

GARRIGUES

REESTRUCTURACIONES E INSOLVENCIAS

NOVIEMBRE 2016





ÍNDICE

Novedades legislativas	4
Casos judiciales seleccionados y transacciones significativas	4
Grupo de casos: sección de calificación y culpabilidad del concurso	5
Píldoras concursales	6
Flash informativo	11
Archivos Garrigues	12

01 NOVEDADES LEGISLATIVAS

1.1. Modificación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia

El Reglamento (UE) de Ejecución núm. 2016/1792 del Consejo, de 29 de septiembre de 2016, ha introducido modificaciones en los Anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Los Anexos contienen las designaciones que cada Estado miembro hace respecto de los procedimientos y síndicos a los que se aplica el Reglamento. Las modificaciones en los Anexos traen causa de la reforma de los procedimientos de insolvencia de Polonia y Eslovaquia.

1.2. Derogación parcial de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de julio de 2016, ha declarado la inconstitucionalidad de los siguientes artículos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre (la conocida como "Ley de Tasas Judiciales"):

- i. Artículo 7.2 (cuantía variable): se declara la inconstitucionalidad de la tasa judicial en lo referente a su cuantía variable.
- ii. Artículo 7.1 (cuantía fija): se declara la inconstitucionalidad de la tasa judicial en lo referente a las cuantías fijas establecidas en los órdenes social, contencioso-administrativo y civil (recursos de apelación, casación y extraordinario por infracción procesal). Se mantiene la tasa por cuantía fija para el resto de actos del orden civil (juicio verbal, cambiario, monitorio, monitorio europeo, ejecución extrajudicial, oposición a la ejecución de títulos judiciales, incidente concursal y solicitud de concurso necesario).

En desarrollo de la Sentencia de 21 de julio de 2016 del Tribunal Constitucional, la Dirección General de Tributos ha emitido la Consulta Vinculante núm. 8571-16, de 12 de septiembre de 2016, que aclara que en los

supuestos en que se hubiera requerido al obligado para el pago de la tasa judicial y estuviese pendiente su abono, pese a haberse devengado la tasa, no deberá abonarse pues su exigibilidad ha sido anulada por el Tribunal Constitucional.

02 CASOS JUDICIALES SELECCIONADOS Y TRANSACCIONES SIGNIFICATIVAS

2.1. Asunto «Luzentia»: Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de 8 de junio de 2016 y Autos del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid de 4 y 5 de julio

Durante la homologación judicial del acuerdo de refinanciación de Luzentia Promoción y Mantenimiento Renovable, S.A.U. ("Luzentia"), un acreedor disidente presentó una solicitud de concurso necesario contra la compañía. La compañía se opuso alegando, entre otras cuestiones, que existía prejudicialidad civil, pues se encontraba en tramitación el proceso de homologación de su acuerdo de refinanciación.

El Juzgado Mercantil inadmitió la excepción de prejudicialidad al entender que no existía conexión lógico-jurídica entre la solicitud de concurso necesario y la solicitud de homologación judicial pues se trataría de procedimientos que atienden a finalidades distintas y que, por tanto, no han de considerarse incompatibles entre sí.

En el plano material, el Juzgado Mercantil explica que la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación no es suficiente por sí sola para desestimar una solicitud de concurso necesario, aunque entiende que puede ser un elemento clave para que el deudor refinanciado acredite la desaparición sobrevinida de los hechos reveladores de la insolvencia. Asimismo, el Juzgado concluye que la legitimación activa del acreedor instante del concurso necesario no se verá afectada a posteriori en caso de "arrastre" por razón de la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, razonándolo en la doctrina de la *perpetuatio legitimationis* (la legitimación original para solicitar el concurso necesario se mantiene durante todo el procedimiento aun produciéndose modificaciones sobrevinidas que supongan la pérdida sobrevinida de la condición de acreedor).

Finalmente, el Juzgado advierte que el carácter litigioso de un crédito no priva al acreedor de legitimación activa para instar

el concurso necesario y que, aunque el crédito del acreedor instante finalmente fuera inexigible por razón de la homologación del acuerdo de refinanciación, el juez que conoce de la solicitud de concurso necesario podría declarar el concurso de oficio si apreciase por otros medios que persiste una situación de insolvencia.

En el procedimiento de homologación, tramitado por otro Juzgado del mismo partido judicial, el mismo acreedor disidente planteó una cuestión de competencia con el objeto de paralizar el procedimiento de homologación y, en último término, que conociera de la homologación el Juzgado que estaba conociendo de la solicitud de concurso necesario. El acreedor disidente explicaba que otro Juzgado Mercantil estaba conociendo de la solicitud de concurso necesario del deudor; y que la competencia para conocer de la homologación corresponde al Juzgado que "*fuera competente para la declaración del concurso de acreedores*" conforme al apartado 5º de la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal ("LC"). El Juzgado ante el que se planteó la cuestión de competencia la desestimó explicando que el artículo 10.2 LC se limita a indicar qué Juzgado debe conocer de la solicitud de concurso, pero no impone la acumulación de ambos procedimientos. Finalmente, el Juzgado Mercantil que tramitaba la homologación judicial del acuerdo de refinanciación de Luzentia, terminó homologando el acuerdo de refinanciación con extensión de sus efectos a los acreedores disidentes.

