1-2012
Marzo, 2012

1. NOVEDADES LEGISLATIVAS

1.1 Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Con fecha 12 de febrero de 2012 entró en vigor el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (la "**Reforma laboral**"). Según la nueva norma, la Reforma laboral persigue establecer un marco jurídico que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales, facilite la creación de puestos de trabajo y favorezca la estabilidad en el empleo.

A continuación se enumeran las principales novedades de la Reforma laboral relacionadas con los procedimientos concursales:

- Bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores que se hallen con el contrato suspendido o con reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, incluidas las suspensiones colectivas de contratos tramitadas de conformidad con la Ley Concursal (en adelante, "**LC**").

- En caso de suspensión de contratos de trabajo o reducción del número de días u horas de trabajo, y posterior extinción de contratos al amparo de los artículos 51 ó 52.c del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "**ET**") o del artículo 64 LC, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de dichas suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días, dentro de ciertas condiciones.

- Exención de las empresas concursadas de la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los despidos colectivos cuando se incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no hubiesen tenido la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967.

- Exención de las empresas concursadas de la obligación de ofrecer un plan de recolocación externa a los trabajadores afectados por un despido colectivo cuando éste afecte a más de 50 trabajadores.

- En la extinción de contratos celebrados por empresas de menos de 25 trabajadores, por las causas previstas en los artículos 51 ó 52 ET o en el artículo 64 LC, el Fondo de Garantía Salarial ("FOGASA") abonará a la empresa un importe equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año.

- Competencia de la Jurisdicción social para conocer de los recursos de suplicación contra las resoluciones dictadas por los Jueces de lo Mercantil que afecten a los contratos de trabajo.

- Nulidad de las sentencias dictadas sin autorización del Juez del concurso cuando dicha autorización sea preceptiva.

- Se considerarán desempleados a los trabajadores cuya relación laboral se extinga o suspenda (o cuya jornada de trabajo se reduzca temporalmente en los términos del art. 203.3 Ley General de la Seguridad Social) por decisión del empresario en sede de concurso de acreedores.

1.2 Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero

Con fecha 4 de febrero de 2012 se publicó el Real Decreto-ley 2/2012, de saneamiento del sector financiero (la "**Reforma financiera**"), que incluye medidas destinadas a reestructurar el sector bancario español para permitirle cumplir su papel de canalización del crédito hacia la economía real, y de apoyo a la actividad empresarial, al empleo y al consumo.

En materia de reestructuraciones, destaca la Disposición Adicional Quinta que renueva, durante el ejercicio 2012 y a todos los efectos legales, el apartado 1 de la Disposición Adicional Única del Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre.

Este último estableció un régimen excepcional para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada incursas en supuestos de reducción obligatoria de capital y de disolución (artículo 363 Ley de Sociedades de Capital), para los casos de pérdidas por deterioro del valor de su inmovilizado material (principalmente de las inversiones inmobiliarias). Dicho régimen excepcional dejó en suspenso durante dos ejercicios sociales el régimen legal aplicable de reducción de capital o disolución obligatoria para las sociedades que incurrieran en pérdidas por un deterioro del valor del inmovilizado material. El Real Decreto-ley 5/2010 renovó ese régimen excepcional por dos ejercicios económicos adicionales y la reciente Reforma financiera lo renueva durante el ejercicio 2012.

1.3 Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

El 30 de diciembre de 2011 se publicó el Acuerdo del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal. Este Acuerdo, adoptado por Junta General de la Sala Primera (de lo Civil) es aplicable a los recursos que puedan plantearse en materia concursal ante el Tribunal Supremo y representa cierta flexibilización respecto de los criterios adoptados por Junta General de 23 de diciembre de 2000.

