



## ARTÍCULOS

La importancia de la prueba pericial en la cuantificación del daño. El supuesto del cártel de coches

Ley 2/2023 que regula los canales de denuncia y la protección de los denunciantes de infracciones. ¿Qué debemos saber?

Nueva propuesta de directiva europea de insolvencia de empresas en el marco de la unión de los mercados de capitales

La valoración de las unidades productivas en el concurso. La determinación de la tasa de actualización en el método de descuento de los flujos de caja libres

Prevención del blanqueo de capitales

Preconcurso fraudulento

Informes Técnicos

Noticias

Consultas

Nuevas incorporaciones

# Los webinars son también para el verano



**economistas**  
Consejo General

REFOR **economistas forenses**

**REESTRUCTURACIÓN  
CONCURSAL  
PERICIAL  
SOCIETARIO...**

**Y CURSOS DE AÑOS  
ANTERIORES**

<https://refor.economistas.es/los-webinars-son-para-el-verano/>



## EDITA

REFOR Economistas Forenses del Consejo  
General de Economistas de España

Nicasio Gallego, 8  
28010 Madrid  
www.refor.economistas.org

Suscripción anual: 80 €  
GRATIS para miembros del REFOR

Depósito legal: M-7.685-2002  
ISSN: 2173-8823

Diseño: desdezero estudio gráfico  
Maquetación e impresión: Gráficas Menagui

No está permitida la reproducción total o parcial de esta Revista, ni su almacenamiento o transmisión por ningún medio (electrónico, mecánico, grabación, fotocopia, etc), sin permiso previo del editor.

Ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta revista. Los artículos expresan exclusivamente la opinión de sus autores. Esta publicación no se hace responsable del contenido de los mismos.

## Consejo General

PRESIDENTE  
Valentín Pich Rosell

## Consejo Directivo del REFOR

Presidente: Miguel Romero Sánchez  
Vicepresidente 1º: Alejandro Latorre Atance  
Vicepresidenta 2º: Bárbara Pitarque Villaescusa  
Vocales:

Alfred Albiol Paps  
Rodrigo Cabedo Gregori  
Xavier Domènech Ortí  
Víctor Egea González  
Juan José Estruch Escrivá  
Rubén García-Quismondo Pereda  
Alfonso Gómez Bilbao  
Isaías González García  
Rubén López Paz  
Jaime Querol Sanjuan  
Maribel Robles Lucas

## Comité Técnico del REFOR

Presidente: Miguel Romero Sánchez  
Vicepresidente 1º: Alejandro Latorre Atance  
Vicepresidenta 2º: Bárbara Pitarque Villaescusa  
Vocales:

Alfred Albiol Paps  
Xavier Domènech Ortí  
Isaías González García  
Rubén López Paz

## Consejo Asesor del REFOR

Vocales:  
Ramón Cifrián Quevedo  
Carlos Díaz Pérez  
María Mejías Jiménez  
Esteban Iglesias Pérez  
Pedro José Martínez Martínez  
Fernando Rubio Gómez  
Francisco Tato Jiménez  
Carlos Terreu Lacort  
Gustavo Vallejo Robles

Secretario Técnico S.T.  
Alberto Velasco Heredero

Nota: El Consejo Asesor está compuesto por los miembros del Consejo Directivo más los vocales que se indican.

ECe  
FORMACIÓN DE CALIDAD



# Portal formativo del Consejo General de Economistas

MÁS DE 100 CURSOS ONLINE

explora nuestra oferta formativa

EXPERTOS A TU DISPOSICIÓN

aprende de los mejores

ITINERARIO FORMATIVO

potencia tu carrera profesional



economistas

escuela de conocimiento eficiente



# Presentación

Nos encontramos ante un nuevo verano. Una de las novedades que hemos visto ha sido el adelanto de las elecciones para este mes de julio, lo que ha motivado que una buena parte de los Proyectos legislativos, se hayan paralizado. Entre ellos mencionamos el Proyecto de Ley de eficiencia Servicio Público de Justicia que modificaba la mediación, la conciliación, la negociación, y el ámbito pericial, entre otros aspectos.

Incluimos en este número de la revista un documento en el que se resumen estos Proyectos normativos que han quedado paralizados por el momento, hasta que se constituya un nuevo Gobierno y se reactive las Cámaras Parlamentarias (ahora bajo la Diputación Permanente).

Por lo que se refiere al Reglamento de desarrollo concursal, si bien, es a nivel de Real Decreto, en el momento de escribir estas líneas, no ha salido ni creemos que pueda haber ya tiempo para ello. No obstante, recordamos que, desde el Consejo General de Economistas, se ha estado trabajando intensamente, a través del REFOR, con ambos ministerios, tanto el de Justicia como el de Asuntos Económicos, con un borrador de propuestas de contenidos.

Recordamos los cursos que ofrecemos de cara al verano, webinars grabados del año 2023 en el ámbito concursal; reestructuración; pericial y societario, en la tradicional campaña de publicidad del REFOR en estos meses, incluida como "Los webinars son también para el verano", para que aquellos profesionales que no hayan podido cursarlos en directo, puedan en estos meses de julio, agosto (de menor carga de trabajo) actualizar sus conocimientos.

Entre los temas que se incluyen en este número de la revista señalamos los siguientes, buscando, como en números anteriores el carácter multidisciplinar dentro del área de la economía forense.

Así, en primer lugar, se incluye, del ámbito pericial, el artículo "La importancia de la prueba pericial en la cuantificación del daño en el supuesto del cártel de automóviles" a cargo de Salvador Vilata, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil nº 1 de Valencia y Profesor de la Universidad de Valencia.

Además, y dado que desde el 13 de junio de 2023 han entrado en vigor el canal de denuncias de la "Ley de Whistleblowing", la abogada María José Moragas, y la economista, Ester Brullet, del despacho BNFIX PICH, nos presentan "Las novedades de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, Reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El Canal de denuncias".

Asimismo, dada la publicación de la nueva propuesta de Directiva de insolvencia a finales de 2022, que se está tramitando en este 2023, con algunas novedades, y, teniendo en cuenta que desde REFOR también realizamos un seguimiento internacional de las insolvencias, incluimos el artículo de Enrique Sanjuan, Magistrado especialista de lo Mercantil en la Audiencia Provincial de Málaga y Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga: "La nueva propuesta de Directiva Europea de Insolvencia de Empresas en el marco de la Unión de Mercados de Capitales".

Por su parte, el economista Rubén López, del Consejo Directivo del REFOR, expone en su artículo, "La valoración de las Unidades Productivas en el concurso. Determinación de la tasa de actualización en el método de descuento de los flujos libres de caja", la temática de valoraciones que es de gran interés y proyección para el economista.

## Presentación

Finalmente, el siempre atractivo asunto de la "Prevención del blanqueo de capitales" es tratado por el abogado, Diego Artacho, Inspector de Hacienda en excedencia y socio responsable del departamento Penal-Económico y Compliance de DWF-RCD.

Os deseo que tengáis un merecido descanso veraniego y repongáis energías para la vuelta, en la que os esperamos con novedades en el REFOR de cara al otoño.

Recibid un cordial saludo

Miguel Romero  
Presidente del REFOR

# Informes de la Secretaría Técnica

Selección de disposiciones de interés para el Economista Forense se estaban tramitando en el Parlamento y quedarían en su caso paralizadas tras la convocatoria anticipada de elecciones el 23 de julio 2023

Tras la convocatoria de elecciones anticipadas para el 23 de julio (estaba en principio previsto que se agotara la legislatura hasta el final de año) las Cortes se han disuelto y por ello un conjunto de disposiciones parlamentarias que se encontraban en fases variadas de tramitación (algunas de ellas en las últimas fases en el Senado) han quedado paralizadas.

A continuación señalamos las disposiciones que más afectan al Economista Forense y en negrita las que consideramos más importantes y en las que desde el CGE (Presidencia del CGE en coordinación con las Secretarías Generales del mismo y con el impulso de los diversos órganos especializados del CGE) hemos participado activamente, manteniendo reuniones y contactos continuos con los diversos Ministerios encargados de las correspondientes propuestas legislativas así como con los diputados y senadores de las Cámaras y presentando propuestas en fase de Anteproyecto y posteriormente enmiendas en el Parlamento.

Incorporamos además al principio selección de los Anteproyectos y Consultas más destacados que también se han quedado sin poder ser aprobadas.

En total casi 60 proyectos normativos han quedado paralizados. Algunos de ellos son convalidaciones de RDL (que la Diputación Permanente podría convalidar en su caso).

Quedan algunos reglamentos pendientes, que al poderse aprobar en Consejo de Ministros podrían en su caso salir adelante.

Por último, hay que tener en cuenta que la legislación europea, sigue su curso.

- **Proyecto L. O. Defensa** (Congreso Diputados) estaba en el Congreso en plazo de enmiendas (problemática de posible reforzamiento y ampliación de reserva de actividad del abogado en el asesoramiento que detectamos desde el CGE)
- **Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión** (se aprobó en segunda vuelta en mayo en el Consejo de Ministros) pero que no ha entrado (ni ya se tramitará) en el Congreso de los Diputados)

Las tres normas pendientes de Justicia se estaban tramitando en el Congreso Diputados:

- **Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (mediación, conciliación, negociación y otros MASC)** Estaba en fase de enmiendas en el Congreso Diputados (incluimos enmiendas para reforzar papel del economista en mediación, conciliación, negociación y enfoque económico en los MASC)
- **Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia** (se quedó en fase de enmiendas en el Congreso)
- **Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia**, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios.
- **Reglamento Administrador Concursal\*** (pendiente de salir Audiencia Pública con texto para propuestas). Ojo: es Reglamento que se aprobaría en consejo de ministros; no en el Parlamento (veremos

- a ver qué pasa y si les da tiempo; si bien cada vez es más difícil que pueda salir pues nos vamos acercando a la convocatoria de elecciones el 23 de julio)
- **Anteproyecto de ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fase Anteproyecto)** (Nota: Se ha incluido en el RDL 5/2023, de 28 de junio y publicado en el BOE de 29 de junio)
  - Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y se transponen tres directivas europeas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (se ha quedado en fase de ampliación de enmiendas en el Congreso de los Diputados)
  - Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela (consumidores y usuarios) estaba en el Senado
  - Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (fase de enmiendas en el Congreso)



## A) Análisis del REFOR sobre estadísticas concursales de Registradores del primer trimestre 2023:

El Registro de Economistas Forenses (REFOR) ha analizado los datos concursales publicados el pasado 12 de mayo 2023 por Registradores, de los que extraemos y seleccionamos las siguientes conclusiones:

Seleccionamos los siguientes datos de interés:

En primer lugar, hay que tener en cuenta como venimos indicando desde el REFOR y se incluye en la nota de Registradores, que las estadísticas en estos meses de 2023 son especiales pues hay que tener en cuenta la huelga de los LAJs durante gran parte de este primer trimestre del año:

- En el primer trimestre de 2023 el número de deudores concursados (totales personas físicas y jurídicas) alcanza la cifra de 4.895, lo que supone un incremento del 67,6% respecto al mismo período del año anterior, y una disminución del 11,7% respecto al trimestre anterior.
- Por clase de procedimiento, los concursos sin masa (que sustituyen a los anteriores exprés), han aumentado un 234%, mientras que los procedimientos ordinarios (anteriores abreviados y ordinarios) disminuyen un 23,6%.
- Por primera vez, desde su entrada en vigor el 1 de enero, se han contabilizado 11 aperturas de procedimientos especiales para microempresas.

**Personas Físicas\*:** Entraron en concurso de acreedores 3.983, que supone un incremento del 121,9% con respecto al mismo periodo (1 T) del año pasado y una disminución del 9,6% con relación al trimestre anterior.

(\*desde que entró en vigor la Ley Concursal en septiembre 2022, en las personas físicas se incluyen tanto las personas naturales como las personas físicas empresarios-autónomos).

**Personas Jurídicas (Sociedades):** y dentro de esta categoría se distinguen:

- SL: 819 disminuyen un 21,5% con relación al año pasado (bajan un 21,4% con respecto a trimestre anterior)
- S.A: 62 incremento del 1,6% con respecto a 2022 (se reducen un 21,5% sobre trimestre anterior)
- Otras: 31 subida del 47,6% sobre el año pasado (incremento del 93,8% con relación al trimestre previo)

**Total concursos sociedades: 912 (que suponen el 18,6% de los concursos de acreedores)**

A partir de las cifras estadísticas de Registradores del 1 T 2023, y su comparación con las de INE de 2019 (preCovid) desde el REFOR, hemos estudiado la evolución en personas físicas, autónomos y sociedades con distinta evolución:

### a) Concentración de concursos de acreedores en personas físicas y especialmente en los autónomos:

economistas Consejo General											
REFOR economistas forenses											
<a href="http://refor.economistas.es">http://refor.economistas.es</a>		<a href="https://twitter.com/reforcege">https://twitter.com/reforcege</a>									
COMPARACIÓN CONCURSOS DE ACREEDORES 2023,2022, 2021, 2020 Y 2019 POR TIPOS DE CONCURSOS 1º TRIMESTRE											
	Precovid	Año Covid	Post Covid I	Post Covid II	Sin Covid	VARIACIÓN	VARIACIÓN	VARIACIÓN	VARIACIÓN	VARIACIÓN	
	2019	2020	2021	2022	2023	% 2023/2022	% 2023/2019	% 2022/2021	% 2021/2020	%2022/2019	
Personas Físicas	501	527	1377	1078				-21,71%	161,29%	115,17%	
Autónomos	87	122	603	717				18,91%	394,26%	724,14%	
Personas Físicas+Autónomos	588	649	1980	1795	3983	121,89%	577,38%	-9,34%	205,08%	205,27%	
Empresas (Sociedades)	1060	852	1443	1125	912	-18,93%	-13,96%	-22,04%	69,37%	6,13%	
Autónomos+Empresas	1147	974	2046	1842				-9,97%	110,06%	60,59%	
<b>TOTAL (P.F.+A+E)</b>	<b>1648</b>	<b>1501</b>	<b>3423</b>	<b>2920</b>	<b>4895</b>	<b>67,64%</b>	<b>197,03%</b>	<b>-14,69%</b>	<b>128,05%</b>	<b>77,18%</b>	

Fuente: Cuadro REFOR a partir datos Registradores (datos 2023 publicados el 12 mayo 2023, datos 2022 publicados el 12 mayo 2022 y de 2021 el 13 mayo 2021) e INE (datos febrero 2020 y 2019)  
 Datos provisionales 2023 (no serán definitivos hasta estadísticas agosto 2023 publique Registradores x efecto cola espera  
 \*se siguen publicando concursos en el BOE del 2022 en 2023 que hay que añadir a estadísticas  
 \*\*Registradores ya no distingue concursos de personas físicas y autónomos por separado desde 4 T 2022 tras pasar competencias concursos p. físicas a Juzgados de lo Mercantil tras Ley reforma concursal 2022

Tabla REFOR Comparativa concursal 1 T 2023 Y 2019 (con datos de Registradores 2023, 2022, 2021 y del INE 2019).



Si comparamos 1 T 2023 (postpandemia), con 1 T 2019, observamos que ha habido un crecimiento de los concursos de acreedores en cifras totales del 197,03% pasando de 1648 a 4895.

Lo más destacado que observamos es que los concursos de acreedores crecen especialmente entre las personas físicas y autónomos que pasan de 588 a 3983 con un crecimiento del 577,38%

En cambio, en las sociedades incluso se ha producido una disminución de casi un 14% del 1 T 2019 al 1 T 2023 (de 1060 pasan a 912).

b) Concentración de concursos de acreedores de tipo exprés:

		economistas Consejo General REFOR economistas forenses						
		<a href="http://refor.economistas.es">http://refor.economistas.es</a>						
	1 T 2021	1 T 2022	1 T 2023	VARIACIÓN % 2023/2022	VARIACIÓN % 2022/2021	% exprés 2021 concursos 2021	% exprés 2022 concursos 2022	% exprés 2023 concursos 2023
Concursos exprés	1062	1030	3440	233,98%	-3,01%			
<b>Total concursos</b>	<b>3510</b>	<b>2920</b>	<b>4895</b>	<b>67,64%</b>	<b>-16,81%</b>	<b>30,26%</b>	<b>35,27%</b>	<b>70,28%</b>

Fuente: Cuadro REFOR a partir datos Registradores (datos 2023 publicados el 12 mayo 2023; datos 2022 publicados el 12 mayo 2022 y de 2021 el 13 mayo 2021)  
[Datos provisionales (no serán definitivos hasta estadísticas agosto 2022 publique Registradores x efecto cola espera)]

Por lo que se refiere a los concursos exprés (concursos que se abren y cierran simultáneamente al no haber masa, por lo que el Juez establece en el mismo auto la declaración de concurso y decreta la conclusión del mismo) crecen en el 1 Trimestre de 2023 con respecto a 2022 un 70,28% (se ha llegado a más de 3.400 concursos expres, mas que triplicando los 1.000 que había por trimestre en años anteriores) e incrementan su peso respecto a los concursos totales, pasando de representar de 2021 a 2022 un 30% en 2021 y un 35% en 2022 a llegar en 2023 al 70% de los concursos Es decir, ya son la mayoría de los concursos de acreedores de tipo exprés (no disponemos de datos de concursos exprés trimestrales de fuentes homogéneas anteriores a 2021, pues no se ofrecían desde el INE; si bien acudiendo a otras fuentes anuales -CGPJ- y recordando el Atlas Concursal del REFOR de dichos años en el que las incluíamos ya, de ediciones anteriores publicadas, sí podemos decir que sus cifras eran menores en 2020 y 2019). Hay que tener en cuenta que, tras el fin de la moratoria a finales de junio 2022, puede ser una de las variables que haya provocando este gran incremento de concursos exprés en el primer trimestre 2023.

