vlex
Información jurídica inteligente

MAYO 2020

Revista Consumo y Empresa

www.vlex.es

SUMARIO

Artículos de opinión

Implicaciones societarias del Estado de Alarma

María del Mar Hernández Rodríguez y José María Tapia López 5
Magistrados Especialistas CGPJ en Mercantil

Convivencia temporal de normas en el ámbito concursal

Enrique Sanjuán 18
Magistrado especialista mercantil por el CGPJ. Profesor de Derecho Mercantil UMA

El acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia. Parte I.

María José Fernández Alcalá 30
Magistrada especialista en asuntos propios de lo mercantil adscrita al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada

Reflexiones acerca de las líneas básicas para la reforma de la Ley Concursal

Pedro Prendes Carril 43
Abogado y Administrador concursal. PRENDES abogados

Pandemia y trabajo. La incidencia en las relaciones laborales y de Seguridad Social y en el contrato de trabajo de los Real Decreto-Ley aprobados como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19

Nuria Perchín Benito 58
Magistrada

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: cuestiones procesales. primera parte

Olga Ahedo Peña 76
Magistrada Especialista CGPJ en Mercantil. Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao

La dificultad de reconocer una respuesta civil ante el préstamo irresponsable

José Arsuaga Cortázar 89
Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria

Participación del cónyuge o pareja del autor directo de un delito económico

Amaya Merchán González 97
Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Santander

EDITORIAL

La Revista "Consumo y Empresa", de carácter cuatrimestral, nace con la vocación de analizar y ofrecer posibles respuestas a cuestiones jurídicas de actualidad que generen controversia y se susciten en el ámbito de lo que en sentido amplio se conoce como Derecho Patrimonial.

Destinada fundamentalmente a profesionales del mundo del Derecho y de la Empresa, en su interior se diferencia una doble vertiente referida al derecho empresarial y el derecho de consumo. En la primera se incluyen contenidos propios de derecho societario, concursal, propiedad industrial o derecho de competencia. En la segunda, condiciones generales de la contratación, derechos de los consumidores o contratación bancaria, entre otros. Todo ello, desde un enfoque sustancialmente práctico sin dejar a un lado un plano dogmático.

Cuenta con un atractivo formato que pretende facilitar el manejo y acceso a sus contenidos. Se estructura en los siguientes bloques: El primero, "Artículos de opinión", recoge distintos artículos y comentarios elaborados por expertos y profesionales de reconocido prestigio y competencia, especializados en los concretos temas desde una perspectiva sustancialmente práctica.

Un segundo bloque en el que se debate por expertos una "cuestión de consumo o de actualidad", se incluyen en cada caso una pregunta y las respuestas de los colaboradores permanentes con sus respectivas opiniones y su fundamento. Ambos pretenden fomentar el debate y la confrontación de opiniones y argumentos respecto a cuestiones que generen una especial controversia.

El tercero, Formularios, contiene formularios y modelos de diferentes escritos destinados fundamentalmente a los profesionales.

En el último bloque, "Resoluciones judiciales destacadas", se incluye una relación de las resoluciones judiciales destacadas y novedosas, principalmente del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en materia de derecho de la empresa y el consumo, incluyendo una breve reseña de su contenido así como, en su caso, de la doctrina que fijan, para facilitar su identificación, manejo, examen y consulta.

Los autores y colaboradores son profesionales, expertos de reconocido prestigio y amplia experiencia, autores de diferentes obras jurídicas. Entre otros, Magistrados, Profesores de Universidad, Abogados, Abogados del Estado y Economistas.

El presente es un número especial con un contenido excepcional derivado de las situación actual de crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y consecuente declaración del estado de alarma.

En este contexto se han adoptado medidas en el ámbito societario y en las relaciones laborales y de Seguridad Social que son objeto de anáslis.

También se presenta un trabajo sobre el impacto de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal y otra de las aportaciones trata del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Se examinan las solicitudes de acceso a las fuentes de prueba relacionadas con el ejercicio de las acciones de reclamación de daños formuladas como consecuencia del "cartel de camiones".

Respecto de la Directiva 2014/17/UE reguladora del crédito inmobiliario cuyo objetivo es asentar una política de préstamos responsables surge la cuestión: ¿se reconoce algún remedio contractual que sancione legalmente el incumplimento del acreedor?

Finalmente se analiza la participación del cónyuge o pareja del autor de un delito económico a través de la STS 444/2018 de 9 de octubre de 2018.

▶ Artículos de opinión

IMPLICACIONES SOCIETARIAS DEL ESTADO DE ALARMA

Autor: María del Mar Hernández Rodríguez y José María Tapia López
Cargo: Magistrados Especialistas CGPJ en Mercantil

Resumen: La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y consecuente declaración del estado de alarma con las restricciones de movimiento que conlleva, supuso la necesidad de adoptar determinadas medidas en el ámbito societario, especialmente en relación al funcionamiento de los órganos sociales, obligaciones contables, sociedades cotizadas, derecho de separación, disolución y deberes y responsabilidad de los administradores. Los Real Decreto-Ley 8/2020, 11/2020 y 16/2020 se han ocupado de ello, estableciendo unas reglas societarias especiales de urgencia que generan importantes dudas interpretativas.
Palabras clave: Estado de alarma, derecho de sociedades.
Abstract: The health crisis caused by COVID-19 and the consequent declaration of the state of alarm with the movement restrictions that it entails, meant the need to adopt certain measures in the corporate sphere. Royal Decree-Law 8/2020, 11/2020 and 16/2020, regulates this, establishing special emergency company rules that generate important interpretative doubts.
Keywords: State of alarm, company law.

SUMARIO

I. Introducción

II. Funcionamiento de los órganos sociales

III. Obligaciones contables

IV. Sociedades cotizadas

V. Derecho de separación

VI. Reintegro de aportaciones

VII. Disolución de la sociedad
1. Expiración del término de duración
2. Causa legal o estatutaria de separación

VIII. Responsabilidad de los administradores

I. Introducción

Estamos viviendo épocas muy complicadas, inimaginables hace unos meses: pandemia, medidas de confinamiento, lucha sin cuartel contra una enfermedad que ha colapsado los sistemas sanitarios y la economía mundial, que ha provocado que prácticamente casi la totalidad de los países hayan destinado ingentes cantidades de dinero a controlar y mitigar los efectos de esta enfermedad desde un punto de vista sanitario, para luego concentrar todos sus esfuerzos en reactivar y relanzar la economía mundial.

Esta situación de incertidumbre que estamos padeciendo se centra, en este momento, en el ámbito sanitario (medidas de confinamiento de la población para evitar la propagación del virus, distintas soluciones adoptadas por los países para combatir la enfermedad, búsqueda de la ansiada vacuna o tratamiento…), aunque y después del tiempo transcurrido, esta situación se ha generalizado a nivel mundial al ámbito económico lo que ha motivado que se hayan adoptado medidas legislativas urgentes para hacer frente a ello por parte de distintos Estados (entre ellos, España), pero que necesita de un desarrollo serio y acorde con la realidad que se avecina.

Aunque el panorama al que nos enfrentaremos en un futuro muy próximo será la de buscar las medidas legislativas adecuadas para paliar la situación de insolvencia que van a sufrir muchas Sociedades y personas físicas, también ha sido necesario legislar de manera urgente y por vía de Real Decreto la situación actual en la que se ven inmersas las Sociedades con el fin de adecuar su supervivencia al momento actual que estamos padeciendo.

Trasladado este escenario al ámbito español, con fecha 14 de marzo de 2020, se dictó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que se ha ido prorrogando de manera sucesiva y en el que aun nos encontramos.

¿Qué influencia ha tenido esta declaración del estado de alarma en el ámbito del Derecho y, más concretamente, en el ámbito de las Sociedades? (objeto de estudio de este artículo).

A la hora de resolver los numerosos problemas prácticos y de interpretación que en materia societaria se están produciendo como consecuencia de la prolongación de este estado de alarma, es necesario partir del Real Decreto-Ley 8/2020, de 18 de marzo (y más concretamente sus artículos 40 y 41), primera norma publicada al efecto. Sin embargo, esta situación de urgencia y de legislar de la misma manera ha provocado que este Real Decreto-Ley 8/2020 haya sido objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 y más concretamente su Disposición Final Primera, con el fin de intentar paliar, en la medida de lo posible, las dudas prácticas e interpretativas que el primer Real Decreto suscitaron. Fundamentalmente destaca la regulación de aspectos vinculados con el funcionamiento de los órganos sociales, obligaciones contables, derecho de separación, disolución y deberes y responsabilidad de los administradores. Igualmente ha de tenerse en cuenta el Real Decreto-Ley 16/2020 de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

En todo ello, el legislador ha asumido un papel tutelador ante la nueva situación y ha legislado de manera imperativa, dejando escaso margen a la autonomía de la voluntad de

las sociedades plasmada en los acuerdos de los socios al respecto de las cuestiones objeto de regulación.

II. Funcionamiento de los órganos sociales

La pandemia y los efectos derivados de la misma ha tenido lugar en un momento especialmente relevante en la mayor parte de las sociedades por coincidir con fechas clave en relación a sus obligaciones contables, en concreto, las de formulación y aprobación de las cuentas anuales. No eran pocas las sociedades que tenían convocada ya la Junta General con tal fin y muchas más aquellas otras en las que el cumplimiento de los plazos legales forzaban a una inmediata convocatoria. La conjunción de lo anterior con los efectos derivados de la crisis sanitaria, la declaración del estado de alarma y la restricción de movimientos, forzaba a dar una respuesta ágil que tuvo lugar a través de los dos sucesivos Real Decreto-Ley ya citados, 8/2020 y 11/2020. No obstante, lejos de eliminar cualquier atisbo de inseguridad jurídica, del examen de este nuevo régimen jurídico de urgencia se extraen algunas dudas interpretativas que trataremos de apuntar.

El primero de los preceptos que se ocupan del ámbito societario en el Real Decreto-Ley 8/2020 (art. 40) lleva por rubrica "Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho Privado", dividido en su redacción inicial en doce apartados al que se añade un seis bis con el Real Decreto-Ley 11/2020.

Celebración por videollamada o conferencia múltiple

El primer apartado del art. 40 es consecuencia lógica del estado de confinamiento que venimos padeciendo desde el 16 de marzo de 2020 que aun siendo menor en estos momentos, continúa. En la redacción inicial permitía la posibilidad de que las sesiones de los órganos de gobierno y de administración, así como a sus comisiones delegadas y demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuvieran constituidas, se pudieran realizar mediante videoconferencia (y ello aunque no lo hubieran previsto sus Estatutos Sociales, dada la situación de excepcionalidad que estamos atravesando). Posteriormente, el apartado 13 de la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11/2020 modificó el precepto introduciendo la posibilidad de que las sesiones del órgano de administración de las Sociedades, Consejo Rector de las Cooperativas y del patronato de las fundaciones, así como las Juntas o Asambleas de asociados o socios puedan celebrarse además de por el sistema de videoconferencia por conferencia telefónica múltiple, con la condición de que todos sus miembros dispongan de los medios necesarios, el Secretario reconozca su identidad y así se exprese en el acta, que se remitirá de manera inmediata a las direcciones de correo electrónico facilitadas. En concreto, la regulación final del apartado 1 ha quedado como sigue *1. Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio de la persona jurídica.*

Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico.

En este sentido, este precepto no obliga a que las reuniones del órgano de gobierno deban necesariamente realizarse por medios telemáticos y fuera del lugar que constituya su domicilio social, pudiendo darse la posibilidad de que efectivamente se realicen con la asistencia "personal" de sus miembros, si bien, se podía contrarrestar dicha posibilidad, con la argumentación lógica de la prohibición genérica de desplazarse y de concentración de personas, no estando prevista como excepción a la regla general las reuniones de estos órganos (art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo).

La norma es clara consecuencia del cambio de mentalidad necesario derivado de la situación actual y del aprovechamiento de las nuevas tecnologías que en ocasiones se encontraban infrautilizadas, asumiendo ahora un novedoso protagonismo, de manera que plataformas tales como ZOOM, SKYPE EMPRESARIAL o MICROSOFT TEAMS, han pasado a ser de uso generalizado.

Algunas dudas se suscitan. Se plantea si en aquellos supuestos en los que los estatutos sociales han excluido de manera expresa la celebración de junta general o reunión del consejo de administración a través de estos sistemas, tal previsión estatutaria impide la celebración por sistemas de videoconferencia o conferencia telefónica múltiple o si el art. 40 que ahora analizamos permite realizarlo. Nos inclinamos por esta segunda opción, atendiendo al carácter imperativo, ya anunciado, que caracteriza a esta regulación societaria de urgencia.

Requisitos

Las exigencias difieren cuando se trata de sesiones del órgano de administración y cuando se trata de juntas o asambleas de socios. En el primer caso se exige que *todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes*. En el segundo, la redacción varía al establecer como necesario *que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico*. Más cuestiones se suscitan con ello, algunas de respuesta dudosa.

En primer lugar, que se disponga de los medios necesarios entendemos debe entenderse equivalente a que se cuente con los medios técnicos adecuados para asistir a través del sistema de videoconferencia o conferencia múltiple elegido. Los problemas puntuales de conectividad que pueda sufrir un asistente o persona con derecho de asistencia no impiden, en nuestra opinión, utilizar esta vía ni la convocatoria. Todo ello sin perjuicio de que de afectar un puntual problema de conexión a algún asistente, ello pueda justificar la suspensión o interrupción si resulta relevante a efectos de quórum, bien de asistencia, bien de votación, pensando en una futura impugnación de acuerdos. Por ello, podemos considerar que, atendiendo al estado de la técnica, esta exigencia resulta baladí por ser generalizado el uso de dispositivos tales como Smartphone u ordenadores portátiles que unidos al acceso cuasiuniversal a inter-

net permiten el cumplimiento de la exigencia relativa a que se disponga por todos de los medios necesarios siempre que se empleen los que se pueden considerar como comunes u ordinarios. En todo caso, la audioconferencia será siempre el recurso último accesible a todos.

Entendemos que en la convocatoria debe precisarse que va a emplearse esta modalidad de celebración así como el concreto medio a usar, pudiéndose incluir medios subsidiarios como puede ser la audioconferencia o conferencia múltiple, para el extraordinario supuesto de que alguno de los legitimados a asistir no tengan acceso a él o para aquellos en que dificultades de conectividad impidan la asistencia de algunos de ellos, especialmente cuando ello sea relevante a efectos de quorum.

Para cerrar las cuestiones vinculadas con la convocatoria, entendemos que no hay inconveniente para la celebración de una junta universal por estos medios, bastando que, como exige el art. 178 LSC.

Secretario y acta

Mayores dudas suscitan las labores del secretario y el acta. En primer lugar, se refiere el precepto al "secretario del órgano" si bien entendemos que debe realizarse una interpretación correctora y que ha de entenderse referido al secretario de la sesión, dado que ambas figuras pueden no coincidir. Su papel resulta esencial ya que es el encargado de verificar la identidad de los asistentes, debiendo reconocerla e incluirlo en el acta. Se suscita la cuestión de cómo realizar esta labor de conocimiento al no ser la presencia física. Cuando se utilizan medios que además de la voz permitan la captación de la imagen, la labor de verificación será similar a la que se realiza en las sesiones presenciales. En cambio, cuando el medio empleado es la audiollamada, la verificación de la identidad resultará más complicada.

Le corresponde, en segundo lugar, al secretario la elaboración del acta, salvo asistencia notarial, sin que exista en este punto diferencia con el funcionamiento general. Sin embargo, aquí existe una importante variación en la regulación contenida en los párrafos primero y segundo del apartado 1 art. 40. En el caso de las *sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones* se prevé la remisión inmediata del acta a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. En cambio, en el supuesto de las juntas o asambleas de asociados o de socios se limita a establecer la remisión automática del acta. Surgen dos dudas importantes. Por un lado, si debe estar completo el acta y concluirse la sesión con su aprobación para que pueda realizarse esta remisión automática o si, por el contrario, aunque no lo diga, el precepto está pensando en el borrador del acta. Por otro, quienes son los receptores.

En cuanto a la primera cuestión, entendemos que aunque pueda resultar complejo, el precepto se refiere de manera expresa al acta y no ha su borrador, pensando en que en estos supuestos excepcionales resulta preciso, a modo de garantía, su inmediata remisión y su aprobación al concluir la sesión, restringiendo a esta posibilidad las previstas en el art. 202 LSC. A lo sumo entendemos que podría remitirse el borrador a los efectos de su aprobación por parte de los asistentes.

Respecto a la segunda, en el caso de las reuniones del órgano de administración, de manera expresa se refiere el apartado 1º a la remisión del acta *a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes*. En cambio, en el caso del las juntas o asambleas generales, el precepto se limita a establecer la inmediata remisión *a todas las direcciones de correo electrónico.* Surgen entonces la duda de quiénes son los destinatarios. Si todos los le-

gitimados para asistir o únicamente los concurrentes, siendo un mero olvido la no acotación a estos. En principio, salvo la complejidad la segunda solución en los supuestos en los que exista un elevado número de socios, nada justifica restringir los destinarios del acta a los asistentes de manera exclusiva.

Otra de las diferencias entre el apartado primero y segundo es la relativa al lugar de celebración. En el caso de reuniones del órgano de administración, el apartado primero se refiere expresamente a que se entenderán celebradas en el domicilio social, no diciéndose nada en el caso de las reuniones de socios. No obstante, en nuestra opinión debe darse la misma respuesta lo que permite el art. 175 in fine al establecer que *si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social*, extendiéndose con ello la regla aplicable al caso de las sesiones del órgano de administración y de las sociedades cotizadas.

Acuerdos por escrito del órgano de administración

Como regla especial aplicable de manera exclusiva al órgano de administración, eu apartado segundo del art. 40 permite que sus acuerdos puedan adoptars, mediante votación por escrito y sin necesidad de celebrar reunión alguna (con los únicos requisitos de que así fuera decidido por el Presidente por su propia iniciativa, o por peticiónede, al menos, dos de los miembros del órgano de gobierno y de administración). En concreto, *Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano. La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social. Será de aplicación a todas estos acuerdos lo establecido en el artículo 100 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, aunque no se trate de sociedades mercantiles.* Por lo tanto, no se exige la unanimidad para la adopción de los citados acuerdos. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social.

Sin embargo, surge la duda de si la no exigencia de unanimidad excluye la oposición prevista en el art. 100.2 RRM según el cual *si se tratare de acuerdos del órgano de administración adoptados por escrito y sin sesión, se expresará, además, que ningún miembro del mismo se ha opuesto a este procedimiento* o si, por el contrario, a .pesar de la remisión completa dicho precepto se excluye la posibilidad de oposición. Nos inclinamos por esta segunda respuesta puesto que la adopción escrita de los acuerdos responde a la situación extraordinaria de pandemia que ha derivado en la declaración de estado de alarma y únicamente se vincula a que hayan solicitado dos miembros del órgano o decidido el presidente.

Convocatoria previa al estado de alarma

El apartado 6 del art. 40 se ocupa del caso en que la convocatoria de la Junta General se hubiera publicado antes de la declaración del estado de alarma, pero el día de celebración fuera posterior a esa declaración, el órgano de administración podrá modificarla o revocar el acuerdo de convocatoria. Para ello es necesario que se verifique *mediante anuncio publicado con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas en la página web de la sociedad y, si la sociedad no tuviera página web, en el «Boletín oficial del Estado»*. En caso de revocación del acuerdo de convocatoria, el órgano de admi-

nistración deberá proceder a una nueva convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del estado de alarma. En todo caso, esta facultad reside únicamente en los administradores de las Sociedades, pero no en los socios de las mismas.

Asistencia de notario

El apartado 7 cierra la regulación de la convocatoria de junta general refiriéndose a la presencia de notario. En, este apartado se dispone que el Notario que fuera requerido para que asista a una junta general de socios y levente acta de la reunión podrá utilizar medios de comunicación a distancia en tiempo real que garanticen adecuadamente el cumplimiento de la función notarial. Esta disposición es consecuencia de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de fecha 15 de marzo de 2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial (entre otras medidas, se establece que la actuación notarial se deberá desarrollar exclusivamente en su oficina notarial), desarrollada y complementada por la Circular 2/20 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 18 de marzo de 2020. A su vez, es lógica consecuencia de las restricciones de movimiento derivadas del estado de alarma y se encuentra en consonancia con la previsión de celebración por medios que excluyen la presencia física de los socios como es la viodeoconferencia o conferencia telefónica múltiple.

III. Obligaciones contables

Como recordábamos antes, la crisis sanitaria y la pandemia han tenido lugar en unas fechas especialmente relevantes a efectos societarios por coincidir con un momento posterior al cierre del ejercicio social de la mayoría de las sociedades y el periodo de formulación y aprobación de las cuentas anuales. Esto exigía una solución a la particular situación producida que diera respuesta a los problemas que se ocasionaban, ocupándose de ello los apartados 3, 4, 5 y 6 bis del art. 40 del RDL 8/2020 modificado por el RDL 11/2020.

Formulación

Comienza el apartado tercero estableciendo que *La obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social que incumbe al órgano de gobierno o administración de una persona jurídica y, cuando fuere legalmente exigible, el informe de gestión y demás documentos exigibles según la legislación de sociedades, queda suspendida hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. No obstante lo anterior, será válida la formulación de las cuentas que realice el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica durante el estado de alarma pudiendo igualmente realizar su verificación contable dentro del plazo legalmente previsto o acogiéndose a la prórroga prevista en el apartado siguiente*. De esta manera, hasta que finalice el estado de alarma, se suspende el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio para su formulación. Una vez que finalice el estado de alarma, las Sociedades contarán con un nuevo plazo de tres meses para su formulación.

Como decíamos, es lógico la concesión de este plazo de tres meses teniendo en cuenta la situación excepcional que están padeciendo las empresas que están dedicando todos sus esfuerzos al mantenimiento de las mismas. No obstante, esto no supone una prohibición de formulación durante el periodo en el que dure el estado de alarma puesto añade que *no obstante lo anterior, será*

válida la formulación de las cuentas que realice el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica durante el estado de alarma pudiendo igualmente realizar su verificación contable dentro del plazo legalmente previsto o acogiéndose a la prórroga prevista en el apartado siguiente.

Informe de auditoría

A continuación, el apartado 4 se ocupa de los supuestos en los que la declaración del estado de alarma se verificó con posterioridad a la formulación de las cuentas anuales y estaba pendiente el informe de auditoría. Según él *en el caso de que, a la fecha de declaración del estado de alarma o durante la vigencia del mismo, el órgano de gobierno o administración de una persona jurídica obligada hubiera formulado las cuentas del ejercicio anterior, el plazo para la verificación contable de esas cuentas, tanto si la auditoría fuera obligatoria como voluntaria, se entenderá prorrogado por dos meses a contar desde que finalice el estado de alarma*. Con ello, utilizando una técnica legislativa diferente puesto que no se habla de suspensión de plazos, de nuevo se está alterando el plazo de verificación contable que se prorroga hasta dos meses más allá desde el alzamiento del estado de alarma. De nuevo entendemos lógica esta previsión, derivada de la situación actual. Por otro lado, aunque no lo diga, consideramos que esto no supone una prohibición de emisión del informe de auditoría y que, igual que en el supuesto de formulación, será válido el informe que se emita durante el estado de alarma.

Aprobación

El apartado 5 altera de nuevo otro plazo esencial en relación a las obligaciones contables como consecuencia directa de lo anterior. En concreto, el de su aprobación. Según él *la junta general ordinaria para aprobar las cuentas del ejercicio anterior se reunirá necesariamente dentro de los tres meses siguientes a contar desde que finalice el plazo para formular las cuentas anuales*. Esto supone que esta junta debe celebrarse entre el tercer y sexto mes posterior a la finalización del estado de alarma. Entendemos que nada impide que pueda celebrarse antes como podrá suceder en los casos en los que a pesar de suspenderse la obligación de formulación, la sociedad las haya formulado durante la vigencia del estado de alarma, en cuyo caso ningún sentido tiene posponer necesariamente su aprobación a una junta a celebrar tres meses después del alzamiento del estado de alarma.

Aplicación del resultado

Para concluir, el Real Decreto 11/2020 introdujo un nuevo apartado 6 bis, en relación a la Propuesta de Aplicación del Resultado, que permite a las Sociedades que ya hubieran formulado sus cuentas anuales la posibilidad de sustituir la citada Propuesta por otra, quedando obligado el órgano de administración a justificar dicha actuación con fundamento en la situación creada por el COVID-19, debiendo acompañar un nuevo Informe de Auditoría (relativo a la nueva Propuesta de Aplicación del Resultado). A su vez,, también permite el depósito de cuentas en plazo (sin esta Propuesta), si bien, con la obligación de presentar certificación complementaria, aunque la norma no especifica un plazo concreto. En concreto establece que *En relación con la propuesta de aplicación del resultado, las sociedades mercantiles que, habiendo formulado sus cuentas anuales, convoquen la junta general ordinaria a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, podrán sustituir la propuesta de aplicación del resultado contenida en la memoria por otra propuesta. El órgano de administración deberá justificar con base a la situación creada por el COVID-19 la sustitución de la propuesta de aplicación del resultado, que deberá también acompañarse de un escrito del auditor de cuentas en el que este indique que no habría modificado su opinión de auditoría*

si hubiera conocido en el momento de su firma la nueva propuesta. Tratándose de sociedades cuya junta general ordinaria estuviera convocada, el órgano de administración podrá retirar del orden del día la propuesta de aplicación del resultado a efectos de someter una nueva propuesta a la aprobación de una junta general que deberá celebrarse también dentro del plazo legalmente previsto para la celebración de la junta general ordinaria. La decisión del órgano de administración deberá publicarse antes de la celebración de la junta general ya convocada. En relación con la nueva propuesta deberán cumplirse los requisitos de justificación, escrito de auditor de cuentas señalados en el párrafo anterior. La certificación del órgano de administración a efectos del depósito de cuentas se limitará, en su caso, a la aprobación de las cuentas anuales, presentándose posteriormente en el Registro Mercantil certificación complementaria relativa a la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado.

Llama la atención en esta norma que se exija un nuevo informe del auditor en relación a la propuesta de sustituir la aplicación del resultado cuando esa valoración no forma parte del informe de auditoría que no se refiere a ello.

IV. Sociedades cotizadas

Por su parte, el art. 41 del citado Real Decreto Ley 9/2020 contiene las especialidades relativas al funcionamiento de los órganos de administración de las Sociedades Anónimas Cotizadas. A diferencia con las particularidades y reglas especiales previstas en el art. 40 vinculadas temporalmente al estado de alarma y su duración, el art. 41 comienza anticipando que las medidas que se prevén se aplicarán durante este año 2020, entre las que podemos destacar las siguientes: previsión de que la asistencia a la Junta General se realice mediante medios telemáticos y el voto a distancia, así como la posibilidad de celebración de la misma en cualquier lugar del territorio nacional.

En el caso de que como consecuencia de la declaración del estado de alarma y de las medidas impuestas por las autoridades competentes no se pudiera celebrar la Junta General en el lugar y sede física contenidos en la convocatoria, el art. 41.1.d), dispone: a) si se hubiera constituido válidamente en dicho lugar y sede, podrá acordarse por la Junta, su continuación, en el mismo día, en otro lugar y sede dentro de la misma provincia, estableciendo un plazo para el traslado de los asistentes (si bien, y tal como he mencionado con anterioridad, se puede contrarrestar dicha posibilidad, con la argumentación lógica de la prohibición genérica de desplazarse, no estando prevista como excepción a la regla general (art. 7 del Real Decreto 463/20, de 14 de marzo, que ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 465/2.020, de 17 de marzo).

Si la Junta General no pudiera celebrarse, cabe la posibilidad de una convocatoria, vía telemática (sin asistencia física de los socios o de sus representantes, siempre que esté suficientemente garantizada su participación en la forma que se establece en el indicado precepto).

Respecto a la formulación de Cuentas, se extiende el plazo para presentar el Informe de Auditoría por dos meses a contar desde la finalización del vigente estado de alarma, tanto a las obligatorias como a las voluntarias (es decir, cuando se haya designado por la Sociedad, aunque se encuentre incursa en las causas de excepción previstas en el art. 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital o cuando el experto haya sido designado a instancia de un socio, a tenor de lo establecido en el art. 265.2 de la LSC).

El apartado 14 de la Disposición final primera del RDL 11/2014 modificó este precepto estableciendo que serán válidos los acuerdos del Consejo de Administración y de la Comisión de Auditoría, cuando fueran adoptados por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple (siempre que todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para ello, el Secretario reconozca su identidad). Si se cumplen con estos requisitos la sesión se considerará única y celebrada en el lugar del domicilio social.

V. Derecho de separación

El apartado 8 del art. 40 RDL 8/2020, suspende el ejercicio del derecho de separación del socio puesto que no podrá ser ejercitado. En concreto, *aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden*.

Es ésta una regla especial frente a la general contenida en el art. 348.2 LSC según la cual *el derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.*

Dejando a un lado las cuestiones vinculadas con la efectiva utilidad y justificación de esta medida, la cuestión que se plante es los efectos de esta prohibición. ¿Se trata de una suspensión del plazo de ejercicio del derecho? Una vez que finalice el estado de alarma, ¿con qué plazo cuenta el socio para ejercitar ese derecho? Entendemos que, siguiendo la estela de lo previsto en el apartado 3 respecto a la obligación de formulación de las cuentas anuales, esta norma ha de interpretarse en el sentido de considerar que una vez alzado el estado de alarma el plazo comienza a computarse de nuevo, esto es, que el socio contará con un plazo de un mes para ejercitar su derecho de separación.

En todo caso, esta regla no se vincula con el nacimiento de la causa legal de separación que podrá ser previa al estado de alarma o posterior. La única alteración será en cuanto a su ejercicio.

VI. Reintegro de aportaciones

Para evitar la asfixia económica de las cooperativas, el apartado 9 art. 40 RDL 8/2020, prorroga el reintegro de las aportaciones a los socios cooperativos que causen baja durante la vigencia del estado de alarma hasta que transcurran seis meses a contar desde que finalice el estado de alarma. Con ello no se está prohibiendo a los socios cooperativistas causar baja de la cooperativa, afectando únicamente al reintegro de las aportaciones.

VII. Disolución de la sociedad

El art. 40 RDL 8/2020 establece unas particularidades para los supuestos en los que concurra causa de disolución de la sociedad, tanto de pleno derecho como se causa legal o estatutaria. Este precepto debe completarse con el art. 18 del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

1. Expiración del término de duración

Comienza el apartado 10 con la causa de separación de pleno derecho prevista en el art. 360 1. a) LSC, estableciendo *en el caso de que, durante la vigencia del estado de alarma, transcurriera el término de duración de la sociedad fijado en los estatutos sociales, no se producirá la disolución de pleno derecho hasta que transcurran dos meses a contar desde que finalice dicho estado*.

Se refiere la norma al supuesto en que la expiración del término tenga lugar durante la vigencia del estado de alarma. En consecuencia, nada impide la disolución de pleno derecho cuando el transcurso del término hubiera tenido lugar antes del 14 de marzo de 2020.

Su efecto es establecer un plazo adicional que alcanza hasta los dos meses posteriores al levantamiento del estado de alarma para inscribir la prórroga de la sociedad y, con ello, evitar la disolución de pleno derecho. Todo ello en consonancia, con las limitaciones y efectos derivados del estado de alarma.

2. Causa legal o estatutaria de separación

Íntimamente vinculado con los deberes de los administradores, el apartado 11 del art. 40 RDL 8/2020 y el art. 18 RDL 16/2020 establece unas particularidades para los supuestos en los que concurra causa legal o estatutaria de separación.

Desde el punto de vista sustantivo, el artículo 18 del RDL 16/2020 bajo la rúbrica, suspensión de la causa de disolución por pérdidas, modula la apreciación de esta causa de disolución al excluir el cómputo de las pérdidas del 2020 estén o no derivadas de manera directa o indirecta de la situación de pandemia. En concreto establece que *1. A los solos efectos de determinar la concurrencia de la causa de disolución prevista en el artículo 363.1 e) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no se tomarán en consideración las pérdidas del presente ejercicio 2020. Si en el resultado del ejercicio 2021 se apreciaran pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, deberá convocarse por los administradores o podrá solicitarse por cualquier socio en el plazo de dos meses a contar desde el cierre del ejercicio conforme al artículo 365 de la citada Ley, la celebración de Junta para proceder a la disolución de la sociedad, a no ser que se aumente o reduzca el capital en la medida suficiente.*

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del deber de solicitar la declaración de concurso de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto-Ley.