En particular, los nuevos Acuerdos sobre admisión de recursos amplían el número de supuestos en que puede recurrirse ante el Tribunal Supremo por la vía del denominado

"interés casacional". En relación con la vía del "interés casacional" destacan las siguientes novedades:

- En cuanto a la acreditación de que la resolución recurrida infringe jurisprudencia del Tribunal Supremo o de otras Audiencias Provinciales, se relaja el requisito de absoluta identidad fáctica entre la sentencia recurrida y las sentencias que se alegan como canon de comparación.
- Asimismo el recurso podrá superar el filtro de admisión cuando conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Se flexibiliza de esta forma el requisito de que el recurrente debe invocar dos sentencias firmes contradictorias de Audiencias Provinciales.
- Podrá recurrirse por la vía del "interés casacional" si se justifica debidamente la necesidad de que el Tribunal Supremo modifique su jurisprudencia en cuanto a una materia jurídica concreta porque haya evolucionado la realidad social o la opinión de la comunidad jurídica.
- En cuanto a la admisibilidad de recursos en los que se discuten normas con menos de cinco años de vigencia, se establece que el cómputo de los cinco años debe efectuarse tomando como fecha de inicio la de entrada en vigor y como fecha final la de la sentencia recurrida. Si la parte recurrente justifica que esta última fue anterior al transcurso del plazo de cinco años, se tomará como fecha final aquella en que la norma en cuestión fue invocada por primera vez dentro del procedimiento. Si esta fecha se encontrara dentro del plazo de cinco años de vigencia de la norma, el recurso de casación será admisible.

2. RESOLUCIONES JUDICIALES COMENTADAS

SENTENCIA de 10 de enero de 2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid. Arts. 100 y 167 LC.-- Sentencia de aprobación del convenio de Air Madrid.—La concursada presentó propuesta anticipada de convenio con el siguiente contenido: (i) cambio de denominación social y modificación del objeto social; (ii) ampliación de capital; y (iii) quita del 50% y espera de 5 años de los créditos sometidos al convenio, salvo para una determinada categoría de acreedores (compradores de billetes de vuelos programados a partir del 15 de diciembre de 2006) que deberían cobrar el 100% de su crédito en el plazo máximo de 1 año.-- El convenio recibió los votos favorables del 53,98% del pasivo ordinario, elevándose la mayoría al 77,71% en relación a la previsión de trato singular a los compradores de billetes.-- La sentencia aprueba el convenio y no abre la sección de calificación porque el convenio incluye una categoría de acreedores a los que se les aplica una quita inferior a un tercio y una espera inferior a tres años.

Comentario:

Tras la declaración de concurso el 11 de enero de 2007, Air Madrid presentó propuesta anticipada de convenio ("PAC") que contaba, básicamente, con el siguiente contenido:

(a) Modificación de denominación social y ampliación del objeto social de la compañía.

(b) Ampliación de capital mediante la conversión de una cuarta parte de los créditos de un acreedor subordinado en acciones de la concursada.

(c) Quita del 50% de los créditos sometidos al convenio y espera de 5 años.

(d) Tratamiento singular a los créditos derivados de la compra de billetes para vuelos programados a partir del día 15 de diciembre de 2006 y que no fueron realizados, que serían satisfechos sin quita y en el primer año desde la firmeza del convenio.

Tras una prolongada fase común en la que se resolvieron más de 260 incidentes concursales, y una vez trascurrido el plazo legal para que los acreedores adheridos a la PAC pudieran revocar su adhesión, se proclamó el resultado señalándose que la PAC había conseguido la mayoría necesaria para su aceptación. En concreto, la PAC consiguió el voto favorable del 53,98% del pasivo ordinario, elevándose la mayoría hasta el 77,71% en relación a la concreta previsión de trato singular para determinados acreedores.

De dicha PAC se dio traslado al Juez del concurso para que dictara sentencia de aprobación.

La Sentencia comentada analiza el contenido de la PAC y concluye que no infringe ninguna de las previsiones legales contenidas en los artículos 99 y siguientes de la Ley Concursal. En concreto, en relación con las modificaciones estatutarias, la Sentencia destaca que estamos en presencia de un convenio de continuación que prevé la pervivencia de la concursada. El hecho de que no sea posible para la concursada continuar la actividad empresarial que venía desarrollando con anterioridad al concurso (por no contar con las licencias necesarias) no debería ser óbice para que pueda desarrollar otra actividad. Es por ello que, según la Sentencia, debe permitirse la modificación del objeto social contenida en la PAC. Dicha modificación no debe considerarse como una condición del convenio (prohibida por Ley), sino únicamente como una circunstancia que afecta a su eficacia.

