ya legisladas no parecen arrancar, como es el caso de la plataforma electrónica de liquidación de bienes. Aunque en ella se debía facilitar la venta de activos y optimizar los resultados, consultada su web mientras redactamos esta editorial, en toda España sólo aparecía a la venta una carretilla elevadora y un frigorífico.

Por lo tanto, encontramos una falta de continuidad en el desarrollo reglamentario y una falta de apoyo real -económico- a las propias medidas adoptadas. Estos factores hacen que las medidas sean siempre insuficientes, no siempre por su errónea concepción, sino en muchas ocasiones por la falta de medios y herramientas para su implementación.

Una materia tan relevante como el Derecho Concursal -como sucede en muchas otras de las áreas que garantizan el derecho la tutela judicial efectiva-requiere de la suficiente dedicación, personal y presupuestaria y que se le recuerde al legislador, como hacía uno de mis primeros maestros cuando cerrábamos las cuentas del trimestre en el despacho, que lo que no son cuentas, son cuentos.

**DANIEL
GARCIA
SORRIBES**

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



ENTREVISTA FERNANDO MARTÍNEZ SANZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL UNIVERSITAT JAUME I

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares (1991) con la máxima calificación y Premio Extraordinario de Doctorado, Fernando Martínez Sanz compagina su labor profesional como letrado con su vocación académica. Desde 2001 es Catedrático de Derecho Mercantil en la Universitat Jaume I de Castellón. Ha sido Vocal de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la reforma del Código de Comercio en materia de contrato de transporte de mercancías. Es árbitro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Castellón y Valencia. Autor de varias monografías y publicaciones en materia de Derecho Mercantil, y muy en particular, en derecho concursal.



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 y medio de vigencia. El nuevo texto ha previsto modificaciones importantes en nuestro sistema concursal. En términos generales ¿Qué podemos esperar de la nueva ley?

He de reconocer que mi opinión inicial del anteproyecto de lo que sería la Ley 16/2022 fue extremadamente negativa, pues entendía que bastantes de los cambios estaban poco meditados y algunos eran claramente desacertados. Además, no se había tenido inicialmente en cuenta la opinión de los que estaban llamados a aplicar la norma, y varias de las opciones legislativas prescindían incluso de la intervención de los profesionales del Derecho. Por fortuna, ello pudo corregirse en parte en la fase de tramitación parlamentaria, de modo que el texto finalmente aprobado fue algo menos drástico. De hecho, la Ley 16/2022 está resultando ser un factor de dinamización importante de los concursos de acreedores (en ocasiones, hasta en exceso), aunque

conservar partes concretas muy mejorables, como es el Libro tercero.

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?.

Qué duda cabe que ello ha sido así tradicionalmente y, sobre todo, es una visión que se heredó y prolongó con la Ley Concursal de 2003. Muy probablemente algo tenga que ver también la preceptiva apertura de la sección de calificación en el seno del concurso, que se asocia a la idea de culpabilidad antes incluso del resultado de la sentencia.



Dicho esto, no es menos cierto que esta percepción o “estigma” está cambiando poco a poco, y la sociedad ya no ve con tanta reticencia la reestructuración de la deuda y, llegado el caso, la solicitud de concurso. Y es que, son múltiples las razones que pueden abocar a una empresa a situación concursal y la mayoría de ellas nada tiene que ver con la mala gestión o, menos aún, con la negligencia o el dolo del empresario. Entre dichas razones exógenas me atrevería a apuntar la escasa “cintura” que los acreedores públicos como la AEAT y la TGSS suelen mostrar en situaciones de *distress*.

¿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?

Enlazando con el final de mi respuesta anterior, considero que se tendrían que repensar institutos como el recargo de apremio o los intereses de demora de los créditos públicos sobre los propios créditos contra la masa que se generan durante el concurso, cuando resultan impagados a su vencimiento. En tales situaciones, si dichos créditos no se pueden atender puntualmente, salvo casos muy excepcionales de mala praxis del administrador concursal, es por imposibilidad material de la masa. Por eso, incrementar la deuda con un recargo de apremio y los correspondientes intereses de demora sólo perjudica al resto de los acreedores.

Si esto que apunto podría tener sentido y no se aplica, pensar en subvenciones o ayudas para evitar la insolvencia se me antoja irrealizable. Aunque sí considero que, al menos, tendrían que implicarse las administraciones públicas en el caso de venta de unidades productivas dentro del concurso, procesos que lo que hacen fundamentalmente es salvar puestos de trabajo y conservar tejido productivo.

Al propio tiempo, ayudaría extraordinariamente relajar de alguna forma las severas limitaciones que a estas adquisiciones de unidades productivas existen desde el punto de vista de la sucesión de empresa, que ha llevado a que, a diferencia de otros países, como Holanda, el mercado de la compra de unidades productivas en España esté rodeado de muchos interrogantes, que generan enorme inseguridad jurídica a los inversores.

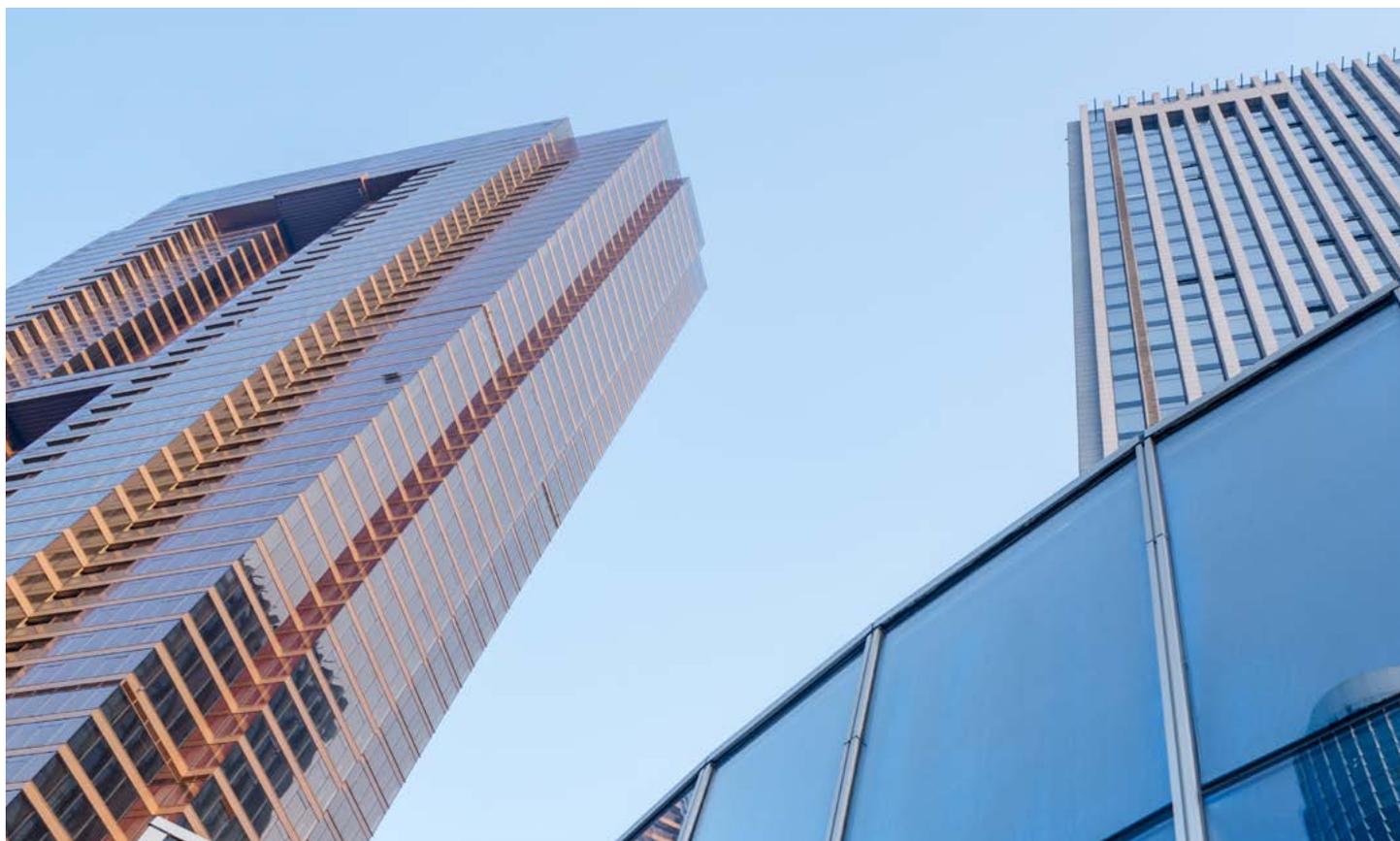
En esencia, ¿no cree que el éxito -o alternativo fracaso- de la nueva norma dependerá también de la lucha contra la estigmatización que deriva de la situación de insolvencia, y de la concienciación del empresariado español en relación a los potentes instrumentos que concede la nueva norma?