B) Adelanto selección 4 estadísticas de variables concursales 2022 a partir de datos de Estadísticas del CGPJ: entre ellas acuerdos de refinanciación y AEP Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, Concursos Exprés. . .

En abril 2023, el CGPJ, Consejo General del Poder Judicial ha hecho pública sus estadísticas concursales hasta 2022. Desde REFOR, a través de su servicio estadístico, hemos procedido a realizar una selección de las siguientes cuatro variables concursales que consideramos muy interesantes de otras muchas que se incluyen en el ámbito judicial. Como teníamos resultados de años 2019, 2020 y 2021; de esta forma podemos comparar evolución de estas variables pre Covid y post Covid.

### Resumen

- Se produce un crecimiento del 37% en cuanto a los acuerdos de refinanciación no homologados entre los años 2021 y 2020, del actual 583 TRLC (antiguo artículo 5 bis de la Ley Concursal); en los años 2021/2020 crecieron un 16%. Además, si comparamos cifras 2022 (postcovid) y 2019 (precovid) hay un incremento del 29% en los acuerdos de refinanciación no homologados (se llega en 2022 a la cifra de 5428 acuerdos). En cuanto a los acuerdos de refinanciación homolo-

gados crecieron un 63,8% en 2022 sobre 2021 (frente al decrecimiento que hubo en 2021), pero su número es muy reducido, solo 172; son mucho menos que los no homologados).

- Se incrementan moderadamente los concursos exprés en 2022, actual artículo 470 TRLC (antiguo artículo 176 bis LC) con respecto al año anterior 2021; pasando de 3.297 en el año 2021 a 3.385 en 2022 (subida del 2,67%). Los concursos exprés representan en 2022 ya casi la mitad de los concursos acreedores de empresas con importantes crecimientos desde 2019 (un 91% más)
- Si bien hasta año 2020 los acuerdos extrajudiciales de pagos eran escasos, en 2022 y 2021 aumentaron su cifra y llegaron a 1.058 (crecimiento del 185% de 2021 sobre 2020) y a los 1411 en 2022 (crecimiento del 33,33%): si bien su número no es elevado.
- En cuanto a los datos de concursos de acreedores de personas físicas en los Juzgados de Primera Instancia en 2022, a los que hay que añadir los casos de personas físicas tramitados en los Juzgados de lo Mercantil, pues a partir del 17 agosto tras LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil les corresponden también los concursos de personas físicas, llegaron a 7.736 (crecimiento del 66% de 2022 sobre 2021) y del 204% de 2022 (postcovid) sobre 2019 (preCovid). Suponen un indicio de posibles casos de segunda oportunidad (pues hay que pasar por un concurso de acreedores)

1) Acuerdos de refinanciación: tanto no homologados como homologados

2) Concurso del artículo 176 bis LC: concursos por insuficiencia de masa activa, “concursos exprés”, actualmente artículo 470 TRLC


3) Acuerdos extrajudiciales de pagos

4) Concursos de persona físicas: relacionados con segunda oportunidad

1) Acuerdos de refinanciación: tanto no homologados como homologados

1.1. No homologados: comunicaciones del artículo 5 bis Ley Concursal presentadas:

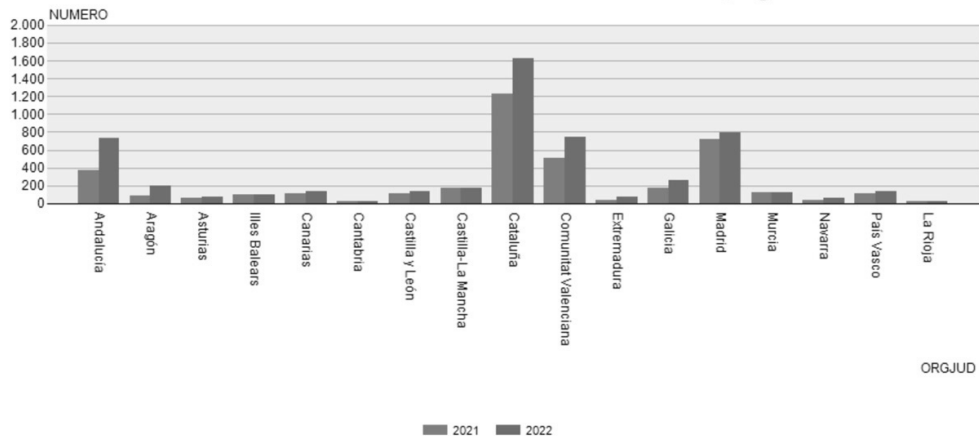
(actualmente artículo 583 TRLC)

								
Solicitudes de refinanciación artículo 583 TRLC (antiguo artículo 5 bis LC)								
	Ingresados				% 2022/2021	% 2022/2019	% 2021/2020	%2021/2019
	2019	2020	2021	2022				
Andalucía	475	373	366	737	101,37%	55,16%	-1,88%	-22,95%
Aragón	120	117	85	195	129,41%	62,50%	-27,35%	-29,17%
Asturias	63	53	60	68	13,33%	7,94%	13,21%	-4,76%
Illes Balears	84	83	101	102	0,99%	21,43%	21,69%	20,24%
Canarias	112	103	106	140	32,08%	25,00%	2,91%	-5,36%
Cantabria	37	15	19	29	52,63%	-21,62%	26,67%	-48,65%
Castilla y León	136	91	105	140	33,33%	2,94%	15,38%	-22,79%
Castilla-La Mancha	122	143	169	174	2,96%	42,62%	18,18%	38,52%
Cataluña	1076	945	1225	1623	32,49%	50,84%	29,63%	13,85%
Comunitat Valenciana	578	456	505	749	48,32%	29,58%	10,75%	-12,63%
Extremadura	46	63	39	76	94,87%	65,22%	-38,10%	-15,22%
Galicia	193	176	170	256	50,59%	32,64%	-3,41%	-11,92%
Madrid	780	644	722	799	10,66%	2,44%	12,11%	-7,44%
Murcia	171	85	122	124	1,64%	-27,49%	43,53%	-28,65%
Navarra	33	24	36	60	66,67%	81,82%	50,00%	9,09%
País Vasco	156	125	114	131	14,91%	-16,03%	-8,80%	-26,92%
La Rioja	16	8	20	25	25,00%	56,25%	150,00%	25,00%
<b>TOTAL</b>	<b>4198</b>	<b>3504</b>	<b>3964</b>	<b>5428</b>	<b>36,93%</b>	<b>29,30%</b>	<b>13,13%</b>	<b>-5,57%</b>

Cuadro del REFOR a partir de datos del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)

Observamos que se produce un crecimiento de casi el 37% en cuanto a los acuerdos de refinanciación no homologados, del actual 583 TRLC (antiguo artículo 5 bis de la Ley Concursal) en el conjunto de España en 2022 respecto a 2021 (en los años 2021/2020 el crecimiento fue de un 13%). En esta otra imagen, podemos observar dichos datos en comparativa gráfica, la evolución en 2022 y 2021 por comunidades autónomas y en el total nacional. En las Comunidades Autónomas en las que más se concentran los acuerdos de refinanciación presentan evoluciones diversas: Cataluña (tendencia ascendente +32%), Madrid (tendencia ascendente pero moderada del 10,6%), Comunidad Valenciana (también fuerte ascenso del 48%) y Andalucía (elevado incremento del 101%) En cuanto a 2022, observamos cómo se concentran los acuerdos de refinanciación no homologados, en Cataluña (suponen el 30% de los acuerdos de refinanciación de España), seguido de Madrid (un 14,7%), Comunidad Valenciana (un 13,7%) y Andalucía (13,5%).

**ASUNTOS. Juzgados de lo Mercantil por ANOS y ORGJUD. COMUNICACIONES DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES PRESENTADAS DEL ART. 583 TRLC, Ingresados.**



Fuente: CGPJ-Acuerdos de refinanciación 2022/2021

1.2. Homologados: Disposición adicional 4ª Ley Concursal (actual artículo 610 TRLC)

Como puede observarse, los acuerdos de refinanciación homologados crecieron un 63,8% en 2022 sobre 2021 (frente al decrecimiento que hubo en 2021). Destaca el crecimiento en Illes Balears y en Extremadura. En Madrid se duplican (si bien su número no es elevado). Si los comparamos 2022 con 2019 (antes de la Covid) el crecimiento es del 34%<sup>9</sup>.

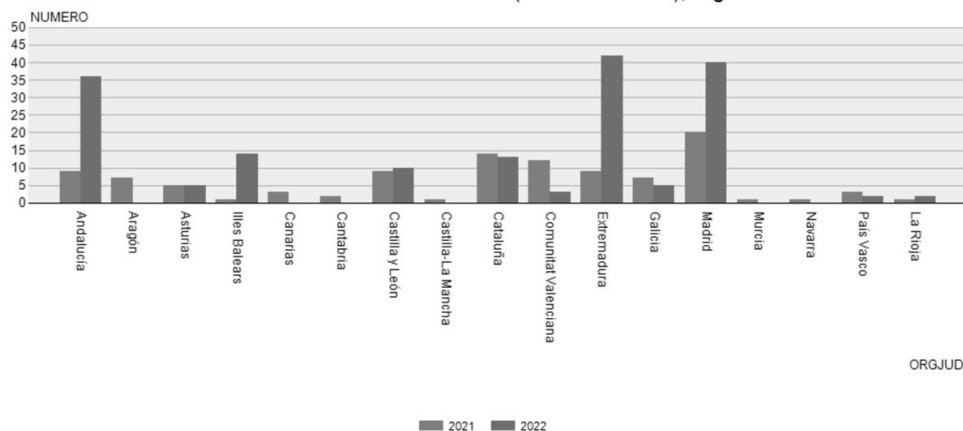
En 2022, en Cataluña se reducen levemente. No obstante, como venimos comentando desde el REFOR, siguen siendo muy pocos los acuerdos de refinanciación homologados en 2022 y años anteriores, en cuanto a número, comparado con acuerdos refinanciación no homologados (una de las razones fundamentales, según hemos apuntado en estudios estadísticos del REFOR previos es porque los acuerdos homologados se publican en el BOE, lo que produce rechazo hacia la publicidad debido al posible estigma social).

Solicitudes de refinanciación artículo 610 TRLC (antigua D.A 4ª)								
	Ingresados				% 2022/2021	% 2022/2019	% 2021/2020	% 2021/2019
	2019	2020	2021	2022				
Andalucía	7	16	9	36	300,00%	414,29%	-43,75%	28,57%
Aragón	2	20	7	0	-100,00%	-100,00%	-65,00%	250,00%
Asturias	6	4	5	5	0,00%	-16,67%	25,00%	-16,67%
Illes Balears	1	0	1	14	1300,00%	1300,00%	0,00%	0,00%
Canarias	3	2	3	0	-100,00%	-100,00%	50,00%	0,00%
Cantabria	1	0	2	0	-100,00%	-100,00%		100,00%
Castilla y León	1	9	9	10	11,11%	900,00%	0,00%	800,00%
Castilla-La Mancha	7	1	1	0	-100,00%	-100,00%	0,00%	-85,71%
Cataluña	19	18	14	13	-7,14%	-31,58%	-22,22%	-26,32%
Comunitat Valenciana	7	17	12	3	-75,00%	-57,14%	-29,41%	71,43%
Extremadura	0	0	9	42	366,67%		0,00%	
Galicia	24	12	7	5	-28,57%	-79,17%	-41,67%	-70,83%
Madrid	19	26	20	40	100,00%	110,53%	-23,08%	5,26%
Murcia	21	9	1	0	-100,00%	-100,00%	-88,89%	-95,24%
Navarra	2	4	1	0	-100,00%	-100,00%	-75,00%	-50,00%
País Vasco	6	7	3	2	-33,33%	-66,67%	-57,14%	-50,00%
La Rioja	2	1	1	2	100,00%	0,00%	0,00%	-50,00%
<b>TOTAL</b>	<b>128</b>	<b>146</b>	<b>105</b>	<b>172</b>	<b>63,81%</b>	<b>34,38%</b>	<b>-28,08%</b>	<b>-17,97%</b>

Cuadro del REFOR a partir de datos del CGPJ

Cuadro del REFOR a partir de datos del CGPJ

**ASUNTOS. Juzgados de lo Mercantil por ANOS y ORGJUD. SOLICITUDES DE HOMOLOGACION PLAN DE RESTRUCTURACION (ART. 643 TRLC), Ingresados.**



Fuente: CGPJ

2) Concursos del artículo 176 bis LC: concursos por insuficiencia de masa activa, "concursos exprés", actualmente artículo 470 TRLC

Según datos del CGPJ, el número total de "concursos exprés" (actual artículo 470 TRLC) en 2022 (concursos declarados y concluidos al mismo tiempo, por insuficiencia de masa activa) fue de 3.385 (que frente al total de concursos de sociedades de 7.063) suponen un 48%. Frente a los grandes creci-

mientos de los concursos exprés en 2020 y 2021, en 2022 ha sido más bien moderado (del 2,67%). Si bien, si comparamos número de concursos exprés 2022 frente a 2019 (preCovid) el crecimiento sí es intenso (del 97%). Han crecido los concursos exprés según estos datos de 2021 a 2020 un 71,4% y de 2021 (postcovid) a 2019 (precovid) un 91% (llegando a 3.297 y próximos a duplicarse frente a 2019). De 2019 a 2023 crecen intensamente los concursos exprés (un 91%).

Esto es, los concursos exprés suponen en 2022, ya casi la mitad de los concursos de acreedores de empresas (se observaba un crecimiento según avanzan los años de introducción de esta figura concursal; así en 2021 fue del 60%, en 2020 del 47%, en 2019 del 40%, en 2018 este porcentaje era del 35% y en 2017 fue de 28%). Este crecimiento de los "concursos exprés" indica que la calidad del concurso va empeorando dado que crecen los concursos sin masa.

Por lo que se refiere al ámbito autonómico, en Cataluña (pasan de 866 en 2021 a 797 en 2022; un pequeño decrecimiento) y en Madrid (se incrementan desde 861 en 2021 a 901; un pequeño crecimiento); en la Comunidad Valenciana (se incrementan de 502 a 571). Una gran parte de las Comunidades Autónomas en general presentan crecimientos en cuanto a los concursos exprés, si bien son más bien moderados (frente a los crecimientos más intensos del pasado año 2021).

				2019	2020	2021	2022	2022/2021	2022/2019	% 2020 /2019	% 2021 /2020	% 2021 /2019
CONCURSOS DE ACREEDORES EXPRESS Juzgados de lo Mercantil												
Andalucía	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		72	62	158	139					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		12	1	1	0					
Aragón	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		64	46	107	130					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	12	0	0					
Asturias	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		23	51	77	75					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		4	0	0	3					
Illes Balears	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		41	21	40	36					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
Canarias	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		14	21	68	64					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		4	0	0	14					
Cantabria	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		6	23	28	24					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
Castilla y León	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		33	34	79	81					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	3	3					
Castilla-La Mancha	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		55	51	133	33					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	1	1	12					
Cataluña	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		461	473	866	797					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
Comunitat Valenciana	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		278	336	502	571					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	1	0	2					
Extremadura	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		21	17	33	43					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
Galicia	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		22	38	62	66					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	1	0	0					
Madrid	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		432	500	861	901					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		6	27	8	10					
Murcia	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		6	4	23	42					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		5	0	0	0					
Navarra	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		10	6	18	39					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
País Vasco	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		120	111	179	145					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		0	0	0	0					
La Rioja	TOTAL	Declarados concluidos art. 470 TRLC voluntarios		10	20	38	35					
		Declarados concluidos art. 470 TRLC necesarios		11	4	0	0					
TOTAL				1722	1923	3297	3385	2,67%	96,57%	11,67%	71,45%	91,46%


Gráfica del REFOR a partir de datos del CGPJ

### 3) Acuerdos extrajudiciales de pagos

Si bien hasta año 2020 eran escasos, en 2021 su cifra llegó a 1.058 (crecimiento del 185% de 2021 sobre 2020; y del 209% de 2021 (postcovid) sobre 2019 (precovid), más del doble. Y en 2022, se han llegado a los 1411 (crecimiento del 33,33%)

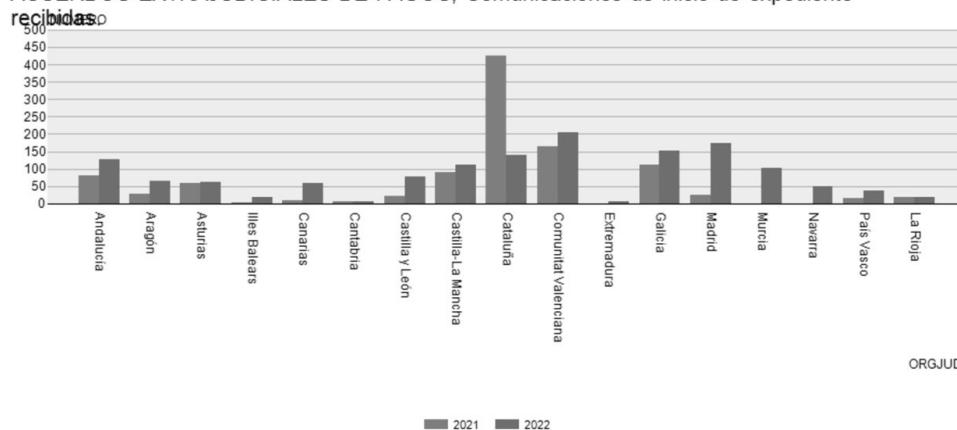
Se concentran en Comunidad Valenciana, Cataluña, Madrid y Galicia. La evolución es diversa: en Cataluña se han reducido notablemente, pero en Madrid, Comunidad Valencia y Galicia se han incrementado.