2.2. Asunto «Maderas Raimundo Díaz»: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de octubre de 2016

Durante la tramitación de un concurso de acreedores y transcurrido un año desde su declaración, un *pool* de bancos presentó una demanda ejecutando la garantía hipotecaria sobre las instalaciones de la concursada. Con posterioridad, y sin que la ejecución se hubiera aún iniciado, la administración concursal inició una acción de reintegración contra la hipoteca en cuestión, solicitando a continuación la suspensión del procedimiento de ejecución de la hipoteca por prejudicialidad civil. El Juzgado accedió a la solicitud de la administración concursal y suspendió el procedimiento de ejecución hipotecaria. El *pool* bancario formula recurso de apelación frente a la resolución que acuerda la suspensión. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación del *pool* bancario explicando que: (a) la prejudicialidad civil exige la existencia de dos procedimientos pendientes, circunstancia que no existía en el caso analizado pues ni siquiera se había admitido la demanda de ejecución hipotecaria; (b) no puede apreciarse prejudicialidad civil en un procedimiento de ejecución hipotecaria

pues entre las limitadísimas causas legales de suspensión de dicho procedimiento no está la existencia de una acción de reintegración sobre la hipoteca. La Audiencia Provincial, en consecuencia, deja sin efecto la suspensión de la ejecución hipotecaria, devuelve los autos al Juzgado de instancia para que dicte la resolución que proceda sobre el despacho de ejecución y concluye que los efectos de una hipotética ejecución provisional de la sentencia que rescinde la hipoteca son ajenos a la cuestión debatida.

2.3. Proyecto «Sun»: venta de cartera de créditos 'non performing' por Caixabank a Apollo

Durante el mes de octubre, Caixabank ha cerrado la venta de una cartera compuesta por créditos non-performing con un valor nominal de 450 millones de euros y respaldados por 112 hoteles y otras 32 instalaciones vacacionales, activos principalmente localizados en Canarias, Cataluña y Baleares. El comprador ha sido Apollo y el volumen de la operación asciende a 250 millones.

La venta de esta cartera está considerada la mayor operación sobre hoteles morosos hasta la fecha.

03 GRUPO DE CASOS: SECCIÓN DE CALIFICACIÓN Y CULPABILIDAD DEL CONCURSO

3.1. Concurso culpable de una fundación: Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Sevilla de 20 de enero de 2016

La falta de entrega de los libros oficiales de una fundación hace imposible comprobar las operaciones con trascendencia económica, lo que encaja en la presunción legal de culpabilidad, sin admitir prueba en contrario. Las discordancias entre la contabilidad y los balances de situación presentados con la solicitud de concurso, la utilización de cuentas genéricas sin desglose y la inexistencia de documentación soporte de la contabilidad, son irregularidades que impiden comprender la situación patrimonial o financiera de la fundación. Por otro lado, el Juzgado estima que existió presentación tardía de la solicitud de concurso, pero no califica culpable el concurso por esta razón al considerar que no se puede achacar al Patronato actual de la

fundación un agravamiento de la insolvencia por dicha solicitud tardía, pues el actual Patronato empezó a regir la fundación una vez ésta se encontraba en situación de insolvencia, solicitando el precurso a los pocos meses. La Sentencia aclara que, en el ámbito de las fundaciones, son los patronos quienes ejercen las funciones de administración, por lo que son susceptibles de ser condenados como personas afectadas por la calificación. A efectos de valorar su diligencia, debe analizarse (i) el tipo de fundación (dotacional vs empresarial); (ii) el carácter remunerado o no del cargo; y (iii) la estructura de gobierno y la función que desempeña el patrono. La existencia de una comisión ejecutiva en la que se delegó la llevanza de contabilidad conlleva que la culpa de los patronos no remunerados sea leve y, por tanto, no deben ser declarados afectados por la calificación. Asimismo, la Sentencia concluye que no procede realizar condena alguna a cubrir el déficit concursal porque no se ha probado en qué medida la conducta que ha determinado la calificación culpable ha generado o agravado la insolvencia.