La mayoría de los juzgados de lo mercantil tienen muy clara la respuesta a esta pregunta, y son los primeros en apoyar hasta donde pueden a las empresas que, por ejemplo, plantean un "pre-pack", una solicitud de concurso con oferta vinculante de compra de la unidad productiva, o un

convenio de acreedores. Son, en efecto, muchos los instrumentos que ofrece la Ley 16/2022, pero la clave es el factor tiempo y la anticipación; esas herramientas existen, pero es necesario no llegar al concurso tarde. El empresario ha de ser muy consciente de esto y, de hecho, es su deber solicitar el concurso tempestivamente y no agravar la insolvencia. Bien utilizado, el concurso es, en efecto, una herramienta muy potente.

3.- Plan de reestructuración. Parece que las dudas iniciales sobre la nueva institución jurídica se van despejando poco a poco y que los planes de reestructuración se están imponiendo sobre los concursos (al menos cuantitativamente y con exclusión de los concursos de personas físicas). ¿Cuál su opinión al respecto?.

Es normal que los planes de reestructuración planteasen inicialmente muchas dudas, pues era un terreno muy novedoso y generaba mucha incertidumbre dado que las categorías que se manejaban (formación de clases, regla de la prioridad absoluta, experto en reestructuración, etc.) eran en buena medida desconocidas.





Con todo y con eso, el balance de este primer año y medio es positivo y han sido muchos los planes que se han aprobado y homologado judicialmente, alguno de ellos muy sonado, como el de CELSA.

Es cierto también que otros han dado lugar a resultados no muy edificantes y, probablemente, la excesiva libertad en la formación de clases pueda seguir dando lugar a ciertos problemas o desajustes. Junto a ello, el hecho de que la sentencia que resuelva la impugnación al auto de homologación no sea susceptible de recurso hace necesario instrumentar alguna forma de unificación de criterios, para poder guiar a los profesionales y asesores.

En cuanto a que la reestructuración de la deuda se esté imponiendo al concurso, ojalá pudiéramos decir que es la tónica general, pues estaría poniendo de relieve que son empresas aún viables que pueden seguir subsistiendo. Como norma, la reestructuración está llamada a solucionar problemas en empresas que todavía pueden tener continuidad (de lo contrario no tiene sentido acudir a la reestructuración), en tanto que el concurso, aunque también pudiera contemplar ese tipo de situaciones (piénsese en un convenio), queda como “último recurso”, cuando la insolvencia es muy acusada e irreversible.

Pero, una vez más, la posibilidad de afectación del acreedor público en las reestructuraciones ha quedado tan limitada en el diseño legal que conlleva que algunas reestructuraciones no puedan salir adelante. En otras, la presencia de un elevado importe de deuda con avales ICO-COVID hace que la interlocución resulte complicada y que incluso algunas de esas potenciales empresas “reestructurables” decidan ir a un concurso y plantear en su lugar un convenio de acreedores, que sigue teniendo bastante “campo de juego”.

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

La práctica pone de manifiesto que, hasta el momento, la reestructuración se reserva para empresas de una cierta dimensión. Es verdad que se contempla en la Ley un régimen especial para empresas de menos de cincuenta trabajadores y volumen de nego-

cios de menos de 10 millones de euros, por lo que, en principio, la reestructuración de la deuda es una posibilidad abierta a todo tipo de deudores. Por ello, creo que será cuestión de tiempo que los planes de reestructuración se extiendan también a las PYMES, y la velocidad con que lo hagan dependerá de lo rápido que los asesores sean capaces de trasladar a sus clientes las ventajas de esta preconcursalidad.

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

Sin duda alguna y, de hecho es lo que trataba de poner de manifiesto en la respuesta anterior. Al ser los planes de reestructuración algo en buena medida novedoso, con algunos conceptos complejos y al exigir un “planteamiento mental” muy distinto, parece claro que será necesaria una labor “pedagógica” considerable, especialmente en el caso de PYMES que no cuentan por lo general con asesores tan sofisticados en esta materia. Es fundamental que los destinatarios últimos de la norma, los empresarios, puedan llegar a ser conscientes de las ventajas que ofrece la reestructuración y sean ayudados a extraer todas las potencialidades de la misma.

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

Hay que tener en cuenta que la reestructuración no es enteramente nueva, pues antes ya existía la refinanciación preconcursal de la deuda (financiera), aunque hemos de reconocer que no funcionó: la comunicación al juzgado del inicio de negociaciones con los acreedores (el famoso “5 bis”), en un número muy elevado de los casos, era un mero anuncio o “antesala” de la solicitud de concurso y se hacía con la única finalidad de ganar algo de tiempo, pero cuando la empresa ya estaba en insolvencia actual. Hoy, al menos se ha mejorado en eso, puesto que las comunicaciones de negociaciones que se han producido hasta la fecha han desembocado, en su inmensa mayoría, en planes de reestructuración que han sido, por lo general, aprobados y homologados. Lo importante a destacar es que han respondido a auténticas negociaciones con los acreedores, cuando no han

procedido dichos planes de reestructuración, directamente de los propios acreedores. Es decir, todo parece dar a entender que se ha podido anticipar el tratamiento del problema de la insolvencia a un estadio temprano de la misma, cuando ésta aún no es irreversible.

