

SUMARIO

ACTUALIDAD

NOVEDADES
LEGISLATIVAS

PIRÁMIDE
DE CASOS

ARCHIVOS
GARRIGUES

OTRAS
PUBLICACIONES

AGENDA
GARRIGUES

BLOG

accede a nuestro
BLOG

SÍGUENOS



**INSOLVENCIA Y
SECTOR PÚBLICO**

ACTUALIDAD

ACCIONES DE REINTEGRACIÓN Y CONCURSO INTERNACIONAL: DOS SENTENCIAS SOBRE EL JUEGO DE LA “CLÁUSULA DE VETO” DEL REGLAMENTO DE INSOLVENCIA.

Dos sentencias, una del TJUE (Sentencia de 8 de junio de 2017, *Vinyls Italia SpA*, C-54/16) y otra de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sentencia de 17 de octubre de 2017, *Grupo Orizonia*), han analizado recientemente el artículo 13 del Reglamento UE 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Este artículo, relacionado con los actos o negocios perjudiciales realizados por la sociedad antes de su procedimiento de insolvencia, se ha trasladado casi sin cambios al nuevo Reglamento UE 2015/848, que desde el 26 de junio de 2017 es la nueva normativa de insolvencias transfronterizas. Las dos sentencias, y en especial la sentencia “*Vinyls*”, evidencian la importancia de la normativa concursal europea.

Según esta normativa, el ejercicio de las acciones de reintegración contra actos perjudiciales realizados por una sociedad se somete, en principio, a la ley del Estado donde se tramita su procedimiento de insolvencia. No obstante, se incluye una “regla de veto” según la cual no se aplicará aquella ley (la ley nacional) si el beneficiado por el acto perjudicial es capaz de acreditar: i) que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro y; ii) que en ese caso concreto, esa otra ley no permite en ningún caso la impugnación del acto. De este modo, si se logra acreditar que la ley (de otro Estado miembro) elegida por las partes no permite impugnar el acto, el mismo no puede ser rescindido conforme a la ley nacional.

2 Esta “regla de veto” a la aplicación de la ley nacional de insolvencias había sido tratada por el TJUE en otras sentencias. Pero la sentencia “*Vinyls*” tiene especial interés pues lo que se impugnaba –un pago anterior a la declaración de insolvencia– presentaba conexiones únicamente con Italia (partes italianas, construcción de un buque en Italia, pago realizados en Italia). En aquel caso, las partes habían optado por la Ley inglesa como ley del contrato. Esta elección de una ley sin aparente conexión con las partes o con las obligaciones del contrato, es analizada detenidamente por el TJUE en su sentencia pues la facultad de optar por una ley extranjera para regular un contrato meramente interno, ha sido tradicionalmente criticada por quienes entienden que de esa forma se vadea la aplicación del derecho concursal nacional.

La respuesta del TJUE es que resulta perfectamente posible hacer esa elección de ley y, en caso de posterior concurso de una de las partes, invocar la “regla de veto” y evitar la aplicación de la ley concursal nacional. La única excepción es que esa elección de ley extranjera sea fraudulenta o abusiva (lo que debe comprobar el Juez que tramita el procedimiento concursal) en cuyo caso no será posible vetar la aplicación de la ley nacional.

Precisamente esta fue la decisión del Tribunal español en la sentencia “*Grupo Orizonia*”: la de vetar la aplicación de la ley concursal española tras comprobar que era otra ley (la ley inglesa) la que regulaba los pagos realizados antes del concurso por una sociedad española a sus asesores legales y financieros. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca concluye que dichos pagos son legítimos conforme a la ley inglesa, lo que impedía la aplicación del derecho concursal español. Además, la Audiencia destaca una cuestión nuclear abordada por el TJUE en la sentencia “*Vinyls*”, según la cual quien invoca a su favor el “veto” del derecho concursal nacional no está obligado a acreditar, en abstracto y en todo caso, que el acto discutido sea inimpugnable según la ley extranjera, sino solo que en ese caso concreto y en función de las circunstancias particulares del supuesto, la ley extranjera elegida por las partes no permite atacar el acto discutido.