De igual modo, la Sentencia considera legal la segunda de las previsiones de la PAC: la conversión de un determinado acreedor en accionista de la concursada mediante la capitalización de su crédito, al contarse previamente con el consentimiento expreso de este acreedor.

Por último, la resolución considera que tanto las quitas y esperas pactadas como el tratamiento singular que se otorga a una determinada categoría de acreedores es contenido válido de un convenio y no infringe el artículo 100 LC.

La resolución también se pronuncia sobre la posible apertura de la sección de calificación, aplicando los artículos de la Ley Concursal reformados recientemente mediante la Ley 38/2011 (la "**Reforma concursal**"). Según la nueva redacción del artículo 167 LC, no se abrirá la sección de calificación cuando se apruebe judicialmente un convenio en el que se establezca, para los acreedores de una o varias clases, una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años. En este caso, la PAC incluía el pago en 1 año a una concreta categoría de acreedores ordinarios, por lo que la Sentencia considera que no procede la apertura de la sección de calificación.

Hermosilla, 3 - 28001 Madrid
Teléfono 91 514 52 00 - Fax 91 399 24 08

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RESUMIDAS

Tribunal Supremo

SENTENCIA de la Sala I del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011

Art. 61.2 y 62.1 LC. Obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso: las recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.-- Cesión *pro solvendo* de crédito de la concursada a favor de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ("AEAT") con anterioridad a la declaración de concurso.-- Resolución de la cesión "en interés del concurso": la administración concursal consideraba el negocio como una dación en pago que perjudicaba los intereses del resto de acreedores.-- Inexistencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las dos partes. Los términos de la declaración de la cedente y la naturaleza inmediatamente traslativa del consentimiento de las dos partes excluyen entender que la cedente se hubiera obligado en el futuro respecto a la cesionaria titular de sus créditos cedidos.-- Incluso superando la dificultad que representa calificar como recíproca una relación nacida de una cesión, tampoco se cumple la exigencia del artículo 61.2 LC, consistente en que las obligaciones estuvieran pendientes de cumplimiento por las dos partes. Inaplicación del artículo 61.2.-- El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la AEAT, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda de la administración concursal.

SENTENCIA de la Sala I del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011

Arts. 102 y 104 LC. Propuesta anticipada de convenio ("PAC") formulada por el concursado, con dos ofrecimientos alternativos de pago a los acreedores.-- La elección por una u otra alternativa, que se efectúa después de la aprobación del convenio, es individual, tanto en su emisión como en la fuerza normativa que resulte. -- Con la aprobación de la PAC se aprobaron las propuestas alternativas contenidas en el mismo: siendo ambas compatibles, ambas regirán las singulares relaciones que vinculan a la proponente con sus acreedores, en función de la que acepte cada uno.-- No ha lugar a la imposición de la alternativa mayoritariamente elegida a todos y cada uno de los acreedores, en tanto el convenio ha de ser ratificado o rechazado respetando las dos alternativas establecidas (y la subsidiariedad de una de ellas) por la concursada -- El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la concursada y casa la sentencia recurrida en cuanto aquella no declaraba, debiendo hacerlo, (i) que ambas propuestas alternativas, contenidas en la oferta de convenio anticipado que formuló la recurrente, fueron aprobadas al serlo dicho convenio; (ii) que por ser ambas propuestas compatibles, regirán las singulares relaciones de obligación que vinculan a la proponente con sus acreedores, en función de la que se acepte por cada acreedor.