¿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?

La respuesta es claramente afirmativa. En efecto, suele decirse que en España se llega “tarde” al concurso. Son muchas las razones, pero muy probablemente la fundamental sea la propia dificultad que tiene el empresario de reconocer lo que para él no deja de ser un fracaso (volvemos a la idea del “estigma”).

Es muy importante tomar conciencia de que, a partir de un determinado momento, estando la empresa en la “vecindad de la insolvencia”, el administrador o gerente no tiene que actuar guiado tanto por el “interés social”, cuanto por el interés de los acreedores en que la deuda no se incremente. Por eso es fundamental tomar la decisión de reestructurar la deuda si aún está a tiempo, o solicitar el concurso, pero no limitarse a dilatar la situación. Creo que la Ley 16/2022 puede ayudar a revertir esta pauta de conducta en la dirección adecuada.

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?

Es bueno comenzar recordando que la directiva 2019/1023, de la que trae causa la Ley 16/2022, en principio solo se refiere en este concreto punto a deudores personas físicas empresarias, de modo que los consumidores quedarían fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Ello implica que, por ejemplo, el legislador español podría haber optado por no exonerar nada de pa-

sivo en el caso de los deudores consumidores, y no por ello estaríamos ante una transposición no conforme con la directiva.

Lo que ocurre es que la propia directiva contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros pudieran extender voluntariamente el ámbito de aplicación a los deudores no empresarios, como así ha hecho el legislador español.

A partir de esta premisa, es cierto que los deudores personas físicas que más pasivo acumulan con organismos públicos son los empresarios autónomos. Y claro, limitar en tales casos la exoneración de pasivo público a un máximo de 10.000 euros se me antoja insuficiente y, por tanto, no proporciona la “segunda oportunidad” a aquellos que realmente más podrían necesitarla. Por ello, y siempre que realmente estemos ante un deudor de buena fe (y quiero recalcar esto), la exoneración del crédito público tendría que ser total o, cuando menos, elevarse la cifra de forma muy notable. Pero es que, incluso el criterio finalmente escogido por la Ley 16/2022 (5.000 más 5.000 euros) resulta un tanto caprichoso y, puestos a establecer un tope, hubiera sido a mi juicio más adecuado optar por una exoneración de un determinado porcentaje del pasivo público.

Pero al margen de ello, el verdadero drama es el de las derivaciones de responsabilidad. Dada la extraordinaria facilidad con la que se deriva deuda pública a los administradores sociales por parte de la AEAT y la TGSS, resulta que muchas de esas personas, no sólo verán cómo ese pasivo no les resulta exonerado, sino que en bastantes casos no podrán ni siquiera acudir al mecanismo de la segunda oportunidad. Son esas personas (excluyendo, claro está, supuestos más graves) las que realmente van a ver dificultada la posibilidad de volver a emprender. A mi juicio, esto debería ser objeto de alguna reflexión y modificación legislativa.

5.- 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 planteadas?.

Respecto de las cuestiones prejudiciales que se encuentran en tramitación, no me atrevo a pronunciarme. Es cierto que la directiva sí contempla la posibilidad de



excluir o dejar fuera de la exoneración “algunas categorías específicas de créditos”, aunque parece limitarlo a una serie tasada de casos, entre los que no se incluye el crédito público y, además, la justificación que brinda la ley española para dejar fuera el crédito público es muy pobre.

En cuanto a las verdaderas razones que subyacen a dicha exclusión, es innegable que asistimos a una exacerbación de los mecanismos de recaudación, muy probablemente acuciado por la propia necesidad de compensar el desmedido aumento del gasto público. Así las cosas, es lógico que el Estado no quiera renunciar a ninguna de las vías de allegar ingresos a las arcas públicas, por pequeñas que parezcan esas vías. De hecho, esta tendencia de reforzar el crédito público es muy visible en varios lugares de la Ley 16/2022.

6.- 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?

Es una de las grandes paradojas o incoherencias de la Ley 16/2022: haber pretendido facilitar el desarrollo de los procedimientos de insolvencia de las pequeñas empresas y, al mismo tiempo, inundar los juzgados mercantiles con concursos de deudores personas físicas, que en principio debieran ser más sencillos de tramitar, pero para los que no se contempla especialidad alguna, más allá de la de los concursos sin masa (que no es específica de las personas físicas). Con todo, no es menos cierto que los concursos de personas físicas esconden algunos problemas que probablemente haga aconsejable la intervención del juez.

7.- 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 TRLCon. 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?

Es una realidad constatable que los juzgados de lo mercantil están asistiendo a un verdadero aluvión de solicitudes de concurso de deudores sin masa activa, en un camino que les permite acceder de forma muy rápida a la exoneración del pasivo. La mayor parte de estas declaraciones son efectivamente de deudores que carecen de un patrimonio apreciable. El problema es que todo ocurre de manera tan rápida que es posible que, entre dichas solicitudes se cuelen algunas de deudores que se han “insolventado” voluntariamente, habiendo por ejemplo llevado a cabo donaciones en los meses anteriores al concurso, en la confianza de que la propia velocidad del procedimiento haga que su solicitud también acabe en una exoneración del pasivo. Los mecanismos de los que disponen los acreedores (solicitar y costear el nombramiento de un administrador concursal para fiscalizar la situación) suponen, no solo una evidente “privatización” de los costes asociados a un procedimiento universal como es el concurso, sino que tienen unos plazos tan perentorios que hacen muy posible que dichos acreedores no se lleguen a enterar. Para evitar suspicacias y cualquier atisbo de fraude, bastaría con exigir al deudor que acreditara ante el juzgado haber enviado a sus acreedores un correo electrónico comunicándoles la declaración inicial de su concurso de acreedores sin masa. Pero eso no lo exige la Ley y, por tanto, no parece que lo deban pedir los juzgados.

8.- ¿Cuál es su opinión en cuanto a la supresión, en la nueva ley, de la figura del 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 supresión del Ministerio Fiscal no ha hecho más que “oficializar” o dar carta de naturaleza a la habitual inasistencia de esa figura. No sólo resultaba difícil que el Fiscal pudiera instruirse adecuadamente a efectos de emitir su dictamen, sino que rara vez comparecía en las vistas de

calificación y aportaba algo muy distinto de lo que ya decía la administración concursal. Por eso valoro positivamente esa desaparición del proceso, que se ha visto compensada con una intervención más intensa de los acreedores. Por lo que he podido apreciar, aunque son bastante los acreedores que hacen alegaciones de culpabilidad junto con su escrito de comunicación de créditos, sólo en contadas ocasiones proceden luego a presentar su propio informe de calificación, por lo que tampoco percibo un repunte anormal o injustificado de la litigiosidad. Y aunque eso pudiera llegar a producirse, ahí debe jugar el “desapasionamiento emocional” de la administración concursal y, lógicamente del juez, para atajar los posibles casos de litigiosidad indebida.