En segundo lugar, según el art. 40 apdo.11, *en caso de que, antes de la declaración del estado de alarma y durante la vigencia de ese estado, concurra causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad, el plazo legal para la convocatoria por el órgano de administración de la junta general de socios a fin de que adopte el acuerdo de disolución de la sociedad o los acuerdos que tengan por objeto enervar la causa, se suspende hasta que finalice dicho estado de alarma*.

Esta regla especial, destinada a perfilar los deberes de los administradores ante la concurrencia de causa de disolución, con clara diferencia a lo recogido en el apartado 10, abarca a los supuestos en los que la causa de disolución concurre tanto durante la vigencia del estado de alarma como con anterioridad. No obstante, ha de realizarse alguna precisión. La norma suspende el plazo de dos meses previsto en el art. 365.1 LSC para convocar la junta general. En el caso de que la causa de disolución concurriese antes del estado de alarma y ya hubiese expirado

este plazo de dos meses, el apartado 11 no puede suponer el renacimiento de un nuevo plazo legal a los efectos del cumplimiento de la obligación legal de convocar junta general que recae sobre los administradores. En segundo lugar, se plantea que acontece con el plazo suspendido, si una vez alzado el estado de alarma se reanuda o comienza a computarse de nuevo. Entendemos que este comenzaré a computarse de nuevo desde el principio, por lo que el plazo de para convocar la junta será de dos meses desde que cese el estado de alarma.

Como corolario a estas reglas, el art. 43 suspendía el plazo de solicitud de concurso impuesto en el art. 365.3 LSC. Dicho precepto fue derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 16/2020 que recoge la regulación de alarma en relación a la declaración de concurso que sustituye al precepto que derogaba, estableciendo, *1. Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente para la declaración de este la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.*

2. Hasta el 31 de diciembre de 2020, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde la declaración del estado de alarma. Si antes del 31 de diciembre de 2020 el deudor hubiera presentando solicitud de concurso voluntario, se admitirá ésta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

3. Si antes del 30 de septiembre de 2020 el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley.

VIII. Responsabilidad de los administradores

El apartado 12 cierra el art. 40 RDL 8/2020 con una regla claramente dirigida a modular la responsabilidad de los administradores correlativa a la contenida en el apartado 11. Según ella, *si la causa legal o estatutaria de disolución hubiera acaecido durante la vigencia del estado de alarma, los administradores no responderán de las deudas sociales contraídas en ese periodo.*

Son varias las justificaciones que pueden darse a esta previsión, todas ellas vinculadas con los efectos económicos y sociales vinculados con la pandemia y el estado de alarma, la crisis económica que lleva anudada, la necesidad de adoptar decisiones empresariales y comerciales con escaso margen de valoración y reflexión y, en muchos casos, sin contar con experiencia previa en situaciones similares. Ante ello, ha optado el legislador de urgencia por establecer estar regla que genera importantes dudas interpretativas.

En primer lugar, el criterio temporal varía claramente respecto al seguido en el apartado 11 RDL 8/2020 y el art. 18 RDL 16/2020. En el primero, suspende el plazo de convocatoria de junta general ante la concurrencia de causa de disolución tanto durante el estado de alarma como con anterioridad. En el art. 18 RDL 16/2020, excluye para la apreciación de la concurrencia de causa de disolución las pérdidas del ejercicio de 2020. Sin embargo, el apartado 12 se restringe a los supuestos en los que las causas legales o estatutarias de disolución concurrieran durante la vigencia del estado de alarma. Por lo tanto, no se

aplica a los supuestos en que sobrevenga la causa de disolución tras el cese del estado de alarma, lo que en todo caso resultaría estéril por responderse con carácter general únicamente de las deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución que por definición no habrían nacido durante el estado de alarma, ni cuando la causa concurrió previamente a su inicio. En este segundo caso, la responsabilidad de los administradores alcanzará a todas las deudas posteriores a la concurrencia de la causa de disolución sin limitación alguna, esto es, incluidas las nacidas durante la vigencia del estado de alarma.

En segundo término, limita las deudas de las que no responden los administradores a las *deudas sociales contraídas en ese periodo*, esto es, durante el estado de alarma. No abarca a las posteriores derivadas de la pandemia ni de las consecuencias del estado de alarma puesto que para la delimitación de las deudas excluidas se utiliza un término exclusivamente temporal y no causal.

Sin embargo, la cuestión más relevante es el alcance que ha de darse a la "no responsabilidad". Se plantea si se trata de una exoneración total de responsabilidad, como una especie de amnistía anticipada, o si está condicionada al ulterior cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concurrencia de la causa de disolución. La cuestión es de alta relevancia. En el primer caso, aunque los administradores tras el levantamiento del estado de alarma no cumplan su obligación de convocar junta general o, en su caso, instar la disolución judicial en el plazo de dos meses conforme establece el art. 40.11 RDL 8/2020 en relación con el art. 365.1 LSC, su responsabilidad nunca se extenderá a las deudas nacidas durante el periodo de alarma. En el segundo, que es por el que nos inclinamos, esta regla ha de interpretarse conjuntamente con la del apartado 11 de manera que únicamente cuando se cumplen las obligaciones legales en plazo, esto es, se convoca junta o se insta la disolución judicial en el plazo de dos meses desde el cese del estado de alarma, no serán responsables los administradores de las obligaciones sociales nacidas durante el estado de alarma. El deber de los administradores ante la concurrencia de causa de disolución continúa y no se excluye como consecuencia del decreto de alarma. Lo único que se establece es un plazo adicional para el cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, de cumplirlas, se le exonera de todas las deudas. Pero de no verificarlo, la responsabilidad es total y abarca a todas las posteriores a la concurrencia de la causa de disolución.

Sin duda, más allá de las dudas interpretativas expuestas, el mayor problema que va a conllevar la aplicación de este precepto será la efectiva acreditación de que la concurrencia de la causa de disolución tuvo lugar durante la duración del estado de alarma respecto a lo que surgen otras dudas que dejamos para otra ocasión, como es sobre quién recae la carga de la prueba o si puede entrar en juego alguna presunción al respecto.

CONVIVENCIA TEMPORAL DE NORMAS EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Autor: Enrique Sanjuán
Cargo: Magistrado especialista mercantil por el CGPJ. Profesor de derecho Mercantil UMA

Resumen: La entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal tendrá impacto no solo respecto de los procedimientos anteriores sino también en la normativa excepcional aprobada por el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.
Palabras clave: Ley concursal, estado de alarma.
Abstract: The entry into force of Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the revised text of the Insolvency Law, will have an impact on previous procedures and also exceptional regulations approved by the Royal Decree-Law 16/2020, of April 28.
Keywords: Bankruptcy Law, Insolvency Law alarm state.

El último apartado de la exposición de motivos de la Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, viene a plantear un escenario temporalmente coincidente entre diferentes normas, que ha de encajarse con lo previsto en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, con su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2020 (DF2ª) y el texto que se deroga (no todo en realidad) que recoge la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal.

Ese último apartado referido recoge literalmente lo siguiente: *El Derecho concursal se reivindica como una herramienta fundamental para la conservación de tejido empresarial y empleo; y de ello es consciente el legislador y la propia Unión Europea que ha desarrollado una importante iniciativa normativa a través de Directivas como la mencionada inmediatamente antes. Esta finalidad conservativa del Derecho concursal se manifiesta no solo a través de normas con vocación de permanencia como el presente texto refundido, sino que en el contexto de la crisis sanitaria originada por el COVID-19 también se han adoptado medidas urgentes, de naturaleza temporal y extraordinaria, con incidencia en el ámbito concursal. El ámbito temporal de aplicación de estas medidas es limitado, pues tratan de atender de manera extraordinaria y urgente la situación de los procesos concursales tras la finalización del estado de alarma y la situación de las empresas afectadas por la disminución o el cese de actividad motivada precisamente por las consecuencias económicas generadas por la mencionada crisis sanitaria, de modo que durante un cierto período de tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito.*

En realidad la cuestión es más compleja partiendo de actuaciones que ya se habrán iniciado con la Ley de 2003, otras que resultarán afectadas por la normativa de COVID-19 y las siguientes que se presenten desde 1 de septiembre. Aunque es un texto refundido ciertamente la estructura, su sistemática, el cambio denominativo en muchos supuestos e incluso la introducción de muchos apartados que no coinciden con la normativa anterior, generará una situación diferente a la que hemos conocido.

Nos dice el último apartado del extracto de la exposición de motivos que durante un cierto período de tiempo ambas normas, texto refundido y normas excepcionales, coincidirán en su aplicación, si bien cada una en su respectivo ámbito, y entendemos que no es así, pues el ámbito no es solo temporal en cuanto coincidencia. Explicar esto es sencillo pues si partimos del RDL 16/2020, una modificación de convenio se sujetará a lo previsto en el mismo, en cuanto lo matice, si bien conforme a las normas de la Ley 22/2003 si es anterior a 1 de septiembre y conforme al RDLTR si es posterior a 1 de septiembre. Lo mismo podríamos decir de los incidentes y la prueba, de las comunicaciones de apertura de negociaciones, de la liquidación, etc. Por lo tanto la convivencia temporal conlleva también la afectación en el ámbito subjetivo y objetivo.

El artículo 14 del RDL establece un listado de supuestos en donde la tramitación (antes y después del texto) ha de considerarse preferente. No se trata de una preferencia limitada a los supuestos derivados del impacto del COVID-19, sino de todos los supuestos concursales que allí se recogen. Y ello hasta que transcurra un año a contar desde la declaración del estado de alarma. Esto es coincidencia temporal que se aplicará tanto a los asuntos en tramitación antes como después de uno de septiembre. El artículo 10.1 RDL prevé la posibilidad de que durante el plazo de un año a contar desde la declaración del estado de alarma, el deudor que tuviere homologado un acuerdo de refinanciación ponga en conocimiento del juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado o pretende iniciar negociaciones con acreedores para modificar el acuerdo que tuviera en vigor o para alcanzar otro nuevo, aunque no hubiera transcurrido un año desde la anterior solicitud de homologación. Esto no es solo coindencia temporal sino normativa. Así si tenemos en cuenta nuestra DA 4ª Ley 22/2003 y el Libro II (artículos 583 y ss), aquellos supuestos que se inicien antes de uno de septiembre parten del 5 bis para esa comunicación, mientras que los que se presenten después tendrán el régimen previsto en estos últimos preceptos. Y ello teniendo en cuenta que los efectos del primero se producen al tiempo de su aplicación igual que en el segundo. Pero ¿Ha cambiado algo?. Y en este caso, entre otros, podemos ver que el plazo de posibilidad se ha individualizado en un solo artículo (584 LC) y por tanto el empaque que antes se tenía era menor que el actual, se ha recogido la posibilidad en inminente y actual (que antes no se recogía pero se admitía) y por tanto con diferenciación de plazo, se ha recogido una primera revisión de los bienes y derechos en el 585.2, necesarios, se ha matizado respecto de los garantes que no podrá oponerse a los acreedores aunque participen en las negociaciones, se ha matizado el tiempo de negociación para los supuestos de persona natural que no tenga la condición de empresario, se recoge una suspensión no determinada en qué momento en el artículo 589 respecto del juez que conozca la ejecución que habrá que interpretar con el 568 LEC, se introduce, modula y afecta la redacción de la posibilidad de despacho de ejecución respecto de garantías reales, se establece la inscripción en los registros públicos de bienes y derechos de la anotación de la apertura de negociaciones respecto de los mismos, se establece y modula el régimen de las solicitudes de con-

curso a instancia de legitimados distintos al deudor en el 595 si bien aclarando la tramitación de las anteriores y posteriores, etc.

No es una cuestión puntual, sino que a lo largo del texto refundido podemos encontrar múltiples referencias como las siguientes[1]:

Así se aclara, concretando el verdadero alcance, el sentido de la norma cuando el artículo 44.3 TRLC recoge que *a los efectos de lo establecido en este libro son empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil*, lo que excluye, por ejemplo el análisis de la deuda para situarlo en el ámbito objetivo. Algunas, muchas, Audiencias Provinciales así lo habían señalado[2], mientras que otras habían defendido la posición que ahora se regula[3].

Se adiciona y complementa la norma cuando en el artículo 52.7º TRLC se recoge que la competencia del juez del concurso se extiende a *Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.* Y ello frente al anterior texto que solo recogía que es competencia del juez del concurso, entre otras, *Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.*

Se introducen elementos discrepantes con la jurisprudencia aplicable hasta el momento, cuando en el artículo 221.2 TRLC, para ventas de unidades productivas, se recoge que *El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa.* Téngase en cuenta por ejemplo la Sentencia del TS (Sala Contencioso) de 17 de junio de 2019 (STS 2095/2019[4])[5] que vino a aclarar y a pronunciarse sobre ello entendiendo la competencia del juez de lo contencioso; y que en materia laboral la STS (STS 752/2018) de 26 de febrero de 2019, fijó, para unificación de doctrina (siguiendo el mismo criterio de otras anteriores: Sentencias Sala Social TS de 11 de enero de 2017, recurso 1689/2015; 18 de mayo de 2017, recurso 1645/2015; 5 de julio de 2017, recurso 563/2015 y 11 de enero de 2018, recurso 3290/2015) que *la competencia para resolver esa cuestión es de esta jurisdicción social, porque en la resolución de ese problema se encuentra implicada la recurrente, quien no ha sido parte en el proceso concursal, ni como deudor ni como acreedor, al haberse limitado a comprar una unidad productiva de la concursada, razón por la que su relación con el concurso de acreedores se ha limitado a la compra de un activo de la masa…*

Cuando los artículos 315 y 334 TRLC recogen la referencia a quienes pueden presentar convenios (artículos 106.1 y 113 LC) vemos cierta limitación que en la norma anterior no estaba, pues en este caso la presentación de propuestas ordinarias exige que la misma sea presentada por el deudor y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva. Como la norma habla de una propuesta en singular y utiliza el plural "podrán" parece que esa es la intención de TERELECO aunque con la anterior norma no existía dicho límite. Quizás busca la explicación del anterior 113.2 LC que también había generado problemas y cuya interpretación siempre fue a favor del deudor como posibilidad individual, flexibilizando las posibilidades de convenio.

Si relacionamos el art. 317 TRLC con el art. 325 (propuestas con contenido alternativo) y la denominada propuesta con cláusula de intereses que vemos a continuación, parecería que el convenio debe necesariamente tener (salvo el supuesto de asunción) quitas o esperas (también es posible ambas). Y que solo cuando la norma dice que es posible otro contenido a este tendríamos que estar. Situación que se confirma con la utilización "deberán" que ya se recogía en el artículo 100.1 TRLC pero que permitía, en esta anterior redacción, entender que no siempre debía ser así, dado el contenido posterior propuesto tanto propuestas alternativas como en proposiciones alternativas.

La norma sintetiza lo que antes llamábamos "propuestas con contenidos alternativos" (102 LC), por un lado, y "proposiciones alternativas" (101.2 LC) por otro, en un solo tipo de propuesta con contenido alternativo (arts. 325 a 330 TRLC).

El párrafo segundo del artículo 327 LC recoge la posibilidad de conversión de créditos en acciones, participaciones y otros si bien para créditos laborales exigirá el consentimiento individual de los titulares de esos créditos, como novedad. Esto supone una ampliación de los supuestos, por un lado, de lo previsto en las mayorías exigidas por los artículos 124 y 134 y por otro una limitación en cuanto a la necesidad de que dichos acreedores no sean arrastrados por ello salvo que presten su consentimiento.

Novedad es también la introducción en el artículo 328 TRLC la posibilidad de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima.

La prohibición de liquidación global, como tal, en el convenio ha desaparecido si bien la existencia de contenidos alternativos y la obligatoriedad señalada de determinados contenidos podría suavizarla. Ahora esa prohibición solo aparece para los Acuerdos extrajudiciales de Pago en el artículo 670.2 TRLC. El artículo 329 TRLC permite que una de las alternativas sea la cesión en pago que se diferencia de la realización del 323 para créditos privilegiados. Esto permitiría, entendemos, esa cesión aunque se trate de créditos privilegiados partiendo de la asunción de deuda y la eliminación del crédito, considerando el valor razonable y el exceso (long to value) de dicha valoración.

Sistematizador puede ser el artículo 320 TRLC, en cuanto recoge la denominada ahora *propuesta con cláusula de intereses* que anteriormente no se regulaba pero que se derivaba del artículo 59.2 LC. No obstante también hubiera sido útil, aunque del contexto de dicho precepto y de otros tipos de convenios puede deducirse, eliminar la expresión *deberá contener* que recoge el artículo 317 TRLC para las propuestas de convenio, pues en realidad no es necesario si el acuerdo se da respecto de otros supuestos.

Lo que es un contenido posible de la propuesta de convenio (conciliando el artículo 100 con el 133.4 LC) se convierte ahora en un tipo de propuesta en el artículo 322 TRLC: Propuesta con atribución de funciones a la administración concursal durante el periodo de cumplimiento del convenio. A nuestro entender debería ser contemplado no como un subtipo sino como un contenido más.

El art. 323 TRLC recoge el subtipo de propuesta de convenio con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial. En este caso se integra lo recogido en el artículo 100.3.2º LC. No obstante si nos fijamos bien vemos que el supuesto prohibitivo de cesión de pago a los acreedores públicos ha desaparecido de ese contexto porque ahora se recoge en otro suptipo como es el 329 (propuesta de convenio con cesión en pago). Se trata de una distinción que se fundamenta en

dicho precepto y en el 125 LC como reglas especiales (convenio singular) propio de estos acreedores. Se distingue entonces entre la propuesta de realización y la propuesta de cesión. Interesante es en este supuesto (323) tener en cuenta que se refiere a la deuda originaria (vía 155.4 LC). Esa referencia la podemos encontrar en otros muchos preceptos del nuevo texto, salvo que el artículo 152.2 TRLC ya ha integrado lo dispuesto en la STS de 11 de abril de 2019[6], a la que ciertamente habremos de estar en su interpretación. No hubiera estado de más aclarar, para evitar reinterpretaciones, que ello debería ser así.

El artículo 324 TRLC (propuesta de convenio con asunción) ha sido modulada respecto de su homólogo en el 100.2 (3º y 4ª). Ahora se recoge que la continuidad de la actividad comprometida lo será por un tiempo mínimo que establezca la propuesta y la obligación de pago, total o parcia, de todos o algunos de los créditos concursales, lo que impide la venta y la atribución del dinero a la masa activa para su reparto conforme al orden de pagos y recoge una modulación del mismo pues por ello se podría interpretar que se realizarán pagos saltándose el orden. Difícil cuestión que supone una novedad en el nuevo texto.

El artículo 176 bis 1. 2º LC recogía una posibilidad de cesión de acciones de reintegración que ahora se materializa más claramente en el artículo 330 TRLC en la propuesta de convenio con cesión de acciones o de los efectos de la reintegración. La posibilidad nueva abierta es que se podrá realizar a todos o alguna de las clases de acreedores exclusivamente.

Resolviendo la importante discrepancia prevista en el artículo 142 LC, el actual artículo 407 TRLC deja al margen el trámite que se había previsto anteriormente como si de una nueva petición de declaración se tratara, para supuestos de incumplimiento de convenio y solicitud de acreedor, para resolver con audiencia del deudor concursado mediante auto. Supuesto aclaratorio que modifica el trámite pero que no supone indefensión.

La introducción, en el último apartado del artículo 409 TRLC, de la distinción entre los supuestos de no haberse presentado propuesta de convenio o ser rechazada, para la apertura de la liquidación y el resto, de la necesidad de que la resolución judicial sea firme para que la apertura de la liquidación sea efectiva, supone adecuar la letra de la ley a la realidad concursal.Aunque en los tres supuestos restantes ya se exige resolución judicial firme, se redunda en ello para matizar la efectividad y por tanto con el efecto suspensivo de los recursos. Recordemos que la RDGRN de 5 de diciembre de 2019[7] vino a considerar el efecto inmediato del mismo: *Debe partirse de que en el sistema diseñado por la Ley Concursal, la resolución por la que se procede por el juez del concurso a la aprobación del plan de liquidación, con o sin modificaciones (artículo 148.2, inciso segundo, de la Ley Concursal) o por la que se decreta que las operaciones de liquidaciones se ajusten a las reglas legales supletorias (artículo 149 de la Ley Concursal) produce los efectos de inmediato. El administrador concursal debe iniciar sin demora las operaciones de liquidación: no es que tenga la facultad de liquidar.*

Una cuestión no menor es la referencia que hace el artículo 411 o el 413 TRLC al Título III del libro I de la norma para los efectos de la apertura de la liquidación. De igual forma que se recogía en el artículo 145.1 LC (que también se remitía al Titulo III) el nuevo texto también lo hace para señalar que durante la fase de liquidación se seguirán produciendo los mismos efectos en cuanto no se opongan a las específicas del mismo. No obstante debemos tener en cuenta que el anterior se remitía a un contenido diferente que incluía también las acciones de reintegración y que

ahora se sitúan en el Título IV del nuevo texto. La STS de 23 de marzo de 2017[8], ya nos recordaba su aplicación en fase de liquidación : *Asimismo, el art. 147 de la Ley Concursal prevé que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo. Entre estas normas están las del capítulo IV,* «de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», *arts. 71 a 73, que regulan las acciones de reintegración*[9]. No debiéramos ver por lo tanto en ello una situación de imposibilidad una vez aperturada la liquidación si la interpretamos conforme al alto tribunal.

La eliminación de la exigencia del artículo 155.4 en el artículo 417 TRLC, tal y como si se recogía en el 148.5 LC, parece un acierto, siempre que se relaciones con la lógica y el sentido común de que los acreedores lo aceptan, tal y como pone el precepto, y por tanto sin necesidad de mayor exigencia salvo la proporcionalidad y el valor razonable que debería incluir también la razonabilidad de una ejecución perjudicial o de una imposibilidad de venta.

La introducción del artículo 420 TRLC con la posibilidad de una modificación del plan de liquidación es algo también adecuado a la práctica, no prohibido en la anterior norma aunque no regulado, y que evitará la problemática surgida con los periodos de crisis y devaluación de los precios que hasta ahora hemos vivido.

Al recoger las reglas supletorias de liquidación la norma se remite sin más, en el artículo 421 TRLC, a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, lo que la convierten una ejecución más que en una liquidación. El viejo artículo 149 LC, que recogía inicialmente normas supletorias fue cambiado (Recordemos la ya citada STS de 21 de noviembre de 2017) por normas legales de liquidación: *La normativa actual es consecuencia del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modificaron el régimen de enajenación de unidades productivas en el concurso de acreedores, y en lo que ahora nos interesa el art. 149 LC. Este precepto cambia su rúbrica, pues deja de referirse a* «reglas legales supletorias», *para hacerlo a* «reglas legales de liquidación», *aplicables también cuando existe un plan de liquidación. El apartado 2 de este art. 149 LC regula ahora con mayor detalle la cuestión controvertida, esto es, la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el bien hipotecado*. Con la nueva redacción vuelven a ser supletorias y en ella se establece una regla de conjunto que ya no parece esa regla legal a la que el TS se refería, pero que interpretada conforme a su jurisprudencia, podría ser mantenido. Cuestión esta que ciertamente ha obviado, al recoger esa supletoriedad, lo que la jurisprudencia mantenía.

La regla de la consignación preventiva de los artículos 425 y 426 TRLC es una novedad, pero se encuadra en el sistema de gestión del concurso para asegurar por un lado el orden de pagos y por otro la garantía de cobro de determinados acreedores. No obstante la redacción puede dejar muchos flecos sueltos al recoger que se realizará respecto de todas las enajenaciones de bienes y derechos, lo que podría ser contradictorio en supuestos de créditos con lo previsto para créditos con privilegio especial. Asimismo se señala que las mismas se destinarán al pago de los créditos que resulten de un reconocimiento posterior tras la impugnación, cuando en realidad debe conciliarse con ese mismo orden de pagos. No obstante el apartado segundo nos dice que la parte remanente, una vez que se han pagado aquellos, será la que se distribuya entre los restantes por su orden.

En el mismo precepto se recoge una redacción que permite, como ya afirmaran las AAPP de Málaga de 18 de diciembre de 2018[10], la posibilidad de apelación contra los

actos de liquidación y ello aún a pesar de la limitación que se realizaba en el artículo 149 LC. Al recoger que debemos esperar para hacer frente al pago de aquellos créditos objeto de impugnación en apelación también lo hace a los actos de liquidación.

El cambio de "apoderados generales" a Directores generales que se produce a lo largo del texto (vid también 133 o 455 TRLC) pero también en el artículo 442 TRLC, supone un cambio radical en la materia. Recordemos que Emilio (nombre inventado), en la STS 421/2015, 22 de Julio de 2015, tenía esa categoría pero fue sancionado por ser administrador de hecho y no por la misma. Recordemos con Paz-Ares[11], que *cuando el art. 249.1 LSC dispone que la delegación de facultades es optativa en realidad se está refiriendo a la delegación orgánica de facultades, no a la delegación contractual que pueda hacerse en un tercero (por ejemplo, en un director general).* Precepto que sin duda va más allá del poder que pudiera existir a todo tipo de delegación. Esto solo puede ser interpertado teniendo en consideración la normativa refundida y por lo tanto la limitación de mandato de refundición. En apoyo de ello el 283.1.2° TRLC respecto de las personas especialmente relacionadas:" *Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*"

La nueva norma reclasifica los criterios de culpabilidad y distingue entre la calificación culpable, supuestos especiales (los del 164.2 LC) y presunciones de culpabilidad (los del 165 LC).

En el artículo 448.2 TRLC se acoge la doctrina jurisprudencial de que el informe de calificación de la administración concursal ha de tener "estructura de demanda". En este sentido la STS de 27 de octubre de 2017: *En cuanto al valor del informe de calificación de la administración concursal, es claro que no tiene el valor de prueba, ni pericial ni de otro tipo. El informe, aunque la Ley no lo llame demanda, ni exija un contenido semejante al del art. 399 LEC, es un escrito de alegaciones de contenido muy similar, por la propia estructura que le confiere el art. 169.1 LC, que se refiere a la necesidad de que contenga alusión a los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; y si se interesa la declaración de culpabilidad, deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de los cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieren causado. En definitiva, al igual que en una demanda, sujetos (quién pide y frente a quién), causa de pedir y pretensión concreta (sentencia 490/2016, de 14 de julio)*. Y evidentemente la misma estructura para el dictamen del Ministerio Fiscal conforme al artículo 449 TRLC.[12]

De igual forma y siguiendo la doctrina jurisprudencial[13] el artículo 454 TRLC recoge el contenido limitado de la calificación concursal por incumplimiento de convenio, según los diferentes supuestos.

El artículo 455.2.1° TRLC (también en el 701.2 para concurso consecutivo) realiza una matización a la consideración de administrador de hecho, quizás para evitar la amplitud de interpretaciones que en este sentido se han venido haciendo al efecto: *No tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en el convenio tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición.* Se trata sin duda de una novedad que pudiera sacarse implícita del texto legal anterior.

En el artículo 456 TRLC se recoge la referencia a *con o sin solidaridad* respecto de la posible condena a la cobertura del déficit concursal. Se trata de un supuesto que no se recogía en el anterior 172 bis LC.Desaparece igualmente la referencia general a *...los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles*[14], que ahora se recoge, para el concurso consecutivo, en el artículo 702 TRLC en relación al 701 . La redacción antes y después es diferente:

> Antes: El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta o de un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis.4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior.
>
> Después: del 701: *En el concurso consecutivo, en caso de persona jurídica podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación, además de las establecidas en esta ley, los socios que, sin causa razonable, se hubieran negado a acordar la capitalización de los créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles o hubieran votado en contra de la propuesta. La calificación de los socios como personas afectadas por la calificación se realizará en función del grado de contribución que hubieran tenido en la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo.*
>
> Del 702: cuando se hubieren negado *sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación.*

Las causas de conclusión del concurso se han reordenado y a veces innovado, pero en coherencia –en la mayor parte de los casos– con lo que realmente sucede, en el artículo 465 LEC. Es llamativo que se deriva a conclusión el hecho de la existencia de un solo acreedor cuando se presente el informe de la administración concursal; y aunque esto parte de considerar la existencia de más de un acreedor como presupuesto subjetivo del concurso, ciertamente y en ese estado ya se han generado créditos contra la masa, lo que supondrá –con la conclusión– que deberán ser reclamados fuera del ámbito concursal, saltándose la competencia que el propio

texto atribuye al juez del concurso. Derivar, por otro lado la conclusión no solo a la liquidación (se supone que realización) sino a la aplicación de lo obtenido al pago de los créditos, cuando a veces pueda resultar difícil encontrar al acreedor, resulta ciertamente un problema para muchos concursos, que simplemente depositaban o consignaban para ello sin que esto impidiera la conclusión y por tanto el cierre de la situación de insolvencia; no obstante creo que esto se salva en el 468.2 TRLC cuando hace expresa referencia a esas consignaciones . La introducción como causa de conclusión, tras la terminación de la fase común como límite, del desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos, puede ser una construcción de laboratorio, sobre todo si tenemos en cuenta el histórico contable (deuda arrastrada) y lo poco aconsejable que resulta depurarla antes de la solicitud de declaración de concurso; en relación con lo anterior el 477 TRLC agrupa tanto la satisfacción como el desistimiento o renuncia y resalta que esto se podrá hacer incluso si se está tramitando la sección de calificación (que no obstante continuará hasta el final y más allá en ejecución con el concurso concluido) e incluso a petición de cualquiera y de la administración concursal. No establece, sin embargo, ninguna referencia específica a la reapertura, cuando se obtengan bienes o dinero, en los artículos 503 y ss, específica para ello. Si tenemos en cuenta el artículo 466 LEC en relación con la conclusión por revocación de la Audiencia provincial de la declaración de concurso y el carácter automático que haya querido dársele al mismo, es evidente que se ha desconocido el propio artículo 27 TRLC a efectos de daños y perjuicios; debemos contemplar lo anterior considerando que se concluye el concurso en cuanto a su declaración y efectos pero no el procedimiento en sí mismo.

Del juego de los artículos 468 y 478 TRLC distinguimos entre un "informe final de liquidación" y la "rendición de cuentas". Ciertamente resulta confuso considerar el ámbito de cada uno de ellos en relación a la oposición y a la conclusión que también se acompaña. La presentación es simultánea (478). El informe de liquidación recoge aquello que el administrador hubiere realizado, pagos y consignaciones y la rendición de cuentas se centra en la retribución y trabajo realizado. En ambos establece un incidente concursal pero distinguiendo que haya oposición a la liquidación o no, se resolverá con la rendición de cuentas. Solo la no aprobación de cuentas lleva la inhabilitación (480) lo que quizás venga a aclarar el amplio ámbito que el Tribunal Supremo estableció en la STS 424/2015, 22 de Julio de 2015 y que se acomoda más a lo señalado en la Sentencia TS de 6 de abril de 2017 (STS 1387/2017) respecto de quien tiene la llave de la caja. Por otro lado permite también el rehacer al que se refiere la STS de 16 de octubre de 2017 (STS 3717/2017): *Por lo que la administración concursal deberá confeccionar una nueva relación de créditos contra la masa, ajustada a lo resuelto en esta sentencia y, si ello fuera necesario, devolver a la masa las cantidades que hubiera cobrado sin respetar dicho criterio.*

La conclusión express del concurso de persona natural (470 TRLC) aclara en su artículo 472 TRLC que hay conclusión y nombramiento de administrador concursal. Esta extraña figura, que administra un concurso que ya se ha concluido, había sido interpretada de forma diferente por nuestros tribunales quienes no concluían hasta que no se realizaba esa liquidación o, en su caso, se acreditaba la insuficiencia. Nada se dice al respecto de si habrá de presentarse, o no, informe de liquidación o rendición de cuentas como si se hace en el 474 TRLC.

Este último precepto llama nuestra atención en cuanto se refiere a ese informe como "balance final de liquidación", aunque lo llama informe y tendrá el mismo contenido y

lo sujeta a similares, pero distintas normas, criterios de oposición.

Se elimina en el artículo 476.3 la referencia a acciones de impugnación y solo se recogen las de reintegración, que el anterior artículo 176 bis 5.2º había establecido.