La elección de una ley de otro Estado miembro en contratos meramente internos es habitual en determinados sectores y es una opción permitida por el Derecho europeo. El único límite es que dicha elección no vulnere las normas imperativas del Estado con el que el contrato presenta todos sus vínculos. Precisamente porque se trata de una práctica estándar, no es tarea sencilla determinar en qué casos la elección de una ley de otro Estado miembro no responde a la búsqueda de la norma más adecuada para regular el contrato sino a un intento de influir sobre la eficacia de las normas concursales nacionales en caso de insolvencia posterior de una de las partes.



2

Novedades legislativas

El 9 de noviembre de 2017 se publicó en el BOE la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Los aspectos del Derecho de insolvencias más destacables de la nueva Ley son:

■ UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS (“UTE”)

- i. No podrá ser adjudicataria de un contrato público una UTE cuando alguna o algunas de las empresas que la integren estuviera incurso en prohibición de contratar (por la declaración de concurso de acreedores o por su inhabilitación por sentencia de calificación, por ejemplo).
- ii. Una vez adjudicado el contrato público, si alguna o algunas de las empresas de la UTE fuesen declaradas en concurso, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación del concurso, siempre que los demás integrantes de la UTE cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

■ PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

- i. Nuevamente se incluye la prohibición de contratar con el sector público para las sociedades que: (i) han solicitado la declaración de concurso voluntario; (ii) han sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento; (iii) han sido declaradas en concurso (salvo que haya adquirido eficacia un convenio); (iv) estén sujetas a intervención judicial; o (v) hayan sido inhabilitadas por una sentencia de calificación.
- ii. Se mantiene la regla de que la prohibición de contratar se apreciará directamente por los órganos de contratación y subsistirá mientras existan las circunstancias que la motivaron.

■ CALIFICACIÓN CONCURSAL DE LOS CRÉDITOS DERIVADOS DE CONTRATOS CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los créditos derivados de obligaciones legales o los surgidos de actos administrativos serán créditos con privilegio general hasta el 50% de su importe. Si

hubiera garantías con los requisitos exigidos por la Ley Concursal, serán créditos privilegiados especiales.

■ PROCEDIMIENTOS SINGULARES DE CONTRATACIÓN

Se podrán adjudicar contratos de suministro o de prestación de servicios mediante el procedimiento negociado sin publicidad (es decir, sin la previa publicación de un anuncio para la licitación del contrato), cuando se trate de: (i) un servicio o suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cesare definitivamente en sus actividades comerciales; (ii) un servicio o suministro contratado con los administradores concursales, o a través de un acuerdo judicial.

■ CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

- i. Se mantiene como causa de resolución la declaración de concurso o de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- ii. Se matiza la facultad de resolución del contrato por parte de la Administración Pública en caso de concurso del contratista. Así, aunque se haya abierto la fase de liquidación del concurso, la Administración podrá voluntariamente continuar con el contrato por razones de interés público, siempre y cuando el contratista preste garantías adicionales suficientes para la ejecución.

■ CESIÓN DE LOS CONTRATOS CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

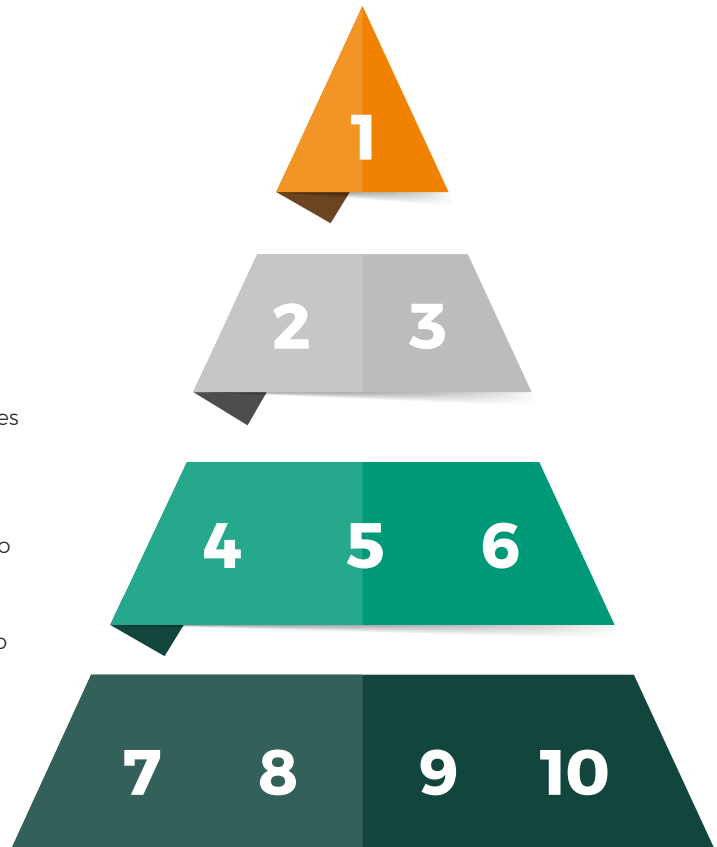
Para la cesión de los contratos deberán cumplirse los requisitos contenidos en los pliegos de contratación. Uno de ellos es que se haya ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya explotado durante al menos 1/5 de la duración del contrato. No serán de aplicación estos requisitos si el contratista está en concurso, incluso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o si ha presentado una solicitud del artículo 5 bis de la Ley Concursal (“pre-concurso”).