				
ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS. Juzgados de lo Mercantil por ANOS, ORGJUD, PROCEDIMIENTOS y SITUACION				
Comunicaciones de inicio de expediente recibidas				
	2019	2020	2021	2022
Andalucía	25	25	81	127
Aragón	6	44	28	65
Asturias	31	37	60	63
Illes Balears	2	0	4	20
Canarias	0	3	10	59
Cantabria	0	0	5	6
Castilla y León	9	32	22	77
Castilla-La Mancha	28	42	89	112
Cataluña	209	201	424	139
Comunitat Valenciana	101	75	164	205
Extremadura	8	4	0	7
Galicia	26	39	112	151
Madrid	34	14	26	175
Murcia	6	29	0	101
Navarra	2	7	0	49
País Vasco	1	1	14	36
La Rioja	16	20	19	19
	504	573	1058	1411

Gráfica del REFOR a partir de datos del CGPJ

ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS. Juzgados de lo Mercantil por ANOS y ORGJUD.  
 ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS, Comunicaciones de inicio de expediente recibidas



Gráfica de datos del CGPJ

4) Concursos de persona físicas: relacionados con segunda oportunidad (casos concluidos)

Los concursos de acreedores de personas físicas son un indicio de los casos de segunda oportunidad (téngase en cuenta que para obtener un EPI (antes reforma concursal 2022 se denominaba BEPI) se precisa pasar por un concurso de acreedores). En cuanto a los datos de concursos de acreedores de personas físicas en los Juzgados de Primera Instancia en 2022, a los que hay que añadir los casos de personas físicas tramitados a partir del 26 septiembre 2022 (entrada en vigor reforma concursal 2022) se llegaron a 7.735 (crecimiento del 66% de 2022 sobre 2021) y del 204% de 2022 (postcovid) sobre 2019 (preCovid). Fueron 4660 en 2021; 3127 en 2020 y 2541 en 2019, mostrando una tendencia ascendente, incrementada en los últimos años. Suponen, como decimos, un indicio de posibles casos de segunda oportunidad). Destaca su crecimiento y concentración en la gran mayoría de CCAA: Cataluña (incremento del 56% y Madrid crece un 74%). También Andalucía (80%), Galicia (91%), Castilla y León

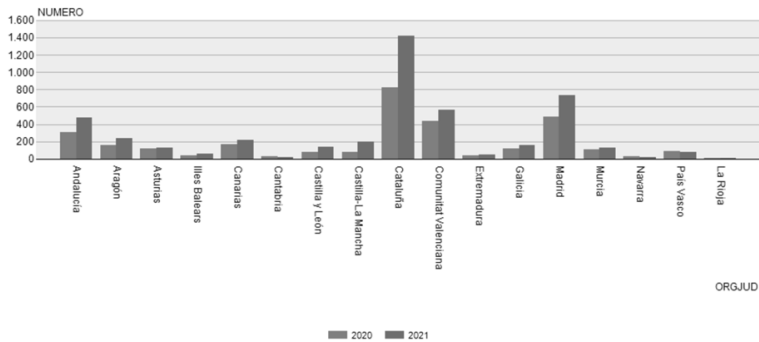
(54%), Comunidad Valenciana (63%)... Incluso en CCAA que venían reduciéndose como en País Vasco y Navarra, se incrementan: respectivamente: 41% y 311%.

En Cataluña se concentran el 28,7% de los concursos de personas físicas en 2022 (en Madrid el 16,5%).

CONCURSOS. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción											
	2019	2020	2021	2022 J.1ª Instancia	2022 J.Mtil	Total 2022	2020/2019	2021/2020	2021/2019	2022/2021	2022/2019
Andalucía	307	312	480	765	100	865	1,63%	53,85%	56,35%	80,21%	181,76%
Aragón	112	157	239	245	39	284	40,18%	52,23%	113,39%	18,83%	153,57%
Asturias	71	118	126	206	29	235	66,20%	6,78%	77,46%	86,51%	230,99%
Illes Balears	39	44	62	122	23	145	12,82%	40,91%	58,97%	133,87%	271,79%
Canarias	69	173	216	332	192	524	150,72%	24,86%	213,04%	142,59%	659,42%
Cantabria	17	26	19	44	1	45	52,94%	-26,92%	11,76%	136,84%	164,71%
Castilla y León	66	76	141	185	32	217	15,15%	85,53%	113,64%	53,90%	228,79%
Castilla-La Mancha	45	82	202	213	7	220	82,22%	146,34%	348,89%	8,91%	388,89%
Cataluña	670	824	1421	2030	191	2221	22,99%	72,45%	112,09%	56,30%	231,49%
Comunitat Valenciana	398	437	569	802	125	927	9,80%	30,21%	42,96%	62,92%	132,91%
Extremadura	29	42	53	102	12	114	44,83%	26,19%	82,76%	115,09%	293,10%
Galicia	96	120	157	276	24	300	25,00%	30,83%	63,54%	91,08%	212,50%
Madrid	449	487	733	1146	131	1277	8,46%	50,51%	63,25%	74,22%	184,41%
Murcia	92	111	132	147	12	159	20,65%	18,92%	43,48%	20,45%	72,83%
Navarra	20	25	17	56	14	70	25,00%	-32,00%	-15,00%	311,76%	250,00%
País Vasco	59	91	83	105	12	117	54,24%	-8,79%	40,68%	40,96%	98,31%
La Rioja	2	2	10	3	12	15	0,00%	400,00%	400,00%	50,00%	650,00%
TOTAL	2541	3127	4660	6779	956	7735	23,06%	49,02%	83,39%	65,99%	204,41%

En 2022, tras LO 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil las competencias de los concursos de personas físicas pasan a los Juzgados de lo Mercantil, a partir del 17 agosto 2022, por lo que hay que sumar las dos columnas

CONCURSOS. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción por ANOS y ORGJUD. Numero, Concluidos.



C) Insolvencias de empresas en Europa 2022 (datos publicados por Creditreform en mayo 2023)

Fuente: Creditreform.

### Introducción

El final de la pandemia del Coronavirus fue el comienzo de un corto auge económico en Europa antes de que se produjera nuevamente un nuevo revés por la guerra en Ucrania. La crisis energética prácticamente seguida, impactó en la economía. sin posibilidad de anticipación y con toda su fuerza. Se ha producido un incremento de las insolvencias en Europa en 2022 tras dos años anteriores de cifras con-

cursores extremadamente bajas. En las crecientes cifras de quiebras de los últimos doce meses, también se reflejaron algunos efectos de actualización. Sin embargo, aún no se ha alcanzado el nivel anterior al coronavirus en cuanto al número de Insolvencias corporativas en Europa occidental.

**Insolvencias en Europa Occidental:**

En los países de Europa Occidental – países de la UE-14 añadiendo Noruega, Suiza y Reino Unido – hubo en 2022 un aumento notable de las insolvencias de empresas. Comparado con el año anterior (2021: 112.686 casos), el número de concursos de empresas se incrementó un 24,2%. Se registraron un total de casi 140.000 concursos de empresas, que es la cifra más elevada desde 2019.

Tab. 1: Unternehmensinsolvenzen in Westeuropa

	2022	2021	2020	2019	2018	Veränderung 2021/22 in Prozent
Belgien	9.260	6.533	7.203	10.598	9.878	+41,7
Dänemark	7.818	8.339	5.614	8.474	7.155	-6,2
Deutschland	14.660	14.130	16.040	18.830	19.410	+3,8
Finnland	2.656	2.473	2.135	2.597	2.534	+7,4
Frankreich	41.215	27.470	31.036	51.201	53.887	+50,0
Griechenland	46	108	102	107	84	-57,4
Großbritannien	23.104	14.820	13.298	18.256	18.733	+55,9
Irland	500	401	575	568	767	+24,7
Italien <sup>1</sup>	7.164	9.017	7.650	11.161	11.259	-20,6
Luxemburg	1.054	1.199	1.199	1.263	1.195	-12,1
Niederlande <sup>2</sup>	1.854	1.536	2.703	3.209	3.145	+20,7
Norwegen <sup>3</sup>	3.040	2.688	4.100	5.013	5.010	+13,1
Österreich	4.913	3.076	3.106	5.235	5.224	+59,7
Portugal	3.869	4.770	5.000	5.071	5.888	-18,9
Schweden	7.266	6.901	7.695	7.776	7.599	+5,3
Schweiz <sup>4</sup>	6.799	5.127	4.893	6.009	6.878	+32,6
Spanien	4.755	4.098	4.097	4.464	4.131	+16,0
<b>Gesamt</b>	<b>139.973</b>	<b>112.686</b>	<b>116.446</b>	<b>159.832</b>	<b>162.777</b>	<b>+24,2</b>

Cuadro: Insolvencias de empresas en Europa Occidental (2021-2017) Última columna: variación en %

Nota: seleccionamos datos sobre España y su evolución concursal en 2022 del informe:

“En España registró un aumento moderado en insolvencias empresariales (+16 %) en 2022. Se registraron 4.755 concursos de acreedores de empresas - en el año anterior hubo 4.098. El aumento actual podría iniciar un cambio de tendencia. Por lo que se puede observar un aumento notable en el número de casos de insolvencia. Las insolvencias volvieron a incrementarse en todos los sectores de la economía, sobre todo en la industria de la construcción (aumento del 26,4 %). La evolución de las insolvencias es dispar según los países europeos, de decrecimiento concursales intensos como Reino Unido 55,9%: Francia 50% y Países Bajos 20,7%, a decrecimientos como Italia -20,6%; y Portugal -18,9%. Otros países como Alemania +3,8% tuvieron unas cifras de insolvencias moderadas.

**D) Concursos de acreedores en el 1 T 2023 (Datos del CGPJ)**

El número total de concursos presentados en el primer trimestre de 2023 en los Juzgados de lo Mercantil fue de 9.316, cifra que supuso un incremento del 75,4 % respecto al mismo trimestre de 2022. Los concursos de personas naturales no empresarios, que sumaron 7.220, experimentaron

un importante incremento interanual, que se situó en un 156,8 por ciento; los de personas naturales empresarios, en total 919, disminuyeron un 14,9 % y los de personas jurídicas, 1.177, se redujeron en un 17,1 por ciento respecto al primer trimestre de 2022.

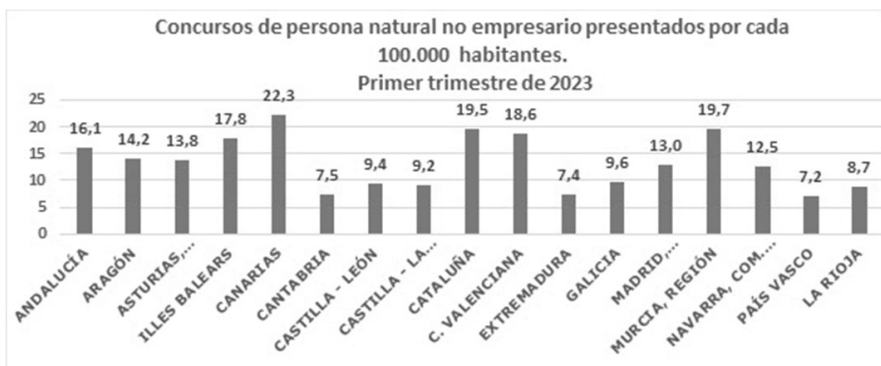
A partir de estos datos del CGPJ, podemos decir desde REFOR que en el 1 T 2023: el 77,5% de los concursos son de personas naturales; el 9,8% de personas físicas empresarios (autónomos) y el 12,6% de sociedades.

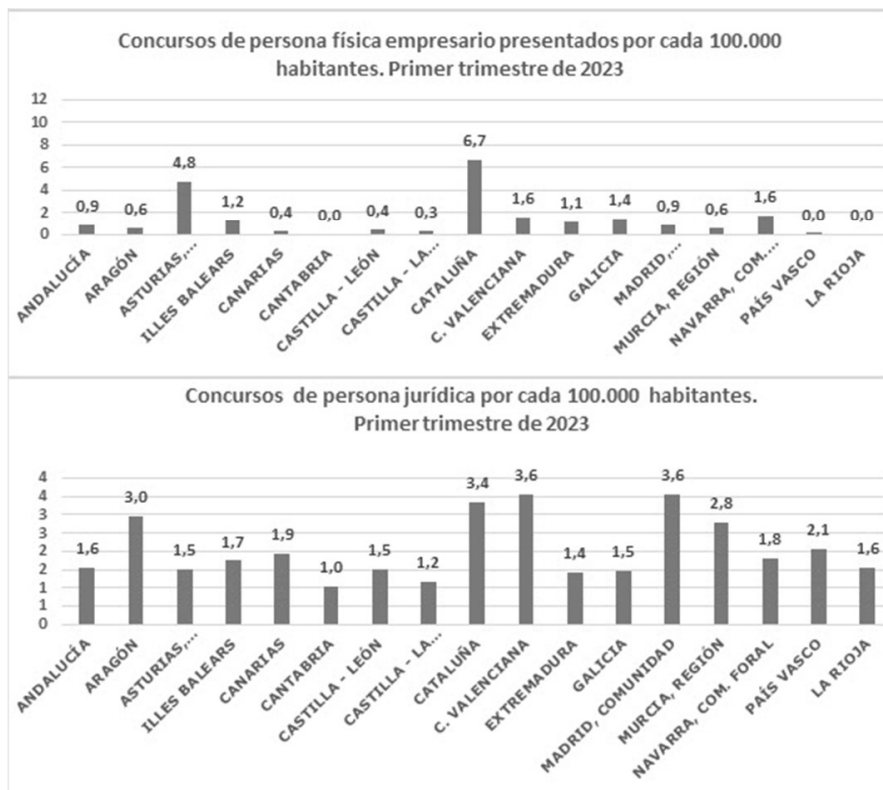
(El 17 de agosto entró en vigor la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil. Los concursos de personas naturales no empresarios, que se venían conociendo por los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción han pasado a ser competencia de los juzgados de lo mercantil. Por ello tiene más sentido realizar un análisis de los concursos, no por el tipo de juzgado que los conoce sino por el tipo de persona, física, o jurídica, a la que afectan).

Teniendo en consideración el total de concursos presentados, Cataluña, con 2.335 (el 25,1% del total nacional) fue la Comunidad Autónoma con un mayor número. Le siguieron Andalucía, con 1.621; y Madrid, con 1.191.



En los siguientes gráficos se muestra el número de concursos presentados por cada 100.000 habitantes en los distintos Tribunales Superiores de Justicia de personas físicas no empresarios, de personas físicas empresarios y de personas jurídicas.





El número de concursos declarados en el primer trimestre de 2023 en los Juzgados de lo Mercantil fue de 5.623, con un incremento del 277,4 por ciento respecto al mismo periodo del año anterior.

En el mismo trimestre llegaron a la fase de convenio un total de 62 concursos, mientras que iniciaron la fase de liquidación 773, un 22,2 por ciento menos que en el mismo trimestre de 2022.

Respecto a los expedientes del artículo 169 TRLC, relativo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo (ERE), se presentaron en el trimestre analizado 97 expedientes, un 11,8 % menos que un año antes.