Lo que era beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y que muchos habían venido a llamar con el nombre de BEPI, la ley concursal lo ha convertido en exoneración de responsabilidad del deudor persona natural que sea de buena fe (487.1), aunque mantiene el título. Quizás era uno de los supuestos donde mayor falta hacía la reordenación y estructuración dada su falta de sistematicidad. Uno de los problemas de dicho precepto era el cumplimiento, para una de las opciones, de lo ahora previsto (antes en el 178 bis LC) en el 488.1 TRLC, en relación con la STS de 13 de marzo de 2019 (STS 897/2019). En esta se decía que *Si, como ocurre en el presente caso, en la práctica no se ofrece nada, pues la propuesta era la extinción o quita del 100% de los créditos, hemos de concluir, como hizo la Audiencia, que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Por esta razón, el Sr. Hipolito no podía obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho por la alternativa del ordinal 4º del art. 178 bis 3 LC, sin que previamente hubiera acreditado haber pagado el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios*. Dejando al margen el RDL 16/2020 que supone, para tiempos de alarma y hasta 31 de diciembre de 2020 un supuesto excepcional[15] pero que mucho tiene que ver con dicho intento, el texto lo soluciona distinguiendo un régimen general en la Sección 2ª y un régimen especial en la sección tercera con especial incidencia en los artículos 493 y 495 TRLC. A raíz de esto podrá presentarse como propuesta un plan de pagos y en el mismo, además de los créditos contra la masa, de alimentos y privilegiados podrán incluirse (o no) créditos ordinarios. La norma expresamente señala *la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan* lo que necesariamente habrá de relacionarse precisamente con la capacidad de pago. La interpretación por tanto de dicho intento no podría repetirse con la actual normativa. Curioso es la opción que el 489.4 TRLC recoge para el deudor en función de las alegaciones que las partes hagan a la inicial propuesta que se tramite por el régimen general. En función de estas podrá optar por el sistema especial de plan de pagos. La exoneración, por otro lado, del pasivo insatisfecho que exceptúa los créditos de derecho público, previsto en el artículo 491 y 497.1.1º TRLC (178 bis 5 .1º), no debería poder ser interpretada de forma diferente a como lo ha hecho la STS de 2 de julio de 2019 (STS 2253/2019), y ello teniendo en cuenta que se ha realizado una nueva redistribución del precepto que puede plantear otras posibles interpretaciones. No obstante la diferente distribución está llevando a considerar la distinción entre el general y el especial y por tanto la acomodación en este último de la forma de pago más que otra cuestión.

Es importante la introducción en el artículo 507 TRLC de un trámite aclaratorio para la tramitación de los supuestos de reapertura del concurso y los efectos y referencias necesarias a la actualización del informe con el que se haya de funcionar.

La interpretación del artículo 541 TRLC debería acomodarse necesariamente con inclusión en su ámbito de las acciones respecto de la relación jurídica individual de los trabajadores por el incidente concursal, aunque expresamente no se recoja y se deba deducir del 551 TRLC.

Más difícil nos parece encuadrar el nuevo artículo 695 TRLC en tanto permite considerar que el concurso consecutivo va más allá de lo que inicialmente establecía el artículo 242 o 242 bis, en relación al 231 LC:

a) El del deudor insolvente que, en caso de no haber alcanzado (un acuerdo[16])un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos tipificados en esta ley, se declare a solicitud del propio deudor, de acreedor o, en el caso de un acuerdo extrajudicial de pagos, también a solicitud del mediador.
b) El del deudor insolvente que se declare a solicitud del deudor que manifieste no poder cumplir el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos que hubiera alcanzado con los acreedores, así como el que se declare a solicitud del propio deudor o de acreedor, anterior o posterior a cualquiera de estos acuerdos, en caso de incumplimiento del que se hubiera alcanzado.
c) El del deudor insolvente que, en caso de declaración judicial de nulidad o de ineficacia del acuerdo alcanzado, se declare a solicitud del deudor o de acreedor anterior o posterior al acuerdo anulado o declarado ineficaz.

Y aclaración[17] es también el artículo 696 TRLC, en cuanto establece coherentemente la competencia en refinanciaciones: *Será juez competente para declarar el concurso consecutivo el que hubiera declarado la nulidad o la ineficacia del acuerdo o lo hubiera declarado incumplido o, en el caso de los acuerdos de refinanciación homologados, el que lo hubiera homologado. En los demás casos será juez competente el que conforme a las normas generales lo fuera para la declaración del concurso.*

Todo ello no es sino una muestra de la realidad (y de la necesidad) que va a suponer la entrada en vigor del RDL 1/2020 y su impacto no solo respecto de los procedimientos anteriores sino también de la normativa excepcional aprobada por el RDL 16/2020. Y la cuestión será entonces saber navegar por los diferentes textos, esperando (como ya sabemos que viene) una nueva reforma a dicho texto cuando se incorpore la Directiva UE 2019/1023 de reestructuración de empresas y segunda oportunidad. Hoy más que nunca necesitamos profesionales especializados que sepan buscar en las tácticas, las estrategias finales para que todo ello llegue a buen fin; y de la justicia (juzgados de lo mercantil) la suficiente flexibilidad para poder abordar la literalidad de las normas al amparo de los principios que el derecho de insolvencia inspira. Solo así esto podrá ser una herramienta útil.

[1] Las referencias están publicadas en abierto en mi página de linkelind.

[2] Considera las deudas para la atribución de competencias por ejemplo el AAP, Civil Granada, sección 3 del 17 de octubre de 2019 (ROJ: AAP GR 1247/2019 - ECLI:ES:APGR:2019:1247A).

[3] AAP Almería, a 03 de abril de 2018 - ROJ: AAP AL 95/2018. En el mismo sentido AAP de Málaga de 21 de abril de 2020 (RAC 2220/19).

[4] http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

[5] Para supuestos anteriores ya se había pronunciado también la STS(III) 113/2018, de 29 de enero, en donde se estimaba el recurso de casación n.º 3384/2015 y concluimos, frente a los mismos argumentos que había reproducido la Tesorería General de la Seguridad Social.

[6] Dicha sentencia recoge: *La garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro el límite previsto en el art. 114 LH . En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del art. 59 LC . Pero en el caso de los intereses moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, pues la previsión del art. 59 LC debe entenderse referida sólo a los remuneratorios, por la siguiente razón. El art. 59.1 LC, cuando prevé que, por regla general, desde la declaración de concurso se suspende el devengo de los intereses, se refiere sólo a los remuneratorios, pero no los que se devengan por la mora del deudor. En principio, declarado el concurso, los créditos concursales que forman parte de la masa pasiva, conforme al art. 49 LC, quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y*

la liquidación, sin que sean exigibles antes de que se alcancen tales soluciones. Por esta razón, como existe una imposibilidad legal de pago, no tiene sentido que durante el concurso operen instituciones como los intereses y recargos de demora, que incentivan el pago puntual de las obligaciones. Es lógico que la excepción que el art. 59.1 LC prevé respecto de los intereses "correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía", *se refiera también al mismo tipo de interés, el remuneratorio. También el crédito concursal garantizado con hipoteca está sujeto a las mismas restricciones de pago, sin perjuicio de la salvedad contenida en el art. 155.2 LC, que legitima a la administración concursal a pagar las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa. Es una facultad que tiene la administración concursal, en el caso en que le interese mantener la vigencia del préstamo. Y también en ese caso, los únicos intereses de demora que debería pagar serían los que se hubieran devengado por las cuotas vencidas e impagadas antes del concurso y hasta su declaración, pero no los posteriores. Esta interpretación se acomoda a la ratio del actual art. 155.5 LC, cuando prevé que* "en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (...), el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria". *La deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado.*

[7] Resolución de 5 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

[8] STS 1051/2017.

[9] Es por ello que ante la situación planteada resolverá lo siguiente: *Estas acciones son tanto la acción rescisoria concursal de los cinco primeros apartados del art. 71 como* «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho», *esto es, las que proceden con carácter general en una situación no concursal, tal como prevé el vigente apartado 6 de dicho artículo. Para el ejercicio de todas estas acciones, la legitimación viene regulada en el art. 72, y corresponde a los administradores concursales, con carácter principal, y a los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, con carácter subsidiario para el caso de que la administración concursal no la ejercite. Por último, los efectos de la rescisión concursal son los previstos en el art. 73 de la Ley Concursal (resumidamente, la ineficacia del acto, la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, y la consideración como crédito contra la masa de la prestación que resulte a favor de un demandado, salvo que se aprecie su mala fe, en cuyo caso tendrá la consideración de crédito subordinado). No puede considerarse que exista una laguna legal en cuanto a la posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento. La remisión que el art. 147 de la Ley Concursal hace al título en que se regulan los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa permite que una vez abierta la fase de liquidación, los administradores concursales ejerciten algunas de las acciones previstas en el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana) o alguna otra acción dirigida a declarar la ineficacia del acto. Pero el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción rescisoria concursal, conforme al art. 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso. Mientras que el resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí otras derivadas de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio.*

[10] Auto AP de Málaga, 18 de diciembre de 2018 (RAC750/18).

[11] InDret, 2018.

[12] Algo que ya recogía la Instrucción 1/2013, sobre la intervención del fiscal en el proceso concursal.

[13] STS de 13 de abril de 2016. STS 1647/2016.

[14] Recordemos que había una remisión al 165.4º LC que nunca fue corregida y que ahora se refería al 165.2 LC.

[15] El artículo 17 recoge lo siguiente: *Durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al Juzgado.*

[16] Hay una repetición en la norma que seguramente será objeto de corrección.

[17] Así lo defendíamos en Sanjuán y Muñoz, E. *Reestructuración de deuda y protección concursal.* Sepin. 2017.

EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA EN PROCEDIMIENTOS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. PARTE I

Autora: María José Fernández Alcalá
Cargo: Magistrada especialista en asuntos propios de lo mercantil adscrita al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada

Resumen: El 27 de mayo de 2017 entró vigor el Real Decreto-Ley 9/2017 por el que se traspuso a nuestro ordenamiento, entre otras, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea introduciendo en nuestro sistema un nuevo procedimiento de acceso a las fuentes de prueba. En el último año se ha comenzado a promover en los juzgados de lo mercantil solicitudes de acceso a las fuentes de prueba relacionadas con el ejercicio de las acciones de reclamación de daños formuladas como consecuencia del conocido coloquialmente como "cartel de los camiones" (sancionado por Decisión de la Comisión de 19/7/16, asunto AT.39824). Ello ha motivado la aparición de los primeros problemas prácticos en su tramitación a cuyo estudio y análisis se dedica este trabajo.
Abstract: On 27 May 2017, Royal Decree-Law 9/2017 came into force, implementing in our system, among others, Directive 2014/104/EU of the european parliament and of the council of 26 november 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, introducing in our system a new procedure for access to sources of evidence. In the last year, this type of procedure has begun to be promoted in the commercial courts in relation to the exercise of actions for damages formulated as a result of the colloquially known as the "lorry cartel" (sanctioned by Commission Decision of 19/7/16, case AT.39824). This work focuses on the study and analysis of the first practical problems that appeared during its handling.

SUMARIO

I. Introducción

II. Examen de la competencia

III. Citación, traslado y traducción de documentos

IV. Reglas de protección de la confidencialidad

V. Ejecución de las medidas de acceso a las fuentes de prueba

VI. Consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba

VII. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba

I. Introducción

El art. 4 del Real Decreto-Ley 9/2017 introdujo una nueva sección bis dentro del Capítulo V (de la prueba: disposiciones generales) del Título I del Libro II con la rúbrica "Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia" que comprende los artículos 283 bis a) a 283 bis k). La reforma operada a través de este Real Decreto-Ley ha tenido un alcance menos ambicioso que el perseguido en la Propuesta de Ley de la Sección especial para la Transposición de la Directiva 2014/104 que se configuraba como una norma de alcance general, aplicable a todo tipo de procesos civiles, que se completaba con una serie de medidas específicas para las acciones por daños derivados de infracciones del derecho de la competencia.

La regulación actual se configura una institución procesal novedosa e independiente con la que, conforme se explica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, *...se da carta de naturaleza legal a la noción de fuente de prueba, a través de la cual se alude a todo elemento susceptible de servir de base para la ulterior práctica probatoria en el momento procesal oportuno. A través de la nueva regulación se permite que los justiciables en el campo del Derecho de la competencia tengan conocimiento de los elementos que les servirán para tratar de formar la convicción judicial conforme a las reglas ordinarias en materia de proposición y práctica de la prueba; ahora bien, y precisamente por ello, el acceso a fuentes de prueba no exime al litigante de la carga de proponer en tiempo y forma la práctica del medio probatorio pertinente*. Por tanto, toda la regulación está orientada a facilitar a los litigantes en una acción de daños derivados de ilícitos antitrust una vía para obtener información concreta que, por estar en posesión de la otra parte o de un tercero, de otro modo, no sería accesible[1]. Este es uno de los ejes en los que se vertebra la Directiva 2014/104 que, en su considerando 15, incide en como los litigios por infracciones del Derecho de la competencia se caracterizan por una asimetría de información, lo que determina la conveniencia de garantizar a las partes demandantes el derecho a obtener la exhibición de las pruebas relevantes para fundar sus pretensiones, extendiéndose esta posibilidad a los demandados para, de este modo, garantizar la igualdad de armas. Ahora bien, este mejor acceso a las fuentes de prueba no es ilimitado, la Directiva pretende evitar las conocidas como "fishing expeditions" estableciendo un sistema de obtención de información sometido a control judicial y articulado bajo los principios de utilidad, pertinencia y proporcionalidad. Finalmente, aunque se prevé el acceso a la información y pruebas contenidas en los expedientes de las autoridades de competencia, se establecen límites adecuados para evitar que se frustre su eficacia y preservar los programas de clemencia[2].

El mecanismo de acceso de fuentes de prueba se ha incorporado en nuestro ordenamiento como una institución autónoma con perfiles y características propios, no obstante, no se debe obviar las similitudes que podemos encontrar con otras figuras afines como las diligencias preliminares. En este sentido conviene recordar que en la Propuesta de Ley que preparó la Comisión de Codificación para implementar la Directiva 2014/104, cuyos trabajos han servido de base al nuevo texto legal, se preveía la sustitución de las diligencias preliminares por el nuevo procedimiento de acceso a las fuentes de prueba. No obstante, podemos apreciar importantes diferencias, así, con carácter general se puede afirmar que la finalidad de las diligencias preliminares es preparatoria y no probatoria. Siguiendo a HERRERA PETRUS se puede afirmar que las diligencias preliminares sirven para pre-

parar el juicio y se refieren a aspectos tales como la identidad y capacidad del futuro demandado, existencia de contratos, etc cuya determinación es necesaria para confirmar el interés o conveniencia del pleito, en cambio, las diligencias de acceso a las fuentes de prueba están directamente conectadas con la actividad probatoria de un pleito iniciado o en vías de formalización, presentado evidentes similitudes con las diligencias de comprobación de hechos o incluso con las diligencias preliminares previstas en el art. 256.1 8º LEC como instrumento de preparación de las acciones de infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual, en las que se exige que la solicitud se acompañe de un principio de prueba de la realidad de la infracción.

Las diferencias son más evidentes con las medidas cautelares, cuya finalidad esencial es hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse ante una eventual sentencia estimatoria. Finalmente, la nueva medida es compatible con la petición de aseguramiento de prueba tal y como prevé el apartado 2º del art. 283 bis f LEC *La solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba puede incluir también la solicitud de medidas de aseguramiento de prueba, si procedieren con arreglo a los artículos 297 y 298 de esta ley. En tal caso, se seguirá el procedimiento previsto en este artículo.*

Las primeras aproximaciones a este mecanismo de acceso a fuentes de prueba incidían en la importancia de la distinción entre los medios de prueba y las fuentes de prueba[3]. La confusión entre ambos conceptos llevó a desestimar las primeras solicitudes de acceso a las fuentes de prueba formuladas al amparo de la nueva normativa, así el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid de 9 de julio de 2018 y el del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 13 de agosto de 2018 rechazaron solicitudes de acceso a fuentes de prueba cuyo objeto era requerir a la parte demandada para que presentara informe que precisara los sobrecostes de fabricación de los vehículos.

Superadas estas primeras confusiones conceptuales, la reclamación de los daños derivados del "cartel de los camiones" ha motivado la proliferación de solicitudes de acceso a las fuentes de prueba cuya finalidad principal es la obtención de información sobre los daños y perjuicios soportados por los adquirentes y usuarios de camiones consistentes fundamentalmente en el sobreprecio de adquisición. Asimismo, sobre la base de que en la Decisión de la Comisión se ha constatado que el cártel no se limitó a incrementar el precio de los camiones, sino que, además, retrasó artificiosamente la introducción de los cambios tecnológicos en los motores, lo que tiene un efecto directo en el consumo de combustible, en una serie de solicitudes presentadas por un fondo de litigación se ha añadido el requerimiento de información relativa a los consumos de los motores equivalentes, antes y después de incorporar las nuevas tecnologías disponibles en el momento de su fabricación.

A la luz de estas solicitudes haremos un estudio del alcance y contenido de los requisitos y presupuestos derivados de la nueva regulación y las cuestiones que se plantean en la resolución de las peticiones formuladas. En esta primera parte analizaremos las cuestiones procesales planteadas durante la tramitación del procedimiento y la ejecución de las medidas de acceso a fuentes de prueba acordadas, incluidas las reglas de protección de la confidencialidad. En la segunda parte se analizarán los presupuestos materiales para su adopción, así como sus especialidades en las solicitudes cuyo objeto sea la preparación de la defensa del passing on y el acceso a las pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de la competencia.

II. Examen de la competencia

El art. 283 bis d) LEC regula la competencia y dispone que *1. Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas de acceso a fuentes de prueba el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.*

2. No se admitirá declinatoria en las medidas de acceso a fuentes de prueba, pero el tribunal al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiese que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el tribunal al que debe acudir. Si éste se inhibiere en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 de la presente ley.

Si las medidas de acceso a fuentes de prueba se solicitan en la demanda o durante la pendencia del proceso, la competencia deberá haberse examinado en el procedimiento principal, por tanto, la previsión del control de oficio del apartado 2 del art. 283 bis LEC debe entenderse referida a los supuestos en los que las medidas se solicitan antes de la incoación del proceso. De hecho, la redacción de la norma es la misma que se articula en el art. 257.2 LEC en materia de diligencias preliminares, en la se contempla igualmente que sea el órgano judicial quien revise de oficio su competencia excluyendo la posibilidad de plantear declinatoria. Su justificación, cuando la solicitud se presenta antes de la formulación de la demanda es la misma que en sede de diligencias preliminares, nos encontramos en una fase anterior al juicio en la que aún no se plantea la contienda, razón por la que sólo se prevé la posibilidad de que se formule un conflicto negativo de competencia a resolver conforme a la previsión del art. 60 LEC. En cualquier caso, conforme al régimen general de recursos, siempre cabría interponer recurso de reposición frente al auto de admisión de las diligencias de acceso a fuentes de prueba o volver a reproducir la cuestión en el recurso de apelación que se interponga frente al auto que decida sobre la solicitud.

Conforme al art. 283 bis c) LEC, la competencia se atribuye al órgano que conozca del asunto en primera instancia y, si la solicitud se hubiera presentado antes de la incoación del proceso, quien tuviera competencia para conocer de la demanda principal.

Siguiendo el criterio fijado por el ATS de 26 de febrero de 2019, para determinar la competencia internacional del órgano habrá que estar al art. 7.2 del Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro, en materia delictual o cuasidelictual, *ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso*. Esta resolución aclaró que, una vez que los tribunales españoles son internacionalmente competentes, la competencia territorial se ha de determinar por la normativa procesal interna[4].

Ante la inexistencia de una regla expresa de competencia territorial sobre las acciones de reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia, en virtud de los principios de equivalencia y efectividad que inspira la Directiva 2014/104, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que las normas de atribución de competencia territorial que se apliquen han de garantizar la eficaz reclamación a los causantes de las conductas colusorias, debiendo ser interpretadas en consonancia con dichos pa-

rámetros. Por ello, y dado que en loa reclamaciones derivadas del cártel de camiones no es posible aplicar las normas generales que regulan el fuero general de las personas jurídicas –las sociedades demandadas están domiciliadas en otros estados miembros y la relación jurídica se perfeccionó en la mayoría de los casos con un tercero (concesionario de la marca o mutimarca)–, se opta como fuero alternativo el previsto en el art. 52.1 12º LEC para las acciones de competencia desleal cuando el demandado carezca de domicilio o lugar de residencia en España, que es el lugar donde se haya realizado el acto o donde se produzcan sus efectos, que en los supuestos de cártel sería el lugar en donde el perjudicado ve repercutido el sobreprecio, identificándose con el lugar de adquisición del vehículo[5].

Es frecuente que en la práctica los vehículos afectados por el cartel de los camiones se hayan adquirido a través de un contrato de arrendamiento financiero. En estos supuestos surgen dudas del lugar en el que se repercute el sobreprecio, bien donde se formaliza el contrato con la entidad financiera, bien en el domicilio del concesionario que provee el vehículo. El Tribunal Supremo, en Autos de 8 de octubre y 22 de octubre de 2019 ha considerado que el lugar de cesión del uso del camión, según el contrato de leasing, es el lugar de producción de efectos al considerar que es donde tiene lugar la repercusión del sobreprecio[6].

En esta línea la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, al resolver un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado de lo Mercantil de Almería y de Granada concluye lo relevante no es el domicilio o establecimiento del concesionario sino el lugar dónde se le ha repercutido al demandante el sobreprecio que se identifica con el lugar de celebración del contrato de arrendamiento financiero[7].

III. Citación, traslado y traducción de documentos

Para el análisis de la cuestión debemos partir del art. 283 bis f) LEC que dispone que, una vez recibida la solicitud es preciso dar traslado, tanto de ésta como de los documentos que la acompañen, a la persona frente a la que se solicita la medida y, si se tratara de un tercero, a aquella frente a la que pretenda ejercitarse la pretensión. Si el domicilio de los destinatarios de las medidas se encuentra en un país de la UE, como ocurren en las acciones follow on seguidas en el cártel de los camiones, el traslado de documentos y la citación para la vista deberá realizarse conforme a las reglas establecidas en el Reglamento 1393/2007, de 13 de noviembre, relativo a la notificación y al traslado entre los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (en adelante, Reglamento de notificaciones).

Tal y como sucede en las acciones principales, en el procedimiento de acceso a fuentes de prueba también surgen los problemas derivados de la notificación y traducción de los documentos a las empresas fabricantes de camiones sancionadas por la comisión y cuyo domicilio se encuentran en otros estados miembros de la UE. Sin necesidad de extendernos mucho en esta cuestión, basta mencionar que el Reglamento de notificaciones prevé la notificación a través de las autoridades del Estado requerido mediante la utilización del formulario que figura en los anexos del reglamento, pero también se permite, entre otros medios, la notificación o traslado directamente por correo, mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente.

En cuanto a la traducción de la solicitud y documentos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) de 8 de

mayo de 2008 ("Asunto Weiss" C-14/2007) prevé como "límite mínimo" que la traducción debe comprender aquellos documentos que permitan identificar el objeto y causa de la demanda así como el requerimiento para comparecer ante el tribunal, no siendo imprescindible que se extienda a aquellos documentos que se acompañan a la demanda y que tengan una función meramente probatoria[8].

La SAP Valencia, secc. 9ª, de 4 de diciembre de 2019, al resolver sobre la regularidad de la notificación y traslado de documentos concluye que no se ha producido indefensión en atención al contenido y alcance de la defensa de la parte demandada plasmada en el expediente a través de sus diferentes escritos *(...) sin perjuicio de reiterar la necesidad de observar la regularidad de los actos de comunicación y el Reglamento de Notificaciones como garantía del adecuado derecho de defensa de quien es llamado al procedimiento judicial, que debe tener acceso a la documentación en la lengua que le permita comprender el alcance de lo que se le pide y las consecuencias que dimanan de su llamamiento al proceso*.

La experiencia acumulada hasta este momento nos lleva ponderar, de un lado, el derecho de defensa de los destinatarios, que no puede quedar debilitado por un déficit de información de la pretensión frente a ellos ejercitada y, de otro lado, que la finalidad primordial del Reglamento de notificaciones consiste en mejorar la eficacia y rapidez de los procedimientos judiciales de tal modo que no quede desvirtuada por una interpretación excesivamente rigorista de las normas.

En este sentido, para valorar la posible indefensión por infracción de normas de procedimiento, debemos tener en consideración la propia doctrina de la Sala Primera que, entre otras, en la STS nº 662/2017 de 12 de diciembre afirma que ... *ha de ser una indefensión material, real y efectiva, y no meramente formal, que, de un lado obliga a la parte que la alega a la debida diligencia, desterrando la pasividad, el desinterés, la desidia o la impericia, y de otro impone la presencia de un resultado verdaderamente lesivo para la plenitud de sus derechos de defensa, con auténtica limitación o menoscabo de ellos (sentencias TC 52/998, que cita las sentencias 1/96, 167/88, 212/90, 87/92 y 94/92).*

Ello nos lleva a entender que, aún cuando pudiera apreciarse alguna irregularidad en la notificación y traslado de los documentos, una vez personados los demandados en el procedimiento, en atención a la actitud procesal que adopten, podrá entenderse subsanado los defectos en la notificación siempre que se garantice no sólo la posibilidad de tener un conocimiento completo de la demanda formulada sino también evitar que se reduzcan los plazos de preparación de sus alegaciones orales o escritas frente a la pretensión sostenida de contrario.[9]

De cualquier modo, y aún cuando existe un consenso en la doctrina jurisprudencial nacional sobre esta materia, no podemos obviar que el TJUE en la sentencia dictada en el asunto Alpha Bank Cyprus (C-519/2013), advierte que *75. El Reglamento nº 1393/2007 no prevé que se pueda notificar válidamente un documento a los mandatarios de los destinatarios que hayan aceptado comparecer con reservas ante el tribunal que conozca del asunto en el Estado miembro de origen, exclusivamente para impugnar la regularidad del procedimiento*..

En todo caso, la presencia y colaboración del destinario de las medidas de acceso a las fuentes de prueba es esencial para su buen fin, por tanto, en el supuesto hipotético de que la decisión se adoptara en rebeldía, difícilmente podría verse satisfecha la necesidad de información de la parte solicitante pues la ejecución de la resolución debería

llevarse a cabo en el país del domicilio del demandado.

IV. Reglas de protección de la confidencialidad

Las reglas de protección de la confidencialidad se regulan en el art. 283 bis c) LEC. El considerando 18 de la Directiva 2014/104/UE parte de la base de que, si bien en las acciones por daños será preciso disponer de aquellas pruebas relevantes que contengan secretos comerciales o cualquier otra información confidencial, es preciso proteger de manera adecuada esta información. La normativa nacional otorga al tribunal la potestad de ordenar, si lo considera pertinente, la exhibición de pruebas que contengan información confidencial en casos de acciones por daños exigiéndole que, en tal caso, adopte las medidas necesarias para proteger la confidencialidad en los términos previstos en el art. 283 bis c) LEC en el que se establecen las siguientes reglas:

A) El tribunal dará pleno efecto a las reglas de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente que resulten aplicables, así como a las reglas sobre deber de guardar secreto.
B) El tribunal tendrá en cuenta si la fuente de prueba a la que pretende accederse incluye información confidencial, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial. Para identificar si la fuente solicitada incluye información confidencial habrá que estar, por un lado, al propio concepto de secreto empresarial que se formula en el art. 1 de la Ley 1/2019 de 20 de febrero de Secretos Empresariales y del que se desprende la concurrencia de tres requisitos para que una determinada información o conocimiento constituya secreto empresarial: 1) ha de ser secreta, en el sentido de no generalmente conocida, ni fácilmente accesible; 2) ha de poseer un valor empresarial, potencial o real, por su condición de secreta; y 3) ha de haber sido objeto de medidas razonables adoptadas por su titular para mantener el secreto. Si bien los secretos empresariales constituyen, por definición, información confidencial no se puede obviar que puede existir otro tipo de información confidencial más allá del concepto de secreto empresarial, como por ejemplo la protección de datos de carácter personal.
C) Cuando se determine el carácter confidencial de los datos e información a los que se pretende acceder, el art. 283 bis b) en su apartado 5º prevé que si el tribunal considera necesario ordenar el acceso a fuentes de prueba que contengan información confidencial podrá optar, entre otras, una serie de medidas siguientes medidas, cuya filosofía coincide con las previstas en el art. 15 de la Ley 1/2019 y que consisten en:

1.ª Disociar pasajes sensibles en documentos o en otros soportes.

2.ª Realizar audiencias a puerta cerrada o restringir el acceso a las mismas.

3.ª Limitar las personas a las que se permite examinar las pruebas.

4.ª Encargar a peritos la elaboración de resúmenes de la información en una forma agregada no confidencial o en cualquier otra forma no confidencial.

5.ª Redactar una versión no confidencial de una resolución judicial en la que se hayan suprimido pasajes que contengan datos confidenciales.

6.ª Limitar el acceso a determinadas fuentes de prueba a los representantes y defensores legales de las partes y a peritos sujetos a obligación de confidencialidad.

En una primera aproximación, esta nueva regulación supera la previsión contenida en el régimen jurídico de las diligencias preliminares o la exhibición documental en las que se prevé la posibilidad de declarar el carácter reservado de las actuaciones como medida para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial (art. 259.4 LEC y 328.3 LEC.).

La Comisión Europea, con la finalidad de ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales en el tratamiento de las solicitudes de exhibición de información confidencial en la aplicación privada del Derecho de la Competencia está elaborando una Comunicación, cuyo borrador se encuentra publicado en la página web de Unión Europea, en el que ofrece una guía sobre las medidas a adoptar antes de divulgar la información confidencial (Draft-2019 Comunicación de la Comisión sobre la protección de la información confidencial para la aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales)[10].

En primer lugar, se relacionan los factores a tener en cuenta para elegir una o más medidas de protección de la confidencialidad:

(i) La naturaleza y el carácter más o menos sensible de la información que se divulga (por ejemplo, nombres de clientes, precios, estructura de costes, márgenes de beneficios, etc.) y si, a efectos del ejercicio de los derechos de la parte que solicita la exhibición, el acceso a dicha información puede otorgarse en una forma agregada o anónima;

(ii) el alcance de la exhibición solicitada (es decir, el volumen o número de documentos a exhibir);

(iii) el número de partes afectadas por el litigio y la exhibición; ciertas medidas para la protección de la confidencialidad pueden ser más eficaces que otras, en función de si hay más de una parte solicitante o partes divulgadoras;

(iv) la relación entre las partes (por ejemplo, si la parte divulgadora es competidora directa de la parte que solicita la exhibición, si las partes tienen una relación continua de suministro, etc.);

(v) si los titulares de la información objeto de divulgación participan en el litigio ante un órgano jurisdiccional nacional en calidad de terceros. También deben tenerse en cuenta los derechos de los terceros del procedimiento civil en la protección de su información confidencial. La parte divulgadora puede tener en su poder documentos de terceros cuyo contenido puede ser confidencial para la parte solicitante u otras partes en el procedimiento.

(vi) el circulo de personas a las que se les permite acceder a la información [es decir, si la exhibición debería concederse solo a representantes jurídicos externos o si también se permitiría a la parte solicitante (representantes de la empresa) acceder a la información];

(vii) el riesgo de divulgación accidental;

(viii) la capacidad del órgano jurisdiccional de proteger la información confidencial a lo largo del procedimiento civil e incluso una vez se haya archivado: los órganos jurisdiccionales nacionales pueden concluir que una sola medida no es suficiente para proteger eficazmente la información confidencial, y podrá ser necesario adoptar otras medidas a lo largo del procedimiento; y

(*ix) cualquier otro obstáculo o cargas administrativas asociadas a la exhibición, como mayores costes o trámites administrativos adicionales para el sistema judicial nacional, costes para las partes divulgadoras, posibles retrasos en el procedimiento, etc.*

A estos factores se añade la incidencia que puede tener en la elección de la medida más efectiva la existencia y la capacidad de imponer y hacer efectivas las sanciones en caso de que se incumplan las obligaciones de confidencialidad impuestas por los órganos jurisdiccionales.

