

VIII FORO CONCURSAL DEL T.A.P.

Bilbao, 16 de diciembre de 2021

HACIA UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ECONÓMICO EL NUEVO PROCEDIMIENTO ABREVIADO O SIMPLIFICADO

Ponentes:

Pablo Arraiza Jiménez.

Alfonso Muñoz Paredes.

Moderador: Maite Trinidad Santos.

1º. El estado actual. El orden procesal concursal del TRLC y sus problemas

- Tipos de procedimiento
- Acumulaciones y tramitación coordinada
- Los incidentes concursales

2º. En busca de la eficacia: el procedimiento abreviado o simplificado

- Postulación
- Tramitación
- Fortalezas y debilidades

A) Con fidelidad a la propuesta del programa, en esta mesa trataremos en primer lugar las cuestiones procesales novedosas que introdujo el Texto Refundido de la Ley Concursal.

En esta primera parte trataremos cuestiones tales como la todavía dualidad de procedimientos (ordinario y abreviado) y las particularidades de este último, la acumulación y tramitación coordinada de concursos, el incidente concursal, ordenación de las secciones, aclaraciones en materia de competencia del juez del concurso, entre otras.

B) Pero a punto de cumplir un año y medio de vigencia, tenemos ya sobre la mesa un nuevo documento de trabajo. Sin perjuicio de las modificaciones que sufra el texto en el trámite parlamentario, el Anteproyecto de Ley de julio de 2021, de Reforma para la incorporación a la legislación española de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, vaticina un cambio sustancial en numerosas materias, tanto procesales como sustantivas. Por

ello, en segundo lugar abordaremos los aspectos más significativos de la reforma legislativa que se propone, asumiendo que es tan profunda y extensa la que su análisis exhaustivo nos llevaría mucho más tiempo del que disponemos.

Recordemos que entre los objetivos de la Directiva se encuentra aumentar la eficiencia de los procedimientos de insolvencia. Aunque luego en su articulado son muy escasas las normas que se refieren a la eficiencia de los procedimientos de insolvencia en sentido estricto (limitadas prácticamente a la utilización de medios electrónicos de comunicación), en varios apartados de los considerandos de la Directiva se llama la atención sobre la excesiva duración de los procedimientos y las especialidades de las PYMES.

Con el Anteproyecto podemos vislumbrar la profunda reforma que se pretende. Esta segunda temática de la mesa se estructura a su vez en dos partes:

1º En una primera se intentarán sintetizar los cambios más relevantes del procedimiento de insolvencia, que suprime la dualidad de procedimientos -ordinario y abreviado- para establecer un único procedimiento.

2º En una segunda se hará igual esfuerzo respecto del novedoso procedimiento especial para PYMES al que se dedicará el Libro III.

1º. Nuevo procedimiento único:

Sin perjuicio de las cuestiones que quieran tratar los ponentes, por mi parte considero de interés destacar los siguientes aspectos:

1. Se adelanta el **fin de la fase común** a la presentación del Informe Provisional. Con la presentación del Informe, el LAJ pone Decreto fin de la fase común y abre liquidación, salvo que se hubiera presentado propuesta de convenio.

También a este momento se adelanta la apertura de la sección de calificación.

Se podrá presentar propuesta de convenio con la solicitud de concurso o en cualquier momento hasta transcurridos 15 días desde la presentación del Informe provisional. Se suprime la dualidad convenio anticipado – ordinario.

Si no se presenta la propuesta de convenio en dicho plazo, se abre por Decreto la fase de liquidación y a partir de ese momento se podrá comenzar con las operaciones de liquidación pues se suprime también la aprobación del plan de liquidación.

2. Se aligera de carga a la Oficina Judicial, haciendo recaer en la AC la notificación del Informe provisional, la propuesta de convenio presentada, la recepción de adhesiones que no se realicen en instrumento público, etc.

El Juzgado se limita a dar publicidad en el RPC de la presentación del Informe, y es la AC la que debe notificar la presentación a los acreedores personados o no, por correo electrónico o por otros medios. Esto tiene su incidencia en el cómputo del plazo para las impugnaciones.

Las partes personadas ya no obtienen copia de los informes y documentos que obren en actuaciones acudiendo a la Oficina Judicial (se suprime el art. 295), y en cambio se establece que puedan solicitar a la AC el examen de documentos o informes que consten en autos sobre los créditos que hubieran comunicado (art. 512).

3. En materia de **Convenio** existen modificaciones sustanciales, además de la unificación entre convenio anticipado y ordinario.