La Disposición final decimosexta establece que la nueva Ley entrará en vigor a los cuatro (4) meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 9 de marzo de 2018. No obstante, existen excepciones respecto a determinadas disposiciones, aunque ninguna de estas excepciones está relacionada con los temas tratados aquí.

3

Pirámide de casos

- Sacrificio desproporcionado del acreedor disidente
- Préstamos participativos y concurso
- Rescisión de contrato sometido a ley inglesa
- Calificación de créditos por costas de pleitos pendientes
- Calificación tras incumplimiento de convenio
- Enajenación y consentimiento del acreedor hipotecario
- Apelación de resolución de contrato de arrendamiento
- Compensación impropia y concurso
- Dinero como bien necesario
- Acceso registral tras “concurso exprés”



1 Homologación judicial de acuerdos de refinanciación y existencia de sacrificio patrimonial desproporcionado (Asunto “Abengoa II: impugnación del MRA”): Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017

El Juzgado declara que el acuerdo de refinanciación homologado del grupo Abengoa produjo un sacrificio desproporcionado a los acreedores disidentes impugnantes, muy resumidamente por los cuatro siguientes distintos motivos al considerar que:

- i. La falta de viabilidad determina la existencia de sacrificio desproporcionado: no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante es que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda. Se ha acreditado que, en contra de lo determinado por el experto independiente (cuya idoneidad

considera discutible), no existe probabilidad suficiente de que una serie de sociedades demandadas cumplan el plan de viabilidad y, en consecuencia, existe la previsión de que no puedan continuar su actividad;

- ii. La quita del 97% y la espera de 10 años contenidas en la propuesta estándar de reestructuración impuesta a los acreedores disidentes son innecesarias y, por tanto, excesivas con arreglo al propio plan de viabilidad;
- iii. El sacrificio exigido a los acreedores disidentes es excesivo por comparación con el tratamiento dispensado a los acreedores adheridos al acuerdo de refinanciación (tanto considerando la comparación entre las dos alternativas contenidas en el acuerdo de refinanciación –términos estándar y términos alternativos–, como considerando el trato dispensado a acreedores de “dinero nuevo” que, en realidad, no tenían tal condición); y

iv. Se ha prescindido del requisito legal relativo a la necesaria valoración de las garantías reales de las que eran titulares algunos de los acreedores adheridos al acuerdo de refinanciación.

El Juzgado declara que el acuerdo homologado no es oponible a aquellos acreedores disidentes que impugnaron la homologación, cuyos créditos quedan incólumes (vid. autos denegatorios de las solicitudes de aclaración y de complemento de fechas, respectivamente, 3 y 27 de octubre de 2017).

La sentencia confirma igualmente que, como ya había declarado el Juzgado en su previa sentencia estimatoria de 24 de octubre de 2016 ("Abengoa I: impugnación del Stand-Still"), por la vía de la homologación judicial no pueden extenderse los efectos de un acuerdo de refinanciación a los créditos contingentes por no tratarse de pasivos financieros a efectos de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal.

La sentencia establece que la homologación judicial del citado acuerdo únicamente lo protege frente a acciones rescisorias concursales, pero sin que dicha protección afecte a las acciones que se interpongan por fraude.