Partiendo de estas consideraciones se ofrece una descripción de las medidas más comunes que pueden utilizarse para proteger la información confidencial:

1. Círculos de confidencialidad, constituyen una medida eficaz para garantizar la divulgación de datos cuantitativos o de información comercial o estratégica muy sensible que, si bien son pertinentes para la reclamación de la parte, son muy difíciles de resumir de forma comprensible o no pueden divulgarse sin correr el riesgo de disociarlos en exceso y perder su valor probatorio.

2. Disociación, la parte divulgadora podrá editar los documentos y suprimir la información confidencial. Se puede sustituir la información sensible por datos anónimos o "cifras agregadas", sustituir los párrafos suprimidos por resúmenes informativos o no confidenciales que sean comprensibles o incluso censurar las partes de los documentos que contenga información confidencial. Podrá requerirse a las partes divulgadoras que limiten la disociación a aquello que sea estrictamente necesario para proteger los intereses de los titulares de la información, como por ejemplo disociar los datos de identidad de los clientes manteniendo las cantidades de productos suministrados. Será un medio eficaz en aquellos casos en que, a pesar de la sustitución de la información confidencial por un texto no confidencial, los documentos y la información divulgada siguen siendo comprensibles y adecuados para el ejercicio de los derechos de la solicitante

3. Nombramiento de expertos, consiste en designar a una persona con experiencia en un capo concreto para que acceda a la información confidencial y elaborar un resumen no confidencial comprensibles de la información que se podrá a disposición de la parte solicitante.

Aunque ninguna de estas medidas está prevista en nuestra normativa procesal, el Protocolo de Protección del Secreto Empresarial en los Juzgados Mercantiles elaborado por la Sección de derecho de la competencia de Tribunal Mercantil de Barcelona prevé expresamente la utilización de los círculos de confidencialidad y la disociación de documentos y resoluciones judiciales como medidas de protección del secreto empresarial. Más difícil será encajar el nombramiento de un experto independiente ajeno a los designados por las partes cuya presencia en el procedimiento no está prevista en nuestra normativa procesal ni cabe asimilar a ninguna figura equivalente.

En algunas de las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Mercantil en materia de acceso a fuentes de prueba se ha accedido a la petición de algunos demandados de proteger la información confidencial mediante el uso de las conocidas como "data room", figura a la que hace referencia expresa el apartado 30 del "Draft 2018-Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto"[11].

Uno de los pioneros en poner en práctica esta medida de protección de la información confidencial ha sido el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia en el Auto de 14 de junio de 2019, justificándola en la necesidad de tutela de la información referente a los precios aplicados a los modelos de camiones, dado el carácter sensible de la misma y el volumen y complejidad de la plasmación material del documento que dificulta su ejecución.

En esta resolución se concretan en detalle las condiciones de ejecución de la exhibición documental[12]. En la misma línea el reciente AAP de Bilbao, secc. 4ª, nº 253/2020 de 3 de febrero ha optado por la utilización de las salas de datos para preservar la confidencialidad de la información que considera confidencial al integrarse en el concepto de secreto empresarial del art. 1.1 LSE (precios de transferencia de fábrica o precios brutos y delivery cost).

La principal dificultad de estas medidas de protección estriba en el hecho de que se desarrollan fuera de la sede judicial, por lo que, a la postre, el éxito del sistema descansará sobre la lealtad procesal de los intervinientes. La parte destinataria de la medida deberá ofrecer toda la información requerida y facilitar a la contraria los medios necesarios para reproducir la información. Por su lado, el solicitante deberá respetar los límites impuestos para proteger la confidencialidad.

V. Ejecución de las medidas de acceso a las fuentes de prueba

El art. 283 bis g) LEC regula la fase de ejecución del cumplimiento de las medidas acordadas. A diferencia de las diligencias preliminares cuya práctica se desarrolla en la sede del tribunal (art. 259 LEC), el apartado 2º del art.283 bis g) LEC prevé expresamente que el tribunal *...dispondrá lo que proceda sobre el lugar o modo en el que haya de cumplirse* permitiéndose que el solicitante pueda acudir asesorado por un experto en la materia para el examen de documentos y títulos.

Incluso se prevé la posibilidad de que el juez pueda acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren. En todo caso, debemos entender que esta medida es excepcional y se debe reservar aquellos supuestos en los que la parte destinataria de la solicitud no acceda voluntariamente y tras los oportunos requerimientos a facilitar la información requerida. Dada la afectación a derechos fundamentales, la resolución que acuerde esta medida deberá motivar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Tal y como señala FERRANDIZ[13] habrá que estar al concepto de domicilio fijado por la doctrina del Tribunal Constitucional teniendo en cuenta que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque no ostenten un derecho a la intimidad personal y familiar.

Finalmente, el art. 283 bis g) LEC, en su apartado 3º, prevé que a instancia de cualquiera de las partes el tribunal dictará providencia dando por terminada la práctica de la medida, momento que en aquellas solicitudes presentadas antes de la incoación del procedimiento servirá como dies a quo el cómputo del plazo de veinte días para la presentación de la demanda (art. 283 bis e) 2 LEC).

VI. Consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba

En concreto, el artículo 283 bis h) de la LEC regula las consecuencias de la obstrucción de la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba. Por obstrucción se entiende la destrucción u ocultación de las fuentes de prueba o la realización de cualquier acto que imposibilite su acceso efectivo. En estos supuestos, además de la posibilidad de acordar la entrada y registro y la eventual responsabilidad penal por desobe-

diencia, se prevé que el solicitante pueda pedir al tribunal que imponga alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Que declare admitidos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían. A estos efectos, el solicitante fijará con precisión los hechos a los que, a su juicio, debe extenderse esta declaración.
b) Que tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones formuladas o que se vayan a formular. A estos efectos, el solicitante fijará con precisión cuáles son las pretensiones en relación con las cuales se debe declarar un allanamiento táctico.
c) Que desestime total o parcialmente las excepciones o reconvenciones que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal. A estos efectos, el solicitante fijará con precisión las excepciones o reconvenciones a los que, a su juicio, debe extenderse la desestimación.
d) Que imponga al destinatario de las medidas una multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida.

Asimismo, se puede solicitar la imposición de las costas del incidente y del procedimiento principal.

Por la doctrina se critica la proporcionalidad de estas sanciones, en especial el allanamiento tácito y la desestimación de las excepciones y reconvenciones, y su aplicación práctica cuando la medida se dirige frente a un tercero o se formula antes de la incoación del proceso. En este último caso habría que estar a la posterior configuración del objeto procesal salvo que, a tal efecto, se esté a la espera de la posterior formalización del objeto procesal, ya que no es posible el allanamiento de quien aún no ha sido demandado o la desestimación de una excepción que no se ha podido formular al no conocerse los términos de la acción principal.

VII. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba

En caso de que se incumpliere el deber de confidencialidad en el uso de fuentes de prueba o se incumplieren los límites en el uso, el art. 283 bis k) LEC prevé que, sin perjuicio de la responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial, la parte perjudicada podrá solicitar la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) La desestimación total o parcial de la acción o excepciones ejercitadas u opuestas en el proceso principal, si éste se encontrase pendiente en el momento de formularse la solicitud. A estos efectos, la parte perjudicada fijará con precisión las acciones o excepciones que deban desestimarse.
b) Que declare al infractor civilmente responsable de los daños y perjuicios causados y le condene a su pago. La cuantía de los daños podrá determinarse con arreglo a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de esta ley.
c) Que se condene al infractor en las costas del incidente de acceso a las fuentes de prueba y en las costas del proceso principal, cualquiera que sea el resultado de éste.

No obstante, en el supuesto de que el tribunal considerara que el incumplimiento no es grave estas medidas podrán ser sustituidas por la imposición al infractor de una multa de 6.000 € a 1.000.000 €, advirtiéndose que también pueden ser considerados infractores los representantes y defensores legales.

Para la imposición de las medidas coercitivas derivadas tanto de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba como del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba se establece un procedimiento común: se dará traslado de la

petición a las demás partes por un plazo de 10 días para que formulen alegaciones por escrito, tras lo cual resolverá mediante auto, que será recurrible en apelación.

[1] HERRERA PETRUS, C. "Breve caracterización de la medida de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines" en "Derecho y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez" Atelier, Madrid, 2018

[2] GASTON INCHAUSTI, F. "El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia" La Ley Mercantil nº 38 julio-agosto 2017. Ed. Wolters Kluwer

[3] Como indica MONTERO AROCA, la distinción viene determinada en los siguientes términos: *Con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso; los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal (CARNELUTTI y luego SENTÍS MELENDO)* El proceso civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

[4] Sobre esta cuestión discrepa parte de la doctrina que consideran que el art. 7.2 del Reglamento tiene la naturaleza de una norma mixta que determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial del órgano. En este sentido cabe citar a GONZÁLEZ NAVARRO B. en "Sobre la competencia judicial en los ilícitos antitrust" El Derecho, 2019.

[5] El ATS de 26 de febrero de 2019 justifica la elección de este fuero de competencia afirmando que *La aplicación del artículo 52.1.12o tiene sentido, además, porque las reclamaciones fundadas en la infracción de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia podrían hacerse valer a través de la acción de competencia desleal basada en el ilícito concurrencial previsto en su artículo 15 –violación de normas que regulen la actividad concurrencial– Carecería de sentido que, siendo en esencia la misma reclamación, pudiera estar regulada por normas distintas de competencia territorial.*

[6] En el mismo sentido, el ATS de 15 de octubre de 2019 tras comprobar que *los vehículos se adquirieron en distintas localidades, Madrid, Oleiros (La Coruña) y Massamagrell (Valencia), más tal adquisición se realizó mediante una serie de contratos de leasing firmados en la localidad de Lugo, localidad en la que, además, se encuentran domiciliadas las sociedades demandantes y en las que, a su vez, se ha domiciliado el pago de las cuotas, lugar que, por tanto ha de considerarse como de producción del daño, entendido como lugar en el que se ha efectuado el pago del sobreprecio que sirve de fundamento a la reclamación de daños objeto del presente procedimiento.*

[7] ATSJA, Sala de lo Civil y Penal, 19/2019 de 23 de octubre. Pte. D. Miguel Pasquau Liaño.

[8] La STJUE (Sala tercera) de 8 de mayo de 2008 (asunto C-14/07) responde a la primera cuestión prejudicial que se le plantea en el sentido *El artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, debe interpretarse en el sentido de que el destinatario de un escrito de demanda que debe notificarse o trasladarse no tiene derecho a negarse a aceptar dicho documento, siempre que éste coloque al destinatario en condiciones de hacer valer sus derechos en el marco de un procedimiento judicial en el Estado miembro de origen, cuando el documento en cuestión vaya acompañado de anexos constituidos por documentos acreditativos que no estén redactados en la lengua del Estado miembro requerido o en una lengua del Estado miembro de origen que entienda el destinatario, pero tengan una función meramente probatoria y no resulten indispensables para comprender el objeto y la causa de la demanda.*
Corresponde al juez nacional determinar si el contenido del escrito de demanda es suficiente para permitir al demandado hacer valer sus derechos o si incumbe al demandante subsanar la inexistencia de traducción de un anexo indispensable.

[9] LA SAP de Murcia, secc. 4, nº 492/2019 de 27 de junio, con cita en la doctrina del Tribunal Constitucional afirma *Pero también se ha señalado que para apreciar la existencia de una posible indefensión contraria al art. 24.1 CE no basta con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que es necesario que el defecto haya supuesto un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa del destinatario de la comu-*

nicación, y, además, es preciso que la indefensión padecida no sea resultado de la falta de diligencia de dicho destinatario.

Por tanto, no concurre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, (a) bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, (b) bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 149/2002, de 15 de julio, FJ3; 6/2003, de 20 de enero, FJ 4; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2; y 191/2003, de 27 de octubre, FJ 3).

[10] https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_cartel_overcharges/20181807_es.pdf

[11] https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_cartel_overcharges/20181807_es.pdf

[12] Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 14 de junio de 2019 *58.- De este modo, los datos relacionados con la segunda solicitud, serán volcados en una sala de datos que Daimler recreará y preparará, con la finalidad de dar satisfacción a la tutela que se concede a los solicitantes, en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente.*

59.- La exhibición se desarrollará en las oficinas de la dirección letrada de Daimler abiertas al público en la ciudad de Valencia, de manera inmediata a la expiración de ese lapso de preparación, durante los siete días laborales siguientes en horario de 9:00-14:00 horas, de manera ininterrumpida.

60.- La preparación estribará en la plasmación de los datos que se correspondan con la medida concedida en toda su amplitud en soporte informático que permita su reproducción a través de un ordenador personal de Daimler, que será igualmente dispuesto a tal efecto en la sala de datos, para su utilización por los solicitantes.

61.- La exhibición se realizará con presencia facultativa de un asistente legal y un perito designados por Daimler al efecto. Del mismo modo, los solicitantes serán representados por un asistente legal y un perito designados al efecto.

62.- La sala de datos estará equipada para permitir que los representantes de los solicitantes puedan tomar anotaciones y reproducir los datos plasmados en ese soporte. Los datos reproducidos podrán ser considerados por los solicitantes y extraídos de la sala de datos. El alcance de la reproducción será solo parcial para cada categoría de datos, en la medida en que resulte necesario para tomar un muestro suficiente para la elaboración de un estudio comparativo de los previstos en la Guía, que pueda ser considerado holístico y robusto, en el sentido de los criterios enumerados en las pp. 201-205 del Estudio passing-on.

63.- Por su parte, el art. 283 bis b).5 LEC permite la adopción de una medida de protección de la confidencialidad de la información obtenida y que ampara la pretensión de Daimler, que resulta suficientemente justificada, ante la evidencia de que un mismo grupo de afectados por la infracción constatada por la Decisión podrían estar asistidos por los mismos profesionales que aquí intervienen, que no realizan una petición conjunta.

64.- De este modo, debo acordar que la información obtenida con la práctica de las medidas solo podrá ser conocida por los solicitantes, su dirección letrada y sus peritos, para la sola elaboración de un dictamen pericial que puedan exclusivamente presentar los solicitantes de esta medida en un eventual y posterior proceso follow on, cuyo objeto alcance únicamente a los camiones que se identifican en el cuerpo de la solicitud, enfatizando que no podrá ser conocida ni empleada por terceros con ninguna finalidad.

[13] FERRANDIZ P. op. cit. p. 19

REFLEXIONES ACERCA DE LAS LÍNEAS BÁSICAS PARA LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Autor: Pedro Prendes Carril
Cargo: Abogado y Administrador concursal. PRENDES abogados

SUMARIO

I. Funcionarios interinos: concepto y nombramiento

I. Introducción

II. Valoraciones críticas y propuestas de reforma
1. En lo relativo a la administración concursal
1.1. Introducción
1.2. Condiciones subjetivas
1.3. Retribución de la Administración concursal
1.4. Funciones
1.5. Tasaciones por entidades homologadas, coste

2. Excesiva protección del crédito público
2.1. Introducción
2.2. El artículo 84.3 LC
2.3. Tratamiento del crédito de la TGSS en la venta de las unidades productivas, la sucesión de empresa
2.4. Mayor implicación del crédito público en el convenio

3. En materia de convenio
3.1. Supresión del límite en las quitas
3.2. Supresión del régimen del derecho de voto
3.3. Capitalización de créditos

4. En materia de liquidación
4.1. Cuentas anuales en la liquidación concursal

5. En materia de calificación
5.1. Formación de la sección sexta, (art. 167.1 LC)
5.2. Apoderados generales y calificación
5.3. Cómplices y calificación

6. En materia de conclusión del concurso
6.1. Conclusión por insuficiencia de masa activa, (art. 176.1.3o LC y 176 bis LC)

I. Introducción

La Ley concursal desde su redacción originaria dada en el año 2003 hasta la actualidad ha sufrido numerosas reformas, algunas de escaso alcance y otras de notable significación, unas merecedoras de elogio y otras de crítica negativa. En el presente artículo voy a tratar de hacer unas reflexiones acerca de aquellos aspectos de las citadas reformas que me merecen crítica y cuál debería ser la orientación que a modo de propuesta de reforma debería seguirse.

Desde la redacción originaria de la Ley concursal ha habido más de una decena de reformas legales, salvando otras tantas de escasa significación. Desde el RD-Ley 3/2009, pasando por la primera gran reforma de la norma concursal, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, o la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, hasta llegar a la abrumadora actividad legislativa de los años 2014 y 2015, RD-Ley 4/2014, de 7 de marzo, medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial; RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre; Ley 17/2014, de 30 de septiembre; RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, sobre la segunda oportunidad; Ley 9/2015, de 25 de mayo, entre otras muchas.

No cabe dudar que de toda esa intensa actividad reformista de la redacción originaria de la norma concursal, algunas de ellas son merecedoras de indudable elogio. Entre éstas debemos destacar sobremanera la nueva regulación del régimen de comunicación de los créditos, siendo destinatario de los mismos la propia Administración concursal desjudicializando así este trámite de los Juzgados de lo Mercantil; la potenciación de las comunicaciones por medios telemáticos; el trámite previo y cautelar del proyecto de inventario y lista de acreedores, evitando así numerosos incidentes concursales basados en errores fácilmente subsanables; la posibilidad de concluir el concurso en los casos de insuficiencia de masa activa; entre otros muchos aspectos que merecen elogio o valoración claramente positiva. No obstante, voy a centrarme en este momento en aquellos aspectos que merecen mi crítica negativa, orientando cuál debería ser a mi juicio la propuesta normativa a seguir.

II. Valoraciones críticas y propuestas de reforma

1. En lo relativo a la administración concursal

1.1. Introducción

Nadie pone en duda, y así consta en el preámbulo de la ley y así se ha encargado el Alto Tribunal de resaltar, que la Administración concursal es un órgano esencial en el concurso de acreedores: *La administración concursal está conceptuada, junto con el juez, como uno de los órganos imprescindibles del concurso, a diferencia de otros, (...). Conforme a tales preceptos, la administración concursal es el órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución* (STS, Sala Civil, de 8/06/2016). Sin embargo, tan digna posición y tan elevadas funciones que asisten a este órgano concursal no se ven correspondidas con la correlativa y necesaria tutela que la norma concursal debería arbitrar para un órgano vital para el desarrollo del concurso, quedando en muchas ocasiones desamparado y a merced de la casuística y de la interpretación judicial, escasamente favorable cuando corresponde

dirimirla al Alto Tribunal. Considero que un órgano de tan elevadas funciones en el seno del concurso de acreedores debe merecer una más clara y determinante tutela legal.

1.2. Condiciones subjetivas

La Administración concursal es un órgano al que le competen numerosas y muy complejas funciones en el marco del concurso de acreedores, baste constatar la interminable relación de funciones que contempla el art. 33 LC introducido por la reforma dada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, funciones de carácter procesal, propias del deudor o de sus órganos de administración, en materia laboral, de informe y evaluación, de liquidación, de secretaría, entre otras. No cabe duda de que las condiciones subjetivas para el acceso a un cargo tan relevante y de tanta responsabilidad debe exigir unos requisitos de conocimiento en la materia y experiencia más rigurosos que los contemplados en el art. 27 LC. Este parece ser el sentido que impulsa la propuesta de Directiva del parlamento europeo y del consejo sobre insolvencia, reestructuración y segunda oportunidad de 22/11/2016, por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE, destacando en su artículo 26, como una de las medidas para aumentar la eficacia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, que en la selección de los administradores deberán tenerse debidamente en cuenta los conocimientos y experiencia de éstos.

Se aboga, en definitiva, por un estatuto de la Administración concursal que dote a este órgano esencial para el concurso de la necesaria estabilidad, lo que comportaría una mayor competencia, mejor organización, independencia, especialización, incluso posibilitaría la exigencia de una *quasi* exclusividad en su función. En este escenario de estatuto por el que abogamos, incluso cabría pensar en la delegación de determinadas funciones por parte de los Jueces de lo Mercantil a favor de dicho órgano, de modo que sin atentar a la necesaria tutela judicial, descarguen de tareas a los Juzgados. Por otra parte la cuenta de garantía arancelaria debería incrementarse notablemente, dado que las cifras que maneja la legislación resultan absolutamente alejadas a la complejidad, competencia y responsabilidad que asume dicho órgano concursal.

1.3. Retribución de la Administración concursal.

Es esta una materia absolutamente huérfana de regulación, que deja en muchas ocasiones y en buena medida a los Administradores concursales al *pie de los caballos,* ante un escenario de incertidumbre muchas veces irreconciliable con la inmediatez y constante toma de decisiones que el desarrollo de un concurso de acreedores exige, quedando al albur de la casuística y de la interpretación judicial que el Alto Tribunal ha decantado muy pocas veces favorable a los intereses de este órgano esencial para el concurso.

En toda la Ley concursal, ya desde su redacción originaria dada por la Ley 22/2003, tan solo existe una genérica referencia a los honorarios de la Administración concursal, la contemplada en el artículo 34 para afirmar que *[L]os administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa*. Más allá de esta mención no hay ninguna referencia en el resto del articulado de la norma concursal a los derechos económicos de la Administración concursal, ni en el artículo 84.2, que contempla la relación de créditos contra la masa, ni en el artículo 176 bis.2 LC para los casos de insuficiencia de masa activa, lo que nos parece una omisión inexcusable merecedora de toda crítica. ¿Cómo es posible que los honorarios del órgano esencial para el desarrollo del concurso de acreedores, categorizados como contra la masa (art. 34 LC), sin embargo, no se contemplen con mención expresa en aquellos artículos

encargados de relacionar y ordenar el pago de los mismos, (art. 84 y 176 bis LC)?.

Esta indefinición deja el devengo y su prelación en el cobro a la casuística y a la interpretación de los tribunales cuya resolución, por lo demás, concilia muy poco con las exigencias temporales que la toma de decisiones en un concurso de acreedores exige. Piénsese, por ejemplo, en los casos de insuficiencia de masa activa, la determinación o no del carácter *imprescindible* del crédito, en todo o en parte, condiciona el resto de pagos que resulten procedentes. Por lo demás, esta ausencia de referencia expresa en la Ley hace que sea sustituida por la interpretación judicial, lo que ha conllevado al Alto Tribunal a situar los honorarios de la Administración concursal en los casos de insuficiencia de masa activa, cuando no merezcan el carácter de imprescindibles para concluir la liquidación, en el último grupo del artículo 176 bis.2 LC, en el grupo 5o, postergados entre otros a los honorarios del letrado o procurador de la concursada que se sitúan en el grupo 4o. No cabe duda que estamos ante una materia que debe ser objeto de inmediata reforma legal, que dote a la Administración concursal, acorde con la importancia y responsabilidad de sus funciones, de la seguridad, certeza y privilegio de sus derechos económicos.

Propuesta de reforma: Entiendo que en orden a los derechos económicos de la Administración concursal deben ser objeto de reconocimiento explicito en la Ley concursal, tanto en el artículo 84.2, como en los casos del artículo 176 bis.2 LC. En los supuestos del artículo 84.2 LC, considero que su mención explícita debería contemplarse en el número 2o, de modo individual y exclusivo, y situando su devengo o vencimiento para la fase común, a la fecha del auto de declaración de concurso, al menos en su cincuenta por ciento. En los casos de insuficiencia de masa activa, debería constar una relación explícita y abierta de créditos que deban calificarse como imprescindibles (art. 176 bis.2 LC), entre los que se situarían los honorarios de la Administración concursal, y dentro de éstos, todos los devengados durante la fase de liquidación y al menos el cincuenta por ciento de los correspondientes a la fase común, quedando el resto expresamente reconocidos dentro del grupo 4o, créditos por costas, gastos judiciales del concurso y de la administración concursal que no tengan el carácter de imprescindibles. Asimismo, considero que el crédito público, AEAT y TGSS, en casos de insuficiencia de masa activa deberían tener un reconocimiento expreso separado, acaso en el grupo 5o, dado el interés público que tutelan, dejando como cajón de sastre residual un grupo 6o y último.

1.4. Funciones

Nos referimos en este apartado a dos aspectos que merecen una reflexión. De una parte, en orden a la competencia para convocar juntas generales de socios o accionistas de las sociedades concursadas, en los supuestos de sustitución de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor. Entendemos que la competencia para la convocatoria de juntas generales debe seguir residiendo en los administradores sociales, incluso en los supuestos de sustitución de facultades de administración y disposición, y ello sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano concursal para requerir dicha convocatoria si así lo considera de interés para el concurso. La convocatoria a junta general de los socios o accionistas de una sociedad de capital es un acto que afecta esencialmente al ámbito interno de la sociedad, a las *tripas* de la sociedad, por lo que debe residir en dicho órgano societario su competencia. La junta general para la aprobación de cuentas de una sociedad debe ser convocada por sus administradores sociales. La sustitución de facultades lo es a los solos efectos de la administración y disposición del patrimonio del deudor (art. 40.2 LC), todo

ello sin perjuicio del derecho de asistencia a la junta de la administración concursal, en ocasiones con carácter necesario.

De otra parte, queremos hacer mención a la formulación de las cuentas anuales en los casos de apertura de la fase de liquidación concursal. Entendemos que debería eximirse expresamente en el texto legal de esta formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales cuando la sociedad en concurso se halla en fase de liquidación, al menos cuando no ha mantenido su actividad empresarial durante la misma. El concurso de acreedores ya arbitra mecanismos de información y publicidad suficientes para salvaguardar y tutelar a los acreedores del deudor común, informes trimestrales de liquidación (art. 152 LC), rendición de cuentas (art. 181 LC), entre otros. Entendemos que someter a la Administración concursal de una sociedad en liquidación al difícil proceso de formulación de cuentas, convocatoria de junta general para su aprobación y, en su caso, depósito de las mismas en el Registro Mercantil resulta inútil y no añade nada nuevo a la tutela de los acreedores.

Propuesta de reforma: debería consta en el art. 33 LC una mención explicita de que la competencia para la convocatoria de la junta general de socios o accionistas reside en el órgano societario, incluso en los supuestos de sustitución de facultades. Y de otra parte, la exención expresa a la Administración concursal de la formulación de cuentas y su depósito en el Registro mercantil en los casos de apertura de la fase de liquidación concursal, al menos cuando durante la misma no se mantiene la actividad ordinaria de la empresa constante un ejercicio social.

1.5. Tasaciones por entidades homologadas, coste

El RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, ha añadido un apartado 5 al art. 94 LC, modificado por el RD-Ley 1/2015, y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. El art. 94.5, a los efectos de lo dispuesto en el art. 90.3 LC, hace referencia a la necesidad de aportar, en el caso de bienes inmuebles, informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, a los efectos de determinar el valor razonable de los mismos y con ello concretar el privilegio especial conforme determina la Ley. Sin perjuicio del elogio que pueda merecer la norma para poder implicar más a los titulares de dichos créditos en el convenio de acreedores, existen dos aspectos que entendemos deben ser objeto de reforma. De una parte, el precepto debe aclarar a quién incumbe la aportación de tales informes de tasación, tan relevantes para el concurso; y de otra parte, la referencia a su coste. En este sentido, la reforma dada por el RD-Ley 1/2015, modifica el art. 94.5 LC, para introducir un apartado que establece: *El coste de los informes o valoraciones será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la administración concursal*. En primer lugar, entendemos que informes con tanta trascendencia como los que aquí nos ocupan resulta insuficiente la expresión de que su coste será liquidado con cargo a la masa, pues, en buena parte de los casos, no habrá liquidez suficiente para su pago y no se podrán aportar, y en los escenarios de insuficiencia de masa activa deberá constar expresamente el carácter *imprescindible* de dicho crédito, a fin de dotarle un carácter prededucible indudable. En segundo lugar, parece sorprendente que su coste deba ser deducido de la retribución de la administración concursal, cuando en muchos casos, a buen seguro, su importe excederá con creces de dicha retribución.

Resulta indudable la relevancia que tienen tales tasaciones sobre inmuebles sobre los que pesa un gravamen hipotecario o real, en definitiva, afectos a un crédito con privilegio especial sobre los mismos:

De otra parte, en sede de liquidación, la venta de la unidad productiva a la que esté afecto el bien gravado (art. 149.1.3o LC), su derecho exclusivo de cobro, por parte del acreedor privilegio especial, se identifica con el valor de la garantía, y no más.

En definitiva, son tasaciones sumamente relevantes y, sin embargo, la previsión legal no aclara a quién incube su aportación, y tras la reforma dada por RD-Ley 1/2015, nos dice que su coste será con cargo a la masa, el problema es que en la mayoría de los casos, no habrá masa suficiente, o tesorería suficiente, máxime en esos primeros momentos del concurso de acreedores. Las empresas llegan al concurso sin liquidez, y de manera inmediata, hay que encargar tasaciones a empresa homologada con un coste nada despreciable.

Propuesta de reforma: entendemos que la solución legal a esta problemática debería recaer sobre alguna de las siguientes posibilidades:

Que se consigne al tiempo de la solicitud de concurso y antes de su admisión a trámite, provisión en cuantía suficiente para que sea aplicada a tal finalidad.

Entre tanto, me parece acertada la posición que se ha ido aceptando en la práctica forense, aplicada en primer término por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, que responde al siguiente *iter*:

• Si de la comunicación de créditos del acreedor, ni de la documentación del concurso, constan tales tasaciones, la Administración concursal bastará con que haga una estimación lo más objetiva posible del valor de la garantía.

• Si el acreedor no está de acuerdo con el valor dado, tiene la posibilidad de impugnarlo a través del correspondiente incidente concursal, con cuya demanda incidental aportará el informe de tasación por sociedad homologada.

• Si no impugna, entonces no hay controversia, y si no hay controversia, no es necesario aportar tales tasaciones. La aplicación del artículo de la reforma concursal está pensado más bien para el caso de que exista controversia sobre dicho valor.

De una parte, determina el alcance del privilegio especial, pues, éste no va a superar los 9/10 del valor razonable del bien garantizado. Por tanto, el exceso de crédito sobre dicho límite pasará a ser calificado según su naturaleza, ordinario o subordinado generalmente.

De otra parte, cuando se admite la dación en pago en el art. 100.3 LC, la extinción del crédito tiene lugar por el valor del bien atribuido, calculado precisamente conforme a las normas del art. 94.5 LC. Es decir, necesario para que se materialicen daciones en pago, incluso en convenios concursales. Las conclusiones de los Jueces de lo Mercantil de Madrid, en la reunión mantenida en las fechas 7 y 21 de noviembre de 2014, sostienen que en caso de dación en pago, los bienes a ceder han tenido que ser valorados conforme a los métodos previstos en el art. 94.5 LC, y ha de constar dicha valoración en el Informe concursal.

Imponer que entre la documentación que deba acompañarse al concurso con la solicitud (art. 6 LC), se encuentren dichos informes de valoración, cuando se trata de inmuebles sujetos a privilegio especial.

• Las tasaciones homologadas del art. 94.5 LC solo son necesarias aportarlas cuando hay contradicción, controversia, no en otro caso.

• En el Informe concursal del (art. 75 LC) la Administración concursal debe explicar los

criterios que han llevado a realizar dicha valoración, manifestando que no se dispone de tasación homologada y que no hay liquidez suficiente para ello.

2. Excesiva protección del crédito público[1]

2.1. Introducción

Cada reforma que ha ido sufriendo el originario texto concursal, ha supuesto un incremento de la tutela del crédito público, hasta tal punto, de que aquellas buenas intenciones que pregonaba la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 en su redacción originaria, relativas a la *"poda de privilegios"*, se han ido desvaneciendo poco a poco. Especialmente significativa ha sido al respecto, la gran reforma concursal operada por la Ley 38/2011, que incluso llega a contemplar la modificación de los textos definitivos cuando con posterioridad incluso a los mismos, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que puedan resultar créditos de derecho público (art. 97.3 LC), lo que dota al procedimiento de gran inseguridad jurídica tanto en sede de convenio como de liquidación. Las reformas posteriores no han sido ajenas a este propósito tutelar del crédito público, y así el RD-Ley 11/2014, con relación a la propuesta de convenio advertimos cómo su contenido podrá comprender, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos (art. 100.2 LC); el RD-Ley 1/2015, en materia de acuerdo extrajudicial de pagos, sostiene que los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el mismo (art. 231 LC), entre otros tantos muchos supuestos de especial tutela.