E) Insolvencias en Europa en el primer trimestre 2018 a 2023 (Eurostat; datos publicados en mayo 2023)

- **Comparativa por países insolvencias declaradas 1 T 2023:** Si se compara el 1T 2023 con el 4T del año 2022, los mayores crecimientos en el número de insolvencias fueron en Chipre (+110,2%), Estonia (+50,2%) y Lituania (+39,8%). Los mayores decrecimientos se vieron en Croacia (-34,7%) Rumanía (-17,7%) y Luxemburgo (-10,9%). **En cuanto a España,** disminuyeron las insolvencias un 2,6% (nota: téngase en cuenta como venimos diciendo desde REFOR que ha habido huelga de los LAJS durante gran parte de este 1 T 2023, que pueden explicar esta bajada frente a la tendencia alcista del 4 T 2022). Por lo que se refiere a otros países europeos de nuestro entorno: Francia (+8%), Italia (+16%), Portugal (10,5%), Países Bajos (7,1%). **Esto es, en gran parte de los países europeos se incrementan los concursos de acreedores en este 1 T 2023.**



**Bankruptcy declarations of businesses by country\*, Q1 2018 to Q1 2023**  
 % change compared with the previous quarter  
 \* Seasonally adjusted

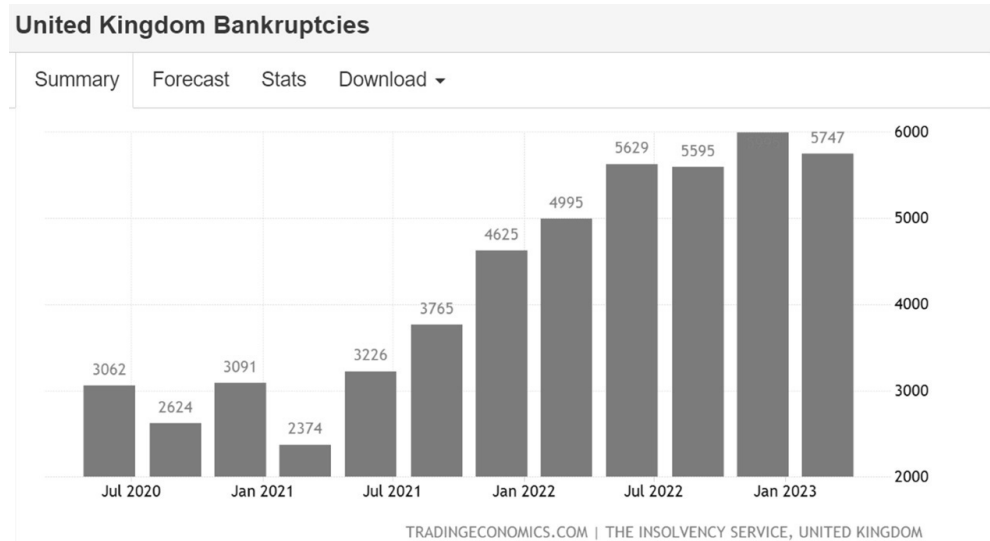
	Q1 2018	Q2 2018	Q3 2018	Q4 2018	Q1 2019	Q2 2019	Q3 2019	Q4 2019	Q1 2020	Q2 2020	Q3 2020	Q4 2020	Q1 2021	Q2 2021	Q3 2021	Q4 2021	Q1 2022	Q2 2022	Q3 2022	Q4 2022	Q1 2023
EU (available countries)	1.5	3.3	-1.6	0.7	2.1	-3.9	6.2	-3.5	-12.3	-23.9	16.7	-1.1	18.8	-8.7	-3.1	-0.8	3.8	2.3	7.9	7.8	2.8
Euro area (available countries)	3.7	-0.3	1.9	-0.9	1.1	-3.2	7.0	-4.4	-12.4	-29.8	22.5	5.2	12.8	-1.7	-4.4	0.1	7.1	-0.7	8.6	5.1	3.7
Belgium	-3.2	16.5	18.3	7.0	-5.2	8.6	-0.8	-9.4	0.7	-53.1	63.8	-19.2	-7.0	2.9	10.6	14.9	14.4	15.7	-12.3	5.3	3.9
Bulgaria	-14.7	15.9	-19.4	14.5	-4.0	15.3	-6.7	1.7	-14.3	-18.3	27.3	-5.2	-4.2	17.0	-8.0	7.2	12.3	4.3	-10.8	-2.1	3.2
Czechia																					
Denmark	-27.0	29.8	-1.4	3.0	33.5	-18.4	-0.9	-2.4	-29.3	8.8	7.8	-24.7	192.7	-55.7	-5.0	36.0	-0.5	8.3	-11.3	3.9	-8.7
Germany	-2.3	-9.8	-3.1	-1.6	0.9	-1.1	2.6	-6.7	1.5	-4.2	-17.3	-2.8	6.1	-1.4	-1.1	0.8	0.7	5.5	1.5	10.4	
Estonia	88.7	-70.8	140.1	-10.3	8.3	4.1	-28.6	109.7	-43.4	35.2	14.2	-13.2	-30.5	22.8	-30.4	-13.6	45.2	-16.7	-21.1	14.9	50.2
Ireland																					
Greece																					
Spain	1.2	7.3	-12.8	4.1	12.0	-7.0	9.5	0.8	-15.3	-25.2	63.1	6.6	80.1	-5.4	-13.9	-2.0	24.6	-7.0	25.5	6.8	-2.6
France	-5.0	5.1	4.6	1.1	-8.4	0.6	-1.1	0.6	-27.6	-37.2	42.8	-7.8	-17.0	3.2	6.5	18.5	11.8	14.4	14.3	2.4	8.0
Croatia	-30.9	-4.6	69.4	-23.7	-30.8	-2.1	28.4	1.2	-32.1	5.8	-8.8	-17.6	-2.4	49.5	17.8	-21.5	0.3	6.1	5.7	15.8	-34.7
Italy	-1.1	-2.0	-5.1	2.1	1.2	-2.4	5.0	-1.7	-20.5	-65.4	155.5	32.8	-5.1	-8.8	-2.9	-5.7	-6.6	-1.1	-9.1	-8.7	16.0
Cyprus	-20.1	-53.3	29.5	-16.9	-20.3	99.6	20.8	-8.6	-42.2	20.4	200.8	-37.2	233.9	-65.7	-30.4	-68.5	5.4	165.3	-31.9	-12.7	110.2
Latvia	10.8	15.9	-21.4	-5.1	29.7	-4.7	-15.5	-23.3	17.2	-50.6	30.3	25.3	-38.1	-9.2	0.0	28.4	-25.2	72.7	0.9	-33.1	-6.1
Lithuania	-15.6	0.4	7.7	-19.6	-20.3	14.6	-15.4	6.9	-23.2	-33.9	-27.8	14.4	-9.8	25.9	17.3	2.5	33.0	-9.9	4.4	-24.9	39.8
Luxembourg	25.2	9.8	-18.8	11.9	10.2	-18.0	34.0	-13.6	-7.3	-33.0	48.4	1.7	-7.7	37.5	-25.4	-1.2	-5.2	-7.2	-15.6	80.3	-10.9
Hungary																					
Malta	-65.6	0.0	99.7	0.0	300.1				-25.0	0.0	-65.6	0.0	299.7	-25.0	-65.6	0.0	299.7				
Netherlands	3.5	-0.7	5.7	-4.3	0.3	3.1	9.0	-6.8	-2.4	3.2	-24.6	-20.4	-17.2	-6.0	-4.4	10.8	1.3	1.0	12.0	23.2	7.1
Austria																					
Poland	-4.0	26.7	-24.3	15.9	-1.2	-13.4	14.4	5.0	-13.3	16.1	-11.8	-24.8	13.2	-27.6	5.7	-6.4	-3.5	0.5	-2.3	34.7	4.1
Portugal	-11.9	-5.1	9.8	-6.6	-17.4	19.7	4.8	-5.9	-6.1	9.4	14.9	-23.1	3.5	-10.7	10.3	-8.6	-19.2	8.9	-0.3	13	10.5
Romania	-4.0	48.8	-14.7	-4.3	24.4	8.4	-20.2	5.9	-7.0	4.7	-0.7	14.0	100.4	-61.7	39.2	-47.5	-20.0	33.8	-36.0	39.9	-17.7
Slovenia	10.7	-13.2	5.3	-9.7	9.1	-9.8	0.0	14.0	0.4	-38.0	28.8	-1.3	-2.1	-12.1	18.5	-4.3	-2.4	-17.0	20.4	4.2	
Slovakia	89.5	-2.4	15.1	-4.1	13.3	-12.9	24.1	-17.1	2.8	-31.3	-25.1	26.9	-24.5	23.7	14.7	-5.7	-13.6	-17.7	-18.1	9.8	31.0
Finland																					
Sweden																					
Iceland	-4.0	13.6	-47.3	75.9	-45.7	41.5	-6.4	40.5	-9.0	-21.6	-11.3	-28.2	70.5	49.4	-6.4	-55.8	-17.1	-30.7	-16.4	98.4	137.5
Norway	5.0	10.2	-6.7	-1.8	2.6	-2.8	13.5	-4.7	-5.7	-13.3	3.1	-0.1	-24.5	6.8	-8.5	7.9	3.0	-1.8	18.6	-1.0	22.0

• Data not available  
 Source: Eurostat (sts\_rs\_q)

Cuadro Eurostat: Declaraciones de insolvencias por países UE mayo 2023: (% por trimestre desde 1 T 2018 a 1 T 2023)

## F) Insolvencias en Reino Unido:

Las insolvencias en Reino Unido disminuyeron a 5.747 empresas en el primer trimestre de 2023 (eran 5.995 en el cuarto trimestre de 2022)



Fuente: Tradingeconomics a partir de datos de "The insolvency Service" (UK)



« **reserva tus fechas** »

# Encuentro de Economía Forense

## REFOR economistas forenses



**21 de noviembre de 2023**  
**(mañana y tarde)**

# Retos tras un año de **REFORMas**

**MULTIDISCIPLINAR**

Concursal, reestructuración, pericial, administración judicial, etc.



**Formato híbrido**

**Presencial**

**On line**

**Lugar:** Escuela Práctica Jurídica  
Universidad Complutense.  
Calle de Amanuel, 2  
28015 Madrid. España  
**Plazas limitadas**



**economistas**

Consejo General

REFOR **economistas forenses**

**información: [WWW.REFOR.ECONOMISTAS.ES](http://www.refor.economistas.es)**

# Noticias

## Institucionales:

22 de marzo.

Reunión de representantes del Consejo Directivo del REFOR con Amparo López Senovilla y su equipo del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital con propuestas al Reglamento de la Ley Concursal.



Foto: Equipo del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y miembros del Consejo Directivo del REFOR.

27 de marzo.

Reunión del Consejo Directivo de REFOR con el secretario general técnico del Ministerio de Justicia, Jacobo Fernández para la presentación de propuestas sobre el Reglamento Ley Concursal, continuación de la que tuvimos con Amparo López Senovilla, subsecretaria Ministerio Asuntos Económicos



Foto: Secretario general técnico de Justicia, representantes de la Subsecretaría de Política Legislativa del Ministerio de Justicia y miembros del Consejo Directivo del REFOR

17 de abril.

El presidente del Consejo General de Economistas, Valentín Pich, y el director del servicio de estudios del citado Consejo, Salvador Marín, mostraron a la subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Amparo López Senovilla el flujograma concursal elaborado por José María Marqués con la colaboración del REFOR-CGE



Foto: Amparo López, Valentín Pich, Salvador Marín y Esther Ortiz (vocal del Consejo Directivo de Economistas Contables del Consejo General de Economistas).

19 de junio.

Reunión del Comité Técnico y del Consejo Directivo del REFOR-CGE de forma mixta (presencial – online)



Foto: Consejo Directivo del REFOR

28 de junio.

Presentación de la cuarta edición de la *Guía de actuación de la empresa ante la insolvencia* en la sede del Consejo General. El acto contó con la presencia de Valentín Pich, presidente del Consejo General de Economistas de España (CGE); Francisco Vidal, director de Economía y Políticas Sectoriales de CEPYME; Miguel Romero, presidente del REFOR-CGE; y Bárbara Pitarque, vicepresidenta 2ª del REFOR-CGE y coordinadora de la Guía.

Esta Guía ofrece información de los procedimientos actuales de que disponen las empresas (y muy especialmente las pymes) para tratar de evitar o minimizar las consecuencias derivadas de las insolvencias.



Foto (de izda a dcha): Bárbara Pitarque, Francisco Vidal, Valentín Pich y Miguel Romero presidente del REFor.



Salvador Vilata

Magistrado titular. Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia

## La importancia de la prueba pericial en la cuantificación del daño. El supuesto del cártel de coches

**RESUMEN.** Se analiza en este trabajo brevemente la relevancia que la prueba pericial económica desenvuelve en los procesos civiles de aplicación privada de la competencia, que se vienen sustanciando en los últimos tiempos en los Juzgados de lo Mercantil de manera consecutiva a una previa Decisión administrativa que sanciona prácticas y acuerdos contrarios a la libre competencia.

**ABSTRACT.** This paper briefly analyzes the relevance that economic expert evidence develops in civil processes of private application of competition, which have been substantiated in recent times in the Commercial Courts consecutively to a previous administrative decision that sanctions practices and agreements contrary to free competition.

### 1. Introducción.

El Reglamento comunitario 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, atribuyó explícitamente a los órganos jurisdiccionales nacionales la competencia para aplicar los entonces arts. 81 y 82 TCE, actuales arts. 101 y 102 TFUE, disponiéndolo así en su art. 6. La función de los órganos jurisdiccionales se concibe así como complementaria de la desempeñada por las autoridades de defensa de la competencia, explicitándose que “Los tribunales ordinarios salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones”<sup>1</sup>.

Y para garantizar la aplicación uniforme de la normativa europea en todo el territorio de la Unión, el art. 16 del Reglamento, como ya había fijado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJCE de 14 de diciembre de 2000, caso *Masterfoods*) establece una suerte de prejudicialidad administrativa al disponer que

*“1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado.*

*2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.*

<sup>1</sup> Considerando 7 del Reglamento 1/2003.

En estos momentos es paradigmático —pues no es, ciertamente, el único— el supuesto de las reclamaciones por el conocido coloquialmente como “cártel de camiones”, que está dando lugar, tras la Decisión de las autoridades comunitarias de la competencia, a un importante número de litigios frente a los fabricantes destinatarios de la indicada Decisión. Se trata del supuesto de ejercicio de acciones follow-on, promovándose el proceso civil consecutivo a la decisión sancionadora en sede administrativa, frente a los sujetos infractores allí identificados<sup>2</sup> y con fundamentos en la actividad colusoria que se tiene por acreditada<sup>3</sup>.

Efectivamente, la Comisión en una primera Decisión de fecha 19 de julio de 2016 (publicado resumen en DOUE de 6 de abril de 2017), habida en el seno de un proceso de clemencia, viene a sancionar a los fabricantes DAF, DAIMLER, IVECO/MAGIRUS, MAN y VOLVO/RENAULT, y posteriormente por Decisión de fecha 27 de septiembre de 2017 (publicado resumen en DOUE de 30 de junio de 2020), ahora ya en el seno de un procedimiento contencioso, viene a sancionar a tres sociedades del Grupo SCANIA.

La previa existencia de un pronunciamiento de sanción en sede administrativa ciertamente permite presumir la existencia de un daño, pues los actores de la práctica colusoria se habrán venido precisamente a concertar para obtener un provecho, lo que, en vía de principio al menos, presupone que tal se habrá de obtener a costa de otros sujetos, que por ende habrán resultado perjudicados. Pero se trata solo de una presunción, y además una cuestión sucesiva, pero distinta es la concreta cuantificación de ese daño.

Pues bien, cuando se trata de acometer el ejercicio de acciones civiles en reclamación de los

En estos momentos es paradigmático —pues no es, ciertamente, el único— el supuesto de las reclamaciones por el conocido coloquialmente como “cártel de camiones”, que está dando lugar, tras la Decisión de las autoridades comunitarias de la competencia, a un importante número de litigios frente a los fabricantes destinatarios de la indicada Decisión.

daños sufridos por consecuencia de la práctica colusoria sancionada en sede administrativa por las autoridades de la competencia, en el escenario del cártel de camiones que hemos enunciado, es claro que las partes tienen que diseñar lo que, coloquialmente, podemos referir como estrategias y tácticas de litigación. Sería más apropiado para la posición del demandante definir la estrategia, en tanto que la posición del demandado sería más propia de la táctica. Ello es así, en vía de principio, toda vez que el demandante decide demandar (o no), a quien o quienes demandar, y determina los fundamentos de su pretensión, en tanto que el demandado se ve llamado al proceso entablado por aquél y tiene que articular su defensa frente a las pretensiones articuladas ya en la demanda inicial.

Y como se ha dicho más arriba, el supuesto del conocido coloquialmente como “cártel de camiones” viene a representar el escenario paradigmático en este momento a nivel comunitario. Se vienen planteando una multiplicidad de demandas de reclamación de indemnización por parte de los que se estiman perjudicados ante los órganos judiciales de los diversos estados miembros, viniéndose a obtener resoluciones diversas, tanto por lo

<sup>2</sup> El TJUE en Sentencia de 6 de octubre de 2021 (caso SUMAL) ha reconocido la legitimación pasiva a la filial del sujeto sancionado en la Decisión, con fundamento en el criterio de unidad económica o unidad de empresa.

<sup>3</sup> Como ha dicho E. PASTOR “nos enfrentamos a un nuevo fenómeno de litigación en masa, hasta ahora desconocido para nuestra práctica forense. Ello impone la necesidad de construir, de manera urgente, algunos consensos para dotar a esta nueva clase de litigación de seguridad jurídica suficiente”. E. PASTOR “Legitimación pasiva”, en RUIZ PERIS, J.I. y MARTORELL ZULUETA, P. (Dir.) *Daños y competencia. Revisión de cuestiones candentes*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

que respecta a la apreciación del daño como, en caso positivo, a la cuantificación del perjuicio. Precisamente bien puede pensarse que esta multiplicidad de pronunciamientos no coincidentes, dándose además el elemento transfronterizo, viene a frustrar, al menos en este momento, la posibilidad de que las controversias vengán a solventarse por vías de solución extrajudicial. En todo caso debe tenerse en cuenta que la Directiva 2014/104, y la norma de transposición, no es aplicable *ratione temporis*, si bien los criterios ahora positivados ya venían fijados de manera pacífica por la jurisprudencia comunitaria<sup>4</sup>.

En el caso español se asiste en los últimos tiempos a la promoción de demandas civiles por parte de los perjudicados por el conocido coloquialmente como “cartel de coches”, habiéndose dictado Resolución sancionadora por la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) en fecha 23 de julio de 2015 en el seno del expediente num. S/0482/13<sup>5</sup>.

## 2. La prueba pericial.

En los procesos civiles relativos a la aplicación privada del Derecho de la competencia, y en particular en el caso de ejercicios de acciones follow-on, pasa por acreditar la existencia de un daño y seguidamente cuantificar su importe, parece evidente concluir que cobra especial trascendencia la aportación de una buena prueba pericial.

Conforme a lo establecido en nuestra norma procesal civil (arts. 335 y siguientes), la valoración de la prueba pericial no es tasada sino que se opera conforme a criterios de sana crítica (art.