Son muy numerosas las novedades en materia de contenido y aprobación. En esta exposición nos interesan la líneas generales de la tramitación, pero dejo a criterio de los ponentes abordar los aspectos que consideren de interés. Sin perjuicio de ello:

-Hay una relativa limitación de la voluntad del deudor.

Si concursado hubiera solicitado ya la liquidación no se admite a trámite propuesta convenio que realicen los acreedores (art. 342.3). Pero si aún no ha solicitado liquidación y se adelantan los acreedores, el art 342.4 señala que el deudor no podrá solicitar la liquidación hasta que se haya verificado la aceptación o no del convenio.

Esta limitación no rige cuando se trata de persona natural o PYME. En este caso solicitud de liquidación del deudor determina en todo caso apertura.

-Se introduce una norma (art. 366) para coordinar el derecho de sociedades y el régimen concursal de aprobación del convenio.

Cuando la propuesta de convenio contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios se aplicará la legislación societaria con las especialidades contempladas en dicho precepto y que incluyen la propia convocatoria de la Junta en el auto que admite a trámite la propuesta de convenio si los administradores sociales no la hubieran convocado.

-No habrá ya Juntas de acreedores, que se sustituyen por tramitación escrita en todo caso.

-La aceptación o rechazo se hará bien en instrumento público, bien mediante comunicación a la AC (se suprime la comparecencia ante el LAJ en la oficina) y es la AC la que trasladará al Juzgado las aceptaciones habidas (Art. 355)

-Se suprime el rechazo de oficio del convenio (supresión del art. 392 TRLC), con lo que el control de la infracción de normas sobre contenido, adhesiones y tramitación queda en manos de los acreedores mediante la necesaria oposición.

-En materia de oposición también hay novedades. Se suprime como motivo de oposición la inviabilidad objetiva del convenio, y se introduce la infracción a la regla del interés superior de los acreedores (art. 383).

También hay normas especiales de oposición en caso de falta de aceptación de una clase vinculadas por el convenio o por los socios del concursado.

- Modificación del convenio: Art. 401 bis. Una regla excepcional-COVID que se queda.

4. Liquidación.

-Se suprime toda referencia al plan de liquidación, al menos en los términos que hasta ahora conocidos (propuesta de la AC, alegaciones y aprobación).

Frente a los tres apartados del art. 415 que resumen el marco regulatorio de la liquidación (plan de liquidación, en su defecto normas supletorias y en todo caso normas imperativas del título IV), ahora se diferencia entre:

Reglas especiales de liquidación, que pone unilateralmente el juez en el auto que abre fase de liquidación o en resolución posterior, aunque son modificables de oficio o a instancia del AC y en todo caso acreedores que representen más del 50 % del pasivo ordinario pueden forzar que se dejen sin efecto (art. 415).

En todo caso, la AC no podrá ser forzada a pedir autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni podrá imponer el juez reglas que prolonguen la liquidación más de 1 año.

Reglas generales supletorias, que rigen si el juez no tiene la iniciativa de fijar reglas especiales.

No hay remisión general a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que la AC dirigirá la realización "del modo más conveniente para el interés del concurso" (art. 421).

Ahora bien, tratándose de bienes y derechos con un valor superior al 5 % del total de los bienes y derechos inventariados, debe acudir a la subasta electrónica, sea a través del portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, sea a través de otro portal, especializado o no (art. 423).

Aunque el art. 415 excluye la necesidad de autorización judicial, como regla especial impuesta por el juez, no se modifica el art. 210 (bienes afectos) y el art. 216 (venta UP), luego resulta cuestionable que pueda prescindirse de la autorización judicial específica. En todo caso, sí se modifica el art. 209 y 215 para señalar que el modo ordinario de realización de estos activos (afectos a privilegio especial y UP) hasta la apertura de la liquidación será la subasta electrónica.

Por tanto, antes y después de la apertura de la liquidación se generaliza el recurso a las subastas electrónicas, salvo que el juez establezca, en liquidación, reglas especiales.

-Es también interesante la solución que se propone para bienes afectos a privilegio especial en el art. 423 bis.

Al no modificarse el art. 210 el acreedor mantiene el derecho de veto, pero este precepto propone una solución eficaz aunque ciertamente cuestionable.

-Hay un intento de abordar la problemática que en ocasiones se plantea para el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones de bienes y derechos.

Arts 206.3 y art. 415.5: El Registrador no podrá exigir que la AC acredite la realidad del motivo alegado para enajenar bienes antes de la apertura de la fase de liquidación, ni la existencia de reglas especiales de liquidación.