Entiendo que el crédito público es merecedor de una especial protección, dado el interés público que reside en el mismo, pero, dicho interés debe ponderarse adecuadamente con los intereses generales del concurso de acreedores que, en ocasiones pueden ser de igual o incluso superior valor: conservación de la actividad y del tejido empresarial, mantenimiento del empleo, mayor satisfacción del conjunto de acreedores, máxime, cuando por la protección de tales intereses, mantenimiento de la actividad, del tejido empresarial y del empleo, tampoco le va a reportar al crédito público un mayor perjuicio, pues, dicha continuidad seguramente va a ser más eficaz para los intereses públicos que la solución liquidatoria. En ocasiones acaso esa excesiva protección del crédito público y de los privilegios de la Administración Pública, deberían ceder de alguna manera, en una adecuada ponderación de los intereses en juego, en beneficio de la continuidad empresarial, mantenimiento del empleo y del conjunto de los acreedores.

Entre los supuestos de especial protección introducidas por las sucesivas reformas legales quiero hacer especial mención a los siguientes: a/ excepción al principio de alteración de la regla del vencimiento (art. 84.3 LC); b/ la tutela del crédito de la TGSS mediante la sucesión de empresa en los casos de venta de unidad productiva, (art. 146 bis y 149.2 LC); c/ en materia de convenio, respecto de la extensión de los efectos del mismo.

2.2. El artículo 84.3 LC.

Una de las novedades introducidas por la primera gran reforma de la norma concursal, la Ley 38/2011, es la plasmación en el apartado 3 del artículo 84 de la Ley concursal, de la posibilidad de alterar la regla del vencimiento cuando se considere conveniente a los intereses del concurso y siempre que se presuma que la masa activa resultará suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, acogiendo así un importante cuerpo de jurisprudencia mercantil sensible a la práctica concursalista y acorde con los principios de la continuidad empre-

sarial y profesional. Excepción que debemos considerar sumamente acertada a fin de ponderar en cada caso los intereses en juego y decidir con la prudencia debida al respecto. Pero dicha posibilidad de alteración de la regla del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa encuentra una excepción en su apartado final, establecida de modo imperativo: *[E]sta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social*. La imperatividad con que está redactada dicha excepción, provoca una tensión muy grande entre los intereses en conflicto que, en no pocas ocasiones avoca a que la Administración concursal no pueda pagar gastos absolutamente necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, suministros esenciales, luz, alquileres, etc, si ello supone postergar los créditos tributarios o de la seguridad social, laborales o alimenticios. El cumplimiento sin fisuras del mandato legal, conlleva en muchas ocasiones al cese de la actividad de la concursada y consiguiente apertura de la fase de liquidación, lo que merece desvalor y reprobación cuando se trata de sociedades viables desde el punto de vista operativo, aunque inviables desde el financiero.

Con el fin de dar una salida a esta marcada imperatividad y las consecuencias perniciosas que para los intereses del concurso provocaría su aplicación sin fisuras, es decir, que empresas viables operativamente se vean avocadas a la liquidación, los tribunales han venido asentando una acertada interpretación analógica o extensiva del concepto de créditos *imprescindibles* para concluir la liquidación (art. 176 bis.2 *in fine* LC), a supuestos comprendidos en fase común o de convenio cuando respondan a ese carácter *imprescindible* para la continuidad empresarial o profesional, admitiendo su prededucibilidad.

Propuesta de reforma: La excepción al principio de alteración de la regla del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa (art. 84.3 *in fine* LC), debe contemplar expresamente una salvedad, de aplicación restringida para los casos de empresas operativas y con neto patrimonial equilibrado, los créditos *imprescindibles* para el mantenimiento de la actividad.

2.3. Tratamiento del crédito de la TGSS en la venta de las unidades productivas, la sucesión de empresa.

El art. 146 bis LC relativo a las especialidades de la transmisión de unidades productivas, introducido por la reforma dada por RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y otros relacionados como el art. 149.2 LC en fase de liquidación y el art. 100.2 párrafo tercero de la Ley concursal, en materia de convenio, contempla la posibilidad de que en los convenios se prevean propuestas alternativas como la venta de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, con expresa remisión a lo dispuesto en el art. 146 bis LC. Este precepto novedoso, hace referencia a las especialidades de la transmisión de unidades productivas, en sede de liquidación, pero aplicable también al convenio concursal por remisión expresa. Pues bien, en el no 4 del dicho art. 146 bis, en referencia a lo que podríamos llamar la sucesión de empresa, se remite al art. 149.2 LC, que en su redacción dada tras la reforma (RD- Ley 11/2014), considera en tales casos, que existe sucesión de empresa –con lo que ello implica, en orden a la asunción de deudas por el adquirente– tanto a los efectos laborales como de la Seguridad Social. Una muestra más de la excesiva protección del crédito público, fruto acaso de la enérgica defensa que de ello venía haciendo gala la TGSS, pese a que el tenor literal de la norma con anterioridad a la reforma no la mencionaba como una excepción a la limitación de responsabilidades.

Considero que la inclusión del crédito de la TGSS en el marco de la sucesión de empresa en caso de venta de unidades productivas, sea en liquidación o en convenio concursal, resultará en no pocas ocasiones un obstáculo insalvable para la enajenación de las mismas, con el grave deterioro que ello provoca en la continuidad de la actividad y en el mantenimiento del empleo. Piénsese que ningún adquirente va a adquirir unidades productivas sobre las que se arrastra una importante deuda con la TGSS. El problema es que el resultado que se consigue, la frustración de dicho negocio jurídico, es radicalmente perjudicial para todos, para el concursado, para el conjunto de acreedores, para el empleo y también para la propia TGSS, pues, el devenir del deudor común será a buen seguro una liquidación ruinosa. Creo que debería facilitarse más esta opción de venta de unidades productivas, de líneas de negocio, que son fundamentales para dar una salida viable a la continuidad en la actividad y en el empleo, de modo que el adquirente –que paga un precio, que asume la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los puestos de trabajo– no tenga que soportar la deuda de la TGSS, en no pocas ocasiones inasumible.

Propuesta de reforma: mayor protección y seguridad jurídica para el adquirente de unidades productivas que, se ha decantado en la práctica concursal como el negocio jurídico más eficaz para el mantenimiento del tejido empresarial y del empleo, proporcionando además una mayor satisfacción para el conjunto de los acreedores, incluido el crédito público.

2.4. Mayor implicación del crédito público en el convenio.

Propuesta de reforma. En materia de convenio sería deseable una mayor implicación del crédito público en el mismo, de una parte, facilitando los mecanismos competenciales para que la Administración pública pudiera asumir, quitas, o propuestas de convenio que así lo requieran. De otra parte, se propone articular un régimen legal, automático, impuesto, que no dependa de la negociación particular, de aplazamiento de los créditos públicos o períodos de carencia, sin posibilidad de ejecución separada tras la aprobación de un convenio, durante un período de tiempo prudencial que podría ir de los seis meses al año, al menos, en aquellas empresas que logren la aprobación de un convenio concursal, con compromiso de mantenimiento de un determinado nivel de empleo. En definitiva, empresas viables desde el punto de vista operativo, cuyo mantenimiento de la actividad reviste interés social en atención al número de puestos de trabajo que se conservan, entre otros parámetros que podrían articularse.

3. En materia de convenio[2]

3.1. Supresión del límite en las quitas

El primero de los aspectos de la reforma dada por el RD- Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que considero merecedor de una valoración negativa es el relativo a la supresión del límite en las quitas, como uno de los contenidos del convenio (art. 100 LC).

Sabemos que la Ley concursal 22/2003, desde su redacción originaria, imponía límites objetivos a la autonomía de la voluntad en los convenios concursales: *(...) las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las de espera de cinco años*. Excepcionalmente, podrían superarse dichos límites en caso de *empresas de especial trascendencia para la economía*, (art. 100.1 LC). Uno de los aspectos de Ley concursal en su redacción originaria, que más me ha llamado la atención positivamente, entre otros muchos, fue

precisamente el establecimiento de unos límites legales objetivos, ciertos, que harían que la solución convenida en el concurso de acreedores habría de pasar, salvo justificadas excepciones, por propuestas de convenio razonables, quitas no superiores al cincuenta por ciento y esperas no superiores a cinco años. Sin embargo, este aspecto que vino informando nuestro derecho concursal, se ha visto superado actualmente, tras la reforma dada por el RD-Ley 11/2014, de modo que ya no se establecen límites a las quitas, y las esperas podrán alcanzar hasta los diez años.

Propuesta de reforma: Nada que decir en cuanto a las esperas, dada la coyuntura que vivimos, pienso que la ampliación de dicho plazo a los diez años me parece justificada. Sin embargo, no valoro positivamente la supresión del límite en las quitas. Pronto veremos propuestas de convenio con quitas del (99%) del crédito ordinario, propuestas absolutamente indignas que no deberían encontrar amparo legal. Abogo por mantener la superación del límite de las esperas hasta los diez años, y restablecer el límite en las quitas en el (50%) de cada crédito ordinario. Asimismo, abogo por contemplar excepcionalmente la posibilidad de superación de dicho límite en las quitas, cuando se trate de empresas en las que concurran determinados requisitos de interés social. Entre tales:

a) Que se trate de empresas viables desde un punto de vista operativo, es decir, susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario, aun cuando inviables desde un punto de vista financiero, es decir, que se hayan sobre endeudado (Preámbulo Ley 17/2014).
b) Que tengan equilibrado su neto patrimonial, es decir, que no se encuentren desde el punto de vista patrimonial en situación de insolvencia societaria; o bien, que dicho equilibrio patrimonial resulte como consecuencia del convenio, como por ejemplo, a través de la capitalización de créditos, o bien, por el efecto de las quitas.
c) Que tenga una relevante carga laboral, con compromiso de mantenimiento de un determinado nivel de empleo.

En estos casos, de evidente interés social, tanto por lo que supone de conservación de la actividad empresarial, de no destrucción del tejido empresarial, como de mantenimiento del empleo, soy partidario de que se puedan superar dichos límites y sin alterar el principio mayoritario ordinario previsto para la aprobación de los convenios, esto es, que hubiera votado a favor del mismo al menos el (50%) del pasivo ordinario, (art. 134.1 a/ LC). De este modo, damos cumplimiento al propósito que informa la reforma concursal y que demanda la realidad social que vivimos, tal es, facilitar la aprobación de convenios, sin verse incrementadas las mayorías necesarias, y posibilitando la superación de los límites, pero sólo en aquellos casos en que el interés social, en empresas viables y con equilibrio patrimonial, así lo requiera, no con carácter general.

Esta solución facilitaría la aprobación de convenios, al no verse alterado el principio mayoritario, lo cual es deseable, máxime si tenemos en cuenta que una parte nada despreciable del crédito ordinario viene dado por crédito de titularidad pública, por aplicación del art. 91.4o LC, y la experiencia viene demostrando que las Administraciones públicas y organismos públicos (AEAT, TGSS), no se implican en los convenios.

3.2. Supresión del régimen del derecho de voto.

En virtud de la reforma operada por el RD-Ley 11/2015, se ha suprimido la denegación del derecho a voto que tenían los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de concurso, salvo

que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal, como consecuencia de una realización forzosa o por una entidad sometida a supervisión financiera, (art. 122 LC). Con esta reforma, dando voto a los créditos cedidos *intervivos* tras la declaración de concurso posibilitará un mercado de votos en la trastienda de los convenios concursales que favorecerá, si se mantiene el actual régimen general de supresión de límites en las quitas, que se logre la aprobación de aquellos convenios indignos a que hemos hecho mención. Máxime, si tenemos en cuenta que para votar en la junta de acreedores no será necesaria que dicha transmisión de votos se haya plasmado en los Textos definitivos, sino que bastará con acreditar en la Junta que dicha transacción se ha realizado. Pronto volveremos a ver un *mercadeo* de votos en la antesala de tales juntas de acreedores.

En las conclusiones de los Jueces de lo Mercantil de Madrid, reunión en fechas 7 y 21/11/2014, se afirma, a este respecto, que "debe operar el principio de realidad material de la titularidad del crédito transmitido, y no el reflejo formal en el texto definitivo, pese a la dicción literal del art. 118.1 LC, entendido éste como inclusión del derecho de crédito que da lugar al derecho de asistencia, sin perjuicio de la actualización de la identidad de su titular, que podría llevarse a efecto incluso en el momento mismo de conformación de la lista de asistentes a la Junta. Ello se entiende sin perjuicio de que puedan suscitarse cuestiones sobre dicha titularidad, a resolver provisionalmente por la presidencia de la Junta de acreedores, y posteriormente, si así se insta por parte legitimada, en la oposición a la aprobación judicial del convenio".

Esta situación no es nada nueva, sino que de la misma ya tenemos experiencia en el denostado y previgente derecho de las quiebras y suspensiones de pagos. Otro de los que considero grandes aciertos de la nueva normativa, la Ley Concursal en su redacción originaria, denegando el derecho de voto a los adquirentes de créditos posteriores al concurso, decae tras la citada reforma legal.

Propuesta de reforma: volver a la redacción originaria del art. 122 LC, denegando el voto a los adquirentes o cesionarios de créditos *intervivos* y a título oneroso tras la declaración de concurso, con las salvedades que en el mismo se contemplan.

3.3. Capitalización de créditos

Otra de las cuestiones que se hace necesario clarificar a través de una reforma legal es la que consiste en concretar si es posible que determinados contenidos alternativos de la propuesta de convenio, como la capitalización de créditos, pueden ser impuestos al resto de acreedores afectados por el convenio como alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección del (art. 102.1 LC). Sabemos que existe un amplio debate al respecto, oscilando entre las posturas a favor: la Ley no lo prohíbe, consentimiento tácito, efectos extensivos tras la reforma, y las posturas en contra: novación extintiva, necesidad de consentimiento expreso del acreedor afectado (art. 1204 cc); el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir otra diferente, aun cuando sea de igual o mayor valor que la debida. Considero que este intenso debate doctrinal y jurisprudencial debe ser resuelto por el legislador. Mi propuesta de reforma aboga por una postura negativa a su admisión.

4. En materia de liquidacion

4.1. Cuentas anuales en la liquidación concursal.

Hemos hecho anteriormente mención a la formulación de las cuentas anuales en los casos de apertura de la fase de liquidación concursal. Entendemos que debería exi-

mirse expresamente en el texto legal de esta formulación, aprobación y depósito de las cuentas anuales cuando la sociedad en concurso se halla en fase de liquidación, al menos cuando no ha mantenido su actividad empresarial durante la misma. El concurso de acreedores ya arbitra mecanismos de información y publicidad suficientes para salvaguardar y tutelar a los acreedores del deudor común a través de los informes trimestrales de liquidación (art. 152 LC), rendición de cuentas (art. 181 LC), entre otros mecanismos de información. Entendemos que someter a la Administración concursal de una sociedad en liquidación al difícil proceso de formulación de cuentas, convocatoria de junta general para su aprobación y, en su caso, depósito de las mismas en el Registro Mercantil resulta inútil y no añade nada nuevo a la tutela de los acreedores.

Propuesta de reforma: debería consta en el art. 33 LC la exención expresa a la Administración concursal de la formulación de cuentas y su depósito en el Registro Mercantil en los casos de apertura de la fase de liquidación concursal, al menos cuando durante la misma no se mantiene la actividad ordinaria de la empresa constante un ejercicio social.

5. En materia de calificación

5.1. Formación de la sección sexta, (art. 167.1 LC)[3].

La reforma operada por la Ley 38/2011 ha dado nueva redacción al art. 167.1 LC relativo a la formación de la sección sexta de calificación. Y lo ha hecho en un sentido que dista mucho de lo pretendido en sus trabajos preparatorios, donde ya desde el anteproyecto se promulgaba una notable potenciación de la sección de calificación. Sin embargo, en el último momento del trámite parlamentario se introduce un sentido negativo al inicio de la dicción del citado precepto que cambia radicalmente el sentido y alcance de la formación de dicha sección. Tras la citada reforma las propuestas de convenio que cuenten con un pronunciamiento benigno, quitas inferiores a un tercio del importe de sus créditos o esperas inferiores a tres años, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo igualmente por tales las establecidas en el art. 94.2 LC, es decir, laborales, financieros, comerciales, (...), no abrirán la sección sexta. De este modo nos podemos encontrar con propuestas de convenio que contemplen, quitas del (99%) y esperas inferiores a tres años solo para una clase de acreedores, incluso de las clases contempladas en el art. 94.2 LC, y no abrirán la sección de calificación, es decir, ni siquiera se entrará a valorar la posible depuración de responsabilidades en sede concursal.

Esta dulcificación de los supuestos de apertura de la sección de calificación, unida a la supresión de los límites en las quitas de las propuestas de convenio y al derecho de voto que se atribuye a los adquirentes *intervivos* a título oneroso de créditos con posterioridad a la declaración concursal, hace un combinado sumamente reprobable que deja al conjunto de los acreedores, especialmente a los minoritarios, ayunos de la necesaria tutela legal.

Propuesta de reforma: considero que la sección sexta de calificación debería potenciarse más, debería tener más presencia en caso de aprobación judicial de convenio de acreedores, y volver a la redacción originaria, anterior a la reforma dada por la Ley 38/2011, de modo que la sección de calificación se apertura en todos aquellos casos de convenio en los que al menos uno de sus pronunciamientos fuera gravoso, pues, representa un instrumento útil, de estímulo en sentido negativo, para que los concursos de acreedores se insten en momento oportuno, es decir, cuando el deudor común aún está

en condiciones de proponer al conjunto de los acreedores un convenio razonable, contribuyendo así a fomentar la necesaria cultura concursal en nuestro tejido empresarial. El concurso de acreedores es un instrumento muy válido para servir al saneamiento y reestructuración de las empresas en crisis, pero cuando se acude a él en un momento adecuado, no cuando se llega a él sin ningún margen de reacción.

5.2. Apoderados generales y calificación

Los arts. 172.2.1o LC que hace referencia a las personas afectadas por la calificación, y el art. 172 bis.1 LC relativo a la responsabilidad concursal, en su redacción dada tras la reforma operada por la Ley 38/2011, relacionan dentro de su ámbito subjetivo, como personas afectadas por la calificación y como posibles responsables por el déficit concursal, a los *apoderados generales*. Considero desacertada esta extensión subjetiva a quienes no dejan de ser meros mandatarios del órgano de administración. Como representantes voluntarios que son, por muy generales que sean sus facultades no deben integrar el ámbito subjetivo de los posibles responsables en la calificación concursal, sin perjuicio de que su responsabilidad resulte incardinada en su condición de administradores o liquidadores *de hecho,* cuyos presupuestos habrán de ser objeto de prueba.

Propuesta de reforma: supresión de los *apoderados generales* como personas afectadas por la calificación (art. 172.2.1o LC) y como posibles responsables del déficit concursal (art. 172 bis LC).

5.3. Cómplices y calificación

El art. 166 LC regula la figura de la complicidad, si bien, su dicción hace referencia -esencialmente- a conductas previas a la declaración de concurso, en la medida que hubieran cooperado, con el órgano social concurriendo dolo o culpa grave, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. Abogo por extender dicha figura, de una manera explícita, a conductas posteriores a la declaración de concurso y, en particular, a integrar su dicción con aquellos deudores de la concursada que sin causa justificada rehúsen el pago de sus deudas, o lo entorpezcan o dificulten, pues, la resistencia sistemática al pago por parte de tales deudores, sabedores de la realidad concursal que asiste a su acreedor, supone un grave detrimento para la masa activa concursal.

Propuesta de reforma: incluir en el marco de la complicidad a los deudores que con dolo o culpa grave y sin causa justificada, impaguen, entorpezcan o dificulten el pago debido.

6. En materia de conclusión del concurso

6.1. Conclusión por insuficiencia de masa activa, (art. 176.1.3o LC y 176 bis LC)[4].

Es esta una modalidad de conclusión del concurso que debe ser potenciada y aplicable con determinación, sin las dudas y temores que existen en la actualidad. Evidentemente, el concurso de acreedores debe ser un instrumento eficaz a su fin y cuando este se desvanece decae la esencia y fundamento de mantener vivo un procedimiento tan complejo y costoso, por lo que debe concluir. Así sucede cuando el coste de dicho procedimiento, los pasivos que el mismo genera no pueden ser satisfechos. En todos estos supuestos de insuficiencia de masa activa para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, debe operar la conclusión del concurso, sin ambages y una vez aplicado el efectivo existente al pago de los mismos con pleno respeto del orden específico concursal.

La conclusión del concurso conlleva, en el caso de persona jurídica, la extinción de la personalidad jurídica y la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, esencialmente en el Registro Mercantil, expidiéndose al efecto mandamiento que contendrá testimonio de la resolución firme, (art. 178.3 LC). Considero correctos y adecuados los citados efectos derivados de la conclusión del concurso de una persona jurídica, extinción de la personalidad jurídica y cancelación de la hoja registral. No obstante, hay que hacer hincapié en que se trata de una extinción meramente formal y no material, pues, la personalidad jurídica subsistirá mientras no se agoten todas las relaciones jurídicas de la sociedad, mientras no se liquide –formal– pero también materialmente la sociedad (SSTS 20/03/2013, 24/05/2017, RDGRN 10/03/2017). Cancelación registral como mera fórmula de mecánica registral que no impide que la personalidad jurídica subsista, ni siquiera que se practiquen asientos posteriores al de cancelación de la hoja registral (RDRN 30/08/2017).

Como ya he tenido ocasión de manifestar en reiteradas ocasiones, por todas, *Derecho societario & Derecho concursal ante la insolvencia ... (ob cit),* hay que desdramatizar o modular el significado y alcance del asiento de cancelación de la sociedad. Ni el mismo supone la desaparición material o física de los restantes asientos, ni el mismo debería impedir que se puedan practicar nuevos asientos posteriores, pero de eficacia y alcance muy limitado, es decir, para dar publicidad de la existencia de un activo residual subsistente, de quién ostenta la representación legal de la sociedad al efecto y del resultado de dicha liquidación *material*, y no sólo *formal*.

Acaso, el aspecto más delicado de esta fase, relativa a la liquidación del residuo de una sociedad formalmente extinta, se corresponda con la representación de la misma, ¿quién liquida el residuo?. A mi juicio, con carácter general y sin entrar en la casuística, el administrador social por conversión en liquidador, en este sentido, *vid* RDGRN de 10/03/2017. No el administrador concursal, cuyo cargo cesa con la conclusión del concurso.

Propuesta de reforma: regular más detalladamente esta fase de liquidación material de la sociedad formalmente extinta y cancelada registralmente tras la conclusión del concurso por insuficiencia –que no inexistencia– de masa activa. Regulación que debe constatar la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad pese a la cancelación de su hoja registral, en tanto mantenga relaciones jurídicas vigentes. La reposición en el cargo de modo automático del último cargo societario que conste en el registro, a menos que se acredite la existencia de uno nuevo o posterior. La posibilidad de practicar inscripciones y/o anotaciones posteriores a la cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil, que reflejen el estado y principales hitos de dicha liquidación residual.

En su virtud, se propone una reforma de la ley concursal y en concordancia de la ley de sociedades de capital, donde se establezcan los siguientes parámetros a seguir:

1. El auto de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa reflejará cuál es el último cargo vigente de la sociedad extinta. Mención y acreditación que debe ser una exigencia formal que debe constar con la solicitud de concurso.

2. El inventario que debe acompañarse con la solicitud de concurso se reproducirá en el auto de conclusión *express* del concurso. Si no nos encontramos ante una conclusión *express*, es decir, la que tiene lugar en el propio auto de declaración de concurso (art. 176 bis 4 LC), la administración concursal que solicite la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa reflejará el inventario del

activo real subsistente. Dicho inventario se reproducirá en el auto de conclusión del concurso y, a su vez, en asiento posterior al de cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil.

3. La cancelación de la hoja registral en el Registro Mercantil no impedirá la práctica de asientos posteriores a la misma. Dicha cancelación *formal* de la hoja registral tiene el efecto de advertir que estamos ante una sociedad que ya no opera en el tráfico comercial ordinariamente, es decir, que ya no puede desarrollar su objeto social al estar extinta, pero en asiento posterior se advertirá de la existencia de un activo residual pendiente de liquidar y de quién es el representante legal de la misma a tales efectos. Dicho representante legal, con funciones de liquidación del activo residual, será el que resulte del propio auto de conclusión del concurso o, en su caso, el último cargo vigente de la sociedad que conste en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la facultad que asiste a la junta general de socios o accionistas de proceder a un nuevo nombramiento.

4. Dicho representante legal o nuevo nombramiento con funciones exclusivas de liquidación del activo residual, así como el inventario de los bienes y derechos de residuo serán objeto de reflejo registral mediante asiento posterior al de cancelación.

5. De la conclusión de la liquidación *material* de la sociedad, por realización de todos los bienes y derechos existentes y agotamiento de todas las relaciones jurídicas subsistentes se dará cuenta, asimismo, en el Registro Mercantil, sirviendo a modo informe de rendición de cuentas final y bajo la responsabilidad del liquidador de dicho residuo.

[1] Pedro Prendes Carril: Conferencia I Congreso de la abogacía madrileña. Madrid, abril de 2015.

[2] Pedro Prendes Carril: Conferencia I Congreso de la abogacía madrileña. Madrid, abril de 2015.

[3] *Vid,* Pedro Prendes Carril: *Una aproximación crítica a la enésima reforma de la Ley concursal*. Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 892, de 9/10/2014.

[4] Sobre esta materia puede verse de modo más extenso: Pedro Prendes Carril, Tratado de Sociedades de Capital, comentario a los artículos 361 y 372 LSC. Ed Thomson-Reuters-Aranzadi, Navarra, año 2017. Ed. V-LEX. Febrero 2016. *"Derecho societario & Derecho concursal ante la insolvencia y la insuficiencia de masa activa"*. Ed. THOMSON-REUTERS-ARANZADI. "Revista Doctrinal Aranzadi", no 1/2016: *La insuficiencia de masa activa en sede concursal. Problemática y soluciones. La personalidad jurídica y legitimación de residuo.*

PANDEMIA Y TRABAJO. LA INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS REAL DECRETO-LEY APROBADOS COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19

Autor: Nuria Perchín Benito
Cargo: Magistrada

Resumen: El presente artículo examina los sucesivos Real Decreto-Ley aprobados en el ámbito laboral y de la Seguridad Social durante el estado de alarma.
Palabras clave: Derecho laboraL, Seguridad Social, estado de alarma.
Abstract: This article examines the successive Royal Decree-Law pass in the labour law and Social Security during state of alarm.
Keywords: labour law, Social Security, state of alarm.

SUMARIO

I. Real Decreto-Ley 8 /2020, de 17 marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

II. Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 marzo por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19

III. Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales

IV. Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19

V. Real Decreto-Ley 18/2020, de medidas sociales en defensa del empleo

I. Real Decreto-Ley 8 /2020, de 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

La crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, el confinamiento de la población española en sus domicilios tras la declaración del Estado de Alarma por el Real Decreto 463/2020, y con ello la paralización casi absoluta de la actividad económica en España a todos los niveles, ha obligado al Gobierno a adoptar, de forma inmediata, una serie de medidas para tratar de paliar las catastróficas consecuencias que para el

mercado de trabajo y las relaciones laborales está teniendo y va a tener esta situación.

Estas medidas son las plasmadas en el RD Ley 8/2020 que parte de una premisa fundamental: –estamos ante una crisis que es temporal, y por tanto las medidas reflejadas en la norma son también temporales y vinculadas a la duración del Estado de Alarma–; y en el que late una idea, también fundamental: –la finalidad de estas medidas es conseguir que la situación del mercado del mercado de trabajo adopte, (en palabras del Presidente del Gobierno), gráficamente la forma de "V" y no de "L", es decir, que desde la situación de absoluta paralización económica que ha provocado la pandemia, se vuelva después a una situación anterior al inicio de la crisis sanitaria, y no a una situación de estancamiento.

Ya en la marco de esta situación, el RD Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, contempla:

• Reconocimiento de las situaciones de baja médica y de aislamiento como incapacidad temporal por enfermedad común ASIMILADA, EN CUANTO A SUS EFECTOS ECONÓMICOS, A ACCIDENTE DE TRABAJO.

• Concesión de aplazamiento del ingreso de las deudas tributarias correspondientes a liquidaciones y autoliquidaciones cuyo plazo de presentación e ingreso finalice entre el 13 de marzo y el 30 de mayo de 2020.

Y por lo que se refiere al RD Ley 8/2020:

El Capítulo I articula una serie de **medidas de apoyo a trabajadores, familias y colectivos vulnerables**. Así, se adoptan medidas para garantizar la asistencia a domicilio de las personas dependientes, para ampliar la protección en el ámbito energético y de suministro de agua, así como en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. También se refuerza la protección de los trabajadores autónomos y se dispone una moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias de los colectivos particularmente vulnerables.

• En primer lugar, se refuerza en 300 millones de euros el presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar un Fondo Social Extraordinario para hacer frente a las consecuencias sociales del COVID-19 mediante transferencias a las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, Ceuta y Melilla para financiar las prestaciones básicas de los correspondientes servicios sociales. Fondo destinado a reforzar los servicios sociales y la atención a domicilio de personas necesitadas.

• En segundo lugar, que las corporaciones locales dispongan de una cantidad de igual cuantía del superávit del ejercicio 2019 para financiar las ayudas económicas y todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia.

• En tercer lugar, se amplía la cobertura de colectivos vulnerables en el ámbito del suministro de servicios públicos esenciales, en particular en el ámbito del agua, el gas natural y la electricidad, y se congelan los precios correspondientes a los gases licuados del petróleo. Se imposibilita el corte de suministro de agua por incumplimiento de contrato a los consumidores que tengan la condición de vulnerables. Esta medida se aplica igualmente a los consumidores de gas natural.

• **En cuarto lugar**, **en el art. 5,** se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, **particularmente por medio del trabajo a distancia,** debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible, si ello es técnica y razonablemente posible y si

el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Trabajo a distancia prioritario frente a medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. Se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora.

Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable y se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMEs dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES. Especialmente relevante en este contexto es la dotación de soluciones de teletrabajo y la compra y leasing de equipamiento y servicios para la digitalización. Para ello se disponen diversas medidas de apoyo a las pymes como medidas de futura en el Anexo I del RD Ley.

• **En quinto lugar, en el art. 6,** se establecen medidas para favorecer la conciliación laboral, mediante el derecho de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes (cónyuge y familiares por consanguinidad hasta el segundo grado), por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19 (cuidado de enfermos, cierre de centros educativos) a acceder a la adaptación o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario.

ADAPTACIÓN DE JORNADA: El derecho a la concreción de la jornada es una prerrogativa cuya concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre y cuando esté justificada, sea razonable y proporcionada. Empresa y trabajador deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

El derecho a la adaptación de la jornada podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto del presente artículo. Puede consistir en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de esta medida.

El RD Ley especifica así mismo que los conflictos que en esta materia puedan producirse se resolverán ante los Juzgados de lo Social, por el procedimiento previsto en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo cual resulta redundante e innecesario.

REDUCCIÓN DE JORNADA: Por guarda legal en los supuestos previstos en el artículo 37.6 del ET (cuidado de hijos y familiares). Se elimina el requisito de que la persona objeto de cuidado no desempeñe actividad retribuida. La reducción de jornada especial deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar el cien por cien de la jornada si resultara necesario. En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 % el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa. La persona que ya viniera disfrutando de algún tipo de reducción de jornada tendrá derecho a que se modifiquen los tér-

minos de su disfrute siempre que concurran las circunstancias excepcionales

• **En sexto lugar**, **en el art. 17,** se pone el acento en la casuística de los Trabajadores Autónomos, particularmente afectados por la situación actual, creando una **prestación extraordinaria por cese de actividad,** que cubre la en cese de la actividad provocada por una situación en todo caso involuntaria.

Para trabajadores autónomos cuyas actividades queden suspendidas o cuando su facturación en el mes anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75% en relación con el promedio de facturación del semestre anterior.

Esta medida tiene una vigencia limitada a un mes, pero ampliable hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma.

Y hay que tener en cuenta que es una prestación distinta a la prestación ordinaria por cese de actividad regulada en los arts. 327 y ss LGSS, y que quizás hubiera sido deseable que se denominara de otra manera para evitar confusiones en el colectivo de trabajadores autónomos.

Sin perjuicio de lo que disponga la normativa de desarrollo, a día de hoy no está claro, porque el RD Ley nada indica a estos efectos, si para tener derecho a esta prestación extraordinaria, los trabajadores autónomos deben o no darse de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en los censos fiscales, y si se verán o no obligados a hacer frente al pago de las cuotas de autónomos mientras dure esta situación.