En los procesos civiles relativos a la aplicación privada del Derecho de la competencia, y en particular en el caso de ejercicios de acciones follow-on, pasa por acreditar la existencia de un daño y seguidamente cuantificar su importe, parece evidente concluir que cobra especial trascendencia la aportación de una buena prueba pericial.

348), y así las cosas, la altura de la prueba pericial de la parte perjudicada resulta elemento no desdeñable, porque razonablemente cabe esperar que la contraparte aportará, a su vez, una prueba pericial.

Se trata de valorar una hipótesis de lo que habría ocurrido en un escenario de libre competencia, y que sin embargo no se dio en cuanto que se vió afectado por la práctica colusoria que ha venido apreciada y sancionada por las autoridades administrativas de la competencia. Esto es, se trata de conformar un escenario contrafactual plausible.

En este sentido, es cita común la STS de 7 de noviembre de 2013 (cartel del azúcar) que estableció que

*“Lo exigible al informe pericial que aporte la parte perjudicada es que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos. La Sala entiende que el informe del perito de las demandantes contiene ambos elementos y que por tanto, a falta de otra hipótesis alternativa que pueda considerarse mejor fundada, la valoración de los daños*

<sup>4</sup> El Considerando 48º de la Directiva contemplaba que “Es deseable lograr una solución «de una vez por todas» para los demandados, con miras a reducir la incertidumbre para los infractores y las partes perjudicadas. Por lo tanto, se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Estos mecanismos de solución extrajudicial de controversias deben abarcar el mayor número posible de partes perjudicadas e infractores que la ley permita. Por tanto, las disposiciones de la presente Directiva sobre solución extrajudicial de controversias pretenden facilitar el uso de esos mecanismos y aumentar su eficacia.”

<sup>5</sup> El Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha dictado hasta 13 sentencias desestimando los recursos interpuestos por los fabricantes/distribuidores sancionados.

realizada en dicho informe ha de considerarse razonable y acertada”.

Y a partir de ese considerando, añadía en cuanto a la virtualidad del informe contradictorio aportado por la parte demandada que

*“En un caso como el que es objeto del recurso, en que la demandada ha realizado una conducta ilícita generadora de daños, puede afirmarse con carácter general que no es suficiente que el informe pericial aportado por el responsable del daño se limite a cuestionar la exactitud y precisión de la cuantificación realizada por el informe pericial practicado a instancias del perjudicado sino que es necesario que justifique una cuantificación alternativa mejor fundada, especialmente por el obstáculo que para la reserva de la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecución de sentencia suponen las previsiones contenidas en los arts. 209.4 y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra solución sería difícilmente compatible con el principio jurídico que impone compensar los daños sufridos por la actuación ilícita de otro y la tutela efectiva que debe otorgarse al derecho del perjudicado a ser indemnizado”.*

Y como ya se ha indicado más arriba, la valoración de la prueba pericial (o de las pruebas periciales contrapuestas) debe operarse conforme a las reglas de la sana crítica.

Ha sido numerosa la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el sentido y alcance de esta regla. Entre los pronunciamientos más recientes al respecto puede citarse la SAP Madrid de 8 de marzo de 2023, que con cita de la SAP Madrid de 24 de octubre de 2019 (de la misma Sección de la Audiencia) indica que

*“Dada la cuestión sometida a revisión de este Tribunal de apelación se hace preciso recordar que para analizar las distintas pruebas periciales obrantes en las actuaciones, hay que comenzar afirmando que es sabido que el artículo 348 LEC establece que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, pre-*

*cepto que es reproducción del artículo 632 de la derogada LEC, y del que se deduce claramente que la prueba de peritos es de libre apreciación para jueces y tribunales, pudiendo afirmarse que los peritos no suministran al juez su decisión, sino que le ilustran sobre circunstancias del caso y le dan su parecer, pero éste puede llegar a conclusiones diversas a las que ha obtenido el perito, si bien tendrá que explicar las razones por las que no acepta los argumentos especializados aportados por el perito y por qué incoherentes e ilógicas las explicaciones dadas por el perito en su dictamen. Asimismo, en relación con la prueba pericial deben de seguirse las siguientes pautas de aplicación:*

*1º) Los razonamientos que contengan los dictámenes, y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundado que otro: (STS 10 de febrero de 1994).*

*2º) Deberá, también, tener en cuenta el Tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten, tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes, como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes (STS 4 de diciembre de 1989).*

*3º) Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes (STS 28 de enero de 1995).*

*4º) También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido, así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar, en el sistema*

*de la nueva LEC, a que se dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el Tribunal que a los aportados por las partes (STS 31 de marzo de 1997).*

### 3. La estimación judicial del daño.

Uno de los problemas mas relevantes a los que se enfrenta la parte demandante perjudicada por la conducta que se reprocha como anticompetitiva a la hora de la elaboración del dictamen pericial a aportar con su demanda y en que funda el quantum de la pretensión indemnizatoria que se sostiene, es el relativo a la radical asimetría informativa de las partes. Esto es, mientras la demandada (fabricante/distribuidor) dispone de toda la información pertinente en materia de costes y precios, la parte contraria sin embargo tiene un acceso a la fuente de prueba (para la confección de su medio de prueba) mucho mas limitado.

De ello se deriva, que con ocasión de la confrontación de los dictámenes periciales contradictorios aportados por cada una de las partes en litigio, la aplicación de la regla de la sana crítica en no pocas ocasiones ha llevado a la no asunción del dictamen (y sus conclusiones) de la parte demandante, no porque sus conclusiones fueran absurdas o aun ilógicas, sino porque bien venia basado en estudios puramente estadísticos propios del ámbito académico y elaborados con ocasión del estudio de otros escenarios, que llevaban a apreciar porcentajes de daño que razonablemente podrían advertirse como demasiado elevados<sup>6</sup>, bien porque el universo de datos analizado era demasiado reducido (en comparación con el universo que se decía analizado de contrario) para poder sostener que la realidad contrafactual conformada, no obstante su carácter obviamente hipotético, fuera razonablemente plausible.

No obstante ello, atendiendo a la previa resolución administrativa sancionadora de prácticas restrictivas de la libre competencia, los tribunales nacionales han venido apreciando la existencia de daño (por sobreprecio) y para su determinación han hecho recurso de la posibilidad de estimación judicial del mismo.

En relación a esta cuestión, el Juzgado de lo Mercantil num. 3 de Valencia, por Auto de fecha 10 de mayo de 2021 (dictado en el seno de su juicio ordinario num. 1017/2019) planteó cuestión prejudicial al TJUE (cuestión prejudicial C-312/2021) en la que, además de una cuestión relativas al pronunciamiento en materia de costas procesales en el caso de estimación parcial de demanda, en cuanto a la estimación judicial del daño preguntaba al Tribunal las dos siguientes cuestiones:

- ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irresolubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que el perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, ha tenido acceso durante el curso del proceso a los datos en los que el propio demandado basa su estudio de experto para excluir la existencia de daño indemnizable?
- ¿La facultad del órgano jurisdiccional nacional para la estimación del importe de los daños y perjuicios permite la cuantificación de los mismos de forma subsidiaria y autónoma, por constatarse una situación de asimetría informativa o dificultades de cuantificación irreso-

<sup>6</sup> Se han aportado dictámenes que concluían un sobreprecio del 27% o del 30% en el caso de cartel de camiones.

## Artículo

lubles que no deben obstaculizar el derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una práctica anticompetitiva en el art. 101 TFUE y en su relación con el art. 47 de la Carta, incluso en el caso de que un perjudicado por una infracción anticompetitiva consistente en un cártel generador de sobreprecio, dirija su pretensión de resarcimiento contra uno de los destinatarios de la Decisión administrativa, responsable

Tras las Conclusiones de la Abogada General rendidas en fecha 22 de septiembre de 2022, el TJUE ha dictado Sentencia en fecha 16 de febrero de 2023 (caso Tráficos Manuel Ferrer) en la que se determina, en lo que aquí ahora nos interesa, que el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2014/104 debe interpretarse en el sentido de que ni la circunstancia de que la parte demandada en una acción incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva haya puesto a disposición de la parte demandante la información en que se haya basado para refutar el informe pericial de esta última ni el hecho de que la parte demandante haya dirigido su reclamación solamente contra uno de los autores de dicha infracción son pertinentes, en sí mismos, para apreciar si los órganos jurisdiccionales nacionales están facultados para estimar el perjuicio, ya que esta estimación presupone, por un lado, que se haya acreditado la existencia del perjuicio y, por otro lado, que sea prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlo con precisión, lo que implica tomar en consideración el conjunto de los parámetros que llevan a tal conclusión, en particular el carácter infructuoso de trámites como la solicitud de exhibición de pruebas establecida en el artículo 5 de dicha Directiva.

Naturalmente, no podemos dejar de poner el estado de cosas en su contexto. Esto es, no es lo mismo la situación actual, con la experiencia de los últimos años, para todos los operadores (Jueces, Abogados, Peritos), que la realidad dada en las primeras demandas que para el cártel de camiones vinieron a interponerse en el

año 2018. Y es que obviamente los Abogados ya conocen el criterio de los Juzgados y ya recaban las periciales de manera que vengan a cumplimentarse e integrarse los déficits y lagunas que los Tribunales venían apreciando en las primeras periciales (de fundamento más académico que empírico) de suerte que ha de poder defenderse con mucho más rigor que con la pericial aportada se ha conformado una realidad contractual plausible técnicamente fundada, que no responde sin más a planteamientos puramente voluntaristas.

En el caso del cártel de camiones, el Tribunal Supremo ha dictado recientemente, entre el 12 y el 14 de junio de 2023 hasta 15 sentencias resolviendo los recursos de casación interpuestos, y validando el porcentaje del 5% de indemnización por sobreprecio, en aquellos casos en que no se estimara debidamente acreditado, atendida la prueba rendida, un porcentaje superior o inferior.

### 4. El supuesto del cártel de coches.

En los últimos meses se han venido presentando en los Juzgados de lo Mercantil demandas por compradores de vehículos que se consideran afectados por la conducta colusoria desarrollada por diversos fabricantes/distribuidores. Así, se sostiene pretensión de reclamación dineraria fundada en una denunciada infracción de la libre competencia, a partir del conocimiento de la Resolución de la CNMC de fecha 23 de julio de 2015 (Expediente S/0482/13), por virtud de la cual, y en el marco de un programa de clemencia, se impone sanción económica a diversos fabricantes/distribuidores de vehículos automóviles.

En el supuesto más frecuente de que el adquirente del vehículo fuere un consumidor, el fuero territorial viene determinado por su domicilio, en tanto que en atención a la cuantía reclamada (inferior a 6.000.- euros) el procedimiento hábil será el juicio verbal de conformidad con el art. 249.1.4º leyenda final LEC (ATS 13 de octubre de 2022).



En el Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Valencia, al igual que en el resto de España, se han dictado ya algunas sentencias resolviendo los procedimientos instados, en los que la posición de demandado la ocupaban diversos de los sujetos destinatarios de la resolución administrativa sancionadora. Los dictámenes periciales aportados en cada caso por el perjudicado no eran coincidentes en sus conclusiones, reclamándose porcentajes del 12%, del 14% o aún de un 16% de supuesto sobreprecio. La decisión judicial, en los casos en que se ha considerado que procedía la estimación de la demanda, ha venido fijando un porcentaje uniforme del 9%, con lo que la estimación ha sido solo parcial.

También ha habido casos en los que se ha dado el escenario de desestimación de la demanda. Hasta el momento, tal ha sido el caso en los siguientes escenarios:

- Cuando no se ha considerado que la pericial aportada por la actora viniera a conformar un escenario contrafactual hábil en los términos conformados por la ya citada STS de 7 de noviembre de 2013.

- Cuando no se ha aportado documento alguno acreditativo del precio pagado, de manera que no se ha acreditado la cuantía de éste, por lo que se ha considerado que no tenía fundamento la reclamación de un supuesto sobreprecio.

- Finalmente, cuando la fecha de adquisición del vehículo estaba fuera del periodo de infracción determinado por la resolución administrativa sancionadora. Recuérdese que se trata de ejercicio de acción civil consecutiva (follow-on) a la decisión administrativa sancionadora, y que descansa en los hechos probados descritos por ésta, y en estos términos venía fijado el objeto de litigio en la demanda y sin que se haya desenvuelto mas diligencia probatoria al respecto.

Y finalmente ha habido un caso, que ha tenido repercusión en medios de comunicación, de esti-

En el supuesto más frecuente de que el adquirente del vehículo fuere un consumidor, el fuero territorial viene determinado por su domicilio, en tanto que en atención a la cuantía reclamada (inferior a 6.000.- euros) el procedimiento hábil será el juicio verbal de conformidad con el art. 249.1.4º leyenda final LEC (ATS 13 de octubre de 2022).

mación total de la demanda. Se trata del caso de la Sentencia de 7 de febrero de 2023. Tras la tramitación pertinente, se ha dictado Sentencia, que valorando la prueba rendida en las actuaciones, ha apreciado un sobreprecio del 14,46%, a partir de las conclusiones de la pericial aportada por la parte actora, dictándose pronunciamiento de condena frente al distribuidor demandado (destinatario de la decisión administrativa sancionadora) por importe de 3.340,26.- euros de principal, más los intereses desde la fecha de adquisición del vehículo.

A tal conclusión se llega valorándose positivamente el informe pericial de la parte actora (art. 348 LEC), que se estima que supera adecuadamente el test de habilidad conforme a los criterios determinados por la ya citada STS de 7 de noviembre de 2013. Pero en este caso concurre un dato singular, a saber, la parte demandada – personada en las actuaciones- no ha presentado escrito de contestación a la demanda, y por ende no ha aportado a su vez una prueba pericial contradictoria. La leyenda al efecto contenida es rotunda cuando enuncia “*en este caso, se reitera que la demandada, que no ha contestado a la demanda, no ha cuestionado por ende la bondad de la pericial de la actora*”, que habría presentado un escenario contrafactual adecuado, fundado en hipótesis razonables y técnicamente fundadas.



María José Moragas Monteserín

Socia responsable del área legal de BNFIX PICH TAX LEGAL AUDIT

Ester Brullet Humet

Economista en BNFIX PICH TAX LEGAL AUDIT

## Ley 2/2023 que regula los canales de denuncia y la protección de los denunciantes de infracciones. ¿Qué debemos saber?

Manifiesta el Preámbulo de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (en adelante, Ley 2/2023), que la colaboración ciudadana se extiende al compromiso colectivo con el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas. Así pues, la ley opta por pasar de la connotación negativa que ostenta el “chivato” a un escenario donde la colaboración ciudadana es un deber, tal como ya regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el ciudadano que presencie un delito o en algunas actuaciones de participación ciudadana en materia de urbanismo o medio ambiente. Todo ello, en línea con la corriente ya consolidada en el mundo anglosajón de protección de los “whistleblowers”.

Así, el pasado día 21 de febrero de 2023 el Boletín Oficial del Estado publicó la Ley 2/2023, en vigor veinte días después de su publicación, esto es, el 13 de marzo de 2023 y que vino a transponer la Directiva de la Unión Europea 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida como “Directiva Whistleblowing”.

Nos encontramos ante una Ley cuyo **objetivo** es el de proteger adecuadamente frente a posibles represalias a las personas físicas que tengan conocimiento, dentro de su ámbito laboral o profesional y tanto en el sector público como privado, de conductas que supongan infracciones del Derecho de la Unión siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea enumerados en el Anexo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, afecten a los intereses

financieros de la Unión Europea y/o incidan en el mercado interior y de las infracciones penales y/o administrativas graves o muy graves de nuestro ordenamiento jurídico español y las denuncien mediante los mecanismos regulados en la ley. También, busca la ley fortalecer la cultura de la información y de las estructuras de integridad de las organizaciones. Una regulación imprescindible en la lucha contra la corrupción, más si cabe, si tenemos en cuenta los datos del Fondo Monetario Internacional, según los cuales las organizaciones podrían estar perdiendo hasta un 5% de su facturación anual a causa del fraude. Una cifra que en términos globales podría alcanzar unas pérdidas económicas anuales de 4,5 trillones de dólares por actuaciones fraudulentas.

**¿A quien protege esta Ley?** A empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena, autónomos, accionistas, partícipes y miembros de órganos de administración y dirección de una empresa -incluidos los no ejecutivos-, personas que trabajen

...busca la ley fortalecer la cultura de la información y de las estructuras de integridad de las organizaciones. Una regulación imprescindible en la lucha contra la corrupción, más si cabe, si tenemos en cuenta los datos del Fondo Monetario Internacional, según los cuales las organizaciones podrían estar perdiendo hasta un 5% de su facturación anual a causa del fraude.

para o bajo la supervisión y dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores, aquellas que ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación y personas que participan en procesos de selección, representantes legales de las personas trabajadoras en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante, personas físicas relacionadas con el informante como compañeros de trabajo o familiares del informante y personas jurídicas para las que trabaje o mantenga otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa. Como podemos observar nos encontramos ante un rango bastante amplio de sujetos a los que la ley dota de protección, en cualquier caso, bastante más amplio que el previsto en la Directiva Europea.

### ¿A quiénes obliga ley a implementar un Sistema Interno de Información?

Pues bien, en el sector privado a:

- Personas físicas empresarias o Personas jurídicas del sector privado a partir de 50 empleados.
- Todas las empresas, independientemente del número de empleados en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención de blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, seguridad del transporte y del medio ambiente.