6

2 Calificación de los préstamos participativos como créditos ordinarios en el concurso de la prestataria:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2017

Las causas de subordinación y privilegio deben interpretarse de manera restrictiva, por lo que los préstamos participativos del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, serán calificados como créditos ordinarios salvo que, por alguna razón "justificada", proceda una calificación distinta.

3 Acción rescisoria concursal frente a los pagos derivados de un contrato sometido a ley inglesa: Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 2017

No procede la rescisión de los pagos realizados por una sociedad antes de la declaración de concurso. Dichos pagos que fueron realizados a los asesores legales y financieros que prestaron sus servicios en el marco del proceso de reestructuración del grupo de la sociedad. El artículo 13 del Reglamento UE núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (actual artículo 16 del Recast UE núm. 848/2015), impide rescindir dichos pagos cuando el contrato está sometido a una ley distinta de la del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia. En este caso, se trataba de la Ley inglesa y el Tribunal español considera, en aplicación de la doctrina de la sentencia "Vinyls" del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la administración concursal no evidenció que se cumplieran los requisitos de la *Insolvency Act* de 1986 para impugnar un acto considerado perjudicial.

4 Calificación del crédito por condena en costas derivado de pleitos en marcha al momento de la declaración del concurso: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2017

Los pleitos pendientes en primera instancia al momento de declararse el concurso de una de las partes continúan su marcha en interés del concurso, salvo que se proceda a su terminación mediante desistimiento, allanamiento o transacción. Si el pleito continuara tras la declaración de concurso y se produjera la condena en costas de la sociedad concursada, el crédito derivado de dicha condena sería crédito contra la masa por aplicación del artículo 84.2.3º de la Ley Concursal.



5 **Calificación del concurso tras su reapertura por incumplimiento de un convenio: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia de 12 de julio de 2017**

Al haberse abierto la fase de calificación a consecuencia del incumplimiento de un convenio “no gravoso” para los acreedores, y que por tanto no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación al tiempo de su aprobación, procede analizar todas las causas invocadas por los actores, no limitándose el enjuiciamiento en sede de calificación a las actuaciones posteriores a la reapertura del concurso por incumplimiento del convenio.

6 **Prohibición de enajenar un bien hipotecado sin consentimiento del acreedor hipotecario cuando el precio es inferior al acordado con la constitución de la hipoteca: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 2017**

No se puede enajenar un bien a un precio inferior al de tasación fijado de mutuo acuerdo por las partes al tiempo de constituir la garantía real, salvo que medie consentimiento expreso del acreedor hipotecario. Carácter imperativo de los requisitos del art. 155.4 de la Ley Concursal.

7 **No necesidad de previo pago o consignación de las rentas debidas para apelar en un incidente concursal de resolución de un contrato de arrendamiento: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2017**

Para que sea admitido un recurso de apelación en un proceso de desahucio del arrendatario de la finca arrendada, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige el previo pago o consignación de las rentas debidas. Dicha regla no aplica cuando el arrendatario está declarado en concurso de acreedores, pues en éste rigen reglas específicas en materia de recursos que no exigen ningún pago de las rentas debidas.

8 **La liquidación de una relación contractual no está limitada por la prohibición legal de compensar los créditos y deudas de una sociedad en concurso: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017**

La compensación de cantidades en el marco de una liquidación contractual entre las partes no está prohibida por el artículo 58 de la Ley Concursal, pues se trata de un mecanismo de liquidación del contrato (compensación impropia) y no de una compensación de créditos y deudas derivados de distintos contratos (compensación propia).

9 **Consideración del dinero o efectivo como bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial del deudor: Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 28 de julio 2017**

El dinero o efectivo es un bien necesario en un concurso cuando el plan para la liquidación de los activos de la sociedad en concurso prevé, como vía preferente para dicha liquidación, la venta de la unidad productiva “en funcionamiento”. Esta naturaleza de bien necesario del efectivo implica la suspensión de los procedimientos de ejecución que existieran sobre el mismo, con obligación del acreedor de devolver los importes cobrados tras la fecha en que las actuaciones ejecutivas debieron quedar en suspenso.