SENTENCIA de la Sala I del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011

Arts. 164.2.4º, 164.2.5º y 165.1º LC. Calificación del concurso como culpable. Causas de la calificación: (a) alzamiento de bienes por parte de las personas afectadas en perjuicio de acreedores; y (b) incumplimiento de los administradores sociales del deber de solicitud del concurso. -- El alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores es una presunción *iuris et de iure*: no requiere concurrencia dolo o culpa grave, ni incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. La calificación es ajena al resultado de generación o agravación de la insolvencia. Únicamente está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. -- La situación de insolvencia no fue apreciada por los administradores hasta que formularon las cuentas del ejercicio 2005, sin embargo, la situación de insolvencia se remonta al año 2003. El retraso en la solicitud del concurso voluntario solo opera como presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, siendo necesario que la conducta incida en la generación o agravamiento de la insolvencia.-- Calificación del concurso como culpable: responsabilidad de los administradores sociales por los créditos de los acreedores concursales que éstos hubieran dejado de percibir en la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC), pero limitada a las deudas contraídas con posterioridad al 1 de septiembre de 2004. Irretroactividad de la Ley Concursal: no cabe aplicar el régimen de responsabilidad del art. 172.3 LC sobre conductas de los administradores con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

SENTENCIA de la Sala I del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2011

Arts. 96 y 154 LC. Impugnación del inventario y de la lista de acreedores por la entidad financiera que descontó diversos efectos comerciales a la entidad concursada antes de la declaración del concurso.-- Tras la declaración se dieron tres situaciones: (1) parte de los efectos fueron pagados por los deudores a la entidad financiera, pidiendo su devolución la administración concursal e incluyendo un crédito en el inventario frente a la entidad financiera; (2) parte de los efectos fueron pagados por los deudores a la concursada; y (3) parte fueron impagados.-- El Tribunal Supremo ratifica la transmisión al descontante de los créditos representados por los efectos o títulos descontados. Por tanto: (1) la entidad descontante no tiene que devolver el importe de los efectos percibidos tras el concurso de los deudores de la concursada; (2) el importe de los efectos descontados que la concursada cobró directamente de los respectivos deudores se debe reconocer a la entidad financiera como crédito contra la masa; y (3) en cuanto a los efectos impagados, se deberá reconocer a la entidad descontante un crédito concursal ordinario.

Tribunales Superiores de Justicia

SENTENCIA del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de Julio de 2011

Arts. 195 y 197 LC. Delimitación de competencia de la Jurisdicción social.-- Impugnación de la lista de acreedores, solicitándose la exclusión de la lista y el reconocimiento como crédito contra la masa de un crédito a favor de un trabajador por indemnización por extinción de contrato.-- Desestimación de la impugnación en primera instancia e interposición de recurso de suplicación: Apreciación de oficio por parte del Tribunal de su falta de competencia funcional para conocer del asunto. El Tribunal Superior de Justicia estima que el hecho de que se impugnen aspectos relativos a créditos laborales no justifica

que tales controversias se deban conocer por el cauce del incidente concursal específico en materia laboral, sino que es una acción propia del Derecho concursal, en tanto se refiere a la delimitación de los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso.

Audiencias Provinciales

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de marzo de 2011

Arts. 61.2, 84.2, 89.3, 92.5 y 93.2 LC. Calificación de créditos.-- Unión Temporal de Empresas constituida por la apelante y la concursada. Calificación de los créditos por las cantidades aportadas por la apelante para suplir lo que debería haber aportado la concursada para subvenir a las partidas relacionadas con la ejecución de la obra.-- No son créditos contra la masa que resulten de prestaciones a cargo de la concursada en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimento que continúen en vigor tras la declaración de concurso ex art. 61 LC, ya que quedan fuera del ámbito del citado precepto los contratos asociativos o de fin común a los que pertenece la UTE.-- Tampoco procede la pretensión subsidiaria de calificación de los créditos como privilegiados especiales por estar garantizados con un derecho real de prenda sobre créditos ya que la prenda fue rescindida al amparo del art.71.3.2º LC.-- Por ello, y descartando que los créditos merezcan la calificación de créditos subordinados, la sentencia distingue entre los créditos anteriores a la declaración de concurso que se consideran ordinarios y los créditos posteriores a la declaración de concurso que se consideran como créditos contra la masa, siempre que las aportaciones se hayan realizado con autorización o aprobación de la administración concursal.