3.2. Responsabilidad solidaria entre la persona jurídica y su representante persona física: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2016

La Sala desestima sendos recursos de apelación interpuestos frente a la sentencia de instancia que calificaba el concurso como culpable y condenaba a los administradores a pagar el déficit concursal. Desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades de Capital ("LSC") y, en concreto, del artículo 236.5 LSC (que incorpora la responsabilidad solidaria entre la persona jurídica administrador y la persona física representante) es posible atribuir directamente a la persona física (designada por el administrador persona jurídica) la responsabilidad por hechos de los que es responsable este último. La Sala considera que los mismos principios establecidos en la LSC son de aplicación en el concurso y, por tanto, resulta posible reclamar responsabilidad concursal en la sección de calificación al representante persona física de la persona jurídica administradora sin necesidad de recurrir a la figura del administrador de hecho o del cómplice.

3.3. Condena a la cobertura del déficit concursal y a indemnizar daños y perjuicios: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016

La Sala I del Tribunal Supremo declara que la condena a indemnizar por los daños y perjuicios causados puede imponerse respecto cualquier conducta dañosa realizada con dolo o culpa

grave (y no sólo respecto de la obtención ilícita de bienes y derechos del patrimonio del deudor antes o después del concurso). La Sala aclara que esa responsabilidad por daños puede alcanzar tanto a las personas afectadas por la calificación como al cómplice. Por el contrario, la responsabilidad por déficit concursal no puede alcanzar al cómplice y requiere la valoración y acreditación de distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores ("justificación añadida") en relación con la actuación que determina la calificación del concurso como culpable. La Sala estima parcialmente el recurso de casación y absuelve al administrador de la condena a indemnizar los daños y perjuicios.

3.4. Condena a la cobertura del déficit concursal (Asunto «Tenedismar»): Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 4 de Madrid de 30 de septiembre de 2016

En la sección de calificación, la administración concursal y el Ministerio Fiscal solicitaron la declaración del concurso como culpable debido al retraso de la concursada en la solicitud de concurso y a la falta de llevanza de la contabilidad. El Juzgado, una vez acreditado que no se presentó la contabilidad de la concursada, considera que opera esta presunción iuris et de iure de concurso culpable, que hace innecesario el análisis de la concurrencia de la otra presunción de culpabilidad (el retraso en la solicitud). En cuanto a la condena a la cobertura del déficit, el Juzgado condena a los administradores solidarios a la cobertura del 100% del déficit patrimonial, a abonar a los acreedores la cantidad que no perciban en la liquidación de la masa, y a 3 años de inhabilitación para administrar bienes ajenos, representar o administrar a cualquier persona, ejercer el comercio o tener cargo o intervención administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.

04 PÍLDORAS CONCURSALES

4.1. Competencia del juez del concurso, una vez aprobado el convenio, para calificar créditos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2015

Tras la aprobación de un convenio de acreedores se discute la competencia del Juzgado Mercantil o del Juzgado de lo Social para conocer de la ejecución de una sentencia

recaída en la jurisdicción laboral que condena a la concursada al pago de una indemnización por despido. La discusión se concreta en si el crédito reconocido en la sentencia es un crédito concursal y, por tanto, afectado por el convenio aprobado, o un crédito contra la masa que debe satisfacerse íntegramente. El Tribunal señala que el Juez mercantil es competente para conocer de la demanda de ejecución, puesto que no se trata de una simple reclamación post-convenio, para la que el Juez del concurso no sería competente, sino un incidente en el que se discute la naturaleza concursal o contra la masa del crédito de la demandante.

4.2. Inclusión de los honorarios de la administración concursal en la tasación de costas: Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015

Se discute si en un incidente concursal, en que se condena al pago de las costas devengadas por la actuación de la administración concursal, sus honorarios deben incluirse, o no, en la tasación de costas. La Sala I concluye que la intervención de la administración concursal en incidentes concursales está dentro de las funciones retribuidas conforme al arancel y que no genera ningún coste adicional a la concursada. La Sala aclara, no obstante, que sí procede incluir en la tasación de costas aquellas devengadas por la actuación de la administración concursal, pues ésta actúa no en nombre o interés propio, sino en representación de la masa activa de la concursada. Por ello, existe un interés de la masa en el cobro de las costas generadas por la actuación de la administración concursal.

4.3. Homologación de acuerdos de refinanciación y su carácter irrevocable: Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Madrid de 1 de marzo de 2016 (“Asunto Realía”)

La resolución explica que con la reforma operada por la Ley 17/2014 en la normativa sobre homologación de acuerdos de refinanciación, se ha restringido severamente el control de los requisitos que debe cumplir un acuerdo de refinanciación para su homologación, no pudiendo examinarse a priori por el juzgado la existencia de un “sacrificio desproporcionado”. Afirmar que el control judicial carece de contenido y que la homologación constituye un acto ciego y reglado, que es inevitable por la mera circunstancia de que concurran ciertas mayorías de pasivo financiero supondría abrir una espita para que cualquier tipo de

operaciones bancarias aprobadas en un escenario crítico de preinsolvencia alcanzasen fácilmente un privilegio de irrevocabilidad absoluto por la automática validación de una autoridad judicial que no las podría controlar; lo que obviamente no puede haber sido el propósito del Legislador y contradice todos los principios de nuestra normativa concursal.