-En el art. 224 bis se aborda la solicitud de concurso con oferta vinculante de compra de la UP (en sustitución del actual art. 530 TRLC) y que prevé que el oferente pueda ser persona especialmente relacionada con el deudor si la propuesta estuviera suscrita por acreedores que representen el 20% del pasivo ordinario.

-Los arts. 224 ter y ss introducen en el ordenamiento español el nombramiento de experto que recabe antes del concurso ofertas de terceros para la adquisición de la UP.

5. Calificación

Formación generalizada y sin excepción de la sección sexta con el decreto que pone fin a la fase común.

Se elimina la legitimación activa del Ministerio Fiscal (en su lugar se pondrá en conocimiento del Ministerio público la posible existencia de delitos no perseguibles de oficio) y en cambio se atribuye legitimación activa -plena- a los acreedores.

Otras novedades afectarían a la posible necesaria celebración de vista, transacción y costas.

También se mejora sustancialmente a mi juicio la calificación tras frustración del convenio, introduciendo cuestiones que el TRLC no podía abordar por afectar a las conductas "culpables".

6. Nuevo declara y concluye.

Frente a un auto que declara y concluye podemos encontrar tres autos; auto declara, auto de nombramiento de AC y auto complementario (arts 37 bis-quinquies)

2º Procedimiento especial para microempresas.

Se trata de un procedimiento diseñado para ser aplicado, necesariamente a los concursados -físicos y jurídicos- que reúnan los parámetros definidos en la ley, es decir, no pueden optar por acudir al procedimiento común o único al que hemos hecho referencia.

Combina aspectos de los acuerdos de refinanciación y del concurso común. La Directiva llama la atención sobre las especialidades de las PYMES, más expuestas a un procedimiento de liquidación, con pocos recursos y precisadas de un procedimiento lo más ágil y sencillo posible. Habrá que ver si la propuesta que se realiza en el Estado español consigue alcanzar ese objetivo, pero de entrada constituye un cambio radical en los planteamientos tradicionales de nuestro derecho de la insolvencia, para el que es muy dudoso que estén preparados los Juzgados de lo Mercantil.

Cuenta también con la comunicación del inicio de negociaciones, como primer escudo protector del deudor en caso de insolvencia actual, inminente o probabilidad de insolvencia, pero a continuación se desarrolla en dos modalidades diferentes, entre las que cabe elegir desde el inicio o pueden desarrollarse de forma sucesiva: Procedimiento de continuación y procedimiento de liquidación, este último con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento.

Sin perjuicio de los aspectos, todos ellos novedosos, que quieran tratar los ponentes, y que sin duda nos llevaría mucho más tiempo del que disponemos, a mi juicio son destacables las siguientes cuestiones:

1. Necesaria opción desde el inicio por el procedimiento de continuación o el procedimiento de liquidación, tanto por parte del deudor como por parte del/los acreedor/es instantes.

Conversión del procedimiento por imposición (¿) de los acreedores?. Oposición del deudor.

2. Estamos preparados para este procedimiento?

Se impone: Actos procesales mediante presencial telemática, actos de comunicación por medios electrónicos, por norma a cargo del concursado (en copia LAJ que habrá de controlarlos), resoluciones judiciales orales, norma general de inexistencia de recursos, concursado sin abogado y sin procurador, toda solicitud mediante formulario normalizado, liquidación sin profesional independiente....

3. Auto de apertura del procedimiento especial: Efectos generales, efectos específicos del procedimiento de continuación y del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento, efectos específicos del procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento y además, efectos "eventuales" que dependen de que sean específicamente solicitados en uno y en otro caso (concurso a la carta/flexible).

4. Avance tácito del procedimiento: admisión a trámite del plan de continuación, aceptación tácita del plan de continuación, homologación tácita.

5. "fase común integrada" en el procedimiento de continuación y en el procedimiento de liquidación.

Los acreedores e interesados tendrán que hacer valer sus pretensiones de impugnación de la lista de acreedores e inventario que presente el deudor con la solicitud mediante alegaciones que tendrá que resolver el juez del concurso contraponiendo deudor (que puede intervenir sin letrado) y acreedor, como trámite previo (en ocasiones simultáneo) a la aprobación del plan de continuación y a la liquidación a cargo del deudor.

6. Plan de continuación aceptado y no homologado por el juez?

7. Supuestos de nombramiento de experto de la restructuración, de administrador concursal y de experto para la valoración de la empresa.

8. Liquidación a cargo del deudor o de la AC.

¿Plataforma electrónica de liquidación?

Gestor de cobro de créditos.

9. Conclusión del concurso y continua la posible venta de activos en la plataforma electrónica de liquidación.

10. Calificación aquí sí sin legitimación plena de los acreedores?