SENTENCIA de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10 de octubre de 2011

Art. 62 LC. Solicitud de resolución de contrato de compraventa con posterioridad a la declaración del concurso por incumplimientos del concursado anteriores a dicha declaración.-- El Tribunal considera que la Ley Concursal únicamente admite la resolución por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso en caso de contratos de tracto sucesivo. La compraventa de inmueble con precio aplazado es un contrato de tracto único: improcedencia de la resolución contractual instada.

Juzgados Mercantiles

AUTO del Juzgado Mercantil núm. 1 de Málaga de 13 de abril de 2009

Art. 1.3 LC. Declaración de concurso voluntario de acreedores de Gerencia de Compras y Contratación de Marbella, S.L.-- La concursada es una sociedad mercantil con objeto social privado, no existiendo en su gestión intervención pública o ejercicio de autoridad, pero con la totalidad de su capital de titularidad pública. La titularidad pública del capital no suprime su naturaleza privada.-- No podrán ser declaradas en concurso las entidades instrumentales dependientes de las Administraciones territoriales que implican una personificación jurídico-pública, pero sí aquéllas que implican una personificación jurídico-privada.-- La sentencia considera acreditado el presupuesto subjetivo y objetivo del concurso de acreedores y declara el concurso voluntario de la entidad.

SENTENCIA del Juzgado Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 17 de marzo de 2010

Arts. 84.2 y 154 LC. Créditos contra la masa.-- Prioridad en el cobro de los honorarios de letrado y derechos de procurador por los servicios prestados en orden a obtener la declaración de concurso, respecto a la retribución de la administración concursal para la fase común.-- Los honorarios de letrado y procurador se devengan en el instante en el que se declara el concurso. La retribución de la administración concursal se devenga en el momento en el que se produce la aceptación de los designados (de dos de ellos en el supuesto de administración colegiada).-- El pago de los créditos que ostentan el letrado y el procurador tienen preferencia temporal al de los administradores concursales.

SENTENCIA del Juzgado de lo mercantil núm.1 de Málaga de 7 de Abril de 2011

Arts. 92 y 93 LC. Subordinación de crédito de entidad financiera. Requisitos para la aplicación del artículo 92.7 LC, relativo a subordinación del crédito de un acreedor por obstaculizar el cumplimiento de un contrato sinalagmático en perjuicio del interés del concurso: (a) Existencia de un contrato bilateral, lo que resulta apreciable para los contratos de crédito y préstamo; (b) Necesidad de informe previo de la administración concursal, que se entiende que concurre a través de la contestación a la demanda de la concursada por parte de dicha administración; (c) Obstaculización al cumplimiento del contrato; (d) Reiteración en la obstaculización y constatación de dicha reiteración por el juez; y (e) Perjuicio al interés del concurso, por el que debe entenderse la mayor satisfacción de los acreedores.-- Posibilidad de observar la concurrencia de estos requisitos en actuaciones anteriores a la declaración de concurso.-- En el caso enjuiciado, la subordinación de los créditos también se fundamentó en la apreciación de persona especialmente relacionada del acreedor demandado (art. 92.5 LC), por considerarse a este último administrador "de hecho" de la concursada (art. 93.2.2º LC).-- Requisitos para apreciar la existencia de administrador de hecho: (a) Ausencia de deliberación social eficaz para su nombramiento; (b) Sistematización en el ejercicio de funciones de administración; (c) Desempeño de funciones propias de los administradores de derecho; (e) Ejercicio autónomo y efectivo de la administración en su conjunto o en uno o más ámbitos estratégicos determinados; (f) Posibilidad de imponer su voluntad al administrador de derecho.