El control judicial únicamente puede tomar como parámetro la razonabilidad de la ampliación o modificación del crédito en orden a remediar una situación de insolvencia inminente. La simple sustitución de las obligaciones anteriores por otras nuevas con plazo de vencimiento distinto, venga o no acompañada de la constitución de nuevas garantías, no resultaría suficiente a estos efectos si no queda demostrado que, en el escenario razonable que se haya previsto en el plan de viabilidad, no aporta una alternativa real de salida de la situación de crisis sino la mera posposición de la misma. La solicitante de la homologación acompaña un plan de viabilidad al que se adjunta la proyección de la cuenta de pérdidas y ganancias y el estado de cash flow para el período de diciembre de 2015 a diciembre de 2018. En dicho plan se refleja la forma en que se atenderán las deudas con los acreedores financieros que no forman parte del acuerdo de refinanciación y que no se verán afectadas por el mismo; de lo que se desprende que el acuerdo beneficia al conjunto de acreedores financieros, cuyas deudas podrán ser íntegramente atendidas, ya sea por aplicación del Acuerdo de Refinanciación o bien al margen del mismo.

La irrevocabilidad del acuerdo de refinanciación a que alude el apartado 13 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal debe interpretarse en consonancia con el primer inciso del artículo 71 bis LC por lo que, sin necesidad de especial pronunciamiento, esa irrevocabilidad se extenderá a los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, así como a las garantías constituidas en ejecución del acuerdo de refinanciación.

4.4. Liquidación de contrato de obra y reflejo en el inventario de la concursada: Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2016

La prohibición de compensación de créditos una vez declarado el concurso sólo opera respecto de créditos derivados de distintas relaciones jurídicas y no cuando los créditos respectivos provienen de una misma relación jurí-

dica. Las reclamaciones de los subcontratistas en ejercicio de la acción directa resultan procedentes, como se declaró en sentencia firme, por lo que el importe satisfecho debe descontarse de la deuda del promotor con el contratista. El requerimiento de embargo del derecho de crédito que la contratista concursada ostenta frente al promotor quedó en suspenso debido a la declaración del concurso de éste, por lo que tal derecho de crédito debe mantenerse en el inventario de la concursada y el promotor no tiene obligación de pago alguno con el subcontratista embargante, sino exclusivamente con la concursada.

4.5. Responsabilidad solidaria del grupo de empresas laboral: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de junio de 2016

En el marco de un concurso de acreedores, la Sala condena solidariamente a las empresas del grupo y a la concursada a hacer frente a las consecuencias económicas de la extinción de los contratos laborales de la concursada. La Sala explica que la petición de dicha condena a las empresas del grupo en el trámite de alegaciones que sigue al final del periodo de consultas no es extemporánea si la prueba aportada evidencia la existencia de un grupo de empresas laboral o patológico caracterizado por el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica y/o el uso abusivo de la dirección unitaria; elementos todos que han de valorarse en relación con las situaciones concretas que se estén enjuiciando.

4.6. Delito de insolvencia punible: Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2016

El Alto Tribunal señala que no existe delito de insolvencia punible si permanece en poder del deudor un patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores, o si los actos dispositivos realizados por el deudor generaron la entrada de nuevos activos de contenido económico-patrimonial equivalente. En concreto, cuando se realiza una aportación del patrimonio personal a una sociedad, los bienes inmuebles de propiedad personal son sustituidos por participaciones en una sociedad patrimonial igualmente rica, sin que tal sustitución haya significado, en el caso analizado por la Sala II, imposibilidad o seria dificultad para el pago de las deudas ni dificultad para

la localización de activos, puesto que las participaciones constan inscritas en el Registro Mercantil. Por otro lado, una dación de bienes en pago de deuda no puede sustentar el delito de insolvencia fraudulenta si no se acredita que los bienes cedidos tenían un valor injustificado respecto del crédito compensado, pues el bien jurídico que protege el delito de insolvencia fraudulenta protegido no es la prelación legal de los créditos, sino el derecho de los acreedores a poder satisfacer su crédito hasta agotar el patrimonio del deudor.