10 **Acceso al Registro Mercantil de los actos de liquidación y reparto del haber social de una sociedad declarada disuelta tras un “concurso exprés”: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2017**

La cancelación registral de la sociedad como consecuencia de su “concurso exprés” no impide la inscripción registral de los acuerdos de la Junta General pues, además de ser ajenos a la liquidación concursal, mediante los mismos se disuelve efectivamente la sociedad, se nombra liquidador, se aprueba el balance final de liquidación, se reparte el activo resultante y se declara liquidada y materialmente extinguida la sociedad.



4

Archivos Garrigues



1

PUBLICACIONES

- **“Homologación judicial de acuerdos de refinanciación: viabilidad, irrevocabilidad e impugnación”** [García-Alamán de la Calle], Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 27, Segundo Semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- **“Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016 (I)”** [They Marti], Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 27, Segundo Semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- **“La inclusión de soluciones alternativas en un convenio no implica trato singular. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017”** [Verdugo García], Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 27, Segundo Semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

- **“Régimen de recursos contra las resoluciones judiciales dictadas en materia de enajenación de activos en el concurso de acreedores”** [Lama Salinas], Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n° 27, Segundo Semestre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- **“España - La subasta electrónica, el acceso de todos”** [González Pajuelo], La Verdad.

2

EVENTOS

- **Loan Market Association, Madrid Early Evening Seminar**, 13 de septiembre de 2017.

Organizado por la *Loan Market Association* (“LMA”), nuestro socio Gaspar Atienza explicó el estado de la investigación de la Comisión Europea sobre los procesos de sindicación de préstamos. Nuestro socio Juan Verdugo debatió sobre el impacto del “Brexit” en los préstamos y créditos sindicados sujetos a ley inglesa. En particular se expusieron las características generales de la *UK Withdrawal Act* y del nuevo escenario tras el “Brexit” para las garantías y “*collateral*” españoles, las garantías financieras y acuerdos de compensación contractual, y las acciones de reintegración contra contratos sindicados sujetos a ley inglesa en caso de concurso en España de la prestataria o acreditada.

- **XI Encuentro en Galicia de Profesionales del Derecho Concursal y Societario**, Consello Galego de Economistas, 21 de septiembre de 2017, Santiago de Compostela.

Nuestro socio Adrián They participó como ponente en la sesión “Reglamento Europeo de Insolvencias y Propuesta de Directiva de Reestructuraciones”, moderada por el también socio del Despacho Jesús Ángel Sánchez Veiga.

- **Nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia, acciones de reintegración y concurso internacional tras la Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017 (Vinyls Italia SpA c Mediterranea di Navigazioni SpA)**, Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (“FIDE”), 2 de octubre de 2017, Madrid.

En esta sesión participó como moderador nuestro socio Juan Verdugo y como ponente Iván Heredia, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid y asociado *senior* del Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias. Se debatió sobre las acciones de reintegración concursal y la regla de “veto” o inaplicación de la ley del Estado de apertura cuando las partes escogieron como ley del contrato una ley de un Estado miembro distinto (artículo 16 del *Recast* sobre procedimientos de insolvencia). En particular se analizaron, desde una perspectiva práctica, las cuestiones suscitadas por la reciente Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017 del caso “Vinyls”.

- **“Preventive restructuring: sunset on insolvency?”**, Insol Europe Annual Congress. Del 5 al 8 de octubre de 2017, Varsovia (Polonia).

Nuestro socio Adrián They ha presidido el panel *“The EU Commission Directive Proposal: scope, contents and future legislative process”*. En este foro se han debatido las implicaciones de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.

- **“International Restructuring Symposium”**, Droit & Croissance/Rules for Growth. 18-19 de enero de 2018, Ministère de l’Économie et des Finances, París (Francia).

Nuestro socio Adrián They moderará el panel *“For an efficient bankruptcy law in the context of the Banking Union and the Capital Markets Union”*.





“Band 1”

LEGAL 500 (2017)
Restructuring & Insolvency



“Top Tier Firm”

IFLR 1000 (2017)
Restructuring & Insolvency



“Leading Firm”

CHAMBERS EUROPE (2017)
Insolvency Band 1

“Leading Firm”

CHAMBERS EUROPE (2017)
Restructuring Band 2

**MÁS INFORMACIÓN:
DEPARTAMENTO DE REESTRUCTURACIONES
E INSOLVENCIAS**

Síguenos:



GARRIGUES