AUTO del Juzgado Mercantil núm. 1 de Almería de 22 de junio de 2011

Art. 1.3 LC. Declaración de concurso voluntario de acreedores de una empresa mixta de servicios municipales ("Elsur"). Concurre el presupuesto subjetivo para declarar el concurso ya que la empresa mixta de servicios municipales no ostenta la naturaleza de entidad de derecho público puesto que: (i) los servicios que presta no implican ejercicio de autoridad; (ii) el capital público es minoritario; y (iii) según se desprende de sus estatutos, las facultades de disolución y liquidación no están sujetas a traba administrativa alguna.-- Concurre también el presupuesto objetivo, ya que de la documentación presentada resulta el estado de insolvencia de la deudora.- Legitimación para instar el concurso: aunque el Ayuntamiento ha ordenado el secuestro temporal de la gestión de los servicios y nombrado al correspondiente interventor, éste no sustituye a los administradores sociales que continúan teniendo la facultad de solicitar el concurso de acreedores.

SENTENCIA del Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña de 4 de julio de 2011

Art. 71 LC. Acción de reintegración.-- Estimación parcial de la demanda interpuesta por la administración concursal reclamando la rescisión e ineficacia de las garantías reales constituidas o previstas en el contrato de novación de un préstamo sindicado.-- Las garantías reales pactadas con el objetivo de reforzar el crédito afectan a casi todos los activos de la concursada, con inclusión de sus acciones y participaciones en sociedades extranjeras y los derechos de crédito por relaciones intragrupo. No sólo resultan perjudiciales para la masa activa, sino que suponen un evidente perjuicio patrimonial para todos los acreedores que integran la masa pasiva al disminuir drásticamente el valor de realización residual del patrimonio del deudor y las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios, especialmente en caso de liquidación.-- Rescisión de las garantías reales constituidas o pendientes de constitución sobre bienes y derechos de la concursada, pero no de las constituidas o pendientes de constitución por terceros aun cuando se trate de sociedades del mismo grupo empresarial que encabeza la deudora en concurso. Imposibilidad de rescisión global del acuerdo de refinanciación, ya que únicamente son rescindibles ex art. 71 LC los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor.

SENTENCIA del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 4 de julio de 2011

Art. 87 LC. Calificación del crédito del acreedor afianzado en el concurso del fiador. Tesis civilista *versus* tesis concursalista: (i) calificación idéntica a la que corresponde a la obligación garantizada por haber renunciado al beneficio de excusión, *vs.* (ii) calificación como contingente por no estar vencida la obligación principal y estar sometido el crédito a condición.—El Juzgado entiende que la calificación del crédito como "ordinario" o "contingente" dependerá de la naturaleza jurídica de la fianza pactada. -- Solidaridad plena: para que exista solidaridad plena, que permita escapar de la subsidiariedad propia de la fianza y calificar el crédito como ordinario, es necesario que de forma expresa se haya pactado que se podrá reclamar indistintamente contra el deudor o el fiador sin necesidad de previo incumplimiento del deudor o que se pacte que el fiador asume la "deuda como propia".-- Conclusión: la fianza con cláusula semejante a "*irrelevancia del incumplimiento del deudor principal"* debe ser entendida como solidaridad plena.

AUTO del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla de 19 de septiembre de 2011

Art. 57.1 LC. Reanudación de ejecución hipotecaria. No procede aun habiendo transcurrido más de 1 año desde la declaración de concurso.-- El tenor literal del artículo 57.1 LC conduce a que, transcurrido un año sin aprobar un convenio o sin iniciar la liquidación, se reanude o inicie la ejecución de la garantía real sobre bienes del concursado. El Juzgado considera que este automatismo debe ser objeto de interpretación flexible debido a la "sobrecarga" de trabajo que padece el Juzgado que lo ha conducido casi al colapso (distintas circunstancias impidieron cerrar la fase común del concurso en el plazo marcado por la Ley Concursal, y aunque no se había aprobado un convenio, sí se había admitido una propuesta anticipada).-- Rechazo de la solicitud de reanudación de la ejecución hipotecaria: paralización de la misma hasta el cierre de la fase común y la verificación de si la propuesta anticipada llega o no a aprobarse.