4.7. Falta de competencia de la jurisdicción social, una vez aprobado el convenio, para tramitar ejecuciones laborales: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2016

La jurisdicción social no es competente para tramitar la ejecución de una sentencia recaída en la jurisdicción laboral cuando se ha aprobado un convenio concursal y todavía no ha concluido el concurso. La aprobación del convenio no supone la conclusión del concurso, pues las causas de conclusión del concurso son tasadas (artículo 176 LC), y no será hasta la conclusión material del concurso cuando el juez laboral recupere la competencia para iniciar o continuar las ejecuciones laborales pendientes. Si se permitiese que el juez de lo social continuara la ejecución, se vería minorada la masa activa en perjuicio de los restantes acreedores y se vulneraría la *par conditio creditorum*, eludiendo con ello las reglas de tratamiento, clasificación y pago de créditos previstas en la Ley Concursal.

4.8. Dación en pago de deuda realizada por una sociedad concursada y en liquidación sin que esté prevista en el Plan de Liquidación: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2016

El Plan de Liquidación aprobado por el Juez del concurso establecía los siguientes medios de liquidación de los activos: a) venta directa; b) subasta; y c) adjudicación al acreedor hipotecario por la totalidad de la deuda cuando (i) el precio ofrecido en la venta sea inferior a la deuda garantizada por el bien objeto de la misma; (ii) la subasta quedara desierta; (iii) las pujas realizadas en la subasta no cubrieran el crédito garantizado; o (iv) la subasta resulte quebrada. No cabe una interpretación laxa

o extensiva del Plan de Liquidación que permita afirmar que la dación en pago se encontraba comprendida implícitamente en la venta directa o en la subasta. Tampoco cabe equiparar compraventa y dación en pago pues son figuras distintas. El Centro Directivo aclara además que, en la hipótesis de que la dación estuviera implícitamente prevista en el Plan de Liquidación, ésta no podría llevarse a cabo con carácter parcial, pues aquél prevé que la adjudicación del bien se realice por la cantidad adeudada por todos los conceptos. Por tanto, y al no haberse autorizado expresamente por el Juzgado la dación en pago de activos, no es posible inscribir la escritura de dación de bien en pago parcial de deuda.

4.9. Impugnación de la homologación de un acuerdo de refinanciación (Asunto “Hune”): Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Madrid de 30 de junio de 2016

El sacrificio desproporcionado es un concepto jurídico indeterminado. El Juzgado no considera que exista sacrificio desproporcionado pues los impugnantes no han acreditado que en un escenario liquidativo tendrían más posibilidades de recuperar su crédito. En modo alguno es posible, como solicita el acreedor impugnante, moderar los efectos del acuerdo de refinanciación respecto de dicho acreedor: si no se verifican los requisitos para la homologación fijados por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, el juez está obligado a estimar la impugnación dejando sin efecto la homologación que se hubiera acordado. El esquema de la acción de impugnación que propone la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal sólo permite la confirmación de la homologación otorgada o su revocación al estimar la demanda de impugnación. Finalmente, y en relación con la falta de concurrencia de las mayorías necesarias por haberse computado indebidamente los créditos de una entidad financiera (a quien el acreedor disidente imputa la condición de administrador de hecho y accionista en la sombra), el Juzgado desestima dicha causa de impugnación por no considerar acreditado el vínculo alegado entre uno de los administradores y dicha entidad financiera, así como por entender que la prenda de acciones a favor de la citada entidad financiera no había sido ejecutada, y que su participación activa en la refinanciación no equivale al ejercicio de una gestión idéntica a la del administrador de derecho, sino que se trata de una participación lógica al ser la entidad financiera el principal acreedor de la sociedad.

4.10. Retribución del administrador concursal: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2016

La remuneración del administrador concursal debe ajustarse a los servicios realmente desempeñados y a unos límites que garanticen que la masa no se reduzca de tal manera que frustre el objetivo principal del concurso: la mayor y más equitativa satisfacción de los acreedores. El Alto Tribunal considera que si, en el contexto de una modificación de la retribución fijada para un administrador concursal, hay varios administradores y sólo concurre justa causa en relación con uno de ellos, la modificación sólo ha de afectar a éste. La justa causa debe apreciarse en relación con las funciones efectivamente desarrolladas. Si el administrador afectado no reúne la condición de profesional, la Sala estima que no se vulnera la regla de identidad del artículo 2 del arancel de los administradores concursales, porque dicha regla se aplica exclusivamente a los administradores concursales profesionales y porque conforme al apartado segundo de la citada norma, el administrador concursal no profesional sólo debe percibir la mitad de la retribución correspondiente a cada uno de los administradores concursales profesionales, sin perjuicio de ulterior modificación vía artículo 34.4 LC.

4.11. Auditoría obligatoria de cuentas durante la liquidación concursal: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2016

El artículo 46.2 LC establece que la sociedad en concurso tiene la obligación de auditar sus cuentas, manteniéndose dicha obligación durante la fase de liquidación dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste hasta que no se produce el reparto entre sus socios de las cuotas de liquidación y, una vez extinguida, la cancelación de sus asientos registrales. Asimismo, existe también la obligación de acompañar la certificación acreditativa de que las cuentas presentadas se corresponden con las auditadas.