- Partidos políticos, sindicatos, patronales y fundaciones creadas por unos y por otros siempre que reciban o gestionen fondos públicos

Y en el sector público: a todas las entidades que lo integran

- La Administración General del Estado, las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y administraciones locales.
- Los Organismos y Entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, asociaciones y corporaciones en las que participe administración pública y organismos públicos.
- Autoridades Administrativas Independientes, Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social
- Las Corporaciones de Derecho Público.
- Universidades públicas.
- Las fundaciones del sector público.
- Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades como las mencionadas en este apartado excepto las fundaciones del sector público, se superior al cincuenta por ciento, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de estas referidas entidades encuadrada en la propia definición de grupo de sociedades.

### ¿En qué plazos las personas obligadas deben cumplir con implementar el sistema interno de información?

Desde el pasado 13 de junio de 2023, excepto entidades jurídicas del sector privado con menos de doscientos cincuenta empleados y municipios de menos de 10.000 habitantes, para quienes la ley les concede de plazo hasta el 1 de diciembre de 2023.

### ¿Quién debe aprobar e implementar el Sistema Interno de Información?

El órgano de administración, previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras.

### ¿Qué engloba el Sistema Interno de Información?

El Canal del Sistema Interno de Información, el Responsable del sistema y el Procedimiento del Sistema Interno de Información.

### ¿Qué requisitos deberá cumplir el Sistema Interno de Información?

- - Permitir a todos los potenciales informantes comunicar información sobre acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea enumerados en el Anexo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, afecten a los intereses financieros de la Unión Europea e incidan en el mercado interior y de las infracciones penales y/o administrativas graves o muy graves de nuestro ordenamiento jurídico español
- - Estar diseñado, establecido y gestionado de una forma segura, de modo que se garantice la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación, y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, así como la protección de datos impidiendo el acceso a personal no autorizado.
- Permitir al informante presentar comunicaciones por escrito o verbalmente o de ambos modos
- Integrar los distintos canales internos de información que puedan coexistir en la entidad
- Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo
- Ser independientes y aparecer diferenciados respecto de los sistemas internos de información de otras entidades u organismos, sin

perjuicio de los medios compartidos en el sector público y privado permitidos en los artículos 12 y 14 de la Ley.

- Contar con un responsable del sistema
- Contar con una política que enuncie los principios generales en materia de Sistema Interno de Información y defensa del Informante y que sea debidamente publicitada en el seno de la entidad
- Contar con un procedimiento de gestión de información recibidas
- Establecer las garantías para la protección de los informantes en el ámbito de la propia entidad

### ¿Quién ha de gestionar el Sistema Interno de Información?

La gestión del Sistema Interno de Información es la recepción de las comunicaciones. La gestión se puede realizarla internamente o acudir a un tercero experto. Si la gestión la lleva un tercero externo ha de ofrecer las garantías adecuadas de respeto de la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de comunicaciones. El tercero externo que gestione el sistema tendrá la consideración de encargado de tratamiento a efectos de legislación sobre protección de datos personales. La gestión por un tercero no exime de responsabilidad al responsable del sistema Interno de Información.

### ¿Cómo debe ser el Canal Interno de Información?

- Deben permitir la presentación y posterior comunicación anónimas.
- Debe permitir realizar comunicaciones por escrito o verbalmente o de las dos formas. La información se podrá hacer por escrito, a través de correo postal o a través de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica o a través de mensajería de voz.
- A solicitud del informante, también podrá presentarse mediante una reunión presencial en el plazo máximo de siete días. Se ad-

La gestión del Sistema Interno de Información es la recepción de las comunicaciones. La gestión se puede realizarla internamente o acudir a un tercero experto. Si la gestión la lleva un tercero externo ha de ofrecer las garantías adecuadas de respeto de la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de comunicaciones.

vertirá al informante de que la comunicación será grabada y se les informará de forma clara y accesible sobre canales externos de información de las autoridades competentes y, en su caso, ante instituciones, órganos u organismos de la unión europea.

- Al hacer la comunicación, el informante podrá indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro a efectos de recibir las notificaciones.
- Las comunicaciones verbales, incluidas las realizadas a través de una reunión presencial, telefónicamente o mediante sistema de mensajería de voz, previo consentimiento del informante, deberán documentarse de alguna de las maneras siguientes: grabación de la conversación en formato seguro, duradero y accesible o a través de una transcripción completa y exacta de la conversación de la que se deberá dar oportunidad al informante de comprobación y, en su caso, rectificación.
- Los canales internos de información pueden recibir otro tipo de comunicación o información fuera del ámbito establecido en esta Ley, pero en ese caso la comunicación y su remitente estará fuera del ámbito de protección de la Ley.

### Sobre el Responsable del Sistema Interno de Información

- Corresponde su nombramiento y cese al órgano de gobierno de la entidad.
- Puede ser unipersonal o colegiado. Si es colegiado, éste deberá delegar en uno de sus

miembros las facultades de gestión del Sistema Interno de Información y la tramitación de expedientes de investigación.

- Los nombramientos y ceses deben de ser notificados a la Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.) o, en su caso, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo.
- Debe desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma respecto del resto de los órganos de la entidad, no puede recibir instrucciones y debe disponer de medios personales y materiales necesarios para llevar a cabo su labor
- En el caso del sector privado, debe de ser un directivo de la entidad o bien, si no lo hubiera, un miembro del órgano de gobierno. En cualquier caso, la ley se refiere a un perfil de un alto nivel y añade que si en la entidad existe ya un responsable de la función de cumplimiento normativo o de políticas de integridad, podrá ser este. La ley lo que busca es independencia y autonomía y evitar situaciones de conflicto de interés.
- Responde de la tramitación de las comunicaciones recibidas

### Procedimiento de Gestión de las Informaciones recibidas

El procedimiento como mínimo responderá de:

- Identificación del canal o canales internos de información
- Inclusión de información clara y accesible sobre los canales externos de información de las autoridades competentes
- Envío de acuse de recibo de la comunicación al informante, en el plazo de siete días naturales siguientes a su recepción
- Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, sino se remitió acuse de recibo al informante, a contar desde los tres meses a

partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación, salvo casos de especial complejidad que requieren una ampliación del plazo, en cuyo caso, este podrá extenderse hasta un máximo de otros tres meses adicionales.

- Previsión de la posibilidad de mantener la comunicación con el informante y si se considera necesario, de solicitar a la persona informante información adicional.
- Establecimiento del derecho de la persona afectada a que se informe de las acciones u omisiones que se le atribuyen, y a ser oída en cualquier momento. Dicha comunicación tendrá lugar en el tiempo y forma que se considere adecuado para garantizar el buen fin de la investigación
- Garantía de la confidencialidad cuando la comunicación sea remitida por canales de denuncia que no sean los establecidos o a miembros del personal no responsable de su tratamiento, al que se habrá formado en esta materia y advertido de la tipificación como infracción muy grave de su quebranto y, asimismo, el establecimiento de la obligación del receptor de la comunicación de remitirla inmediatamente al Responsable del Sistema.
- Exigencia del respeto a la presunción de inocencia y al honor de las personas afectadas
- Respeto a las disposiciones de protección de datos de acuerdo con lo regulado en el Título VI de la Ley
- Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito. En el caso de que los hechos afecten a los intereses financiero de la Unión Europea, se remitirá a la Fiscalía Europea.

### ¿Pueden los grupos de sociedades o sujetos obligados del sector privado y público compartir medios?

Respecto de los grupos de sociedades integrados en el artículo 42 del Código de Comercio, la sociedad dominante podrá aprobar una política general

relativa al Sistema Interno de Información y a la defensa del informante y asegurará la aplicación de sus principios en todas las entidades de su grupo sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad o de políticas de gobierno de grupo o gobernanza que pudieran existir. Desde la perspectiva del sector público municipios de menos de 10.000 habitantes entre sí o con cualesquiera otras administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma entre ellas, así como entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculada o dependiente de órganos de administraciones territoriales, y que tengan menos de cincuenta trabajadores, pueden compartir el Sistema Interno de Información y los recursos destinados a investigaciones y tramitaciones.

### Canal Exteno de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.

Todas las personas físicas podrán informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley, ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno.

### **Publicidad del Sistema Interno de Información**

El sujeto obligado por esta ley proporcionará información adecuada de forma clara y accesible sobre el uso del canal interno de información, así como los principios esenciales del procedimiento. En caso de contar con pagina web, dicha información deberá constar en la página de inicio en una sección fácilmente identificable.

Libro Registro de Informaciones. Todos los sujetos obligados, públicos y privados, deben disponer de un Libro Registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas garantizando la confidencialidad.

¿Qué medidas de protección y apoyo establece la ley para el informante? La respuesta a esta cuestión la podemos encontrar en el Título VII de

Quedan totalmente prohibidas las represalias. Las personas que comuniquen infracciones de las incluidas en el artículo 2 de la ley contarán con información y asesoramiento independiente y gratuito sobre los procedimientos y recursos disponibles, sobre protección frente a represalias

la Ley. Viene a fijar la ley que las personas que comuniquen infracciones de las contenidas en el ámbito material de la ley, artículo 2 de la ley, tienen derecho a protección si tienen motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación aunque no aporte pruebas concluyentes, si la información entra dentro del ámbito de aplicación de esta ley y si la comunicación se ha realizado de conformidad a los requisitos que exige la ley.

Quedan totalmente prohibidas las represalias. Las personas que comuniquen infracciones de las incluidas en el artículo 2 de la ley contarán con información y asesoramiento independiente y gratuito sobre los procedimientos y recursos disponibles, sobre protección frente a represalias y derechos de la persona afectada; asistencia efectiva por parte de autoridades competentes, asistencia jurídica en procedimientos penales, apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decide la autoridad independiente de protección del informante.

### ¿Prevé sanciones la ley?

Están sujetos al régimen sancionador previsto en la ley tanto personas físicas como jurídicas. Po-

drán producirse infracciones muy graves, graves y leves. Las sanciones que pueden oscilar entre 1.001 euros a 1.000.000 de euros en caso de infracciones muy graves, pudiéndose añadir en este caso amonestación pública, prohibición de contratar con la administración, prohibición de obtener subvenciones, entre otras.

### ESTANDARES INTERNACIONALES SOBRE SISTEMAS DE GESTION DE DENUNCIAS “CANAL DE DENUNCIAS”

Hasta la fecha, a falta de mayor desarrollo no hay mejor manera de explicar, adicionalmente a la Ley 2/23 y a la Directiva Europea, que remitiéndonos al desarrollo de estos sistemas de gestión de denuncia de irregularidades contenidas en las Directrices de la UNE-ISO 37002 elaborada por el comité técnico CTN 165 *Ética, gobernanza y responsabilidad social de las organizaciones*, cuya secretaria desempeña UNE y cuya norma es idéntica a la Norma Internacional ISO 37002:2021. Es un estándar generalmente aceptado que nos proporciona directrices para establecer, implementar y mantener un sistema de gestión de la denuncia de irregularidades eficaz aplicable a todas tipo de organizaciones, y cuya lectura recomendamos en cuanto que consideramos que puede ser de ayuda en esta materia.

La complejidad que se deriva de la aplicación práctica de la Ley 2/2023 sobre el canal denuncias es tan notoria como la incertidumbre sobre su desarrollo. Sin embargo, nos encontramos ante un terreno lleno de oportunidades para mejorar la transparencia corporativa, transmitir confianza en las relaciones comerciales y luchar contra la corrupción.



Enrique Sanjuan Muñoz

Magistrado especialista de lo Mercantil en la A.P. de Málaga  
 Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga.

## Nueva propuesta de directiva europea de insolvencia de empresas en el marco de la unión de los mercados de capitales.

Resumen/abstract: La Unión Europea está trabajando en la actualidad sobre una reforma de la Directiva UE 2019/1023, referida a materias que todavía no han sido objeto de tratamiento a efectos de unificación de criterios en los diferentes países. El presente trabajo analiza dicha propuesta que se refiere a los pre-pack, las acciones de recuperación de activos, el procedimiento de microempresas y la obtención de información por parte de los administradores concursales y el propio órgano jurisdiccional.

### 1. Introducción.

El pasado 7 de diciembre de 2022 la Comisión Europea presentó públicamente una propuesta para reformar<sup>1</sup> la Directiva UE 2019/1023<sup>2</sup> sobre Insolvencia y Segunda Oportunidad (en adelante DRI), relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en la materia. La iniciativa forma parte del objetivo prioritario de la Comisión de reforzar la unión de los mercados de capitales (UMC<sup>3</sup>). En particular, deriva de la acción 11 del plan de acción de la UMC de 2020: "Hacer que el resultado de la inversión transfron-

teriza sea más predecible en lo que respecta a los procedimientos de insolvencia". La misma ha seguido su trámite desde su anuncio en 2021<sup>4</sup> y se compatibiliza y complementa a la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 y el Reglamento (UE) 2015/848<sup>5</sup>, ya que aborda cuestiones, para su armonización en los Estados, que el resto de la legislación vigente no afronta.

Quizás la explicación de su razón de ser justifique mejor que nada su necesidad, si partimos de que tenemos una regulación de armonización a efec-

<sup>1</sup> Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. COM/2022/702 final

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)

<sup>3</sup> Comisión Europea, Una Unión de los Mercados de Capitales para las personas y las empresas: nuevo plan de acción, Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. COM(2020) 590 final.

<sup>4</sup> Tal y como se exponía en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones Unión de los mercados de capitales: cumpliendo los compromisos un año después del Plan de Acción .COM/2021/720.

<sup>5</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia



tos de reconocimiento transfronterizo (Reglamento) y una regulación de los procedimientos previos a la insolvencia (DRI), pero no una que afronte directamente la situación concreta de insolvencia, aportando soluciones comunes en todos los Estados. Todo ello pensando, como afirma la exposición de motivos de la citada propuesta, que el procedimiento de insolvencia es

una herramienta que debe servir para una liquidación ordenada o una reestructuración de la empresa.

Un cuadro ejemplificativo de las áreas que actualmente tienen una regulación europea de las que no lo tienen lo podemos ver en el Análisis de Impacto Económico<sup>6</sup> que acompaña a la propuesta:

Áreas	Aspectos Transfronterizos	Aspectos Sustantivos		
		Pre-Insolvencia	Insolvencia	Post-insolvencia
Procedimientos	Regulado en el Reglamento UE 2015/848	Regulado en la Directiva UE 2019/1023 (DRI)	Todavía NO regulado	DRI
	Ley aplicable. Jurisdicción Internacional. Reconocimiento de los efectos de apertura y otras resoluciones posteriores - Reglas de coordinación de procedimientos.	Deudor en posesión. Ejecuciones individuales Planes de Reestructuración Protección de nueva financiación Deberes u obligaciones de los administradores societarios. Regimen de Arrastre (Cross-class cramdown)	Elementos sustantivos de la insolvencia (evitación de transacciones, rastreo de activos, deberes de los directores (responsabilidades) y de las empresas para declararse en insolvencia, pre-packs) Elementos procesales de la insolvencia (apertura de procedimientos de insolvencia, normas especiales de insolvencia para micro y pequeñas empresas) Elementos distributivos de la insolvencia (clasificación de créditos, comités de acreedores)	Exoneración Razones de no exoneración
Personas y organismos implicados	EIR Funciones y capacidades de los administradores concursales	DRI Formación de jueces Formación de Administradores Concursales Retribución de Administradores Concursales.		DRI Emprendedor honesto Extensión a los consumidores por decisión del Estado.

Fuente: CSWD

<sup>6</sup> Commission staff working document impact assessment report . Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law. SWD/2022/395 final.

## Artículo

...la explicación de su razón de ser justificada mejor que nada su necesidad, si partimos de que tenemos una regulación de armonización a efectos de reconocimiento transfronterizo (Reglamento) y una regulación de los procedimientos previos a la insolvencia (DRI), pero no una que afronte directamente la situación concreta de insolvencia, aportando soluciones comunes en todos los Estados.

La propuesta de Directiva plantea cinco escenarios: (1) Por un lado el acceso a la información necesaria para poder localizar los bienes y derechos de la masa activa en un procedimiento de insolvencia<sup>7</sup>. Para ello requiere que se designe una autoridad (órgano jurisdiccional de insolvencia) que estará facultada para acceder al registro nacional centralizado de cuentas bancarias establecido de conformidad con el artículo 32 bis de la Directiva (UE) 2015/849, a fin de su consulta. Por otro lado y conforme a la misma Directiva, la habilitación del administrador concursal para obtener información en los registros de cada Estado y de todos los Estados, sobre los activos del deudor y respecto de la titularidad real de los registros. Se trata en definitiva de poder analizar (rastrear) la trazabilidad de esos activos que pueden o deben formar parte de la masa activa. De igual modo se recogen medidas para aumentar la transparencia de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia creando en el Portal Europeo de e-Justicia, una ficha de información fundamental sobre determinados elementos de la legislación nacional de cada país. (2) En segundo y como protección de los intereses en juego, se recoge la posibilidad de que se cree un Comité de Acreedores desde la Junta de Acree-

dores o incluso antes desde la solicitud de concurso necesario si los Estados lo recogen; también y para esa protección un régimen mínimo de persecución (reintegración o rescisión) de las operaciones de salidas de activos que puede ser completado o más fuertemente protegido en cada uno de los Estados y que sin embargo, aún como mínimo, reduce plazos e introduce nuevos conceptos como el beneficio de la masa (y no el perjuicio) o el beneficio de un acreedor o grupo de acreedores directamente relacionado con el periodo en que se realiza la operación. (3) En tercer lugar la regulación de un procedimiento pre-pack como un procedimiento de liquidación acelerado que permita la venta de la empresa del deudor, total o parcialmente, como empresa en funcionamiento al mejor licitador y distinguiendo dos fases, con vistas a la liquidación de los activos del deudor como resultado de la insolvencia constatada de este. (4) Un régimen mayor de exigibilidad a los administradores societarios para que en un plazo de tres meses desde que tienen conocimiento de la insolvencia o en su caso desde que debieron tenerlo, reaccionen frente a dicha situación, algo que cambiará quizás el plazo previsto en nuestro artículo 367 LSC 1/2010 que es de dos meses para la convocatoria y el 5 del TRLCon 1/2020 que establece el mismo. (5) Un procedimiento de liquidación de microempresas simplificado y de bajo coste, a cuyos efectos se reduce la participación del administrador concursal de la misma forma que ya ha sido regulado e insertado en nuestro derecho por la reforma de la Ley 16/2022.