9.- 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?.

A mi juicio, el procedimiento especial del Libro tercero muy posiblemente sea la parte más criticable de toda la Ley 16/2022. Aun pudiendo llegar a compartir la conveniencia de articular un proceso algo más simplificado para los concursos más pequeños (objetivo que desde siempre se ha perseguido, con más o menos acierto, en la Ley Concursal desde 2003), lo que no tiene mucho sentido es convertir el concurso en una especie de “laberinto de formularios” como es el procedimiento especial. Ciertamente, me consta por experiencia propia que los diversos formularios que prevé el procedimiento especial están causando muchos problemas operativos a los deudores, a sus abogados y a los propios juzgados. De tal modo que algo que se pretendía fuera ágil y fácil (piénsese que incluso inicialmente se contemplaba que se pusiera en marcha sin tan siquiera abogado) resulta a la postre ser mucho más lento y tedioso que un procedimiento de concurso ordinario.



De otra parte, creo que se ha diseñado un “traje incomodísimo de vestir”, teniendo en cuenta el colectivo al que va destinado ese procedimiento especial (microempresarios, como puedan ser cafeterías, talleres, autónomos, etc.). Insisto: alguna forma de articular un procedimiento sencillo, sí, pero no en los términos en que se recoge en el Libro tercero. Y, por último, y vuelvo a lo que decíamos en otra pregunta, no parece que tenga mucho sentido que las personas físicas consumidoras hayan de transitar por el concurso de acreedores del libro primero, mientras que ciertos empresarios, con una complejidad similar o mayor, vayan a este Libro tercero.

10.- La nueva norma establece un plazo para la promulgación de un nuevo reglamento que regule la administración concursal que ya ha sido incumplido aun cuando si conocemos cierta propuesta reglamentaria.

En realidad, no es que se haya incumplido el plazo que concede la Ley 16/2022, es que llevamos “instalados en el retraso” desde que se incumpliera la disposición transitoria segunda de la Ley 17/ 2014, que concedía al Gobierno un plazo de seis meses para el desarrollo reglamentario de ciertas reformas legislativas de la Ley concursal, que afectaban a la designación y retribución de la administración concursal, situación que se mantiene hasta el día de hoy. La Ley 16/2022 vuelve a insistir, efectivamente, en lo mismo, en la necesidad de aprobar un nuevo reglamento para regular el acceso a la profesión y otros detalles muy importantes de la administración concursal. De hecho, nos consta que existe la propuesta a la que vd. se refiere, que parece sigue su tramitación, pero no podría decirle a ciencia cierta cuándo resultará aprobada.

Dicho esto, no parece que la ausencia de ese desarrollo haya sido un gran problema, ni que se haya echado mucho de menos la existencia de dicho reglamento hasta la fecha.

11.-¿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?

A simple vista, resulta evidente que el número de administradores concursales inscritos en las listas que se llevan en los juzgados de lo mercantil es desproporcionado para el número de concursos “con masa” que se declaran en España. Ahora bien, podría considerarse que no se trata de un gran problema porque el mercado se “autorregula” y sólo una parte de ese enorme “censo” actúa en la práctica. Es lo que ha venido sucediendo hasta la fecha. Ahora bien, el problema -y muy serio- se planteará cuando se ponga finalmente en práctica la designación secuencial y automática de los administradores concursales, que es lo que se contemplaba en la referida modificación legislativa de 2014 y en la Ley 16/2022. ¿Por qué? Porque las posibilidades de designación se reducen drásticamente, y la sola presencia en listas de personas que no tienen dedicación real a la administración concursal perjudica extraordinariamente a quienes tienen estructura y medios específicamente dedicados a ello.

Como esto es algo que, tarde o temprano, parece que va a entrar en vigor (cuando se apruebe el reglamento de la administración concursal), creo que debe reducirse drásticamente el número de los elegibles, que tendría que reflejar sólo aquellas personas que se han venido formando durante todos estos años. Por ello, se hace necesario un sistema de acceso muy serio, que incluya un examen riguroso, pues no tendría sentido alguno poner un filtro si este no va a servir de nada en la práctica. De forma semejante, creo que es igualmente importante reducir al máximo el número de aquellos que estén exentos del examen en virtud de la experiencia atesorada.

ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA

Presidente de la Sección de Derecho Concursal ICAV



LA HIPOTECA REZAGADA



La entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley concursal ha reabierto el debate en torno a la calificación de los créditos formalizados con garantía hipotecaria otorgada antes del inicio del procedimiento concursal pero que, por alguna razón, no se han inscrito antes de la declaración de concurso.

La denominación “hipoteca rezagada” que se aplica a estas garantías, tiene su origen en la RDGRN de 2 de noviembre de 2011 (reiterada en Resolución de 5 de junio de 2019) que aborda este supuesto. Esta Resolución, se pronunció a favor de la inscripción de estas -desde un punto de vista estrictamente registral- sobre la base de que las limitaciones a la libre disposición del hipotecante se producen con la declaración de concurso, y por tanto, con posterioridad a la prestación del consentimiento a la constitución de la hipoteca:

“Al respecto tiene declarado esta Dirección General que la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamien-

to del negocio de que se trate por lo que, la sola circunstancia de que en el momento de la presentación del documento concurriera una causa de anulación posterior, cuando en cambio gozará de plena eficacia en el momento del referido otorgamiento, no podría constituir obstáculo a la inscripción del negocio realizado (vid. Resolución de 21 de septiembre de 2001)”.

Desde la vertiente concursal, la controversia en torno a la calificación de los créditos garantizados con estas hipotecas, se cerró con la Sentencia del Tribunal Supremo 592/2017 de 7 de noviembre. En ella, el Tribunal Supremo tomó partido por el reconocimiento del privilegio especial que ostenta el crédito garantizado sobre el bien hipotecado.

El Tribunal Supremo deja claro que, a pesar de que la inscripción tiene carácter constitutivo, y por ello es un requisito para que la hipoteca quede válidamente constituida ex artículo 1.875 CC, existe una “autonomía sustancial” entre:

- (a) la validez del título constitutivo, que depende de la concurrencia de los requisitos que legalmente la condicionan, sean específicos o comunes a todos los contratos, como es la capacidad de quien la constituye y la ausencia de prohibiciones legales o convencionales de disponer;
- (b) la procedencia de la inscripción registral, de manera que si el otorgante de la hipoteca válidamente otorgada fallece o pierde sus facultades patrimoniales antes de que llegue a inscribirse, ese hecho no impide la inscripción, pues ésta opera con independencia de los requisitos de capacidad y voluntad.

Tras la publicación y entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, un sector de la doctrina ha retomado el debate sobre si los créditos garantizados con estas "hipotecas rezagadas" mantienen la condición de privilegiados.