4.12. Venta de unidad productiva y sucesión de empresa a efectos laborales: Auto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Valencia de 29 de julio de 2016

En las ventas de unidades productivas, la sucesión a efectos laborales sólo es predicable respecto de los contratos de trabajo en vigor en los que se subroga

el adquirente, no respecto de las deudas laborales y de Seguridad Social que la concursada pudiera tener o haber tenido en el pasado frente al resto de trabajadores no subrogados. Conforme al artículo 5 de la Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, solamente se puede imponer al comprador la asunción de determinadas deudas respecto de los trabajadores si hay una norma nacional expresa en ese sentido. La referencia de la legislación española a la sucesión a efectos laborales no distingue entre los trabajadores en los que se subroga el adquirente y los que no, por lo que no puede hacerse una interpretación extensiva de esa subrogación que incluya aquellos contratos de trabajo en los que no se subroga el adquirente.

4.13. Extinción de una sociedad sin activos y con un único acreedor: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de agosto de 2016

Se discute si una sociedad sin activos y con un único acreedor debe solicitar el concurso de acreedores o bien puede llevar a cabo una liquidación societaria. En el presente caso, la sociedad había solicitado la declaración de concurso, pero fue inadmitida por el Juzgado por ser requisito esencial la existencia de un número de acreedores plural y concurrente. El Centro Directivo considera que: (i) la pluralidad de acreedores es una característica natural pero no esencial del concurso, debiendo éste admitirse también para satisfacer el derecho de un único acreedor; (ii) no existe norma alguna que condicione la cancelación de asientos registrales de una sociedad que carezca de activo a la previa declaración de concurso; (iii) si, bajo la responsabilidad del liquidador, consta la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales; (iv) la cancelación no perjudica al acreedor —pues, en su caso, podrá disponer de las acciones individuales de responsabilidad, de las acciones impugnatorias de los actos realizados por la sociedad en fraude de acreedores, o de la acción revocatoria o pauliana— ni impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si posteriormente apareciesen bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación. En consecuencia, se acuerda cancelar los asientos registrales bajo las siguientes premisas: (a) se debe admitir la manifestación del liquidador sobre la inexistencia de activos y la existencia de un único acreedor; (b)

no es necesaria la comunicación ni la intervención del único acreedor; (c) no es necesario un pronunciamiento judicial que ordene la cancelación.

4.14. Créditos contingentes por su carácter litigioso: Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2016

El Tribunal Supremo considera cualquier crédito cuya existencia haya sido directamente cuestionada en un procedimiento judicial, ya sea en un litigio civil o de otro orden, tiene la condición de litigioso, siempre que no haya recaído una resolución firme o definitiva que lo reconozca. En el caso, existe sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona declarando como hecho probado que la asunción de la obligación cambiaria no respondía a la existencia de ningún crédito y que los documentos elaborados para tratar de justificar su existencia eran falsos, condenándose al administrador de la concursada como autor de delito de estafa procesal, en grado de tentativa, en concurso real con un delito de falsedad en documento mercantil. Matiza el Alto Tribunal que la mera apertura de unas diligencias penales no es suficiente para considerar litigioso el crédito, sino que es necesario que la administración concursal y, en su caso, el juez del concurso, aprecien que las diligencias penales entrañan una clara y seria controversia sobre la realidad y existencia del crédito. Si concurren estas circunstancias, el crédito es contingente sin que sea óbice para ello el hecho de que el crédito esté documentado en una letra de cambio que haya sido aportada para justificar su existencia. El Alto Tribunal estima el recurso y casa la sentencia, declarando que el crédito es contingente pues al tiempo de la declaración del concurso se encontraban iniciadas diligencias penales y el crédito estaba directamente afectado por el resultado de ese procedimiento.

4.15. Embargo por impago de cuotas de urbanización (ejecución de hipoteca legal tácita): Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2016

Los créditos derivados de gastos de urbanización son obligaciones de carácter real, con preferencia sobre cualquier otro derecho inscrito con anterioridad sobre la finca, y tienen la condición de créditos privilegiados especiales. Al no haberse constituido con anterioridad al concurso una específica hipoteca en garantía de estos gastos de urba-

nización, compete al Juez del concurso la clasificación del crédito, la ejecución de los bienes y el pago a los acreedores por su correspondiente prelación. No cabe la ejecución separada del crédito por cuotas de urbanización pues ni la diligencia de embargo es anterior al concurso ni ha tenido lugar la declaración del Juez del concurso sobre el carácter no necesario del bien. En consecuencia, no es posible la anotación del mandamiento de embargo.