Y tampoco hay previsión específica en la norma en relación con los llamados "autónomos societarios".

El Capítulo II, **arts. 22 a 28,** establece las **medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos**. Este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuyendo a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos.

Se especifica que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de **fuerza mayor** a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada y se agiliza la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor, como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

• **Causas**: suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

Se constata por tanto el esfuerzo normativo por objetivizar, ampliando, el concepto de fuerza mayor que en todo caso debe constatar la Autoridad Laboral, (Direcciones Generales de Trabajo delas CCAA), para autorizar los ERTEs.

Es conveniente en todo caso que en supuestos tales como cancelación de pedidos, suspensión de actividad de los clientes a los que se suministran bienes y servicios, imposibilidad de continuar la actividad por falta de

personal etc, se cuide mucho la aportación en el expediente de los elementos necesarios para acreditar tal situación, mediante el oportuno informe, y con ello la relación de causalidad entre la situación por la que atraviesa la empresa en su actividad y el COVID-19.

• **Procedimiento para expedientes por fuerza mayor**:

a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas.
b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.
c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

• **Efectos:**

Para ambos tipos de expedientes: Por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por causa de fuerza mayor.

o Se refuerza la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE, posibilitándoles que tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener acceso a ella y, adicionalmente, que el periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada durante el que estén percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos.

Sólo para el expediente por causa de fuerza mayor:

o Se exonera a las empresas del pago del 75% de la aportación empresarial a la Seguridad Social, alcanzando dicha exoneración el 100 % de la cuota cuando se trate de empresas de menos de 50 trabajadores, siempre que éstas se comprometan a mantener el empleo.

Esta exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora.

La exoneración se realizará a instancia del empresario previa comunicación de la identificación de los trabajadores y período de la suspensión o reducción de jornada.

Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el RD Ley estarán sujetas al compromiso por parte de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la reanudación de la actividad, (así lo establece la Disposición Adicional 6ª), de ahí lo que se indicaba al principio de esta exposición en relación a la finalidad de la norma dirigida en todo caso a conseguir retornar a la situación anterior a la pandemia.

Esta obligación de mantenimiento de empleo también debería ser objeto de desarrollo reglamentario posterior, porque se van a plantear problemas en relación con, por ejemplo, contratos temporales que puedan vencer en el período de seis meses, situaciones que obliguen a la empresa a despedir trabajadores por cualesquiera otras circunstancias, fundamentalmente disciplinarias, y qué efectos pueda tener también la posterior declaración judicial de procedencia o improcedencia del despido en el caso de que el trabajador formule demanda contra el mismo.

Los trabajadores afectados por los ERTEs tendrán derecho a percibir la prestación por desempleo por el tiempo de suspensión del contrato de trabajo, (o en igual caso si se trata de una reducción de jornada), y ello aunque carezcan del periodo mínimo de cotización necesario para acceder a la prestación. Igualmente, no se les computará el tiempo en que se perciba esta prestación por desempleo a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción establecidos.

Para trabajadores fijos discontinuos suspendidos, si el periodo hubiera sido de actividad, s eles concede hasta 90 días de desempleo añadido.

También pueden acogerse a estas medidas otro colectivo importante que es el de los **Trabajadores de sociedades laborales y de Cooperativas de Trabaja Asociado** que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

También el RD Ley modifica determinados aspectos de los **ERTEs de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, organizativas o de producción, (arts. 23 y 25):**

En este aspecto, las novedades en cuanto a la tramitación por causas organizativas y productivas son las siguientes:

o En el supuesto de que no exista representación legal de los trabajadores, la comisión representativa para la negociación del periodo de consultas se formará por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa, y de no conformarse así, estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos demacráticamente por toda la plantilla.

o En cualquiera de los dos supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el plazo de cinco días.

o El periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores (Comité de Empresa o Delegados de Personal), o bien con la comisión representativa d elos mismos, no deberá exceder del plazo de 7 días.

o La Inspección de Trabajo podrá emitir informe interno a la autoridad, en el plazo de 7 días.

Efectos de la Regulación Temporal de Empleo por causas productivas en materia de cotizaciones a la Seguridad Social y desempleo:

– Para los **expedientes por causas productivas y organizativas,** el Real Decreto Ley no contempla exoneración en las cuotas de cotización empresarial. Por tanto, la empresa habrá de seguir cotizando por los trabajadores aun en suspensión o reducción de jornada.

– Los trabajadores tendrán derecho a la prestación por desempleo, aunque **carezcan del período mínimo de cotización necesario.**

– Al trabajador **no le computará** el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.

– Para **trabajadores fijos discontinuos** suspendidos, si el periodo hubiese sido de actividad, se concede hasta 90 días de desempleo añadido.

– También pueden acogerse los socios **trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado** que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

– Conviene insistir en que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el Real Decreto Ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de **mantener el empleo durante el plazo de 6 meses** desde la fecha de reanudación de la actividad. (D. Adicional Sexta).

Finalmente, **el Capítulo III** establece diversas **medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica** ante las dificultades transitorias consecuencia de la situación generada por el COVID-19.

o En primer lugar, la aprobación de una línea de avales por cuenta del Estado para empresas y autónomos de hasta 100.000 millones de euros, que cubra tanto la renovación de préstamos como nueva financiación por entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito, entidades de dinero electrónico y entidades de pagos, para atender sus necesidades derivadas, entre otras, de la gestión de facturas, necesidad de circulante u otras necesidades de liquidez, incluyendo las derivadas de vencimientos de obligaciones financieras o tributarias.

o 10.000 millones de euros, para facilitar inmediatamente liquidez adicional a las empresas, especialmente a las pymes y a los autónomos, a través de las Líneas de ICO de financiación ya existentes.

o En tercer lugar, se agilizan los trámites aduaneros de importación en el sector industrial.

o En aras de facilitar el pago de las deudas tributarias, se flexibilizan los plazos para el pago, tanto en período voluntario como en período ejecutivo, así como el pago derivado de los acuerdos de aplazamiento y fraccionamiento, (art. 33).

o En cuarto lugar, se establecen medidas para impedir la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público. Se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos.

Por último, y fuera ya del estricto ámbito laboral, social y económico, el **Capítulo IV** establece **medidas de apoyo a la investigación** sobre el COVID-19.

II. Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 marzo por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19

Tras el RD Ley 8/2020, se han ido publicando en el BOE en días posteriores sucesivas normas dirigidas a regular diversos aspectos derivados de la pandemia sanitaria, que por lo que respecta estrictamente al ámbito laboral y de Seguridad Social se contienen en los sucesivos Reales Decretos Leyes que se vana a analizar, comenzando por el Real Decreto-Ley 9/2020.

La normativa básica sobre suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada temporal por causa de fuerza mayor, recogida en los artículos 47 y 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, que ya había sufrido algunas modificaciones de importancia, de carácter temporal y excepcional, como consecuencia de las normas aprobadas sobre medidas de carácter laboral en el Real De-

creto Ley 8/2020, se complementan con las que se indican a continuación:

Art. 2: Prohibición de despedir: Las causas de fuerza mayor, y las económicas, técnicas organizativas o de producción que justifican las suspensiones de contratos y/o reducciones de jornada en los ERTES tramitados al amparo del RD Ley 8/20, no pueden justificar el despido.

Esto no quiere decir que se ha prohibido despedir en todo caso y mientras se mantengan los efectos derivados de esta situación excepcional. Lo que implica la norma es que el empresario no puede acudir al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, indemnizando al trabajador con 20 días por año de servicio tal y como establecen los arts. 51 y 53 ET, pero nada impide que se acuda al despido ofreciendo una indemnización equivalente a la del despido improcedente.

Art. 5: Suspensión contratos temporales: Se interrumpe el cómputo de la duración de los contratos temporales, (de todos, puesto que se incluyen los formativos, los de relevo y los de interinidad).

Es decir se abre una especie de paréntesis que va a mantener el contrato hibernando hasta la reanudación de la actividad profesional que sea objeto del mismo.

Disposición Adicional Primera: Duración de los ERTES: será siempre temporal y se adecuará a la duración de la situación coyuntural que se pretende superar.

En la situación actual, la fecha máxima de retroacción de efectos será hasta el día 14 de marzo de 2020 (fecha de comienzo de la situación de fuerza mayor) y podrá extenderse hasta la finalización de esta situación (duración máxima del estado de alarma y de sus posibles prórrogas).

Disposición Adicional Segunda: Régimen sancionador: En aplicación de lo previsto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes.

Será sancionable igualmente, conforme a lo previsto en dicha norma, la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación con el empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

III. Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales

Posteriormente se aprobó el RDL 1/2020, de 29 de marzo por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. La finalidad es clara, y no es otra que reducir al máximo la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, por lo que establece un listado de actividades esenciales que podrán continuar trabajando con su actividad.

Duración del permiso: de 30 marzo a 9 abril 2020.

Si es imprescindible, se puede acudir a trabajar el día 30 marzo con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retri-

buido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial.

Específicamente, los transportistas que se encuentren realizando un servicio no esencial, iniciarán el permiso retribuido recuperable una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del servicio, en su caso, la operación de retorno correspondiente.

Ello no obstante se permite que determinadas empresas puedan mantener un mínimo de plantilla para mantener una actividad que sea indispensable de forma análoga a como actuarían un fin de semana o festivo.

Se excluye a los siguientes tipos de trabajadores:

• Los trabajadores que presten servicios en los sectores calificados como esenciales.

• Los trabajadores que presten servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales.

• Los trabajadores contratados por (i) aquellas empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y (ii) aquellas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia del permiso retribuido recuperable.

• Los trabajadores que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas.

• Las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.

Y se regulan en la norma las **actividades consideradas esenciales** sean del sector público o privado que permiten a las empresas que dediquen su actividad profesional a las mismas, seguir manteniéndola:

1. Los que realicen las actividades que deban continuar desarrollándose tras la declaración del estado de alarma:

a. Las actividades comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio.
b. Los servicios de entrega a domicilio en actividades de restauración.
c. Las de transporte de mercancías con objeto de garantizar el abastecimiento y la entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia.
d. El tránsito aduanero en los puntos de entrada o puntos de inspección fronteriza ubicados en puertos o aeropuertos.
e. Las de suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural.
f. Los operadores críticos de servicios e infraestructuras críticas y las de empresas y proveedores de son esenciales para asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales.

2. Los que trabajan en las actividades que participan en la cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad, in-

cluyendo alimentos, bebidas, alimentación animal, productos higiénicos, medicamentos, productos sanitarios o cualquier producto necesario para la protección de la salud, permitiendo la distribución de los mismos desde el origen hasta el destino final.

3. Las que prestan servicios en las actividades de hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio.

4. Las que prestan servicios en la cadena de producción y distribución de bienes, servicios, tecnología sanitaria, material médico, equipos de protección, equipamiento sanitario y hospitalario y cualesquiera otros materiales necesarios para la prestación de servicios sanitarios.

5. Aquellas imprescindibles para el mantenimiento de las actividades productivas de la industria manufacturera que ofrecen los suministros, equipos y materiales necesarios para el correcto desarrollo de las actividades esenciales recogidas en este anexo.

6. Las que realizan los servicios de transporte, tanto de personas como de mercancías, que se continúen desarrollando desde la declaración del estado de alarma, así como de aquéllas que deban asegurar el mantenimiento de los medios empleados para ello.

7. Las que prestan servicios en Instituciones Penitenciarias, de protección civil, salvamento marítimo, salvamento y prevención y extinción de incendios, seguridad de las minas, y de tráfico y seguridad vial. Asimismo, las que trabajan en las empresas de seguridad privada que prestan servicios de transporte de seguridad, de respuesta ante alarmas, de ronda o vigilancia discontinua, y aquellos que resulte preciso utilizar para el desempeño de servicios de seguridad en garantía de los servicios esenciales y el abastecimiento a la población.

8. Las indispensables que apoyan el mantenimiento del material y equipos de las fuerzas armadas.

9. Las de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como a las personas que (i) atiendan mayores, menores, personas dependientes o personas con discapacidad, y las personas que trabajen en empresas, centros de I+D+I y biotecnológicos vinculados al COVID-19, (ii) los animalarios a ellos asociados, (iii) el mantenimiento de los servicios mínimos de las instalaciones a ellos asociados y las empresas suministradoras de productos necesarios para dicha investigación, y (iv) las personas que trabajan en servicios funerarios y otras actividades conexas.

10. Las de los centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria a animales.

11. Las que prestan servicios en puntos de venta de prensa y en medios de comunicación o agencias de noticias de titularidad pública y privada, así como en su impresión o distribución.

12. Las de empresas de servicios financieros, incluidos los bancarios, de seguros y de inversión, para la prestación de los servicios que sean indispensables, y las actividades propias de las infraestructuras de pagos y de los mercados financieros.

13. Las de empresas de telecomunicaciones y audiovisuales y de servicios informáticos esenciales, así como aquellas redes e instalaciones que los soportan y los sectores o subsectores necesarios para su correcto funcionamiento, especialmente aquéllos que resulten imprescindibles para la adecuada prestación de los servicios públicos, así como el funcionamiento del trabajo no presencial de los empleados públicos.

14. Las que prestan servicios relacionados con la protección y atención de víctimas de violencia de género.

15. Las que trabajan como abogados, procuradores, graduados sociales, traductores, intérpretes y psicólogos y que asistan a las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

16. Las que prestan servicios en despachos y asesorías legales, gestorías administrativas y de graduados sociales, y servicios ajenos y propios de prevención de riesgos laborales, en cuestiones urgentes.

17. Las que prestan servicios en las notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales fijados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

18. Las que presten servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como que presten servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, así como de residuos sólidos urbanos, peligrosos y no peligrosos, recogida y tratamiento de aguas residuales, actividades de descontaminación y otros servicios de gestión de residuos y transporte y retirada de subproductos o en cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público.

19. Las que trabajen en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes y a las entidades públicas de gestión privada.

20. Las que trabajan en actividades de abastecimiento, depuración, conducción, potabilización y saneamiento de agua.

21. Las que sean indispensables para la provisión de servicios meteorológicos de predicción y observación y los procesos asociados de mantenimiento, vigilancia y control de procesos operativos.

22. Las del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, con el fin de prestar los servicios de recogida, admisión, transporte, clasificación, distribución y entrega a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal.

23. Las que prestan servicios en aquellos sectores o subsectores que participan en la importación y suministro de material sanitario, como las empresas de logística, transporte, almacenaje, tránsito aduanero (transitarios) y, en general, todas aquellas que participan en los corredores sanitarios.

24. Las que trabajan en la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia.

25. Cualesquiera otras que presten servicios que hayan sido considerados esenciales.

Además de estas actividades es importante precisar que los jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia y demás personal seguirán atendiendo las actuaciones procesales no suspendidas reguladas en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, cumpliendo con los servicios esenciales fijados. Asimismo, continuarán prestando servicios el personal de Administración de Justicia que sea necesario para la prestación de servicios esenciales del Registro Civil .

Así mismo el permiso retribuido recuperable no resultará de aplicación a los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial; todo ello sin perjuicio de que el contratista haya solicitado la suspensión del contrato público según el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

Recuperación de los días no trabajados: Se deja en manos de la negociación colectiva y se fija un límite máximo para recuperar esas horas de trabajo que es el 31 diciembre 2020, lo que traerá problemas a la hora de negociar, si como dice la norma hay que estar al cumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo y a la no n superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación; y se deberán respetar además los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente, con lo que el encaje de las horas/días objeto de recuperación previsiblemente será una fuente de conflictos en la negociación inter partes sometidas a un procedimiento que también regula el RD Ley, por que a priori parece imposible en muchos casos encajar en el calendario laboral ocho días laborales, (en jornada completa 64 horas).

IV. Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19

El 31 de marzo se aprobó el RDL 11/2020 por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid 19 que, de nuevo, introdujo importantes modificaciones en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

Artículo 28. Derecho a percepción del bono social por parte de trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del COVD-19. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos que tengan derecho a la prestación por cese total de actividad profesional o por haber visto reducida su facturación en los términos del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, y sean titulares de un punto de suministro, o alguno de los miembros de su unidad familiar, tendrán la consideración de consumidor vulnerable a efectos de poder percibir el bono social. Todo ello cumpliendo determinados requisitos, incluyendo el hecho de que si el titular del contrato de suministro es una persona jurídica, deberá solicitarlo la persona física y cambiar la titularidad de dicho contrato. (en el anexo IV se incluye el modelo de solicitud del bono social).

Artículo 33. Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal. Se crea un subsidio de desempleo de carácter excepcional dirigido a las personas cuyo contrato temporal, de al menos dos meses de duración, finalice después de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en vigor desde el pasado 14 de marzo. Las condiciones para el acceso son:

– No contar con el periodo de cotización mínimo para la prestación por desempleo.

– Carecer de otros subsidios o rentas (mínimas, de inclusión,...)

– La cantidad a percibir será el 80% del IPREM, en torno a 430,272 euros[1]

– Duración de un mes prorrogable mediante Real Decreto-Ley.

Disposición adicional vigesimoprimera. Incapacidad temporal en situación excepcional de confinamiento total. Con efectos desde el inicio de la situación de confinamiento, con carácter excepcional, se extenderá la protección de Incapacidad Temporal a aquellos trabajadores obligados a despla-

zarse de localidad y tengan obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el Real Decreto-Ley 10/2020, siempre que se haya acordado el confinamiento de la población donde tenga su domicilio y le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse, mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud; no pueda realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa o al propio trabajador, mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud; y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

Disposición adicional vigesimosegunda.- Compatibilidad del subsidio por cuidado de menor y prestación por desempleo o cese de actividad durante la permanencia del estado de alarma

Durante el estado de alarma declarado el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que vinieran percibiendo los trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos a 14 de marzo de 2020, no se verá afectado por la suspensión del contrato y reducción de jornada que tengan su causa en lo previsto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. El expediente de regulación temporal de empleo que tramite la empresa solo afectara a la parte de la jornada del trabajador en la que preste servicio, siendo compatible el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave con la prestación por desempleo que pudiera tener derecho a percibir. La empresa indicará en la solicitud las personas que sean titulares del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, señalando la parte de la jornada que se ve afectada por el expediente de regulación temporal de empleo. Igualmente, mientras dure el estado de alarma no existirá obligación de cotizar, teniéndose el periodo por cotizado a todos los efectos.

Disposición final primera. Modificación del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Ocho. Modificaciones al artículo 17 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, sobre la prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En cuanto al requisito para acceder a esta prestación que exige que el autónomo debe acreditar una reducción de la facturación del 75% en el último mes en relación con el promedio de los seis meses anteriores para aquellas actividades no directamente suspendidas por la declaración del estado de alarma, se introducen algunas correcciones:

– Para los trabajadores por cuenta propia o autónomos pertenecientes a actividades de las artes escénicas, de creación artística y literaria o de gestión de salas de espectáculos, la comparación de la reducción de facturación se realizará en relación con los 12 meses anteriores.

– En el caso de las producciones agrarias estacionales, la comparación se realizará entre la facturación de los meses de campaña anteriores a la solicitud de la prestación y el promedio de los mismos meses de la campaña del año anterior.

Se introduce una nueva Disposición adicional décima "Especialidades en aplicación del Capítulo II a las empresas concursadas".

Se podrán aplicar las medidas para los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a las empresas en concurso, siempre y cuando concurran los presupuestos de los artículos 22 y 23. Se respetará para lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, con las especialidades previstas en los artículos 22 a 28 y disposición adicional sexta del este Real Decreto Ley, dejando sin legitimidad en estas materias al juez concursal. Y ello con las especialidades siguientes:

a) Las solicitudes de ERTES deberán ser formuladas por la empresa concursada con la autorización de la administración concursal, o por la administración concursal directamente, según corresponda.
b) La administración concursal será parte en el período de consultas.
c) La decisión sobre suspensión de contratos o reducción de jornada, deberá contar con la autorización de la administración concursal o ser adoptada por esta, en caso de que no se alcance acuerdo en el periodo de consultas.
d) Deberá informarse inmediatamente al juez del concurso, mediante medios telemáticos, de las decisiones adoptadas.
e) En los supuestos del apartado 1 del artículo 47.1 párrafos 10, 15 y 16 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del apartado 6 del artículo 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. G
f) la impugnación de la resolución de la autoridad laboral que constate no existe fuerza mayor se realizará ante la jurisdicción social".

Dieciocho. Modificación del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID19: Se modifica el apartado segundo de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19: distinguiendo ahora la situación relativa a las **prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas,** recogida en el artículo 25.6 del Real Decreto 8/2020. No obstante, no hay cambios respecto a la entrada en vigor de las medidas, aplicables a los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020 siempre que deriven directamente del COVID-19, operando igual para los trabajadores fijos discontinuos y de trabajos fijos y periódicos, a pesar de la distinción en el nuevo redactado.

V. Real Decreto-Ley 18/2020, de medidas sociales en defensa del empleo

El BOE de 13 de mayo 2020 publica el RD-Ley 18/2020, de 12 mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, un texto normativo que consta de cinco artículos, dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales, y cuya finalidad fundamental es sentar las bases para hacer posible y compatible la reactivación de la economía y del tejido empresarial, prácticamente en hibernación desde el establecimiento del estado de alarma, con la persistencia de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19 y las necesarias medidas de contención, que va a determinar

que las empresas no puedan desarrollar su actividad al 100%, pero sí iniciar la misma sometidas a las directrices del Gobierno en las diversas fases del denominado proceso de "desescalada" hacia lo que esperemos sea la normalidad y no la "nueva normalidad" que es la expresión utilizada por la Gobierno de la Nación y que desde luego no augura una reactivación económica plena.

Y para ello se establecen una serie de medidas que siguen pivotando sobre la figura de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, (ERTES), por fuerza mayor, cuya regulación específica se contiene en el art. 22 del RD-Ley 8/2020, y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, a que se hacía referencia en el art. 23 de la citada norma, y a al que este nuevo RD-Ley viene a completar o modalizar:

ERTES por causa de fuerza mayor. Art. 22 RDL 8/2020

Se establece que la duración máxima de los ERTES por esta causa será hasta el 30 junio 2020, y se distingue ahora como causa habilitante entre fuerza mayor total y fuerza mayor parcial:

• **FUERZA MAYOR TOTAL**: Figura jurídica utilizada hasta ahora y que se seguirá aplicando a empresas con ERTES afectadas por causas que impidan la reanudación de la actividad, mientras duren las mismas, como máximo hasta el 30 de junio de 2020. Ejemplo de este supuesto serían las empresas que no abren su negocio por prohibición legal expresa o por falta completa de actividad.

• **FUERZA MAYOR PARCIAL**: Esta es una de las principales novedades de este RD Ley, aplicable a empresas con ERTE afectadas por causas que permitan la recuperación parcial de la actividad, y también como máximo con vigencia hasta el 30 de junio de 2020.

La figura del ERTE por fuerza mayor parcial podrá aplicarse a empresas que reinician su actividad, siquiera parcialmente, que por lo tanto deberán reincorporar a los trabajadores en la medida necesaria para el desarrollo de la misma.

Hay que tener en cuenta que es la empresa la que decide la desvinculación de los trabajadores del ERTE, de forma proporcional al reinicio de la actividad, y que esta modalidad permite la entrada y salida de trabajadores del ERTE en función de las necesidades productivas y de prestación de servicios de la empresa.

La norma permite y posibilita a la empresa el cambio desde un ERTE por fuerza mayor total a un a ERTE por fuerza mayor parcial, desde el momento en que se produce la recuperación del primer trabajador de los que estuvieran en el ERTE, pero cambian los porcentajes de exoneración.

Se podrán seguir realizando ajustes por medio de reducciones de jornada. Prima la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos.

• La empresa puede renunciar totalmente a mantener a su plantilla en un ERTE por fuerza mayor, en cuyo caso está obligada a comunicar a la Autoridad Laboral dicha renuncia en el plazo de 15 días desde la fecha en que vaya a tener efecto.

Además habrá que notificar la decisión a la Seguridad Social y comunicar igualmente la plantilla correspondiente al SEPE.

De la misma forma, en el supuesto de que la empresa opte por un cambio de ERTE por fuerza mayor total a uno por fuerza mayor parcial, tiene la obligación de comunicar al SEPE y a la SEGURIDAD SOCIAL los periodos de actividad, las variaciones de datos y los cambios en las medidas de regulación adoptados por la reincorporación a la actividad.

ERTES por causas objetivas presentados desde el 13 de mayo hasta el 30 de junio de 2020. Art. 23 RD-Ley 8/2020

La norma contempla la posibilidad de iniciar la tramitación de un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, aunque esté vigente y sometida a un anterior ERTE por fuerza mayor.

Si la tramitación se inicia tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor, la fecha de efectos del nuevo ERTE coincidirá con la finalización del anterior.

También se contempla que los ERTES por causas objetivas vigentes a la fecha de entrada en vigor del nuevo RD Ley, esto es 13 mayo 2020, mantendrán su vigencia en los términos comunicados por la empresa a la Autoridad Laboral.

Medidas extraordinarias de protección por desempleo del artículo 25 del RDL 8/2020

Estas medidas tendrán una vigencia hasta el 30 junio 2020 para todos trabajadores afectados a excepción de los fijos discontinuos, que estarán vigenctes hasta el 31 de diciembre de 2020.

Medidas extraordinarias en materia de exoneración de cuotas del RDL 8/2020

Las cuotas de los meses de mayo y junio de 2020 se pagarán por la empresas en los meses de junio y julio de 2020.

Si las empresas permanecen con un **ERTE por fuerza mayor TOTAL**: no varía situación anterior a la promulgación de la nueva norma, esto es continúa vigente la exoneración del 100% de ls cotizaciones si la empresa tiene menos de 50 trabajadores, y del 75% si tiene 50 o más trabajadores.

Ahora bien, si la empresa opta por un **ERTE por fuerza mayor PARCIAL**, hemos de distinguir:

o Trabajadores que reinicien su actividad:

▪ Empresas de menos de 50 trabajadores:

• 85% exoneración en las cuotas del mes de mayo.
• 70% exoneración en las cuotas del mes de junio.

▪ Empresas de 50 o más trabajadores.

• 60% exoneración en las cuotas de mayo.
• 45% exoneración en las cuotas de junio.

o Trabajadores que continúen en suspensión.

• Empresas de menos de 50 trabajadores.

• 60% exoneración en las cuotas de mayo.
• 45% exoneración en las cuotas de junio.

▪ Empresas de 50 o más trabajadores.

• 45% exoneración en las cuotas de mayo.
• 30% exoneración en las cuotas de junio.

La exoneración se articula mediante una previa comunicación de las situaciones de actividad, suspensión o reducción de jornada a través del Sistema RED y mediante una declaración responsable que deberá presentarse por la empresa antes de que se solicite el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente.

Es evidente por tanto que la nueva regulación trata lógicamente de incentivar a las empresas hacia la sucesiva reincorporación de todos sus trabajadores, dado que cuanto más tiempo permanezcan con el contrato de trabajo suspendido, menor será el porcentaje de exoneración del pago de cotizaciones a la Seguridad Social.

Otras medidas

El nuevo RD Ley 18/2020 contempla otra serie de medidas de especial importancia como son:

a) Empresas con domicilio fiscal en paraísos fiscales no pueden acogerse a los ERTES.
b) Empresas de 50 o más trabajadores que se acojan a los ERTES no podrán repartir dividendos en el ejercicio, con la única y lógica excepción de que abonen, si pretenden repartir dividendos, el importe de las cuotas exoneradas. Se trata de una medida absolutamente lógica si tenemos en cuenta que el beneficio empresarial obtenido se deberá en gran parte al mantenimiento de la actividad de la empresa con fondos públicos en las diversas formas antes indicadas, por lo que la filosofía de la norma es obligar al empresario a reinvertir esos beneficios en la actividad productiva, sea mediante inversiones estructurales, sea para el mantenimiento del empleo en su totalidad.
c) Ampliación de la vigencia de la limitación de despidos por causas objetivas (art. 2 RDL 9/2020) hasta el 30 de junio de 2020.
d) Ampliación de la vigencia de la medida de prórroga de contratos temporales suspendidos por ERTES (art. 5 RDL 9/2020) hasta el 30 de junio de 2020.
e) Posible prórroga de las medidas laborales recogidas en esta norma más allá del 30 de junio de 2020.

Cláusula de salvaguarda del empleo

Quizá esta sea la novedad fundamental del nuevo RD Ley, que procede a modificar la Disposición Adicional Sexta del RD Ley 8/2020 en relación a la salvaguarda del empleo.

Y así nos indica en su Disposición final Primera que: "Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del RDL 8/2020 (ERTES por causa de fuerza mayor-exoneraciones de cuotas) están sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad".

Y define qué se entiende por compromiso de actividad cuando indica que: "**Se entiende por compromiso de mantenimiento del empleo** la reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el ERTE, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla".

Hay que tener en cuenta la siguientes precisiones en relación al compromiso de mantenimiento del empleo:

a) Está limitado en su aplicación a los ERTES por fuerza mayor y sólo en relación a los trabajadores de la empresa incluidos en esos ERTES y no al resto de la plantilla
b) El inicio del cómputo del plazo se produce desde la reincorporación del primer trabajador de los que estuviera afectado por el ERTE.
c) El compromiso de mantenimiento del empleo se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por los ERTES.
d) No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado procedente, (porque en este supuesto se trata de una extinción de la relación laboral por culpa exclusiva del trabajador), o por dimisión, muerte, jubilación, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

Básicamente se dejan fuera por tanto los supuestos con causa legal de extinción del

contrato de trabajo del art. 49 ET al margen del despido por causas objetivas del art. 51 y 52 ET.

e) En particular, en el caso de contratos temporales, el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto, (esto es cuando tenga lugar la finalización de este tipo de contratos por la causa prevista en el art. 49.1.c) ET), o bien cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

En cualquier caso, la norma tiene en cuenta un elemento de ponderación, y es que el compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

Igualmente se indica que no resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (actual artículo 2 del Texto Refundido de la Ley concursal aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 mayo).

De conformidad con dicho precepto, se presume que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos siguientes:

▪ Existencia de título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago.

▪ El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

▪ La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

▪ El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

▪ El incumplimiento generalizado de obligaciones de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período y las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

f) La empresa deberá acreditar que el mantenimiento del empleo pudiera conllevar el incumplimiento de compromisos de pago que obligue a la comunicación de la situación de preconcurso del artículo 5.bis de la Ley Concursal.

Finalmente indicar que en una correcta aplicación del principio de reciprocidad, las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas las actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: CUESTIONES PROCESALES. PRIMERA PARTE

Autor: Olga Ahedo Peña
Cargo: Magistrada Especialista CGPJ en Mercantil. Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao

Resumen: El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se introdujo en la Ley Concursal (art. 178.2) con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se modificó con el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo el art. 178 bis LC para regular la denominada "segunda oportunidad". Si bien el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta figura en las Sentencias núm. 150 de 13 de marzo de 2019 y núm. 381 de 2 de julio de 2019, y ha zanjado algunas de las cuestiones procesales que venían planteándose, la mayoría de ellas siguen siendo controvertidas en juzgados y tribunales. El objeto de este trabajo es analizar estas cuestiones, dejando a salvo las relacionadas con el plan de pagos que analizaré en otro artículo.
Abstract: The benefit of exoneration of unsatisfied debt was introduced in the Insolvency Law (art. 178.2) by Law 14/2013, on September 27th, supporting the entrepreneurs and their internationalization, and was modified by Royal Decree Law 1/2015, on February 27th, in second chance mechanism, reduction of financial burden an other measurements of social order, which introduced the art. 178 bis to regulate the so called "second chance". Although the Supreme Court has ruled on this figure in sentences no.150, March 13 th, 2019 and no. 381, July 2nd, 2019, and has settled some of the procedural issues that had been raising, most of them remain controversial in courts. The purpose of this paper is to analyze these issues, leaving aside those related to the payment plan that I will analyze in another article.