Tal y como afirman los autores<sup>8</sup>, “[h]ay un creciente cuerpo de literatura sobre el impacto económico de los marcos de insolvencia, que puede tener implicaciones tanto micro como macroeconómicas.” En el aspecto microeconómico, los

<sup>7</sup> Véase al respecto el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. (2023/C 89/05). DO C 89 de 10.3.2023, p. 10/13

<sup>8</sup> Por todos Valiente D, *Harmonising insolvency laws in the Euro Area: rationale, stock-taking and challenges. What role for the Eurogroup?*. Unión Europea 2016. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/ECON/home.html>, pg. 10

procedimientos de insolvencia minimizan los problemas de coordinación en la carrera por cobrar (race to collect) que puedan tener los acreedores (Armour 2001<sup>9</sup>), evitando que se favorezca al primero en llegar y que conlleven finalmente una venta urgente y forzosa para evitarlo (Shleifer & Vishny, 1992<sup>10</sup>) que además dificulta la viabilidad del negocio. Este mecanismo de incentivos también produce implicaciones a nivel macroeconómico. Al afectar la protección de los derechos de los acreedores y (en general) de los inversores, los procedimientos de insolvencia pueden tener un impacto en el desarrollo del mercado financiero (La Porta et al., 1996<sup>11</sup>, 1997, La Porta et al., 2006<sup>12</sup>). El mecanismo de ejecución de la deuda privada está fuertemente correlacionado con el ingreso per cápita y predice el desarrollo del mercado de deuda (Djankov et al. 2008<sup>13</sup>).

Todo este conjunto de medidas, que en líneas generales vamos a exponer a continuación, harán necesaria una nueva modificación de la normativa concursal una vez aprobada la Directiva.

## II. Medidas informativas para la trazabilidad de los activos.

La idea es que se proporcione a los órganos jurisdiccionales designados, acceso a los registros nacionales de cuentas bancarias y a los sistemas electrónicos de consulta de datos, así como al sistema interconectado de registros centralizados de cuentas bancarias. La propuesta también proporcionará a los administradores concursales acceso al registro de titularidad real establecido en el Estado miembro en el que se haya abierto el

Este mecanismo de incentivos también produce implicaciones a nivel macroeconómico. Al afectar la protección de los derechos de los acreedores y (en general) de los inversores, los procedimientos de insolvencia pueden tener un impacto en el desarrollo del mercado financiero

procedimiento, así como al sistema de interconexión de los registros de titularidad real o BORIS. Las condiciones de acceso aplicables a los administradores concursales extranjeros no podrán ser más gravosas que las que se aplican a los administradores concursales nacionales.

Para ello cada Estado miembro designará, de entre sus órganos jurisdiccionales competentes para conocer de asuntos relacionados con procedimientos de reestructuración, insolvencia o exoneración de deudas, aquellos facultados para acceder a su registro nacional centralizado de cuentas bancarias establecido de conformidad con el artículo 32 bis de la Directiva (UE) 2015/849 y consultarlo («órganos jurisdiccionales designados»). Desde ahí la posibilidad se amplía a petición del administrador concursal: a petición del administrador concursal nombrado en un procedimiento de insolvencia en curso y para tener información sobre ello, los órganos jurisdiccionales designados estarán facultados para acceder y consultar, directa e inmediatamente, la información sobre cuentas bancarias (del país y de otros Estados miembros) cuando sea necesario a efectos de identificar y rastrear los activos pertenecientes a la masa del concurso

<sup>9</sup> Armour, J. (2001), "A Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review", ESRC Centre for Business Research, Working Paper n. 197, University of Cambridge, March.

<sup>10</sup> Shleifer, A., and R. W. Vishny (1992), "Liquidation Values and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach," *Journal of Finance*, Vol. 47, No.4, pp. 1343–66.

<sup>11</sup> La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R. Vishny (1996), "Law and Finance", NBER Working Paper, 5661, July.

<sup>12</sup> La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer (2006), "What works in securities law?", *Journal of Finance*, Vol. 61, No. 1, February

<sup>13</sup> Djankov, S., O. Hart, C. McLiesh & A. Shleifer (2008b), "Debt Enforcement around the World", *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 116, No. 6, pp. 1105-1149, December

## Artículo

del deudor en dicho procedimiento, incluidos los sujetos a acciones revocatorias. Las condiciones de acceso y control serán para ello evidentemente estrictas.

De igual modo se autoriza el acceso a los registros desarrollados en el Anexo de la propuesta, para los administradores concursales tanto en el país como en el resto de los Estados<sup>14</sup>.

### III. Medidas de protección de los intereses.

#### 1. El Comité de Acreedores.

El comité de acreedores es, para la propuesta de Directiva, un órgano (proporcionalmente) representativo de los acreedores (en función de los diferentes intereses que representan) nombrado de conformidad con la legislación aplicable en materia de procedimientos de insolvencia, con poderes consultivos y de otro tipo especificados en dicha legislación. Su composición será de al menos tres y máximo de siete miembros. El Estado deberá decidir si su constitución también se realiza junto con la solicitud de concurso necesario y si lo es en la junta general de acreedores o por decisión del órgano jurisdiccional. También podrán decidir si es posible la constitución de más de un comité de acreedores que representen a diferentes grupos en un mismo procedimiento de insolvencia. En este caso, los miembros del comité de acreedores representan únicamente los intereses de los acreedores que los hayan nombrado.

La idea del comité de acreedores es la de proteger, representar y tener representación en cuanto a los intereses (o grupos de intereses) de los mismos ya sean transfronterizos como incluso reconocidos

provisionalmente, pero también la de los individuales de tal forma que se garanticen que, si ellos lo quieren, haya un órgano que los represente, dado que por costes o lejanía geográfica podrían no intervenir. Por tanto, se prevé precisamente para ello. No obstante, el coste de su funcionamiento debe ser proporcional al valor que genere, de tal forma que solo se justifica en aquellos casos en que el coste de su creación y funcionamiento sea significativamente superior a la importancia económica de las decisiones que pueda adoptar. Este puede ser el caso cuando haya muy pocos acreedores, cuando la gran mayoría de estos tenga una pequeña participación en el crédito frente al deudor o cuando la recuperación prevista de la masa del concurso en el procedimiento de insolvencia sea significativamente inferior al coste de creación y funcionamiento del comité de acreedores y, evidentemente, en supuestos de microempresas.

Aunque dependerá finalmente de la opción de los Estados, lo cierto es que ha de preverse su composición (en relación con la importancia de lo que han de representar) funcionamiento (protocolo que se aprobará por ellos mismos o en su defecto por el juez), costes y retribución y la limitación de responsabilidad por el ejercicio de sus funciones. La propuesta afirma que, para animar a los acreedores a convertirse en miembros del comité, los Estados miembros deben limitar su responsabilidad civil individual cuando desempeñen funciones de este tipo. No obstante, los miembros del comité de acreedores que actúen de forma fraudulenta o negligente en el ejercicio de esas funciones pueden ser destituidos y ser considerados responsables de sus actos. En esos casos, los Estados miembros deben disponer que los miembros sean considerados individualmente

<sup>14</sup> Registros catastrales. Registros de la propiedad. Registros de bienes muebles, incluidos los registros de vehículos, buques y aeronaves y los registros de armas. Registros de donaciones. Registros hipotecarios. Otros registros de valores, incluidos los registros de depositarios de valores y los registros de anotaciones en cuenta. Registros de pignoraciones, incluidos los contratos de arrendamiento financiero y los contratos de compraventa con reserva de dominio. Registros que contengan actos de embargo de bienes. Registros de sucesiones. Registros de derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos los registros de patentes y marcas. Registros de dominios de internet. Registro de condiciones generales.

...el coste de su funcionamiento debe ser proporcional al valor que genere, de tal forma que solo se justifica en aquellos casos en que el coste de su creación y funcionamiento sea significativamente superior a la importancia económica de las decisiones que pueda adoptar. Este puede ser el caso cuando haya muy pocos acreedores, cuando la gran mayoría de estos tenga una pequeña participación en el crédito frente al deudor o cuando la recuperación prevista de la masa del concurso

responsables del perjuicio causado por su conducta indebida.

Quizás merece la pena destacar que el estado deberá incluso decidir si ese comité tiene o no competencia para aprobar determinadas decisiones o transacciones, lo que conllevará necesariamente recurso contra la misma, sin que se especifique nada más.

## 2. La acción revocatoria. Coberturas congruentes e incongruentes.

Al hablar de la acción revocatoria, la exposición de motivos afirma que las disposiciones sobre la misma (que son regulación de mínimos) y el rastreo de activos se refuerzan mutuamente, con el

objetivo de maximizar la masa activa del concurso. En el contexto de los procedimientos de liquidación simplificados de microempresas, las acciones revocatorias solo deben ser ejercitadas por un acreedor o, cuando se haya nombrado, por el administrador concursal.

El artículo 4 establece los requisitos previos generales para las acciones revocatorias, estableciendo que todos los actos jurídicos, incluidas las omisiones, pueden ser objeto de acciones revocatorias, siempre que hayan sido perjudiciales para la generalidad de los acreedores y que se cumpla cualquiera de los motivos de revocación determinados en los preceptos. Sin embargo (considerando octavo) debe distinguirse entre los actos jurídicos en los que el crédito de la contraparte haya vencido, fuera exigible y se haya satisfecho de la forma debida (coberturas congruentes<sup>15</sup>) y aquellos en los que la ejecución no haya sido totalmente acorde con el crédito del acreedor (cobertura incongruente).

En el caso de las coberturas congruentes, el motivo de revocación solo puede invocarse si el acreedor del acto jurídico que puede declararse nulo sabía, o debería haber sabido, en el momento de la transacción que el deudor era insolvente<sup>16</sup> y se realizó en los tres meses anteriores<sup>17</sup> a la presentación de la solicitud de insolvencia si no pudo pagar sus deudas vencidas o los realizados tras esa solicitud. La flexibilización en nuestro derecho del concilium fraudis o propósito defraudatorio, había llegado a la scientia fraudis

<sup>15</sup> Prestaciones totalmente conformes con el crédito del acreedor, como la satisfacción de un Crédito exigible con los medios de pago habituales

<sup>16</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2014 recogía que "El artículo 1291, norma tercera, del Código Civil confiere a los acreedores la facultad de impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho. La jurisprudencia ha procurado evitar, en la interpretación de dicha norma - puesta en relación con las de los artículos 1111, 1294 y 1297 del propio Código -, un apego exclusivo al elemento literal o gramatical, con el fin de permitir que la acción pauliana sirva a la efectiva protección del crédito en los tiempos actuales. Así, al interpretar la exigencia de fraude, ha adoptado una posición alejada del tradicional criterio subjetivista- sentencia 510/2012, de 7 de septiembre, y las que en ella se citan-, para entender que dicho término hace referencia al daño al crédito; y para sustituir la exigencia del ánimo o propósito de perjudicar por el mero conocimiento del deudor -"scientia fraudis"- o, relacionándolo con la negligencia, por el deber de haberlo conocido.". La línea actual debe conciliar que lo que conoce o pudo conocer es la situación de insolvencia y desde ahí el posible daño.

<sup>17</sup> Dado que este motivo de revocación se desencadena por el mero perfeccionamiento del acto jurídico, el período sospechoso es el más corto en comparación con los períodos sospechosos de los demás motivos de revocación.

como elemento menos radical o más amplio de interpretación (STS núm. 657/2005, de 19 de julio). Entonces solo será suficiente la conciencia (del deudor) de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos del acreedor (Sentencia núm. 575/2015 de 3 de noviembre de 2015)<sup>18</sup>. La posición del acreedor, en situaciones concursales, había partido entonces de la buena o mala fe<sup>19</sup> apreciada en los mismos por ese conocimiento de la situación comprometida en la que podría encontrarse el deudor<sup>20</sup>. Con la nueva regulación la situación varía notablemente en todos los aspectos.

Las coberturas incongruentes abarcarían, en particular, los pagos prematuros o anticipados, la satisfacción con medios de pago inusuales, la constitución de garantías a posteriori de un crédito previamente no garantizado que no se hubiera acordado ya en el contrato original por el que se constituyese la deuda, la concesión de un derecho extraordinario de resolución u otras modificaciones no previstas en el contrato subyacente, la renuncia a argumentos u objeciones jurídicas o el reconocimiento de deudas impugnables. En este caso distinguirá entre actos jurídicos que beneficien a un acreedor o a un grupo de acreedores mediante la satisfacción, la constitución de garantías o de cual-

quier otra forma puedan declararse nulos si han sido perfeccionados en los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, a condición de que el deudor no haya podido pagar sus deudas vencidas o tras la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. Por otro lado, actos jurídicos sin contraprestación o con una contraprestación manifiestamente inadecuada, con retroacción de un año. Y actos jurídicos intencionadamente perjudiciales para los acreedores, con retroacción de cuatro años o realizados con posterioridad a la solicitud o declaración de concurso.

Quedan protegidos por la reintegración los actos jurídicos realizados directamente a cambio de una contraprestación justa en beneficio de la masa del concurso. Nuestro alto Tribunal había venido a matizar estos supuestos en lo que había llamado "sacrificio patrimonial justificado"<sup>21</sup>: *El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa ( art. 76 LC ), y, además, debe carecer de justificación.*

<sup>18</sup> *La exigencia del consilium fraudis [propósito defraudatorio] para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El consilium fraudis se entiende de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor. Basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio, scientia fraudis ( sentencia de esta Sala núm. 406/2010, de 25 de junio, con cita de numerosas sentencias anteriores). Por tanto, para que tenga éxito la acción rescisoria ya no se exige necesariamente la prueba de una actividad intencionada y directamente dolosa, basta la simple conciencia de causar el daño al acreedor y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzarse cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. El elemento central de la acción pasa a ser el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito ( sentencias de esta Sala núm. 749/2006, de 17 de julio, y núm. 510/2012, de 7 septiembre ).*

<sup>19</sup> Véase García-Cruces JA "Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010. Reintegración concursal y mala fe de la parte "in bonis". En Comentarios BOE 2010-23 pgs. 850 y ss.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 211/2016, 5 de abril de 2016.

<sup>21</sup> Entre otras SSTs 629/2012, de 26 de octubre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre.

Y afirmará igualmente que «en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*<sup>22</sup>.

También quedan protegidos frente a esa revocación los pagos sobre letras de cambio o cheques cuando el Derecho aplicable a las letras de cambio o los cheques deniegue los créditos del beneficiario derivados de estos contra otros deudores de letras o cheques, como los endosantes, el librador o el librado si deniega el pago del deudor y los actos jurídicos que no estén sujetos a acciones revocatorias de conformidad con la Directiva 98/26/CE y la Directiva 2002/47/CE en cuanto a operaciones de liquidación en mercados negociados y acuerdos de garantías financieras<sup>23</sup>.

También regulará los efectos derivados de ello en cuanto indemnización, compensación y responsabilidad, cumpliendo determinados requisitos, de herederos o sucesores.

#### IV. El procedimiento pre-pack en la propuesta de Directiva.

La Directiva, a la hora de justificar el pre-pack, define el mismo conforme a lo siguiente: *En los pro-*

*cedimientos de pre-pack, la empresa del deudor o parte de la misma se vende como empresa en funcionamiento en virtud de un contrato negociado de forma confidencial antes del inicio de un procedimiento de insolvencia bajo la supervisión de un supervisor designado por un órgano jurisdiccional y seguido de un breve procedimiento de insolvencia, en el que la venta prenegociada se autoriza y ejecuta formalmente.* Las normas que se recogen tratan de lograr la competitividad, transparencia y equidad en dicho proceso.

El artículo 19 obliga a los Estados miembros a incluir en su régimen de insolvencia un procedimiento de pre-pack compuesto por dos fases consecutivas (la «fase de preparación» y la «fase de liquidación<sup>24</sup>»). En la primera fase se podrán suspender las ejecuciones singulares. En la segunda nos encontramos ya con los efectos del concurso de acreedores. En ambos supuestos se oirá a los acreedores y socios aunque será posible que se limite si cobrarán de cualquier forma por el acuerdo o si en su defecto tampoco llegasen a cobrar.

El órgano jurisdiccional competente en el procedimiento de pre-pack tendrá competencia exclusiva en las cuestiones relativas al alcance y los efectos de la venta de la empresa del deudor o de una parte de la misma en el marco del procedimiento de pre-pack sobre las deudas y los pasivos. No obstante, será necesario informe del supervisor en su caso.