En esta línea, algunos autores sostienen que estos créditos garantizados con hipotecas inscritas tras la declaración de concurso deben calificarse como ordinarios. Ello lo hacen, partiendo de la nueva redacción del artículo 271.1 del TRLC que prevé que los créditos con privilegio especial deberán tener constituida la garantía "antes"² de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros.

Los defensores de esta postura consideran que pese a la formalización en escritura pública y la presentación al Registro de la Propiedad antes de la declaración concursal, la hipoteca no se ha constituido en el momento de la declaración de concurso conforme a los arts. 1857 y 1875 CC y por tanto, no es posible otorgar la calificación de privilegio especial al crédito.

¹ Fachal Noguera N. "Garantías reales y concurso. Soluciones desde la práctica jurídica." Aranzadi, 2021.

² Aunque el mandato del legislador para la redacción del TRLC impide la incorporación o modificación de las normas objeto de compendio, el texto legal da una nueva redacción del 271 TRLC que ha reabierto el debate referido, mediante la inclusión de la frase "antes del concurso", y provocando que vuelva a estar sobre la mesa el conflicto.



No puedo compartir esta postura, por cuanto:

- Bajo esa interpretación y desde un punto de vista práctico, el mero retraso en el despacho de asientos en el Registro de la Propiedad, ajeno al acreedor hipotecante y aleatorio, derivaría en la pérdida del privilegio especial, quedando en manos de la carga del trabajo del registro correspondiente, la calificación de un modo u otro. Por ejemplo, en un título con hipotecas sobre inmuebles radicados en distintos registros, se podría reconocer el privilegio sobre unas fincas y no sobre otras, dependiendo de la mayor o menor diligencia del Registro en el despacho de ejecución.
- Porque precisamente, el artículo 24 de la Ley Hipotecaria que forma parte de la normativa que regula los *“requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros”* dispo-

ne que *“se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma* - por tanto, la fecha que se adopta como fecha de constitución de hipoteca frente a terceros, es la de presentación del título en el Registro de la Propiedad y no tendría sentido que se modificase ese criterio en el procedimiento concursal.

No olvidemos que el asiento de presentación establece prioridad registral entre diversos títulos presentados simultáneamente en el Registro para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha relativas a una misma finca se atenderá a la hora de presentación en el registro de los títulos respectivos.

- El acto del concursado lo constituye su manifestación de voluntad y consentimiento otorgado el día de la fir-





ma de la escritura y no el día en que se presenta a registro el documento ni cuando ésta se inscribe.

Dicha manifestación de voluntad (el acto) expresado, con independencia del carácter constitutivo de la hipoteca, produce per se sus efectos entre las partes, pues en el contrato de hipoteca el negocio de creación del título inscribible "vincula a las partes, cada una de las cuales no puede ya revocar unilateralmente, ni menos impedir a la otra la práctica de la inscripción"³.

Este acto de disposición, que se produce con

- *la escritura es independiente del acto de trámite que supone la inscripción, pues sólo "implica una actividad funcional del encargado del registro, a instancia del sujeto legitimado para pedirla, que carece de carácter comercial", porque "la inscripción de la escritura no es un acto jurídico del deudor".*
- *En nuestro ordenamiento, los derechos reales nacen, siempre, desde el momento en que se presta el consentimiento en la escritura, de modo que los derechos reales nacen fuera y antes de llegar al registro: "la hipoteca se gesta en el consentimiento o acto de voluntad, nace con su manifestación en forma y se hace pública con la inscripción registral. Tras el*

³ Así lo han entendido un sector mayoritario de nuestros tratadistas clásicos como Lacruz Berdejo JL y Roca-Sastre, entre otros

consentimiento hay ya una hipoteca en camino que el derecho no puede desconocer; con la escritura pública nace el gravamen de naturaleza real, de existencia cierta y fecha fehaciente; con la inscripción registral, su existencia obtiene oficialidad y oponibilidad expedida, plena y erga omnes”⁴.

Por último, si para el profesor Roca-Sastre⁵ el asiento de presentación “es un asiento extendido en el Diario de operaciones cuyo objeto es hacer constar inmediatamente, en hora hábil, el momento de ingreso en el Registro de un Título presentado en forma para su registración”, podría argumentarse que, extendido el asiento de presentación, si la declaración de concurso acaece en el periodo de tiempo que media entre la práctica de aquel asiento y la inscripción hipotecaria, el crédito garantizado debe ser clasificado como privilegio especial.

En la línea de estos argumentos hay numerosos autores⁶, cuya postura es favorable a la calificación del privilegio en aquellos supuestos en los que, constando el asiento de presentación en fecha anterior a la declaración de concurso, se produce la

efectiva inscripción en un momento posterior.

Esta interpretación no es novedosa, sino que estaba asentada en nuestro Derecho concursal desde la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984, que no aplicó los efectos de la retroacción de la quiebra a una hipoteca cuya escritura de constitución se había otorgado fuera del plazo de retroacción, pero su presentación e inscripción registral ya estaba dentro de dicho plazo.

Desde el punto de vista práctico, se anotará el asiento de declaración de concurso después de la inscripción de la hipoteca, puesto que la fecha de presentación es anterior ¿será el juez del concurso el que tenga que cancelar por mandamiento judicial una hipoteca no reconocida en sede concursal?

A modo de conclusión, la capacidad “aclaratoria” del Texto Refundido debe seguir el criterio fijado jurisprudencialmente (en base a una interpretación de la ley que, no olvidemos, no ha sido modificada) por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2017. Carece de sentido, considerar que la nueva redacción del artículo 271 ha excedido los límites del mandato de refundir y completar la Ley Concursal, como pretende algún sector doctrinal, y ha cambiando la interpretación del artículo 90 en su redacción anterior en sentido contrario a la jurisprudencia existente sobre ese artículo, reabriendo un debate ya resuelto por el Tribunal Supremo, y generando una inseguridad jurídica que, no benefician a los operadores jurídicos ni a las empresas.

- 4 GORDILLO CAÑAS, A.: *Hipoteca voluntaria: el iter de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, Academia Sevillana del Notariado, IV, p. 342 y ss.
- 5 ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL. en “*Derecho hipotecario*” definen el asiento de presentación como un asiento preparatorio cuya práctica tiene por objeto hacer constar, en hora hábil, el momento de presentación y que surte efecto por tiempo determinado.
- 6 HIJAS DEL CID E “*La hipoteca rezagada en el concurso de acreedores*”, *El Notario del siglo XXI Revista* n 86. En el mismo sentido la SAP de Barcelona Sección 15^a, Sentencia 1109/2022 de 4 de Julio de 2022. Recurso 1877/2022.” (...)El Alto tribunal en varias sentencias(SSTS 125,2008), de 22 de febrero,650/2013, de 6 de noviembre y 186/2016,de 18 de marzo), insiste en proteger”la expectativa de adquisición ya transmitida, mientras el disponente tenía aún la libre disposición de su patrimonio”, para dar plena eficacia a la cesión o prenda de créditos futuros. En el primer caso, se atribuye al cesionario derecho de separación y en el caso de la prenda, concede al acreedor pignoraticio la consideración de crédito privilegiado. Estos razonamientos, referidos a la prenda o cesión de créditos, tienen un criterio transplantable a la escritura de préstamo hipotecario que estamos tratando”.