SUMARIO

I. Declaración y conclusión simultáneas de concurso por insuficiencia de masa activa

II. Solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho
1. Legitimación para presentar la solicitud
2. Deudor de buena fe: requisito de no haber sido declarado culpable el concurso
3. Momento para presentar la solicitud
4. Contenido de la solicitud y subsanación
5. Modificación de la solicitud de exoneración: por el deudor y de oficio

III. Tramitación de la solicitud
1. Eventual inadmisión
2. Sin formulación de oposición
3. Oposición y trámite incidental
4. Recursos

I. Declaración y conclusión simultáneas de concurso por insuficiencia de masa activa

El art. 176 bis.4.I LC prevé que el juez pueda declarar y concluir simultáneamente el concurso por insuficiencia de masa cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa, ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

A su vez, dispone el artículo 238.3 LC en relación con el acuerdo extrajudicial de pagos que *Si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley*.

Sin embargo, el párrafo 2° del art. 176 bis 4 LC recoge una excepción a lo preceptuado en su primer párrafo cuando el concurso es de persona natural: *Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis*.

Se deduce de la literalidad del precepto que si existen bienes deben éstos ser liquidados por un administrador concursal con independencia de que sean o no suficientes para satisfacer los créditos contra la masa. No serán suficientes cuando estén afectos al pago de un crédito con privilegio especial si su valor de realización es igual o inferior al de la deuda garantizada, lo que suele ser habitual, pero la liquidación de estos bienes se impone tanto por el párrafo 2° del art. 176 bis 4 LC como por el ordinal 4° del art. 178 bis 3 LC, que para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho por este cauce exige el pago de los créditos privilegiados, y por el apartado 5.2° del art. 178 bis LC en relación con el ordinal 5° del art. 178 bis 3 LC, que prevé que las garantías hayan sido ejecutadas[1].

En defecto de bienes para liquidar o en caso de existir bienes considerados no realizables, a sensu contrario y dado que el párrafo segundo del art. 176 bis 4 LC es una excepción a lo establecido en el párrafo 1°, habilita el precepto la declaración y conclusión simultáneas del concurso.

El problema se encuentra en estos casos en la tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, que el art. 178 bis LC regula en el marco de un procedimiento concursal con intervención de la administración concursal y de los acreedores personados (art. 178 bis 4 LC), razón por la cual no es posible, a mi juicio, la declaración y conclusión simultáneas.

No obstante, algunos juzgados y tribunales defienden que en supuestos de insuficiencia de masa activa (bien porque la masa es cero bien porque la existente se considera no realizable) lo procedente es declarar y concluir simultáneamente el concurso conforme al art. 176 bis 4 LC.

Las soluciones que se han dado han sido las siguientes:

a) A favor de la declaración y conclusión simultáneas:

• El AJM n° 1 de Logroño de 26 de abril de 2019 declara y concluye simultáneamente

el concurso de persona física solicitado por el mediador concursal en un caso de masa cero, y otorga un plazo de 20 días al deudor para solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. Argumenta el Magistrado que la designación de administrador concursal no resulta procedente *pues no tiene objeto alguno*, pero que *sí resulta de aplicación la regla introducida en el precepto acerca de la posibilidad del deudor de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso*.

• EL AAP de Badajoz, secc. 2ª, núm. 67, de 16 de mayo de 2019, confirma el auto del Juzgado de Primera Instancia que declara, concluye el concurso y rechaza al mismo tiempo la exoneración del pasivo insatisfecho.

• En la misma línea el AAP de Zaragoza, sección 5ª, núm. 38, de 20 de marzo de 2019, que al resolver un recurso frente a un auto de declaración y conclusión por ser cero la masa activa concluye (FJ 3º) en relación con la designación de administrador concursal: "*es muy discutible que ese nombramiento sea necesario cuando el activo es 0 y no hay nada que liquidar*" *y que lo que procede es conceder al concursado un plazo de 15 días (artículos 176 bis 4, 181.2 y 176.2 de la Ley Concursal) para pedir el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, que deberá empezar a contar desde que se dicta el auto de apertura y conclusión del concurso sin liquidación, que en este caso será desde la notificación de la presente resolución.* Este criterio se reitera en el Auto núm. 133 de 30 de octubre de 2019, FJ 4º: *La solución que consideramos más adecuada al caso concreto fue la de "conceder al concursado un plazo de 15 días artículos 176 bis 4, 181.2 y 176.2 de la Ley Concursal para pedir el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.*

b) En contra de la declaración y conclusión simultáneas las siguientes resoluciones, que advierten: (i) el párrafo 2º del art. 176 bis 4 contiene una excepción al párrafo 1º; (ii) concluido el concurso no existe trámite para tramitar la exoneración del pasivo insatisfecho y no se puede tramitar ésta a espaldas de los acreedores; (iii) se anticiparía a la solicitud del concurso el momento en el que el deudor debería estar al corriente en el pago de los créditos (en el caso del ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC); (iv) para la correcta tramitación del beneficio de exoneración será necesaria la delimitación de la masa activa y pasiva, por lo que resulta necesario el informe del art. 75 LC, lo que nos permitirá conocer con exactitud con qué bienes cuenta el deudor para el pago de las deudas y cuáles deberán ser abonadas para poder tener la consideración de deudor de buena fe así como las que tienen la consideración de exonerables y no exonerables. En esta línea:

• La SAP de Valencia, secc. 9ª, núm. 1969, de 25 de julio de 2019, ha considerado que no cabe la declaración y conclusión del concurso de personas físicas en el mismo auto conforme al art. 176 bis 4 LC, *precisamente porque impide la tramitación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. Cita su Auto de 16 de enero de 2019 y en éste su auto de 22 de junio de 2017:

Si se admitiera la declaración y conclusión se estaría exigiendo al deudor que cumpliera los requisitos al tiempo de solicitar el concurso en vez de cumplirlos en la audiencia del art. 152.3, lo que resulta especialmente gravoso en relación con los créditos que deben estar a abonados al tiempo de la petición (art. 178.3.4º y 5º L), pues el deudor debería estar en el momento de la solicitud de concurso, al día del pago de los créditos contra la masa y de los créditos con privilegio especial, cuando menos. Concluido el concurso, no pueden realizarse los trámites del art. 178.4 LC: traslado al AC y a los acreedores para alegaciones.

• El AAP de Madrid, sección 28, núm. 12, de 25 de enero de 2019, que cita y reitera el criterio seguido en su Auto de 21 de abril de 2017, en el que señala:

... la norma del pf. 2º del art. 176 bis.4 LC supone una excepción a la recogida en el pf. 1º, de suerte que en el caso del concurso del deudor persona física, sea o no consecutivo el concurso, el Juez no puede aplicar el archivo inmediato y simultáneo a la declaración de concurso, sino que debe proceder como la norma del pf. 2º le indica, esto es, a designar administrador concursal para la liquidar los bienes que pueda haber, y a dar trámite para la resolución de la petición de exoneración de pasivo, todo ello con carácter previo a la conclusión del concurso.

(v).- Esta especialidad es particularmente intensa cuando se está, además, ante un concurso consecutivo, donde ya se acompaña por el mediador concursal la petición e informe sobre dicha exoneración de pasivo, y sin perjuicio del nombramiento de tal mediador como administrador concursal, a este fin, art. 242.2.2ª LC."

Siendo firme la conclusión de concurso, simultánea a su declaración, por haberlo consentido la propia deudora, no existe trámite para la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, ni puede hacerse a espaldas de los acreedores que ya ni siquiera tienen la posibilidad de intervenir al no estar personados en el concurso que se concluyó en el mismo instante en que fue declarado.

• El AAP de Tarragona, sección 1ª, núm. 231, de 8 de noviembre de 2018 recuerda al Juzgado de Primera Instancia que *la LC prohíbe expresamente que se pueda acordar el conocido como* "archivo exprés" *del concurso persona natural, en el que es preceptivo que el Juez del concurso designe un administrador concursal.*

• La SAP de Barcelona, sección 15, núm. 475, de 29 de junio de 2018:

CUARTO.- De la declaración y conclusión del concurso consecutivo por insuficiencia de masa para atender el pago de los créditos contra la masa (art. 176 bis.4 LC).

9.- En el caso que nos ocupa se acordó la declaración y conclusión en la misma resolución en la que se nombraba administrador concursal para liquidar bienes, de conformidad con el trámite previsto en el art. 176 bis.4.apartado 2 LC, argumentándose por el juez a quo que el deudor carecía de bienes inmuebles, percibiendo un salario de poco más de 1.000 euros y que no había acciones de reintegración ni responsabilidad de terceros, por lo que concurría el supuesto de insuficiencia de masa activa.

10.- Ante tal argumentación la ley prevé una regulación contradictoria, puesto que, por un lado, la insuficiencia de masa activa permite el archivo en el mismo auto de declaración de concurso (...), pero, al tratarse de persona física, el precepto indica que "el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis."

11.- Este inciso, referente a los concursos de personas físicas, fue introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, pensando en cómo articular en estos supuestos de insuficiencia de masa la tramitación del beneficio de pasivo insatisfecho, que en esa misma normativa se introduce. Decimos que es contradictoria puesto que carece de sentido concursal acordar la declaración y archivo por insuficiencia de masa y, en la misma resolución, nombrar administrador concursal para liquidar bienes de forma simultánea, además de darle trámite a

la solicitud de exoneración del art. 178 bis LC donde tanto el administrador concursal como los acreedores personados tienen un papel muy importante, los cuales tienen plazo de audiencia art. 178 bis 4 LC).

12.- Por ello, debemos entender que la norma introducida en el apartado 2º del art. 176 bis.4 LC no puede ser entendida como un supuesto de archivo exprés por insuficiencia de masa, sino como una excepción al mismo, de forma que si estamos ante un concurso de persona física en el que se pretende obtener el beneficio de pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC, no puede acordarse la declaración y archivo en la misma resolución, sino que se declarará el concurso con nombramiento de administrador concursal quien sólo procederá a liquidar bienes, si los hubiere, y se seguirá la tramitación del concurso a los efectos de solicitar el beneficio de exoneración de pasivo con los trámites del art. 178 bis LC .

(...) 14.- Para la correcta tramitación del beneficio de exoneración será necesaria la delimitación de la masa activa y pasiva, por lo que resulta necesario el informe del art. 75 LC, lo que nos permitirá conocer con exactitud con qué bienes cuenta el deudor para el pago de las deudas y cuáles deberán ser abonadas para poder tener la consideración de deudor de buena fe así como las que tienen la consideración de exonerables y no exonerables. Por ello, el juez a quo no debió acordar la declaración y conclusión en el mismo auto, sino dar el trámite normal al concurso consecutivo para poder tener una información completa sobre el concursado, lo que le hubiera ahorrado los requerimientos que durante el procedimiento ha llevado a cabo para recabar aquélla.

• El AAP de Girona, sección 1ª, núm. 69, de 3 de abril de 2018, revoca el auto del juzgado que había inadmitido a trámite el concurso consecutivo por insuficiencia de masa y acuerda la declaración y conclusión.

II. SOLICITUD DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. Legitimación para presentar la solicitud

Conforme al art. 178 bis.2 LC es el deudor quien debe presentar la solicitud.

Nos preguntamos entonces si puede el juez, de oficio, impulsar su presentación.

En sentido negativo la SAP de Valencia, secc. 9ª, núm. 1069, de 25 de julio de 2019. En un concurso declarado y concluido simultáneamente, por diligencia de ordenación se dio traslado a los acreedores para que hicieran alegaciones a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. Formulada oposición, el juez consideró que la petición se había formulado en el escrito inicial. La Audiencia, que consideró que en el escrito inicial sólo había anunciado el deudor que solicitaría el beneficio en el momento procesal oportuno, argumenta que la exoneración debe solicitarla el deudor y que no cabe su impulso de oficio por el Juzgado.

El supuesto que resuelve la Audiencia es muy particular porque la solicitud del deudor no parecía estar clara, con lo que sus consideraciones deben analizarse en tal contexto. No obstante, sí afirma la Audiencia que *no cabe impulsar* la solicitud.

No comparto este criterio. No veo inconveniente en dar trámite en el momento procesal oportuno a una solicitud clara del deudor presentada inicialmente, ni en advertir al deudor que en el plazo que corresponda puede presentar la solicitud.

2. Deudor de buena fe. Requisito de no haber sido declarado culpable el concurso

El art. 178 bis.3 LC dispone que *sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho*

*a los deudores de buena f*e, relacionando a continuación los requisitos debe reunir el deudor para merecer tal consideración. Los tres primeros requisitos son comunes a las dos vías de exoneración del pasivo insatisfecho previstas en los ordinales 4º y 5º del art. 178 bis.3 LC, y los requisitos cuarto y quinto son alternativos (STS nº 150/2019 de 13 de marzo y STS Pleno nº 381/2019 de 2 de julio de 2019).

Por las implicaciones procesales que tiene examino en este trabajo el primero de los requisitos; que el concurso no haya sido declarado culpable, salvo si la culpabilidad lo fuera por retraso en la solicitud de concurso, en cuyo caso el juez podrá conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor (el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal –art. 487.2.2º– elimina la referencia a la apreciación de dolo o culpa grave).

La cuestión que se plantea es si en aquellos supuestos en los que la administración concursal ha informado que el concurso no es culpable y no existe plan de liquidación que aprobar porque no existen bienes o no son realizables (luego cabría plantearse también no abrir la sección 5ª), es necesario o no que se haya abierto la sección de calificación para dar por cumplido este requisito.

Dos posturas se defienden al respecto:

i) Postura favorable a la apertura de la sección de calificación: se considera que el cumplimiento del primer requisito exige que se haya tramitado la sección de calificación, con audiencia de los acreedores e intervención del Ministerio Fiscal.

ii) Postura contraria a la apertura de la sección de calificación:

• Latorre Chiner, N[2]., afirma que el presupuesto ineludible es que el concurso no haya sido declarado culpable, no su calificación como fortuito, por lo que en los concursos concluidos por insuficiencia de masa no procede la apertura de la pieza de calificación, si bien el administrador concursal debe descartar la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, lo que ya se contempla en el informe justificativo del art. 176 bis 3 LC.

Indudablemente, en los supuestos de insuficiencia de masa activa es posible acordar la conclusión del concurso sin necesidad de abrir la sección de calificación, con el informe de la administración concursal del art. 176 bis 3 LC en el que razone inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable.

• La SAP de Barcelona, sección 15, núm. 475, de 29 de junio de 2018: *sólo en caso contrario, cuando el mediador concursal prevea que el concurso puede ser calificado culpable, solicitará la apertura de la fase de calificación y el juez podrá proceder a su apertura, para tramitarse con la presencia del Ministerio Fiscal, deudor y demás interesados*.

• Este ha sido el criterio seguido en el Protocolo de los Jueces de Barcelona sobre tramitación del concurso consecutivo sin masa.

A mi juicio tampoco sería necesario abrir la sección sexta.

Ciertamente, cuando la Ley Concursal se refiere a la insuficiencia de masa activa en el concurso de persona natural (art. 176 bis.4, párrafo 2º) lo hace bajo la premisa, a mi juicio, de la existencia de bienes y de la consiguiente apertura de las secciones quinta y sexta. Concluida la liquidación, dispone el precepto, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. Por tanto, si la Ley Concursal no contempla un escenario de masa cero y sí de existencia de bienes y apertura de la sección de liquida-

ción, con solicitud una vez concluida ésta de la exoneración del pasivo insatisfecho, cuando el art. 178 bis.3.1º LC exige como requisito que el concurso no haya sido declarado culpable tiene que estar pensando el legislador en un concurso en el que se ha aprobado un plan de liquidación y abierto la sección sexta con declaración del concurso como fortuito, tal y como prevé para el concurso consecutivo el art. 242.2.9º LC, conforme al cual *En el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del art. 178 bis LC*. Y el concurso consecutivo es el único escenario que contempla el art. 178 bis LC dado que uno de los requisitos para acudir al beneficio es el intento de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 178 bis.3 3º y STS nº 150/2019 de 13 de marzo).

Ahora bien, el hecho de que la Ley Concursal esté pensando en un escenario de liquidación cuando regula el concurso consecutivo y la exoneración del pasivo insatisfecho, y suponga ello la apertura de la sección de calificación, no significa que deba alterarse la aplicación de las normas que la propia Ley Concursal contempla para valorar la culpabilidad en una situación de masa cero o insuficiente para pagar los créditos contra la masa una vez declarado el concurso; que la Administración concursal razone inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable (art. 178 bis.3 LC) y que tal apreciación no haya sido controvertida, pues debe tenerse en cuenta que los acreedores podrán en todo caso combatir tal apreciación oponiéndose a la conclusión del concurso en el plazo de 15 días que prevé el propio art. 178 bis.3 LC.

Debo señalar también que esta segunda postura que defiende la posibilidad de prescindir de la apertura de la sección sexta no ha resultado avalada en el Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados/as de los juzgados y tribunales de lo Mercantil celebrada los días 17,18 y 19 de febrero de 2020. Por el contrario, se argumentó a favor de abrir la sección sexta y exigir un plan de liquidación aun cuando no hubiera bienes, siquiera a los efectos de poder abrir la sección sexta de calificación y tramitarla con intervención del Ministerio Fiscal.

3. Momento para presentar la solicitud

La solicitud debe presentarse ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia concedido por el art.152.3 LC (art. 178 bis. 2 LC), y en el supuesto de conclusión por insuficiencia de masa activa durante el plazo de 15 días que prevé el art. 176 bis 3 para que pueda formularse oposición al informe de conclusión.

No significa lo anterior que no pueda darse trámite a la solicitud del deudor presentada en un momento anterior. En este sentido la SJM n º 7 de Barcelona de 3 de noviembre de 2016:

2.2. Respecto del plazo para la solicitud, al contrario de lo que se indica en la demanda, el momento procesal oportuno, con carácter general, se fija en el apartado 2 del art. 178 bis y se sitúa no después de la conclusión del concurso, sino antes, en el momento en que por la AC se presenta informe final de liquidación y solicitud de conclusión. Si bien se considera que la petición formal del deudor puede presentarse en cualquier momento, siempre que se realice antes de la conclusión del concurso. Así, se infiere de la regulación del art. 178 bis que lo trascendental es que exista una petición expresa del deudor, que se formule antes de la conclusión del concurso y que se dé el trámite del art. 178 bis 4 para que AC y acreedores puedan pronunciarse, pudiendo interpretarse

el momento de la solicitud por parte del deudor con cierta flexibilidad, siempre que no supere el indicado momento final marcado por el legislador.

4. Contenido de la solicitud y subsanación

La Ley no dice qué contenido debe tener la solicitud. El deudor deberá alegar la concurrencia de los requisitos y así lo establece el art. 489.2 del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal, conforme al cual *En la solicitud el deudor justificará la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en los artículos anteriores*.

El cumplimiento de algunos de los requisitos (intento del acuerdo extrajudicial de pagos, carácter culpable o no del concurso, y pago de los créditos contra la masa, privilegiados y, en su caso, 25% de los ordinarios) resultará del procedimiento. La falta de comisión de tipos penales se acredita con un certificado de antecedentes penales. Si el deudor pretende someterse a un plan de pagos debe manifestar su aceptación (anteriormente ya me he referido al alcance de este requisito) y que la obtención de la exoneración del pasivo insatisfecho se hará constar en el Registro Público Concursal (art. 178 bis.3.5º LC).

Los requisitos que consisten en hechos negativos en el caso del ordinal 5º (no haber incumplido las obligaciones de colaboración del art. 42 LC; no haber obtenido el beneficio dentro de los diez últimos años; y no haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad) no pueden ser acreditados en la solicitud pues se trata de hechos negativos. En caso de oposición, serán los acreedores o la administración concursal quienes que deberán acreditar que no se cumplen.

Aunque la Ley Concursal no prevé la subsanación de la solicitud, debe admitirse dado que la misma Ley la contempla para otros supuestos (artículos 13.2 y 232.3, párrafo 2º, LC), no existiendo razón alguna que la excluya en este caso. Subsidiariamente resulta de aplicación el art. 231 LEC. En este sentido el AAP de Córdoba, sección 1ª, núm. 4, de 10 de enero de 2019, FJ 2º.

Y si se entendiera que la solicitud debe acompañarse del plan de pagos, su falta de presentación también es subsanable. La SAP de Burgos, secc. 3ª, núm. 205, de 8 de mayo de 2019, resuelve que debió requerirse al deudor la aportación del plan de pagos una vez constatada la posibilidad de concederle el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, la SJM nº 1 de Murcia, núm. 295, de 22 de octubre de 2015, deniega la exoneración por considerarse muy escueta la solicitud formulada; el deudor sólo manifestaba *estar dispuesto a someterse a un plan de pagos*, sin aportar ninguno. Y en la misma línea la SAP de Valencia, sección 9ª, núm. 986, de 16 de octubre de 2018, que considera no subsanable la no presentación del plan de pagos con la solicitud. Considera la Audiencia que se trata de un expediente abierto a iniciativa del deudor y que éste tiene la carga de ofrecer la cumplimentación de los presupuestos necesarios para obtener el beneficio de exoneración.

La doctrina[3] ha considerado que la subsanación ha de circunscribirse a "fallos" que no impliquen valoración de la concurrencia o no de los requisitos, por ejemplo, olvido de la aceptación de la constancia registral de la eventual exoneración del pasivo pendiente, subsanación de errores o requerimiento de documentos.

Considero que la subsanación debe abarcar cualquier omisión que pudiera introducir duda sobre la concurrencia de cualquiera de los requisitos que deben ser valorados.

Y este trámite de subsanación corresponde darlo al juez dado que la solicitud se presenta *ante el juez* (art. 178 bis.2 LC) y al juez corresponde su admisión a trámite (art. 178 bis.3 LC).

5. Modificación de la solicitud de exoneración: por el deudor y de oficio

El Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia núm. 381 de 2 de julio de 2019, FJ 3º, que el art. 178 bis LC no establece un procedimiento rígido para solicitar y obtener la exoneración del pasivo que presuponga la imposibilidad de variar la opción inicial por una de las dos alternativas legales, la del ordinal 4º o la del 5º.

En el supuesto había optado el deudor por la exoneración del ordinal 4º, y formulada demanda de oposición por la AEAT, que negaba que se cumplieran los requisitos de esa alternativa, declaró el Tribunal Supremo que *no existe inconveniente en que el deudor opte formalmente por la alternativa del ordinal 5º, siempre y cuando se cumplan las garantías legales que permitan la contradicción sobre el cumplimiento de los requisitos propios de la alternativa del ordinal 5º*.

Partiendo de este pronunciamiento, la SAP de Valencia, secc. 9ª, núm. 998, de 16 de julio de 2019, resuelve un recurso de apelación frente a una sentencia en la que el juez, sin advertencia a las partes, concede el beneficio conforme al ordinal 5º cuando el deudor lo había solicitado conforme al ordinal 4º y no había propuesto ninguna modificación, además de no haber presentado tampoco plan de pagos. Afirma la Audiencia que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo no cabe una modificación de oficio de la solicitud del deudor, manifestación del principio de justicia rogada de las partes y de la congruencia exigida a las sentencias en el art. 218 LEC en relación con el art. 24 CE. Señala la sentencia que la flexibilidad del procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho declarada en dicha sentencia permite al deudor modificar su solicitud durante el procedimiento, si a consecuencia del escrito de oposición de los acreedores se ponen de manifiesto circunstancias que impiden la aprobación de una exoneración definitiva. Ahora bien, en ningún caso cabe que el juez de oficio sustituya la voluntad del deudor y modifique el objeto del incidente concursal.

Se plantea al hilo de lo expuesto si puede el juez, de oficio, sugerir la modificación de la solicitud al deudor y requerirle la aportación de un plan de pagos, si no en el trámite de oposición sí al tiempo de presentar la solicitud, si advierte el juez que no concurren los requisitos del ordinal 4º.

Considero que cabe tal posibilidad como subsanación de la solicitud. Así lo entendió también el JPI nº 4 de Fuenlabrada (concurso abreviado 508/2016) según resulta de la lectura de la SAP de Madrid, sección 28, núm. 639, de 27 de noviembre de 2018, en cuyos antecedentes se relata que a la vista de la solicitud y de que sólo solicitaban el beneficio por el ordinal 4º, el juzgado requirió la aportación de un plan de pagos por diligencia de ordenación.

Debe pensarse que la solicitud de exoneración no tiene la condición de demanda y que el objeto del procedimiento no es otro que comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para la concesión del beneficio, por lo que entiendo no cabe aplicar rígidamente las reglas de preclusión de alegaciones siempre que se garantice la contradicción.

La SAP de Zaragoza, sección 5ª, núm. 559, de 18 de julio de 2018, acuerda que el juez de instancia subsane la defectuosa solicitud del deudor en atención a la finalidad del precepto.

III. Tramitación de la solicitud

1. Eventual inadmisión

El art.178 bis.3 LC dispone que *sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe*, y el apartado 4 que *De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados*.

Se plantea si la presentación de la solicitud debe ir seguida de un traslado automático o si cabe la previa inadmisión por el juez.

Considero que la Ley Concursal da cabida a la inadmisión en supuestos evidentes de ausencia de alguno de los requisitos de buena fe dado que diferencia expresamente entre la admisión de la solicitud (art. 178 bis.3 LC), que corresponde al juez y sólo procede cuando se advierta la buena fe del deudor, y su proveído posterior (art. 178 bis.4 LC) con el traslado por el Letrado de la Administración de Justicia a la administración concursal y a los acreedores personados.

No significa lo anterior que deban duplicarse las resoluciones dictando una resolución de admisión por el juez y otra de traslado por el Letrado de la Administración de Justicia; la diligencia de ordenación del Letrado de la Administración de Justicia confiriendo el traslado previsto en el art. 178 bis.4 LC supondrá también la admisión de la solicitud.

La Magistrada Hernández Rodríguez, M[4]., considera que *únicamente cuando resulte evidente la ausencia del requisito de buena fe, así como cuando el concurso haya sido declarado culpable, es posible que se proceda a la inadmisión de la solicitud sin necesidad de audiencia a la administración concursal y a los acreedores personados*.

2. Falta de oposición

Conforme al párrafo segundo del apartado 4 del art. 178 bis LC, *Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.*

Se plantea si en defecto de oposición puede el juez denegar la exoneración tras advertir que no concurre alguno de los requisitos.

En sentido negativo la SAP de Barcelona, sección 15, núm. 475, de 29 de junio de 2018, apartados 17 y 19:

La no oposición de los acreedores implica la concesión automática del beneficio (art. 178 bis 4 LC). Si no existe oposición el juez está obligado a otorgar el beneficio al deudor, trámite que finaliza por auto.

Así se ha entendido también la doctrina[5].

En sentido contrario la SJM nº 1 de Oviedo de 9 de mayo de 2018:

Con relación a la defectuosa técnica legal, el apartado 3º principia diciendo que "[s]ólo se admitirá (énfasis añadido) la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe", pero no señala trámite de oficio para esa inadmisión, que parece reservar a la eventual oposición de los acreedores, de modo que, faltando ésta, "el juez del concurso concederá (énfasis añadido), con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución". Una lectura superficial de la norma parecería dar a entender que, por más que sea palmario que el deudor no cumple los requisitos legales, el juez se vería impedido de denegar el beneficio si ningún acreedor se opone, lo que es contrario a la razón, pues el juez

debe efectuar un control de legalidad al estar en presencia de requisitos de carácter imperativo, no disponibles por voluntad de las partes. Por tanto, debemos interpretar que la expresión "concederá", referida al juez del concurso, vendrá condicionada al cumplimiento de los requisitos legales, que es un prius imprescindible. No cabe residenciar en exclusiva el control de legalidad en la masa de acreedores, cuando el juez carece de un trámite previo de inadmisión y, aunque dispusiera del mismo, seguramente desconozca elementos de hecho necesarios para fundar su juicio (como en el caso de autos, en que este juzgador no conocía, en detalle, las vicisitudes del proceso penal). No olvidemos, además, que el art. 11.2 LOPJ dispone que "[l]os Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal". Resultaría ciertamente extravagante que un deudor condenado por delito fiscal, que lleva sin pagar crédito alguno desde el año 2007, que incumplió el convenio sin que conste ningún pago (ni siquiera compareció al incidente del art. 140 LC promovido a instancias de la TGSS), que ha sido condenado por tres sentencias de este juzgado, una de 7 de septiembre de 2012 y dos de 27 de marzo de 2013, a 11 años de inhabilitación y al pago del 30% del déficit en cada concurso (del que no ha abonado cantidad alguna), puede obtener un beneficio que la ley reserva al deudor de buena fe.

A este problema –que no es tal– de técnica legal, la dirección letrada del concursado une otro meramente procesal, íntimamente ligado al anterior y afectante al principio de congruencia, pues entiende que el suplico de la demanda de la Abogacía del Estado se limita a tutelar su propio crédito, pero no hace formal oposición a la concesión del beneficio, lo que obligaría a este juzgador a conceder, de forma imperativa y ciega, el beneficio. Tal conclusión tampoco puede admitirse, pues amén de que es contraria al control de oficio de legalidad expuesto, parte de una lectura parcial e interesada del suplico. Éste, textualmente transcrito en los antecedentes fácticos, por más que de redacción mejorable, claramente contiene dos pretensiones: una principal, que se deniegue el beneficio ("tenga por formuladas las alegaciones que anteceden...", referidas en su mayor parte al incumplimiento del requisito de la buena fe) y, solo para el caso de que se resuelva su concesión ("eventual exoneración...", dice, lo que solo puede entenderse si primero se formula oposición a su concesión), se declare que al crédito público le es inane".

En el mismo sentido HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M[6]: *( ) entendemos que no debe darse la automaticidad que en principio establece el apartado 4 para los supuestos en que no se formula oposición. Frente a ello, el juez debe apreciar la concurrencia de las* "circunstancias" *y la ausencia de dolo o culpa grave practicándose, de ser necesario, la prueba pertinente para ello.*

El art. 490 del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal exige al juez la previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos aun cuando no hubiera oposición.

También considero que el juez debe analizar la concurrencia de los requisitos porque éstos no tienen carácter dispositivo para los acreedores. Del apartado 3 del art. 178 bis LC se deduce su carácter imperativo cuando dispone que *sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe*, precepto éste que debe ponerse en relación con el apartado 4 del art.178 bis LC para rechazar que la concesión pueda venir de la mera falta de oposición de los acreedores.

3. Oposición y trámite incidental

Dispone el art. 178 bis.4, párrafo tercero, que *La oposición sólo podrá fundarse en la inobser-*

vancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal (...)

El precepto ha sido interpretado en el sentido de no admitir contestación a la oposición[7] al compararse el trámite con el previsto para la calificación.

Considero que los trámites no son comparables. En la calificación, el informe de la administración concursal tiene la consideración de demanda y se dirige frente a la concursada, afectados y, en su caso, cómplices en condición de demandados. En este caso, sin embargo, la solicitud del deudor no tiene consideración de demanda; es la oposición la que tiene tal carácter, asumiendo el deudor la condición de demandado.

Esta es la interpretación que hace también el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 381 de 2 de julio de 2019 pues se refiere a la oposición de la AEAT como *demanda de oposición*.

Respecto a los requisitos cuya inobservancia puede ser combatida en este trámite, considero que valorada la culpabilidad en la sección de calificación, o fuera de ella según la postura que al respecto se defienda, no puede ser nuevamente objeto de discusión en el trámite del art. 178 bis.4 LC.

La SJM nº 1 de Logroño de 15 de enero de 2010 valora la culpabilidad del concurso en el incidente de oposición previsto en el art. 178 bis.4 LC en un concurso declarado y concluido simultáneamente. En esta sentencia, tras recordar el Magistrado su criterio de declarar y concluir simultáneamente el concurso sin nombramiento de administrador concursal cuando no hay bienes que liquidar, rechaza que puedan verse mermados los derechos de los acreedores en relación con la calificación del concurso dado que pueden aquéllos formular las alegaciones que estimen oportunas en relación con la concurrencia del requisito del ordinal 1º del art. 178 bis.3 LC en el trámite de oposición a la solicitud de exoneración. Y en la sentencia citada resuelve el Magistrado las alegaciones formuladas en relación con la posible declaración culpable del concurso. Argumenta el Magistrado que el trámite es prácticamente idéntico y garantiza la participación de los acreedores en la concesión o no de la exoneración sin necesidad de abrir un concurso de modo innecesario:

Dejando al margen la cuestión relativa a la declaración y simultánea conclusión del concurso, a lo que ya me he referido anteriormente, considero que no cabe valorar la culpabilidad en el trámite de oposición a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho porque además de ser ésta una cuestión que debe resolverse previamente, supondría ello reconocer a los acreedores una legitimación que no tienen para pretender la culpabilidad (Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 10, de 3 de febrero de 2015). Por otro lado, se estaría calificando el concurso sin intervención del Ministerio Fiscal, siendo ésta preceptiva (art. 169 LC).