SENTENCIA del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de 5 de octubre de 2011.

Art. 61 y 62 LC. Acción de reclamación de daños y perjuicios contra la concursada por incumplimiento contractual.-- La relación jurídica está compuesta por un conjunto complejo de derechos y obligaciones formado por un contrato inicial y varios contratos posteriores.-- Se discute si el contrato original se mantiene vigente.-- La concursada sostiene la no vigencia del contrato original invocando la cláusula *"rebus sic stantibus"*.-- No aplicabilidad de la mencionada cláusula al caso concreto debido a su carácter excepcional y a la previsibilidad de la evolución de las prestaciones del contrato.—El Juzgado considera que aunque la concursada negó la vigencia del contrato original de forma expresa lo aplicó provisionalmente de forma tácita para realizar las liquidaciones provisionales hasta alcanzar un nuevo acuerdo con la demandante, lo que impide considerar según el Juez que el contrato no se encuentra vigente.-- Declaración de incumplimiento contractual de la concursada.

AUTO del Juzgado Mercantil núm. 1 de Santander de 22 de diciembre de 2011

Art. 40 LC. Régimen de intervención o de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor.-- Al declararse el concurso voluntario se declaró el régimen de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor.-- Cambio del régimen de intervención: la Administración concursal solicita la suspensión de los administradores sociales en sus funciones, alegando que la inestable situación del Consejo de Administración dificulta la gestión ordinaria de la concursada.-- El Juez concede la suspensión de las facultades de administración y disposición en interés del concurso, sin perjuicio de que la concursada como Club de Fútbol de Primera División presente circunstancias particulares que aconsejen reexaminar la medida.

SENTENCIA del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 23 de diciembre de 2011

Arts. 101 y 105.1. 2º LC. Oposición a la aprobación de propuesta anticipada de convenio ("PAC").—Prohibiciones legales: No puede interpretarse extensivamente la prohibición de presentación de una PAC al deudor que hubiera incumplido el deber de depósito de las cuentas anuales en los tres últimos ejercicios: El Juez considera que esa prohibición aplica cuando no se depositaron las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios *anteriores* a la proposición anticipada de convenio pero no en alguno de los posteriores: no cabe incumplimiento sobrevenido de los requisitos para proponer una PAC. -- Diferencias entre Convenio, Plan de Pagos y Plan de Viabilidad. La falta de previsión de hechos futuros inciertos en el Plan de Viabilidad o en el Plan de Pagos puede ser sin duda un hecho determinante del cumplimiento o incumplimiento del Convenio, pero no constituye una condición, ni determina la inviabilidad objetiva del propio Convenio.-- La inviabilidad objetiva como causa de oposición ha de ser aplicada excepcionalmente y valorada restrictivamente. Debe exigirse a quien alega la inviabilidad una constatación probatoria completa y rigurosa de la existencia de una imposibilidad cierta y objetiva. El examen de viabilidad requiere de un análisis detallado en el que se relacione tanto la propuesta de Convenio, como del Plan de Viabilidad y el de Pagos. Las genéricas afirmaciones sobre dificultades en el cumplimiento de ciertas previsiones de ingresos del Plan de Viabilidad deben ir acompañadas de la influencia que puedan tener en el Plan de Pagos.

SENTENCIA del Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante de 28 de diciembre de 2011

Art. 71 LC. Acción de reintegración.-- Desestimación de la solicitud de rescisión de un derecho real de prenda constituido por la concursada sobre una imposición a plazo fijo de su propiedad: la administración concursal consideró que dicha prenda tenía carácter de "acto de disposición a título gratuito" por hacerse en garantía de la devolución de un préstamo concedido a una sociedad participada por ella y para la adquisición de una finca.—El Juzgado considera que la constitución de las denominadas "*up-stream guarantees*" no debe considerarse necesariamente un acto jurídico gratuito y perjudicial, sino que habrá que analizar las circunstancias concurrentes.-- No será rescindible si la garantía tiene una justificación e interés para la concursada que haga desvanecer el perjuicio: el análisis debe realizarse atendiendo no sólo al activo patrimonial sino también al conjunto de los acreedores: la prenda constituida por la concursada incrementa su patrimonio ya que a través del préstamo garantizado permite la adquisición por su sociedad participada de una finca, revalorizándose así la participación de la concursada en la sociedad garantizada.