**ANA MARÍA
NAVARRO
ROS**

*Abogada.
Doctora en
Derecho Civil.*



LOS HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES POR LA SOLICITUD Y DECLARACIÓN DE CONCURSO NO SON CRÉDITOS CONTRA LA MASA



La ley 16/2022 ha vuelto a modificar la relación de los créditos contra la masa del artículo 242 del T.R.L.C.

El legislador ha intentado acotar los créditos contra la masa de los profesionales intervinientes del concurso. Así, el antiguo artículo 84.2-2º de la L.O. 8/2003 de 9 de julio consideró como crédito contra la masa las costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud de declaración de concurso, la asistencia y representación del concursado durante toda la tramitación del procedimiento, sus incidentes hasta la eficacia del convenio o hasta su conclusión. Asimismo, el artículo 84.2-3 también consideró como tales las costas y gastos judiciales ocasio-

nados por la asistencia y representación del deudor en los juicios en interés de la masa.

Con la reforma practicada a través del R.D.L.1/2020, en el artículo 242-2 se respetó la calificación de los créditos contra la masa por la solicitud del concurso y en el apartado 3º limitó los mismos a “la asistencia y representación del concursado durante toda la tramitación del procedimiento cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa”.

Como puede observarse, con las distintas reformas la intención del legislador ha sido limitar los créditos contra la masa. La ley



16/2022 de 5 de septiembre ha dado una nueva redacción al artículo 242 apareciendo los créditos de los profesionales intervinientes en la declaración del concurso en el ordinal 6º y excluyendo como crédito contra la masa los honorarios devengados por la solicitud del concurso. Parece que el legislador pretende que dichos gastos sean abonados por el deudor con anterioridad a la presentación del concurso.

La causa de esta exclusión proviene de distintos incidentes concursales que dieron lugar a resoluciones judiciales dispares que limitaron los honorarios de los abogados y procuradores ya que al aplicar las tablas de los Colegios o el arancel de los procuradores se obtenían cifras, a veces desproporcionadas, y que en muchas ocasiones eran objeto de discusión con la administración concursal. En un primer lugar, la jurisprudencia limitó estos honorarios determinando que los mismos se ajustasen *“a los servicios realmente desempeñados y, en todo caso,*

a unos límites que garanticen que la masa no se redujese de tal manera que frustrase el objetivo final del concurso que es el cobro por los acreedores”. En otros casos, se limitó el importe a la cuantía a percibir por el A.C. en la fase común. La causa de esta problemática, muchas veces provenía también de las fechas del devengo de estos honorarios. Así, los letrados y procuradores emitían la factura por el devengo de sus honorarios por la presentación del concurso en fecha muy cercana al auto de declaración y los honorarios de la A.C. debían ser aprobados por auto que muchas veces se retrasaba en el tiempo lo que ocasionaba la prioridad de los honorarios de los profesionales instantes en el cobro de los honorarios en detrimento de los de la A.C. por el principio del vencimiento lo que ocasionaba el consiguiente conflicto.

Las S.T.S. de fecha 18 y 21 de julio de 2014 establecieron que la hoja de encargo firmada con anterioridad a la declaración del

concurso no era vinculante para determinar el importe del crédito contra la masa. Del mismo modo, la sentencia de 21 de julio de 2014 y en relación a los derechos del procurador instante establecieron que podían ser fijados sin sujeción al arancel y el Juez del concurso podía modular la cantidad a satisfacer teniendo en cuenta el trabajo realizado y los gastos asumidos por el procurador. Por último, la S.T.S. de 12 de enero de 2018 determinó que los gastos de la solicitud y declaración del concurso debían de ser necesarios para poder tener la consideración de créditos contra la masa.

LOS CRÉDITOS POR HONORARIOS POR EL ESTUDIO, REDACCIÓN DE LA SOLICITUD HASTA LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SON CRÉDITOS CONCURSALES

La nueva redacción del artículo 242 del T.R.L.C. no deja lugar a dudas de que estos honorarios están fuera de este artículo y así ya se ha pronunciado el J.M. nº 5 de Valencia en sentencia de fecha 9 de noviembre de 2023.

Los motivos por el que el legislador los ha excluido pueden ser varios:

- 1.- La proliferación de incidentes concursales en cuanto al devengo, cuantificación y prelación para su cobro de estos honorarios, como ya he mencionado.
- 2.- La imaginación, sospecha o intuición del legislador de que estos honorarios ya han sido satisfechos con anterioridad a la solicitud de concurso.
- 3.- Que el ingente trabajo de estudio y preparación de la solicitud de concurso se realiza con anterioridad al auto de declaración y, por lo tanto, nos encontramos con un crédito concursal y no contra la masa.

Pero el legislador se olvidó de que en muchos casos el deudor se encuentra en una fase tal de insolvencia que imposibilita el pago total o parcial de los honorarios profesionales, totalmente necesarios para el inicio del procedimiento. También olvidó que sin la intervención de estos profesionales el procedimiento no puede iniciarse. Por último, también olvidó que el sometimiento de la situación económica del deudor





dor al concurso puede favorecer en muchos casos la situación del acreedor impagado a través de un convenio e incluso en la liquidación como podrían ser los acreedores privilegiados.

De conformidad con el artículo 242-6º los honorarios profesionales por la solicitud de concurso no son créditos contra la masa por lo que tendrán siempre la consideración de los créditos concursales. Como tales, y una vez abonados por el deudor podrán ser objeto de la acción rescisoria concursal como así ya lo determinó la S.A.P. de Barcelona de fecha 26/4/2017 al establecer que dichos pagos fueron perjudiciales para la masa o incluso por infringir la *pars conditio creditorum*.

Como defensa se podrá argumentar que su actuación es imprescindible para la declaración de concurso y que, dado que la actuación está finalizada, el crédito nació, fue líquido y exigible y por eso se abonó.

De acuerdo con los apartados 6 y 7 del artículo 242 sólo tendrán la consideración de créditos contra la masa los devengados durante la tramitación del procedimiento e incidentes y en los juicios fuera del concurso en interés de la masa.

Como tales se pueden considerar los devengados como consecuencia de intervención del letrado en los incidentes concursales

les donde tenga una intervención activa y no solapada por la A.C.; la solicitud de un E.R.E. concursal en fase común, la presentación de una propuesta de convenio, su negociación y la obtención de las adhesiones; la pieza de calificación y la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de persona física.