4.16. Concepto de derechos reales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2016

El Tribunal analiza el concepto de “derecho real” a los efectos del artículo 5 del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, precepto que establece que un procedimiento de insolvencia no afectará a los derechos reales de un acreedor sobre los bienes del concursado situados en otro Estado miembro de la UE. Se suscitó la cuestión de si un gravamen público alemán sobre un bien inmueble situado en este Estado por las deudas relativas al impuesto de bienes inmuebles quedaba o no incluido en el artículo 5. El Tribunal consideró que dicho gravamen sí queda incluido en el precepto y da para ello dos argumentos: (i) nos encontramos ante una carga que grava directa e inmediatamente el inmueble; (ii) el propietario del inmueble debe soportar la ejecución forzosa sobre el bien. Adicionalmente, el Tribunal utiliza un tercer argumento de refuerzo, al señalar que la administración tributaria goza de la condición de acreedor privilegiado que le confiere el gravamen sobre la propiedad inmobiliaria.

4.17. Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2016

Un tribunal de Rumanía, en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un crédito de naturaleza fiscal, eleva una cuestión prejudicial al TJUE al respecto de si el artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia que regula, con carácter general, la ley aplicable a dichos procedimientos, puede interpretarse en el sentido de que están comprendidas en su ámbito de aplicación las disposiciones del Derecho interno del Estado de apertura que establecen (i) la caducidad del derecho de un acreedor que no ha participado en el procedimiento

a exigir su crédito o (ii) la suspensión de la ejecución forzosa de dicho crédito en otro Estado miembro como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia en otro Estado miembro. La Sala se pronuncia en sentido afirmativo, explicando que el artículo 4 establece que, salvo disposición en contra del propio Reglamento, la ley aplicable y determinante de todos los efectos del procedimiento concursal es la *lex fori concursus*, y que el listado del apartado 2 del artículo 4 no es exhaustivo debido al papel predominante del procedimiento universal y al principio de autonomía procesal (siempre que la aplicación de dichos principios no entre en contradicción con los de equivalencia con la normativa nacional y efectividad del Derecho de la UE). La Sala considera asimismo que esta interpretación casa con el artículo 15 del Reglamento al entender que los procedimientos de ejecución forzosa no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 15, que se refiere a los procedimientos “en curso” y que sí se regirían por la ley del Estado miembro en que se tramite el procedimiento. Finalmente, el tribunal remitente planteaba la cuestión de si la naturaleza fiscal del crédito exigido por vía ejecutiva es relevante a los efectos de la respuesta dada e a la primera cuestión prejudicial (que la *lex fori concursus* es de aplicación para determinar la caducidad de un derecho de crédito), a lo que el Tribunal responde negativamente, aclarando que el Reglamento no establece ninguna distinción en este sentido entre los acreedores de Derecho privado y los de Derecho público.

05 FLASH INFORMATIVO

5.1. Reducción del número de empresas en crisis

Según estadísticas oficiales, a partir del año 2013 el número de sociedades concursadas ha caído a razón de más del 20% anual. Los datos recogidos en el mes de junio de 2016 (Axesor) reflejan que en el 2016 se ha verificado la cifra más baja de procedimientos concursales de los últimos ocho años.

5.2. Las autopistas radiales R-3 y R-5 se mantienen en funcionamiento

Tras la orden judicial inicial de 'cierre' de las autopistas radiales R-3 y la R-5 de Madrid debido al cese de actividad de la sociedad concesionaria de ambas vías de comunicación, el Ministerio de Fomento y la administración concursal han llegado a un acuerdo que ha motivado la prórroga judicial sobre el cese de la actividad de la concursada. La Administración General del Estado se ha comprometido a asumir la explotación de las autopistas antes del 1 de julio de 2017.

06 ARCHIVOS GARRIGUES

6.1. Publicaciones

• “The Restructuring Review”

La editorial británica Law Business Research ha confiado nuevamente en el Departamento de Reestructuraciones e Insolvencias de Garrigues para la novena edición de la guía. Los socios de Garrigues que repiten como autores del capítulo sobre España son Borja García-Alamán, Adrián Thery y Juan Verdugo.

The Restructuring Review recapitula las operaciones internacionales más relevantes del mercado legal de reestructuraciones cerradas entre el segundo semestre de 2015 y el primer semestre de 2016, así como las principales novedades legislativas de 28 países de los cinco continentes, con especial atención a América Latina, Asia y Europa. La guía subraya la participación de Garrigues en las operaciones más relevantes cerradas en España, entre las que se destaca el asesoramiento a hedge funds en la compra de carteras de créditos (como el Proyecto Baracoa, de 800 millones de euros), la refinanciación de la deuda sostenible de importantes empresas de energías renovables (Aliwin) o la gestión de los intereses de entidades financieras en procedimientos concursales con importantes efectos transfronterizos (TP Ferro). Mención aparte merece el asesoramiento prestado por Garrigues a la consultora McKinsey en el marco del denominado “Proyecto Fénix”, una fórmula ideada por las principales instituciones financieras españolas para rescatar empresas fuertemente apalancadas pero viables (GAM, Bodegas Chivite y Condesa).