Respecto a la resolución del incidente, están dejando claro las Audiencias Provinciales que la oposición debe resolverse mediante sentencia (SAP de Murcia, sección 4ª, núm. 27, de 10 de enero de 2019 y SAP de Barcelona, sección 15, núm. 475, de 29 de junio de 2018.

También se han pronunciado las Audiencias Provinciales sobre la imposibilidad de dictar auto de conclusión del concurso hasta que alcance firmeza la resolución que se dicte en el incidente reconociendo o denegando el beneficio (SAP de Murcia, sección 4ª, núm. 27, de 10 de enero de 2019 y SAP de Valencia, secc. 9ª, núm. 998/2019, de 16 de julio de 2019.

4. Recursos

El apartado 4 del art. 178 bis LC no prevé qué recurso cabe frente al auto que concede o deniega la exoneración del pasivo insatisfecho cuando no se ha formulado oposición. Debe estarse, por tanto, al régimen general de recursos (art. 197 LC), teniendo en cuenta además que contra el auto de conclusión de concurso, en el que se concede o deniega la exoneración si no se ha formulado oposición, no cabe recurso alguno (art. 171.1 LC). Entiendo por ello que frente al auto que concede el beneficio no cabe recurso alguno y frente al que lo deniegue (entendiéndose que no se impone la aprobación en defecto de oposición) cabrá recurso de reposición (art. 197.3 LC). El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 28, núm. 12, de 25 de enero de 2019 inadmite el recurso de apelación en un supuesto en el que se había denegado la exoneración tras alcanzar firmeza el auto de declaración y conclusión simultánea del concurso, y sin seguirse los trámites del art. 178 bis LC.

Formulada oposición (art. 178 bis 4. III LC), contra la sentencia dictada en el incidente cabrá recurso de apelación (art. 197.5 LC).

[1] No obstante, existe una línea judicial (Protocolo de los Jueces de Barcelona sobre tramitación del concurso consecutivo sin masa) favorable a considerar que estos bienes, y otros, deben considerarse no realizables y el concurso sin masa. Concretamente: (i) la vivienda habitual del concursado cuando se den las condiciones fijadas en las conclusiones alcanzadas en el Seminario de 15 de junio de 2016; (ii) el salario, aunque sea superior al salario mínimo interprofesional (fijado en 950 euros para 2020); (iii) y la tesorería, con la que se hará pago a los acreedores por el orden correspondiente en la parte que sea superior a un mes de alimentos conforme al art. 47 LC.

[2] *El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física*, p. 18. BIB 2015/17173. Anuario de Derecho Concursal núm. 37/2016. Editorial Civitas, S.A.

[3] CUENA CASAS, Matilde. *La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 25/2015 de Segunda Oportunidad*. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, nº 11, año 2016, p. 14.

[4] *La segunda oportunidad. La superación de la crisis de insolvencia*. Madrid, 2015, p. 111.

[5] CUENA CASAS, Matilde. *La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 25/2015 de Segunda Oportunidad*. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, nº 11, año 2016, pág. 14. Señala que "de la lectura del precepto parece deducirse que si no hay oposición, el juez carece de margen para denegar la exoneración provisional".

[6] *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia*. 2.ª ed. El Derecho, octubre 2015, p. 90.

[7] FERNÁNDEZ SEIJO, José María. *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*. Madrid: Bosch, 2015. ISBN: 978-84-9090-052-9, p. 281.

LA DIFICULTAD DE RECONOCER UNA RESPUESTA CIVIL ANTE EL PRÉSTAMO IRRESPONSABLE

Autor: José Arsuaga Cortázar
Cargo: Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria

Resumen: Uno de los deberes impuestos al prestamista en la nueva legislación reguladora del crédito inmobiliario es la necesidad de que evalue la solvencia del deudor para hacer frente a sus obligaciones –esencialente, su obligación de pago– con el propósito de evitar su sobreendeudamiento. Al prestamista, por tanto, se le impone un juicio de prospección: solo pondrán el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que cumpla. Cuando ello no ocurre por circunstancias que estaban ya presentes en el momento de la celebración y que una adecuada evaluación debía de haber determinado, surge la cuestión: ¿se reconoce algún remedio contractual que sancione legalmente el incumplimento del acreedor?.

SUMARIO

I. Introducción

II. La evaluación de la solvencia del deudor como deber del prestamista

III. Consecuencias del incumplimiento del deber de evaluación
1. Aspectos generales
2. El art. 11.4 LCCI
3. Las causas del incumplimiento
4. Remedios en el Derecho comparado y propuestas en el iter parlamentario español
4.1. Derecho comparado
4.2 Propuestas parlamentarias en la tramitación de la LCCI
5. La prueba del incumplimiento
6. Conclusión: la dificultad de reconocer un remedio eficaz

I. Introducción

Uno de los objetivos fundamentales de la Directiva 2014/17/UE ha sido la de asentar una política de préstamos responsables.

En su tercer considerando inicial nos recuerda que

La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas..

Evoca ciertamente lo que no debería repetirse: la crisis financiera –en Europa, además, una crisis del euro– que se inició con la crisis de las hipotecas subprime en los EEUU y que como cimiento tuvo una combinación de circunstancias. Entre ellas sobresalen la relajación de los estándares de gestión del riesgo y la concesión caprichosa de crédito a personas con dudosa capacidad de reembolso, la garantía referida casi por completo al valor del inmueble merced a una tasación discutible, la creencia en que el valor no decaería, el descenso en los tipos de interés, los incentivos fiscales a la compra de vivienda y, al final, el fenómeno de la titulización o movilización que permitió a los prestamistas, mediante la propagación del riesgo a terceros, obtener la necesaria liquidez para continuar con su política de préstamos.

El cambio de paradigma, que trata de conjurar el riesgo conocido, tiene su origen en cambio de foco. Se pretende sustituir la tradicional evaluación del riesgo de las entidades de crédito sobre la capacidad de reembolso del prestatario por la evaluación de la solvencia de este último para cumplir con su obligación.

Trasladando el régimen jurídico del ámbito de la ordenación y supervisión bancaria al de la protección del cliente, se persigue el objetivo a alcancar: evitar el sobreendeudamiento; de su resultado depende la propia estabilidad del sistema financiero.

La Directiva no los recuerda. Ya en su art. 1 incluye <<*la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia antes de conceder un crédito* y en su art. 4.17 la define –la evaluación de la solvencia– como *la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito*; sin perjuicio de su desarrollo en los arts. 18 a 20.

Pero la obligación de evaluación de la solvencia, que ahora se reconoce en los arts. 11 y 12 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), tiene sus antecedentes –aunque cercanos– en las siguientes normas del derecho español:

(i) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), que introdujo el principio de *préstamo responsable* con un carácter excesivamente genérico en su art. 29, delegando su desarrollo a la vía reglamentaria en la definición de los aspectos más particulares;

(ii) La orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; en particular, en su art. 18.2, que cita los elementos o criterios particulares que deberán considerarse;

(ii) la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre

transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de crédito que desarrolla el anterior art. 18 Orden EHA/2889/2011;

(iv) como complemento, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC), en su art. 14, que traspone la Directiva 2008/48/CEE de crédito al consumo.

Y cierto es que, en conjunto, las citadas normas recordaban la necesaria reafirmación del principio de libertad de contratación (art. 38 CE) en paralelo a la inexistencia expresa de una prohibición de contratar aun sin evaluación de solvencia. Y una apreciación nada compleja: no se reconoce ningún remedio, ninguna sanción, de naturaleza contractual para la entidad crediticia incumplidora[1].

II. La evaluación de la solvencia del deudor como deber del prestamista

No podemos obviar que la obligación de evaluar la solvencia del eventual prestatario no es una facultad del acreedor, sino un deber impuesto que se incorpora en la LCCI con carácter imperativo. El art. 11.1 lo expresa con claridad

Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo[2].

Ya no se trata de observar normas orientadoras de la política interna sobre el riesgo crediticio. No es posible, siquiera, la renuncia por el prestatario potencial, ni es posible un acuerdo entre las partes para evitar la evaluación (art. 3 LCCI).

Recordemos que la evaluación es una parte pero no la única actuación del procedimiento de concesión del crédito. Con la solicitud del eventual deudor se inicia el proceso de información que la entidad debe proveerse para analizar el riesgo del solicitante; sigue con la extracción de los datos relevantes para aplicarles el análisis estadístico elegido por la entidad para obtener finalmente el resultado indicativo de la probabilidad de cumplimiento.

La obligación del prestamista –del prestamista, no de los intermediarios ni del representante delegado (art. 11.1 LCCI)– es de medios: actuar diligentemente en la obtención de la información adecuada de la situación financiera del potencial prestatario que permita una decisión congruente en la concesión en atención a que ofrezca suficiente garantía de su cumplimiento. Al prestatario interesado se une el fiador o garante del préstamo (art. 15.4 LCCI, *las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo*, en línea precisamente con el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011) y el supuesto en que se produzca la subrogación del deudor en la obligación personal cuando se produzca por transmisión del bien hipotecado y en los supuestos de novación modificativa del contrato (DA 6ª y 7ª LCCI).

La evaluación se deberá realizar (art. 11 LCCI, en línea con el art. 18.1 de la Directiva), con carácter ordinario, durante la fase precontractual, es decir, *antes de celebrar un contrato de préstamo*. Después, sólo existe obligación de reevaluar –una información actualizada– *antes de cualquier aumento significativo del importe total*, eso sí, *proporcionada y limitada a lo necesari*o. Se añade, en fin, el supuesto de la subrogación del comprador en el préstamo del vendedor, pues el prestamista, antes de aceptar la novación, deberá *realizar el necesa-*

rio análisis de la solvencia del comprador (DA 7ª LCCI).

La evaluación tiene que tener en cuenta los *factores pertinentes* (art. 11.1 LCCI) para tratar de conocer la capacidad del cliente para cumplir con sus obligaciones. Más expresamente, indica que atenderá a

la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral.

III. Consecuencias del incumplimiento del deber de evaluación

1. Aspectos generales

La Directiva 2014/17/UE es muy programática. El art. 38 indica que las medidas que deben desarrollar los Estados miembros para cumplir con la exigencia de un préstamo responsable mediante la debida evaluación de la solvencia del deudor deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En su considerando 83 indica que

los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal.

Sin embargo, no parece que se haya aprovechado su trasposición a la legislación española para incorporar una sanción de naturaleza privada. Al contrario, el art. 44.1 LCCI nos los dice bien claro

Las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores.

La información precisa para realizar la evaluación deberá provenir de tres fuentes esenciales: (i) la información interna que del cliente tenga su entidad, es decir, el histórico de los datos del cliente por operaciones de activo y pasivo; (ii) la información externa que proporcione el prestatario acomodada a los criterios de los arts. 11.4 y 12.1 LCCI; y, en fin, (iii) la información externa que se obtenga por las bases de solvencia patrimonial, que se compone (art. 12.1 LCCI) de la consulta obligatoria a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia en los términos y con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos personales.

El procedimiento de evaluación habrá de hacerse *en profundidad* mediante los procedimientos internos con los que deben contar los prestamistas. Deberá ser revisado periódicamente y registrado mediante la creación de unos protocolos, que al tiempo serán supervisados por el Banco de España o por la autoridad competente.

El procedimiento termina con la evaluación, o con el informe de evaluación. Es el instante en que el prestamista resuelve sobre la concesión pedida. La pauta la marca el art. 11.5 LCCI:

El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.

No determina la norma cuándo se produce objetivamente la probabilidad de que las obligaciones se cumplan, lo que parece lógico al existir un margen inevitable de incertidumbre; ni siquiera explica los criterios que pueden asumir las entidades para determinar si existe adecuación entre la carga económica del contrato y la capacidad financiera del cliente.

2. El art. 11.4 LCCI

El art. 11.4 LCCI –que reproduce casi literalmete los arts. 18.4 y 20.3 DCCI– dispone que

La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

Tampoco podrán los prestamistas resolver, rescindir o modificar el contrato de préstamo en detrimento del prestatario debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta.

Nos indica dos consecuencias:

(i) que la información incompleta no incide, con carácter general, en la eficacia del contrato, en tanto que el prestamista no puede resolver, rescindir o modificarlo, al presumirse que no extremó su diligencia en la precontratación por no exigir o procurarse una información más completa para procurar su cumplimiento o aclaración;

(ii) que, al contrario y como excepción, no es tolerable que el prestatario oculte o falsifique de forma consciente la información debida o requerida, y logre por ello causalmente la celebración del contrato por determinar una evaluación positiva; y aunque aparecen los perfiles del dolo contractual –con la posibilidad de sostener la nulidad por vicio (art. 1269 CC)– la norma conduce a la resolución invocable por el prestamista.

Sin embargo, ni la regla ni las consecuencias son suficientes para perfilar la respuesta posible del ordenamiento al incumplimiento del acreedor que puede hacer valer el deudor.

3. Las causas del incumplimiento

Es verdad que no es fácil reconocer con precisión cuál pudiera ser la causa del incumplimiento que puede ser imputable al prestamista.

Entiendo que existen dos motivos o causas claras: la concesión sin evaluación alguna y la concesión con resultado real negativo pero con evaluación final positiva. Y en ambos casos con posterior incumplimiento de las obligaciones del prestatario –esencialmente, el pago– por causas o circunstancias que ya estaban presentes –es decir, que no se presenten como imprevisibles– antes de la celebración del contrato.

Sin embargo, existen unas zonas grises en el que encontrar una fuente de imputación no será fácil, como son los supuestos de evaluación mediante la aplicación de un método o procedimiento inadecuado, bien porque no se accede a toda la información, bien porque no se exige o requiere al deudor para su entrega, o bien porque no se elabora un informe final que permite hacer el contraste.

4. Remedios en el Derecho comparado y propuestas en el iter parlamentario español

4.1. Derecho comparado[3].

Algunos Estados de nuestro entorno más cercano se han decantado por el reconocimiento de remedios en el orden contractual.

En Alemania, el BGB determina los efectos del incumplimiento de la evaluación que lleve a su incorrección, que van desde la reducción del tipo de interés ordinario –con la distinción según sea variable o fijo–, o la imposibilidad de que el prestamista puede exigir una sanción por incumplimiento del prestatario si se produjo por causas que, con una evaluación apropiada, no se hubiera concedido el préstamo.

En Francia, el incumplimiento del deber de evaluar implica la pérdida para el prestamista de los intereses, bien en su totalidad o en la proporción que el juez determine (art. L341-28 Code de la Consommation); y el incumplimiento en la evaluación de las condiciones legales provoca que el prestamista pueda ser privado de los intereses hasta el porcentaje del 30% con el límite de 30.000 euros (L341-2).

En Bélgica, siguiendo el esquema francés, el juez también puede reducir total o parcialmente el derecho a la percepción de intereses remuneratorios y moratorios (art. VII.201 Códe de Droit Économique) y a sancionar al prestamista con la obligación de indemnizar al prestatario por daños hasta el 40% del importe total de los intereses si el importe total fuese igual o inferior a 20.000 euros y del 30% si fuera superior (art. VII.209, apartado 2º).

En Suiza, las sanciones pueden ir desde la pérdida del capital prestado, con los intereses y las comisiones, por incumplimiento grave, a la de todos los intereses y gastos por el no grave (Loi Fédérale sur le Crédit à la Consommation, art. 32).

Por último, en Italia, al contrario, parece que se ha optado por una solución semejante a la española: las sanciones de naturaleza administrativa u ordenancista.

4.2. Propuestas parlamentarias en la tramitación de la LCCI

Además del rechazo de las enmiendas nº 1 y nº 29 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea, que pretendían el reconocimiento de una causa de nulidad del contrato de crédito o préstamo hipotecario concedido por negligencia a deudores sin capacidad de pago o suficiente solvencia, existieron otras dos enmiendas con recorrido también frustrado que incluían sanciones de derecho privado[4].

El Grupo Parlamentario Socialista (enmienda nº 99) presentó la enmienda nº 99 en la que pretendía la siguiente redacción del art. 9.4 del proyecto

4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. En caso de que no haya concurrido dicha ocultación o falsificación, la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora.

El Grupo Parlamentario Ciudadanos presenta la enmienda nº 186 por la que pretendía modificar el art. 9 añadiendo un apartado octavo:

8. *Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.*

En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista
El Grupo Parlamentario Socialista retiró su enmienda.

Se votó la enmienda de Ciudadanos. El Grupo Socialista votó en contra. Recibió 165 votos favorables y 166 en contra. Se apoyó la enmienda por Ciudadanos, Partido Popular, Grupo Parlamentario Mixto y un diputado de Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos. Se pierde la votación por hacerlo en contra una diputada del Partido Popular y ausentarse una diputada del Grupo Parlamentario de Ciudadanos.

5. La prueba del incumplimiento

A esta cuestión contestó la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-499/13, apartado 27, en relación con el art. 8 de la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo.

En síntesis expresó que el principio de efectividad quedaría afectado si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones de evaluación incumbieran al consumidor, pues es el prestamista quien está obligado en principio a acreditar ante el juez el buen cumplimiento de esas obligaciones precontractuales. Con ello se garantiza la protección del consumidor sin lesionar el derecho del prestamista a un proceso justo. Concluye la sentencia: las disposiciones de la citada Directiva deben interpretarse en el sentido de oponerse a una normativa nacional en el que la carga de la prueba del incumplimiento corresponda al consumidor.

Parece lógica esta consecuencia, a la que también habría que llegar considerando la regla del art. 217.7 LEC sobre disponibilidad y facilidad probatoria y la propia práctica procesal sobre lo que se ha denominado la situación objetiva de información asimétrica entre el profesional y el consumidor –banco y cliente– en una materia cercana como es la contratación de instrumentos financieros complejos.

6. Conclusión: la dificultad de reconocer un remedio eficaz

No existe, por tanto, en la LCCI –como tampoco en la Ley 16/2011, de 24 de junio–, un remedio contractual eficaz ante la eventualidad del incumplimiento no tolerable del prestamista.

Hay que asumirlo. No se ha querido reconocer un remedio, una sanción, contractual o privada. La pregunta que hay que hacerse es si la legislación de carácter ordenancista será suficiente para neutralizar el riesgo de que las entidades caigan en el mismo vicio de concesión del crédito sin evaluación o con evaluación insuficiente o negativa. En definitiva, si será una medida efectiva, disuasoria y proporcionada.

Parte destacada de la doctrina critica severamente que se mantenga en este aspecto el régimen legal previo de la normativa puramente supervisora sin que el consumidor

pueda alegar la incorrecta valoración de la solvencia y encontrar un remedio contractual para lograr una compensación o alegar la existencia de un vicio en la celebración del contrato[5].

Con este estado de cosas, cualquier solución se topa con dificultades; todavía más cuando lo importante es definir la utilidad de los argumentos, se invoquen como acción o reacción, como pretensión nueva del prestatario frente al prestamista incumplidor o como defensa frente a su acción. Un simple esbozo no permite ser optimista.

Vía acción, escaso recorrido útil tendrían las pretensiones de ineficacia contractual presentadas por el deudor por incumplimiento del deber de evaluación del acreedor. La nulidad del contrato por infracción de norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC) –dificil de sostener: pugnaría con el orden público económico pero no existe norma que reconozca esta sanción–, la nulidad relativa por vicios en el consentimiento por error o dolo (art. 1265 CC) o, en fin, la resolución contractual amparada en el art. 1124 CC –el incumplimiento sería de un deber precontractual, no de cualquier obligación de la fase de ejecución del contrato– tienen un destino común: la restitución de las prestaciones. Y este sería un efecto indeseable, perturbador y en modo alguno disuasorio para el acreedor incumplidor, pues el prestatario debería reintegrar de una sola vez el capital entregado, perdiendo el beneficio del plazo. De suerte que la única opción –y no deja de ser espinosa por motivos varios como que accione quien cumple el contrato o lo haga tras conseguir su celebración[6]– sería el planteamiento de una acción de indemnización de daños y perjuicios fundados en la infracción de los deberes legales señalados y en los generales de la buena fe y lealtad en la fase de preparación. Empero, asumiendo el coste y la carga de demandar.

Vía excepción o reacción nos encontramos con el mismo obstáculo: no se ha querido reconocer una solución cercana a las propuestas de las enmiedas o del Derecho comparado. Lo cierto es que estas propuestas van encaminadas, sobre todo, a reconocer ciertos remedios frente a la reclamación del acreedor por el incumplimiento del deudor. Como el acreedor tratará de iniciar una ejecución especial sobre bienes hipotecados, art. 681 y ss. LEC –sin perjuicio de la general dineraria con fundamento en la escritura pública, art. 517.1.4°– el estricto margen impuesto por el art. 698 LEC constituirá un obstáculo para alegaciones que impliquen la ineficacia contractual o la excepción de incumplimiento previo del acreedor (exceptio *non adimpleti contractus* o *non rite adimpleti contractus*) como forma para lograr la reducción del precio, sea de los intereses ordinarios o moratorios o incluso del resto de la deuda tras la subasta del inmueble, a pesar de los intentos doctrinales para justificarlos[7]. Solo en el caso de oposición a una demanda declarativa sería posible que el demandado deudor sostuviera su pretensión en este punto, vía oposición e incluso reconvención, pero no por ello, insisto, puede reconocérsele una respuesta judicial airosa, más allá de la que pueda procurar la responsabilidad civil por daños derivados de la infracción precontractual del deber de evaluación.

[1] En concreto, el art. 18.6 Orden EHA/2889/2011, de 28 de octubre, expresa que *La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.*

[2] El art. 14.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, ya expresaba que *El*

prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor (..).

[3] COLLADO RODRÍGUEZ, *Consecuencias del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor de crédito* en *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*, Capítulo V, pp. 8 y 9. Editorial Aranzadi, 2019.

[4] Lo relata con detalle CUENA CASAS, M.- *Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Actualidad Civil nº 9, Editorial Wolters Kluwer, Septiembre 2019, pp. 11 y 12.

[5] CUENA CASAS, M.- *Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario*. Proyecto de Investigación (DER 2017-83321-P) sobre *Tutela de los consumidores y clientes de servicios FinTech*.

[6] ¿Qué conceptos integraría el daño? Quizás el perjuicio de haber celebrado un contrato que no se hubiera producido con una evaluación apropiada o por lo menos los gastos de tasación y la comisión de apertura en los que se ha podido incurrir por efecto de la contratación.

[7] GÁLVEZ CRIADO, A. *Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia* Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 144/2016, Editorial Aranzadi, 2016.

PARTICIPACIÓN DEL CÓNYUGE O PAREJA DEL AUTOR DIRECTO DE UN DELITO ECONÓMICO

Autor: Amaya Merchán González
Cargo: Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander

Resumen: El Tribunal Supremo en sentencia nº 444/2018 de 9 de octubre de 2018, ha precisado unos puntos de relevancia en orden a determinar la colaboración o participación y, por tanto, posible condena penal, de la pareja o cónyuge del autor directo de un delito económico, en el caso enjuiciado de blanqueo de capitales, precisando que si bien no se exige un dolo técnico tampoco puede hablarse de un delito de sospecha por el hecho de ser cónyuge del autor material, exigiéndose la participación activa y la prueba del dolo, aún con prueba indiciaria, y recordando que la actitud omisiva de la pareja es atípica.
Palabras clave: STS nº 444/2018, participación cónyuge, delito económico del cónyuge, acto neutral, dominio funcional, cooperación necesaria pareja sentimental, prueba indiciaria, condena cónyuge, delito económico, blanqueo de capitales, colaboración cónyuge.
Abstract: The Supreme Court in judgment nº 444/2018 of October 9, 2018, has specified some points of relevance in order to determine the collaboration or participation and, therefore, possible criminal conviction, of the partner or spouse of the direct author of a crime economic, in the case of money laundering prosecuted, specifying that although a technical fraud is not required, there can also be no crime of suspicion due to being the spouse of the material author, demanding active participation and proof of fraud and remembering that the omission of the couple is atypical.
Keywords: STS nº 444/2018, spouse participation, economic crime of the spouse, neutral act, functional domain, necessary cooperation, sentimental partner, preliminary evidence, spouse conviction, economic crime, money laundering, spouse collaboration.

La pareja sentimental del también condenado por delito de blanqueo de capitales, en el recurso interpuesto (FUNDAMENTO DE DERECHO SEXTO en adelante) alega el desconocimiento de la actividad delictiva llevada a cabo por su pareja sentimental y posteriormente marido, afirmando que "para ella era un empresario de éxito", "que ella iba a firmar" que "le firmaba todo lo que le daba", y que "no sospechaba se hubiera producido algo ilegal por parte de su marido".

Tales alegaciones son rechazadas confirmando la condena a la misma por el delito de blanqueo de capitales al entender probada su autoría y coparticipación en el delito, y recuerda para ello el Tribunal que *el delito básico de blanqueo de capitales sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, conocimiento que no ha de ser necesariamente concreto, sino que basta el conocimiento genérico .../... No se exige un dolo directo, bastando el dolo eventual (STS 303/2010 de 22 marzo) o incluso, tal como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 28/2010 y 28 enero, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada inserta en el dolo eventual, es decir, la de quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración y se hace partícipe y, consiguientemente, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar.*

En el caso concreto tal conocimiento por parte de la condenada de la actividad ilícita desplegada por su pareja sentimental la sienta el TS al aparecer vinculada a empresas del acusado como trabajadora por cuenta ajena y que fueron constituidas para cometer el previo fraude contra la Hacienda pública mediante la expedición de facturas falsas; además la acusada interviene personalmente en el otorgamiento de las escrituras de compra-venta de varios inmuebles, adquiere un vehículo de alta gama admitiendo que el dinero se lo dio su marido y dispone de las cuentas bancarias y conoce los ingresos realizados por su marido.

Elementos indiciarios que, dice el TS, permiten concluir a través de la experiencia y de la razón, que no era ajena al conocimiento de la actividad delictiva desplegada por su entonces pareja sentimental y de la procedencia ilícita de tan elevadas sumas dinerarias, no siendo necesario un conocimiento en detalle de la infracción precedente o de todos sus pormenores.

Precisando el TS los siguientes puntos en orden a la participación en un delito económico en la operativa criminal del cónyuge o la pareja del autor directo:

a) No se exige un dolo técnico

No se trata de exigir un *dolo técnico* acerca de la operativa delictiva previa en hechos que luego dan lugar al delito de blanqueo, sino que la actividad delictiva se deduce de la prueba indiciaria y la colaboración de la recurrente. No exige que sea la autora del operativo, sino que partícipe decisivamente en ello.

b) No es delito de sospecha

No se trata de implantar un "delito de sospecha" de la pareja del delincuente económico, sino que es preciso valorar en cada caso concreto las posibles formas de intervención que evidencien un dolo directo o eventual en la comisión de los hechos, ello lo enlaza el TS con:

– La llamada participación relevante, que permita afirmar una coautoría en el delito económico de la pareja del autor principal ya que, en efecto, puede limitarse la intervención a meros actos de firma desconociendo realmente lo que está ocurriendo.

– La presunción de conocimiento. *D*ebe analizarse cada hecho concreto para valorar si se trata de una "presunción de conocimiento" a la vista de la forma colaborativa, o, por el contrario, si de ésta misma se desprende la ausencia de éste y son solo meros actos de firma sin contenido cognoscitivo de la realidad que está detrás.

c) Conocimiento y voluntad: El animis adiuvandi

La participación del cónyuge o pareja sólo es punible en su forma dolosa, que exige a su vez el conocer y querer su participación en la realización del hecho delictivo de su cónyuge o pareja y el conocimiento y la intención de que con su comportamiento está ayudando a la comisión del delito, requiriendo el concierto de voluntades, la conciencia de la ilicitud y el *animus adiuvandi* .

Con este elemento el TS viene a tratar de dejar claro que la relación matrimonial o de pareja de hecho no puede suponer en ningún caso una presunción de conocimiento de la actividad delictiva del cónyuge o pareja y que no basta un comportamiento que objetivamente constituya un eslabón en la conducta del delito económico sino que la condena por autoría, cooperación necesaria o complicidad del entorno familiar exige, además, dos elementos claves; el conocimiento de la colaboración necesaria para el fin pretendido; es decir, que con su actuar está contribuyendo a la realización de un acto delictivo y, además, la voluntad de prestar dicha colaboración contando con ese conocimiento.

De manera que se hace exigible comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza la acción, excluyendo así el llamado *acto neutral;* constituido por aquellos actos cotidianos que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por «típicos» penalmente porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado.

Y recuerda, en relación a la teoría del acto neutral, que ya se decía en la STS núm. 34/2007 de 1 de febrero que: *una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución. Se recuerdan en esta sentencia criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.*

d) *El dominio funcional del hecho*

La teoría que identifica la autoría penal con el dominio funcional del hecho entiende como coautores a los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica y ese dominio funcional del hecho se manifiesta en el papel que corresponde a cada co-autor en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho.

En los casos en los que se pretende extender la coparticipación a la pareja del autor directo no es posible establecer una presunción asimilable al hecho de que la convivencia debe conllevar una fuente de responsabilidad penal y ,además, indica el TS que *la actitud omisiva de la pareja es atípica* ya que la legislación no exige a la pareja del autor material de un delito de carácter económico, (o de la naturaleza que sea), una actitud de obstrucción en los delitos cometidos por su pareja, pero si será típica la actitud activa con actos relevantes.

Por ello, en los casos de coparticipación de la pareja del autor directo, el acuerdo previo, sin más, no es suficiente para construir la coautoría, se hace necesario que la decisión común vaya acompañada de una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar.

Y tal participación según la importancia de la contribución se materializa en dos posibilidades diferenciándose entre, primero, el papel secundario del partícipe, pero con dolo acreditado de esa participación y, segundo, la realización de un papel básico en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

e) La prueba de dolo

El elemento subjetivo del injusto en estos casos de coautoría consiste no solo en que la pareja o cónyuge conozca la actividad delictiva del otro y la consienta, sino también que conozca que colabora activamente en la comisión de los delitos y participe de forma directa o indirecta en la ejecución de actos materiales que permitan apreciar una conducta activa, que no de omisión, en los actos ilícitos cometidos por su pareja.

Y la existencia de tal dolo debe probarse. Prueba que, con carácter general y ante la imposibilidad práctica de acudir a la prueba directa, se verificará a través de la llamada prueba indirecta o indiciaria, para tratar de inferir el conocimiento real que tenga en este caso la pareja que no es la autora material y directa de los hechos.

Prueba indiciaria la cual, recuerda, ha de sustentarse con eslabones de base contundentes y de peso que permitan que, sumándolos, conlleven a un enlace preciso y director el cual pueda establecerse, sin lugar a dudas, el «conocimiento» y voluntad de querer cometer el delito y cometerlo.

De manera que la prueba –indiciaria– del delito resultará de la acreditación de determinados extremos fácticos "indicios", cada uno de los cuales ha de estar completamente probado y que entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir «*un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», como dice el citado 386.1 LEC, es decir, ha de haber una conexión tal entre unos y otros hechos que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión (STS núm. 436/2007, de 28 de mayo*).

DIRECCIÓN

María del Mar Hernández Rodríguez
Magistrada Especialista CGPJ en asuntos mercantiles

COMITÉ TÉCNICO

Javier Antón
Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

Ángel Hernández Román
Abogado y administrador de fincas

COLABORADORES PERMANENTES

José María Fernández Seijo
Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil. Audiencia Provincial de Barcelona

Ana María Gallego Sánchez
Magistrada especialista CGPJ en Mercantil. Juzgado de lo mercantil n.º 12 de Madrid

Núria A. Orellana Cano
Magistrada Especialista de lo Mercantil. Audiencia Provincial de Málaga

Enrique Sanjuan Muñoz
Magistrado especialista en derecho Mercantil. AP de Málaga

José María Tapia López
Magistrado Especialista en Mercantil

Javier Anton
Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

Jose María Blanco
Magistrado en excedencia, Counsel en Uría y Menéndez

María del Mar Hernández Rodríguez
Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil. AP de Cantabria

Amaya Merchán González
Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander

vlex

Información jurídica inteligente

Contacto

vLex Networks SL

Edificio Ecourban
Almogàvers 119-123
08018 Barcelona

T: 932 722 685

www.vlex.es

Síguenos en las redes sociales



ISSN: 2462-487X