AUTO del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de 23 de enero de 2012

Arts. 8 y 133.2 LC. Competencia objetiva del Juez del concurso.-- Una vez aprobado el convenio cesan los efectos del concurso y el Juez que conocía del concurso pierde la competencia objetiva para conocer de los nuevos juicios declarativos contra el patrimonio del deudor.—El Juez del concurso considera que, presentada la demanda antes de la eficacia de dicho convenio, entran en juego los efectos de la litispendencia y de la llamada "*perpetuatio juridictionis*" que impiden tener en cuenta cualquier cambio posterior que hubiera modificado la competencia habida en el momento de interposición de la demanda, por lo que el juez competente será el juez del concurso.

SENTENCIA del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de 2 de febrero de 2012

Art. 61 LC. Vigencia de contratos con obligaciones recíprocas.-- Reclamación por un acreedor de pago como crédito contra la masa, por el incumplimiento del concursado, de las obligaciones derivadas de un contrato vigente durante el concurso.-- Oposición del concursado de la "*exceptio non adimpleti contractus*" con base en el incumplimiento previo del acreedor demandante.-- Requisitos de dicha excepción: (i) la mutua interdependencia entre las obligaciones; (ii) exigencia de buena fe. La excepción por incumplimiento previo no puede fundarse en un incumplimiento meramente defectuoso o simplemente irregular-- No se aprecia la concurrencia de los dos presupuestos en la excepción invocada por la concursada. El Juzgado estima la reclamación señalando que, con independencia de la posible acción de cumplimiento y de daños y perjuicios que puedan causarse por el incumplimiento parcial, deben ser pagados contra la masa los créditos postconcursales que se adeudan al acreedor con contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

AUTO del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 2 de Febrero de 2012.

Art. 87.4 LC. Desestimación de la solicitud de medida cautelar consistente en la constitución de provisiones con cargo a la masa para la satisfacción, en su caso, de un crédito contingente.-- La adopción de tales medidas depende de cuál sea el desarrollo del procedimiento concursal (el convenio o la liquidación) puesto que de ello depende la adopción de un tipo u otro de medidas cautelares.-- Adicionalmente, la adopción de medidas cautelares depende de la probabilidad de confirmación del crédito contingente.-- La resolución sobre la contingencia del crédito depende, por los efectos de la prejudicialidad, de una sentencia de otro juzgado que ha sido recurrida en apelación, así como de la ejecución provisional de esta última (ejecución contra la que, a su vez, es previsible que se formule oposición).—El Juzgado considera que realizar un juicio de probabilidad favorable a la estimación del crédito resulta en estos momentos imposible teniendo en cuenta la existencia de esta cuestión prejudicial, así como la del ulterior proceso que ha de seguirse ante Juzgado de lo Mercantil.

4. PUBLICACIONES

"Reflexiones sobre las soluciones preconcursales", [Fernández], Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 16, primer semestre de 2012.

"La aprobación judicial acelerada de la propuesta anticipada de convenio (AJM 1 Barcelona 27.9.2010 y SJM 1 Barcelona 29.10.2010)", [Fernández, Thery, Carles], Anuario de Derecho Concursal, nº 25, 2012.

"Acquisition of companies going through formal insolvency proceedings in Spain", (Adquisición de sociedades en concurso en España), [Gil Robles, Verdugo, Álvarez-Cienfuegos], Financier Worldwide Magazine, marzo 2012.

Para más información:

Antonio Fernández
Socio-Responsable de Reestructuraciones e Insolvencias
antonio.fernandez.rodriguez@garrigues.com

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoría jurídica.

© Marzo 2012. J&A Garrigues, S.L.P., quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.