La finalidad de este artículo es la de advertir a los compañeros el cambio de la situación por el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal en cuanto a los honorarios de la solicitud del concurso que tiene la consideración de crédito concursal. De todas maneras, los mismos deben ser proporcionales a la entidad de la sociedad concursada, ya que en otro caso nos podemos ver abocados a la impugnación de los mismos a través de la acción rescisoria.

**VICENTE
PENADÉS
ARANDIA**

Abogado



CULPABILIDAD DEL CONCURSADO PERSONA NATURAL



El artículo 135 TRLC impone al concursado, persona natural, el deber de colaboración con el juzgado, y con la administración concursal, en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso¹. Ese deber de colaboración implica: a) deber de comparecer; b) colaborar; y c) informar a la administración y al juez del concurso de cuanto resulte necesario para el buen fin del proceso².

El cumplimiento de estos deberes por parte del deudor y de *sus representantes legales*, es esencial para el correcto desarrollo del concurso, de ahí que su incumplimiento se sancione con una presunción *iuris tantum* de concurso culpable contenida en el art. 444.2º TRLC.

1 Ver SAP Las Palmas, sección 4ª, de 24 de enero de 2020 (JUR\2020\109979).

2 La SAP de Palma de Mallorca 409/2020, Sección 5ª, de 15 de junio de 2020, indica que el deber de colaboración constituye un comportamiento genérico respecto de la falta de entrega de información, actuación específica dentro de aquel.

El deber de facilitar la información necesaria no se limita a la aportación de documentación exigida por los arts. 6, 7 y 8 TRLC o de cualquier otra documentación, sino que se exige del deudor y de sus representantes legales, una actitud *proactiva*, debiendo informar a los órganos del concurso, sin esperar a ser requerido para ello por el juez del concurso o por la administración concursal³.

Por lo que respecta al incumplimiento del deber de colaboración esta conducta no ha de constreñirse formalmente a la falta de comparecencia personal ante el juzgado y la administración concursal, sino que puede derivar de una valoración global de la actitud del deudor o, en su caso, de sus representantes legales durante la tramitación del concurso⁴.

3 En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo número 56/2011, de 23 de febrero (RJ 2011, 2475).

4 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2017, de 1 de diciembre, calificó el concurso como culpable, con fundamento en el incumplimiento del

Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, el Tribunal Supremo tiene establecido⁵ que la presunción *ius tantum* se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta, como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada.

En este contexto nos preguntamos si cabe la declaración de culpabilidad de un concurso cuando es el letrado del deudor quien se niega sistemáticamente a colaborar con la administración concursal, hasta tal punto que imposibilita cualquier relación con el concursado, y le niega todo tipo de documentación, con el agravante de que el deudor tiene suspendidas sus facultades de administración y disposición de los bienes, siendo la administración concursal la única legitimada para administrar y disponer de su patrimonio.

En este supuesto, el concursado ningún deber ha incumplido. No ha podido ser informado por la administración concursal ni de la suspensión de sus facultades, ni las obligaciones que la ley le impone una vez declarado el concurso. Es más, ni tan siquiera conoce al administrador nombrado.

¿Es el abogado un representante legal del concursado, en los términos del art. 444 TRLC?. Considero que no, ya que con respecto a la relación contractual que une a abogado y cliente, el Tribunal Supremo tiene declarado que la prestación de servicios, como relación personal "*intuitu personae*" incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del art. 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional⁶.

deber de colaboración de un administrador que se negó sistemáticamente a facilitar datos, y a colaborar en cualquier tarea de intervención de la administración concursal.

5 Ver la Sentencia 656/2017 de la Sala de lo Civil, de fecha 1 de diciembre de 2017, dictada en el recurso 1759/2015.

6 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de fecha

Entonces, ¿cabría la extensión objetiva de la responsabilidad por hecho ajeno?, en virtud de la cual el sujeto responsable (concurado) no ha realizado o, ni siquiera, participado en la conducta lesiva (realizada por el abogado), ya que entre los diferentes criterios y técnicas de distribución de la responsabilidad a la persona que no fue el causante del daño, se encuentra el criterio de la imputación de la *culpa in eligendo*, o de la *culpa invigilando*.

En la hipótesis propuesta podría pensarse que la extensión objetiva de la responsabilidad encuentra cobijo por la *culpa in eligendo*, ya que es el deudor quien elige al abogado que le defienda, o por la *culpa in vigilando*, ante la constancia del hecho de que el concursado sigue disfrutando de sus facultades de administración y disposición de bienes como si tal concurso no existiera, lo que es realmente sorprendente.

Excede de los límites de extensión de este artículo desarrollar más ampliamente la cuestión planteada, avanzando que, en mi opinión, resulta muy difícil que el concurso de una persona natural sea declarado culpable por la falta de colaboración de su abogado⁷ lo que considero muy grave porque quedaría impune la necesaria falta de colaboración que impone el Texto Refundido de la Ley Concursal.

23 de mayo de 2006.

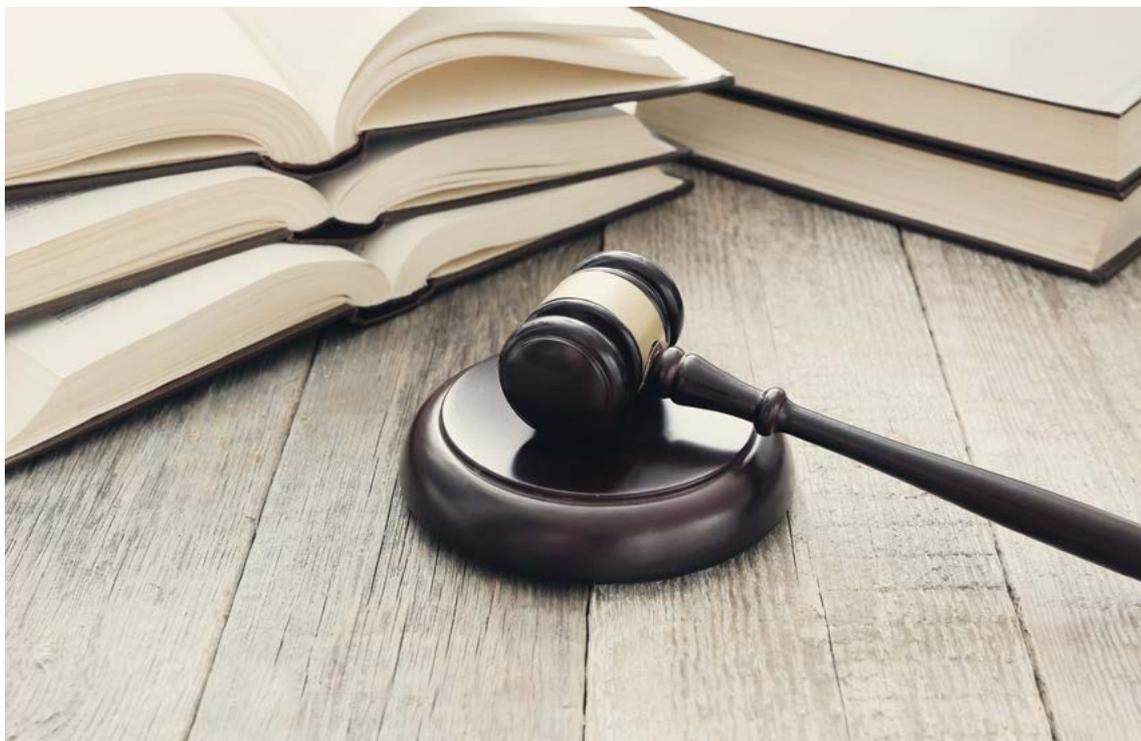
7 Así lo entiende el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Valencia, en Sentencia número 128/2022, de fecha 9 de noviembre, dictada en el seno del concurso 745/2021.