• “Conservación de empresas en concurso por medio de la enajenación unitaria liquidatoria en el sistema español”

[Gutiérrez Gilsanz, A.], publicado en la obra colectiva, “Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias. Sistemas jurídicos a debate”, AA.VV., EuriConv, Lecce, Italia, 2016, págs. 115-129.

• “El fracaso de la Ley Concursal”

[Pérez Arbizu, A.], Diario ABC Sevilla, 21 de octubre de 2016.

• “Brexit e insolvencia internacional”

[Thery Martí, A. y Heredia Cervantes, I.], El Notario del Siglo XXI, 17 de octubre de 2016.

• Spain: Hurdles when Acquiring or Managing NPLs or REOs Portfolios

[García-Alamán, B., Gil-Robles, J.M. and Verdugo García, J.], Global Restructuring Review, 21 de octubre de 2016.

6.2. Reconocimientos

• “Innovative Lawyers 2016”

En la ceremonia de entrega de premios “Innovative Lawyers 2016” celebrada en Londres el pasado 5 de octubre y organizada por Financial Times, la operación de reestructuración de Jofel Industrial, asesorada por Garrigues, fue incluida dentro de las operaciones legales más innovadoras de Europa dentro de la clasificación “Commended”, y como la operación de reestructuración más innovadora de España. Financial Times explica que la reestructuración de Jofel Industrial se realizó gracias a una combinación de herramientas de reestructuración diseñadas para distintos escenarios y nuevas en España. El equipo ha estado dirigido por nuestro socio Juan Verdugo.

• “International Finance Law Review 1000 2016”: Tier I

La prestigiosa guía IFLR1000 ha vuelto a situar nuestra práctica de reestructuraciones e insolvencias dentro de la primera posición del mercado legal español. Para IFLR, Garrigues dispone de un departamento “pre-

miu” de reestructuraciones e insolvencias, lo que nos permite haber participado activamente en un buen número de las transacciones más relevantes del año en España. IFLR se hace eco de que nuestro Departamento ha representado a Aeropistas y Autopista Eje Aeropuerto en el procedimiento de insolvencia de la autopista de pago M-12 de Madrid. En cuanto al otro sector afectado por la crisis financiera, el de las energías renovables, IFLR destaca como trabajo de Garrigues la representación del *pool* de bancos en la refinanciación y homologación judicial del acuerdo de refinanciación de Aliwin Plus, que evitó la liquidación de la compañía.

6.3. Eventos

Eventos y conferencias impartidos recientemente por nuestros profesionales:

- **“INSOL Europe Annual Congress”,** Insol Europe, **22-25 de septiembre de 2016, Lisboa.**

Nuestros socios Borja García-Alamán y Adrián They han sido ponentes de los paneles *“Directors Liability & Lenders Liability under Spanish Law”* y *“Liability & Finance (Director and/or Lender)”*.

- Mesa redonda **“Arbitraje y concurso en el nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia”,** organizada por la **Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE), 28 de septiembre de 2016.**

Borja García-Alamán e Iván Heredia han sido moderador y ponente en la mesa redonda sobre *“Arbitraje y concurso en el nuevo Reglamento Europeo de Insolvencia”*.

- **“International Conference: The implementation of the New Insolvency Regulation – Improving Cooperation and Mutual Trust”,** Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, **7 de octubre de 2016, Luxemburgo.**

Adrian They ha sido ponente en el panel: *“The applicability of the EIR on pre-insolvency and hybrid proceedings”*.

- **“International Conference: Actualité du droit européen”,** Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires (CNAJMJ), **20 de octubre de 2016, París.**

Nuestro socio Adrian They ha sido ponente en el panel: *“Harmonisation des droits nationaux: de la Recommandation du 12 mars 2014 à l’initiative législative de la Commission européenne de 2016”*.

- **“International Conference: A Chapter 11 for Europe?”,** Institut Droit et Croissance & Banque de France, **28 de octubre de 2016, París.**

Adrian They ha sido ponente en el panel: *“What insolvency law should apply to corporates in the European Union? Debate on the publication of the report produced by the Association for Financial Markets in Europe and the report of the Haut Comité Juridique de Place.”*

Síguenos:



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

© 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.

Hermsilla, 3 - 28001 Madrid (España)

T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

The logo features a large '7' in dark teal and a large '5' in orange, positioned above the text '1941-2016' and 'GARRIGUES' in a dark teal serif font.

1941-2016
GARRIGUES

Hermosilla, 3
28001 Madrid
T +34 91 514 52 00
F +34 91 399 24 08
www.garrigues.com