**LEOPOLDO E.
LÓPEZ MÁÑEZ**

*Doctor en
Derecho*



BOLETÍN JURISPRUDENCIA



1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) 803/2023, de 21 de diciembre. Ponente Doña Monserrat Molina Plá.

Rendición de cuentas del administrador concursal. La Audiencia no aprueba el informe de rendición de cuentas al considerar que se abonaron créditos sin respetar lo previsto en el art. 250 TRLC.

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) 537/2023, de 22 de diciembre. Ponente Don Manuel Díaz Muyor.

Rendición de cuentas del administrador concursal. La Audiencia no aprueba el informe de rendición de cuentas al considerar que impide conocer y valorar la gestión de los intereses concursales al no justificar (i) el destino de importantes pagos a terceros; (ii) el orden seguido al abonar los créditos

contra la masa ; ni (iii) las razones del incumplimiento, disponiendo de recursos para ello, de la obligación de abonar determinados impuestos.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) 8/2024, de 11 de enero. Ponente Doña Amparo Salom Lucas.

Denegación de BEPI de conformidad con el artículo 487 TRLC. La Audiencia desestima el recurso frente a la denegación del BEPI por existir determinadas omisiones en la comunicación de bienes y ello pese a que el concursado alegaba que se habían producido de forma involuntaria y sin mala fe, tratándose de bienes de valor irrisorio. Entre los bienes omitidos se incluían, al menos, cuotas indivisas en bienes inmuebles y el 33% de las participaciones sociales de una S.L., considerando la Audiencia que le correspondía a la concursada la carga de probar ese valor irrisorio.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) 11/2024, de 16 de enero. Ponente Don Eduardo Pastor Martínez

Calificación concursal. La Audiencia Provincial desestima la calificación como culpable de un concurso por alzamiento de bienes por la discutida ocultación de la titularidad de determinadas participaciones sociales durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos. Sin embargo, sí aprecia la culpabilidad por retraso en el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso. Se aprecia la culpabilidad pese a no concretarse la fecha exacta de la insolvencia por cuanto consta la existencia de numerosos procesos de ejecución forzosa y la desatención de deudas de origen plural desde muchos años antes de la presentación de la solicitud.

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) 50/2024, de 2 de febrero. Ponente Don Enrique García-Chamón Cervera

Efectos de la inclusión en la lista de acreedores. La Audiencia entiende que la inclusión por parte de la concursada de un crédito en la lista de acreedores acompañada a su solicitud de concurso supone una renuncia tácita a oponer la prescripción.

6. Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 9ª) 17/2024, de 23 de enero. Ponente Doña Monserrat Molina Pla.

Tramitación de la solicitud del BEPI. Nulidad de actuaciones por haberse decretado la terminación del concurso y de-

negación de la exoneración sin abrir el cauce del incidente.

7. Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de febrero de 2024.

Liquidación en caso de existir un solo acreedor. Se presenta al Registro escritura conteniendo los acuerdos de junta general por los que (i) se aprobaba el balance de liquidación del que resultaba que no existía activo alguno que liquidar, y (ii) se declaraba liquidada y extinguida la sociedad con un solo acreedor, la Agencia Tributaria, cuyo crédito no podía satisfacerse por inexistencia de masa activa. El Registrador resuelve no practicar la inscripción.

El criterio final de la DGSJyFP es que debe procederse a la inscripción sin necesidad de concurso previo, bastando la manifestación del liquidador acerca de la imposibilidad de abonar ese único crédito existente.

8. Acuerdos de unificación de criterios en derecho concursal de los juzgados mercantiles de Barcelona

Llamamos la atención sobre la publicación de unos nuevos acuerdos de diciembre de 2023 que tratan cuestiones tales como: el concurso sin masa de persona física -incluyendo, por ejemplo, un anexo a acompañar a las solicitudes-, sus criterios de exoneración del pasivo insatisfecho, las reglas para la preparación y venta de unidades productivas en sede concursal o el procedimiento especial de microempresas.

FORMACIÓN REALIZADA

El ciclo concursal que se viene realizando desde el pasado mes de Septiembre, organizado con el fin de ofrecer a los compañeros formación por la entrada en vigor de la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, está teniendo una gran acogida por parte de los compañeros y miembros de la sección. Igualmente se ha celebrado la 7ª Edición del Curso de Experto en Derecho Concursal ICAV, que finalizó el pasado día 1 de febrero de 2024.

29 de Enero de 2024. Jornada sobre la Insolvencia y Continuidad Empresarial, impartido por Don Francisco Gil Monzó y Don Jose Luis Fortea Gorbe.



Módulo 13 del Curso de Experto en Derecho Concursal: Procedimiento Especial para Microempresas impartido el 1 de febrero de 2024.



12 de marzo de 2024. Jornada sobre Proyecto de Estatuto de la Administración Concursal con la intervención de Don Salvador Vilata Menadas y Don Jacinto Talens Seguí.



VII CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO

1.- Los pasados días 29 de febrero y 1 de marzo, tuvo lugar el **VIII CONGRESO PROFESIONAL DEL MEDITERRÁNEO** en el Hotel Asia Gardens, de Benidorm (Alicante), organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia junto con los colegios de Abogados de Alicante y Murcia y los colegios de Economistas de Valencia, Alicante, Castellón y Murcia., en el que se presentaron diferentes ponencias sobre la reforma operada por la Ley 16/2022. En el congreso, los profesionales de las ramas económica y jurídica tuvieron la ocasión de debatir, junto con los ponentes, la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal.



FORMACIÓN PROGRAMADA

XII Congreso Aranzadi Concursal y Societario de la Comunidad Valenciana 2024: 9 y 10 de mayo.

ENCUENTRO INTERCOLEGIAL CONCURSAL: 4 y 5 de julio de 2024 organizado por el Ilustre Colegio de Abogados, Colegio de Titulares Mercantiles y Empresariales, Colegio de Economistas, Colegio de Procuradores, todos ellos de Valencia, así como el Colegio de Censores Jurados de Cuentas de la Comunidad Valenciana.

Desayuno ICAV: 28 de Junio de 2024 Las relaciones laborales en la transmisión de la unidad productiva.

Don Eduardo Talens Visconti.
Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la 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:

seccionconcurzal@icav.es