La figura esencial en este supuesto es la del supervisor, que será nombrado a petición del deudor que se encuentra en la fase inicial de preparación. Para ello deberá cumplir los requisitos para ser nombrado administrador concursal y cobrará del deudor, en la primera fase y de la masa si se llega a la segunda fase.

La norma que se pretende trata los supuestos de cesión o resolución de contratos vigentes en caso

<sup>22</sup> Véase SJM, Mercantil sección 1 del 21 de abril de 2007 ( ROJ: SJM MA 803/2007 - ECLI:ES:JMMA:2007:803 )

<sup>23</sup> En nuestro derecho véase el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

<sup>24</sup> A efectos laborales se aplicará igualmente el régimen conforme a la Directiva 2001/23/CE y a la STJUE de 28 de abril de 2022, *Federatie Nederlandse Vakbeweging v Heiploeg Seafood International BV y Heitrans International BV*. Asunto C-237/20



## Artículo

de esa venta y su adquisición libre de deudas o pasivos salvo que se pacte de otra forma.

En cuanto al procedimiento destaca en particular la posibilidad, con transparencia y competitividad, de que las partes estrechamente vinculadas puedan adquirir la empresa o parte de la misma. Por otro lado, que cuando se necesite financiación provisional se puedan adoptar medidas por el supervisor o el administrador para obtenerla y recoger un régimen de protección y preferencia de dicha financiación e incluso puedan concederse garantías sobre los ingresos de la venta a los proveedores de financiación provisional con el fin de garantizar el reembolso.

Uno de los puntos trascendentales de ello es lo referido a las garantías. Los Estados deben recoger en su regulación que las garantías se liberarán en los procedimientos de pre-pack con arreglo a los mismos requisitos que se aplicarían en los procedimientos de liquidación. Y además que en caso de liquidación (y por lo tanto aplicable al supuesto) se recoja que ese consentimiento de los créditos garantizados para la liberación de las garantías podrá no exigirse, siempre que las garantías se refieran a activos que sean necesarios para la continuación de la gestión diaria de la empresa del deudor o de una parte de la misma y se cumpla una de las condiciones siguientes: *a) que los acreedores de créditos garantizados no demuestren que la oferta prepack no supera la prueba del interés superior de los acreedores; b) que los acreedores de créditos garantizados no hayan presentado (directamente o a través de un tercero) una oferta de adquisición vinculante alternativa que permita a la masa del concurso obtener una mejor recuperación que con la oferta pre-pack propuesta.*

La figura esencial en este supuesto es la del supervisor, que será nombrado a petición del deudor que se encuentra en la fase inicial de preparación. Para ello deberá cumplir los requisitos para ser nombrado administrador concursal y cobrará del deudor, en la primera fase y de la masa si se llega a la segunda fase.

## V. El procedimiento simplificado de microempresas o winding-up y la consiguiente exoneración de deudas.

El régimen previsto es el de liquidación de empresas insolventes, partiendo de que una microempresa se considerará insolvente a efectos de un procedimiento de liquidación simplificado cuando sea incapaz, en general, de pagar sus deudas a su vencimiento. Y ese procedimiento, que trata de ser lo más simplificado posible y a menor coste, deberá aplicarse incluso aunque no se tengan activos: *La apertura y el desarrollo de un procedimiento de liquidación simplificado no podrán denegarse alegando que el deudor no dispone de activos o que sus activos no son suficientes para cubrir los costes del procedimiento de liquidación simplificado.*

En dicho régimen destaca la utilización de medios electrónicos para notificaciones, el uso de formularios y la limitación de nombramiento de administrador concursal salvo que lo pida el deudor o se financie debidamente por quien lo pide o por la masa.

En todos estos supuestos se partirá del no desapoderamiento del deudor, aunque excepcionalmente podrá ser así. Cuando la autoridad judicial decida que debe privarlo de esa gestión entonces o bien nombrará administrador concursal o bien se puede confiar a un acreedor o bien todas las decisiones pueden estar sujetas a autorización judicial.

De igual manera que ahora tenemos en nuestro derecho se fija un régimen de suspensión de ejecuciones que puede excepcionarse cuando las mismas sean inocuas o bien cuando el perjuicio que se pueda causar al acreedor sea injusto.

La norma regula el régimen de publicidad de la apertura del procedimiento de liquidación, la forma en que se conforman la lista de créditos y determinación de la masa del concurso, la forma de realización y la existencia de una o varias plataformas electrónicas a dichos efectos.

De igual modo la posibilidad de exoneración del empresario individual o del colectivo con responsabilidad ilimitada, se prevé a dichos efectos. Y como novedad aparece la necesidad de coordi-

nar la ejecución singular del avalista respecto del procedimiento de liquidación de la microempresa en cuanto a las garantías prestadas.

## VI. Conclusión.

Hemos dicho antes de comenzar el desarrollo del presente trabajo que todo este conjunto de medidas haría necesaria una nueva modificación de la normativa concursal una vez aprobada la Directiva. Sin embargo, añadimos, deberíamos tener en cuenta lo que dice la exposición de motivos (como justificación) a los efectos de no tener que esperar otra vez dos años para su incorporación al derecho español. Quizás la literalidad de dicha afirmación pueda ser más interesante:

*(...) Las condiciones de competencia no son equitativas, ya que inversiones similares en los Estados miembros con regímenes de insolvencia más eficientes se consideran más atractivas que en los Estados miembros con regímenes de insolvencia menos eficientes, lo que crea un obstáculo significativo al flujo transfronterizo de capitales y al funcionamiento del mercado único de capitales en la UE. También es probable que las empresas de los Estados miembros con marcos de insolvencia más eficientes accedan a una financiación más barata, lo que les confiere una ventaja competitiva en comparación con las empresas de otros Estados miembros (...).*

Buscar por tanto la eficiencia del sistema (la uniformidad también) depende mucho del corto o largo plazo en que se haga y cómo se adapte, ahora y posteriormente ante cualquier disfunción. Lo que afirma la exposición de motivos de la propuesta es que "...los últimos acontecimientos económicos muestran que la economía de la UE sigue siendo vulnerable a importantes perturbaciones y dificultades económicas." Es por ello por lo que antes de que pueda surgir la herida, mucho antes de que sangre fluya, la idea es construir un sistema que aproveche lo bueno de las nuevas medidas para minimizar ese impacto. Si, además, al contrario de lo hecho en las últimas reformas concursales, se adecúa con un régimen procesal igualmente eficiente, quizás podamos

construir una herramienta eficaz para los supuestos de crisis empresarial. Vamos por el camino.

## Bibliografía.

Armour, J. (2001), "A Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review", ESRC Centre for Business Research, Working Paper n. 197, University of Cambridge, March.

Comisión Europea: *Commission staff working document impact assessment report*. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law. SWD/2022/395 final.

Djankov, S., O. Hart, C. McLiesh & A. Shleifer (2008b), "Debt Enforcement around the World", *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 116, No. 6

García-Cruces JA "Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010. Reintegración concursal y mala fe de la parte "in bonis". En *Comentarios BOE 2010-23*

La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R. Vishny (1996), "Law and Finance", NBER Working Paper, 5661

La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer (2006), "What works in securities law?", *Journal of Finance*, Vol. 61, No. 1, February

Shleifer, A., and R.W. Vishny (1992), "Liquidation Values and Debt Capacity: A Market Equilibrium Approach," *Journal of Finance*, Vol. 47, No.4

Supervisor Europeo: Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia. (2023/C 89/05). DO C 89 de 10.3.2023

Valiente D, *Harmonising insolvency laws in the Euro Area: rationale, stock-taking and challenges. What role for the Eurogroup?*. Unión Europea 2016. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/ECON/home.html>,

Rubén López Paz

Economista. Vocal del Consejo Directivo de REFOR y vicedecano del Colegio de Economistas de Pontevedra

## La valoración de las unidades productivas en el concurso. La determinación de la tasa de actualización en el método de descuento de los flujos de caja libres

En los concursos de acreedores, el proceso de valoración de la UPA constituye una tarea compleja y especializada, al tener que trasladar al valor todas las circunstancias que lo deterioran sin tener disponible información sobre transacciones realizadas en el seno de procedimientos de insolvencia.

Habitualmente las UPA concursadas ven deteriorado significativamente tanto su valor como su precio como consecuencia del concurso, lo que hace necesario realizar ajustes en el procedimiento de valoración para calcular su valor de referencia y para estimar su posible precio de transmisión.

### 1. Introducción

Una de las tareas complejas a las que se enfrenta la administración concursal (AC) cuando pretende enajenar una Unidad Productiva (UPA) dentro del concurso de acreedores es el proceder a su valoración. Esta valoración se realiza con dos objetivos: determinar si su potencial venta favorecerá el "*interés del concurso*" en contraposición con la venta agrupada o individual de los activos integrados en su perímetro y establecer una referencia para evaluar las ofertas que puedan presentar eventuales interesados en la adquisición de la misma.

La experiencia ha demostrado que, en la mayoría de los casos, los precios obtenidos por la venta de las UPA en concurso son significativamente inferiores a los que resultarían extramuros del procedimiento de insolvencia. Esto se debe a diversas circunstancias a las que nos referiremos más adelante, mientras que sólo en contadas ocasiones se encuentra la AC con UPA, que podríamos denominar "*de fácil venta*", a cuyo pre-

cio no afecta su situación concursal. Pensemos por ejemplo en una UPA constituida por un parque fotovoltaico que, por sus singulares características, aunque esté integrada en una empresa concursada el procedimiento de insolvencia no afectará a su precio de transmisión.

Consciente de este problema, el legislador ha tratado de afrontarlo mediante la implantación de mecanismos legales que faciliten y agilicen la tramitación de la venta de la UPA en una situación preconcursal, evitando de este modo el deterioro de su valor, a la vez que posibilitando que la enajenación se formalice una vez declarado el concurso, haciendo uso de las posibilidades legales del mismo. Así, en la actual redacción del Texto Refundido de la Ley Concursal, Ley 16/2022 de 5 de septiembre (en lo sucesivo TRLC), estos procedimientos se recogen en el art. 224 bis TRLC, que regula la presentación por parte del deudor de una oferta vinculante junto con la solicitud de concurso, y en los arts. 224 ter a 224 septies TRLC, que establecen el proceso de solicitud del deudor para el nombramiento de

un experto independiente que recabe ofertas en una etapa previa al concurso (el denominado "Prepack").

La pretensión este artículo es dar unas pautas que, por una parte, puedan servir de ayuda a la AC a establecer el valor de referencia de la UPA concursada y, por otra, contribuyan a estimar el posible impacto en el precio al que finalmente se podría realizar la transacción.

## 2. Causas de la probable pérdida de valor y causas del impacto en el precio

La pérdida de valor de la empresa o UPA concursada es debida al efecto conjunto de potenciales factores o circunstancias específicos de su situación y/o del procedimiento de insolvencia, tales como deterioro de imagen empresarial, resolución de contratos, abandono de personal o directivos claves del proyecto, pérdida de calificaciones administrativas, incertidumbres en las relaciones con terceros, etc. El posible impacto de estas circunstancias deberá estimarse en la medida de lo posible y habrá de considerarse en la revisión del plan de negocio por la AC y, por tanto, recogerse en sus proyecciones financieras de futuro.

Más allá de las causas comentadas que hacen necesarios ajustes en el plan de negocio, es altamente probable que también afecte a su valoración la mayor rentabilidad exigida por los potenciales compradores a la inversión. En un contexto concursal, es frecuente que los interesados presenten una desconfianza adicional hacia el cumplimiento de las proyecciones financieras, fundada, entre otros, en la mayor complejidad en la predicción de la evolución futura del negocio tras el concurso, en la inexistencia de un compromiso del equipo directivo hacia el cumplimiento del plan de negocio, -ya que normalmente éstos no continuarán en la empresa-, así como en la duda sobre la existencia de posibles contingencias de todo tipo a

En un contexto concursal, es frecuente que los interesados presenten una desconfianza adicional hacia el cumplimiento de las proyecciones financieras, fundada, entre otros, en la mayor complejidad en la predicción de la evolución futura del negocio tras el concurso, en la inexistencia de un compromiso del equipo directivo hacia el cumplimiento del plan de negocio

pesar de la protección que en este sentido otorga el TRLC.

Esta percepción de mayor incertidumbre en el cumplimiento del plan de negocio, y por ende de mayor riesgo, inducirá al comprador a exigir una rentabilidad a su inversión superior a la que exigiría a la misma UPA en condiciones normales de mercado.

Además de los anteriores factores, cuya valoración no es sencilla, existen otras circunstancias propias del concurso que, sin afectar al valor de la UPA, podrían influir significativamente en el precio final de la transacción y que son difícilmente cuantificables debido al alto grado de subjetividad que requiere su estimación.

La causa principal que provoca estas circunstancias es el tiempo limitado que existe en el concurso para realizar la transacción. Así el plazo máximo disponible para la tramitación y perfección de la compraventa estará acotado siempre por los plazos del procedimiento concursal -plan o reglas de liquidación- y también, en muchas ocasiones, por la falta de recursos que permitan el mantenimiento de una actividad productiva que evite una mayor depreciación de la UPA hasta el punto de que su venta no sea viable.

Una vez transcurrido el más breve de estos plazos, la AC estará abocada a desistir en su intento de venta de la UPA y proceder subsidiariamente, a la liquidación atomizada de los activos que la

## Artículo

componen, con el consiguiente perjuicio para el concurso que perderá unos recursos que hubiesen redundado en una mayor satisfacción de los acreedores y, adicionalmente, no conseguirá alcanzar el objetivo de lograr la continuidad de una actividad empresarial viable.

Esta premura, provoca menor competencia en el proceso de venta, - ya que limita la búsqueda y el contacto con posibles interesados- y puede desincentivar a los potenciales compradores a dedicar los recursos y tiempo necesarios para el análisis de la inversión, optando por presentar ofertas oportunistas. La menor liquidez de la operación, es conocida tanto por la AC, dispuesta a vender por un precio inferior al valor de la UPA en condiciones de libre competencia, como por los interesados en su adquisición, quienes tratarán de aprovechar la situación para comprar al precio más bajo posible.

Estas circunstancias provocadas por la premura para finalizar la transacción, aunque no inciden en el valor de la UPA, es claro que afectan a su precio de transmisión y la AC deberá también considerarlas en el proceso de enajenación de la misma.

### 3. El proceso de valoración

Si realizar una valoración rigurosa de cualquier empresa o UPA en condiciones normales de mercado no resulta sencilla, dentro del concurso de acreedores, por las singulares condiciones en las que el proceso de compraventa se desarrolla, la labor se complica sobremanera.

El proceso de valoración debe tener en cuenta todos los hechos y circunstancias que puedan afectar al valor de la UPA, así como aquellos ajustes o descuentos que puedan impactar en el precio final de venta. Algunos de estos ajustes han sido ampliamente desarrollados por la literatura especializada, pero los mismos no son, en su mayoría, aplicables o extrapolables a empresas o UPA concursadas.

Hasta la fecha no existen en España investigaciones rigurosas que puedan ayudar al valorador a incorporar al proceso de valoración el efecto de los ajustes que provoca la situación concursal, ni siquiera se puede contar con estadísticas generales sobre la minusvaloración global que afecta a las compraventas de UPA en concurso. Por tanto, la AC deberá considerar las circunstancias de cada caso concreto y tratar de trasladarlas al proceso de valoración con la finalidad de obtener tanto un resultado que constituya un valor de referencia como una estimación del precio al que se realizará la compraventa.

Conviene resaltar la diferencia entre valor y precio en el proceso de enajenación. Mientras el primero es el resultado de aplicar una metodología de valoración objetiva, teniendo en cuenta la rentabilidad exigida por los recursos a este tipo de inversión, el precio es consecuencia del cruce de la oferta y la demanda, esto es, del interés y existencia de compradores dispuestos a pagar un importe por el activo y del interés del vendedor a cerrar su enajenación en dicho importe. Por tanto, valor y precio podrán diferir sustancialmente.

Para determinar el valor de referencia, en la mayoría de los casos es necesario utilizar más de un sistema de valoración. Los más habituales son:

- Valor de liquidación. La AC siempre deberá calcular y considerar como valor mínimo de la UPA el valor de liquidación de los activos que la integran, deduciendo del mismo el importe de la deuda en la que se subroguen los ofertantes por imperativo legal (sucesión de empresa) o voluntariamente (DS), y deduciendo también el importe de las indemnizaciones (trabajadores, contratos, etc.) que con la venta y consiguiente continuidad de la actividad productiva se evitarían al concurso (I). Es decir:

$$\text{Valor UPA} = \text{VL activos} - \text{DS} - \text{I}$$

Este valor, que podemos denominar "*valor suelo*", debe tenerse presente tanto inicialmente, para decidir si es favorable para el

concurso iniciar el proceso de venta, como durante el desarrollo del mismo, para considerarlo como un precio mínimo por debajo del cual, salvo excepciones en interés del concurso, no se aceptarán ofertas.

- Método de múltiplos. Es habitual también la valoración mediante la utilización del denominado "*método de múltiplos*", sistema que consiste en examinar (habitualmente utilizando bases de datos especializadas) precios de compraventas recientes de empresas o UPA pertenecientes al mismo sector y compararlos con indicadores de la riqueza generada por esas empresas (ventas, beneficios, EBITDA u otros), determinando cuantas veces el precio contiene el indicador. Se basa en aplicar el mismo multiplicador promedio del sector sobre el indicador de la UPA que se está valorando.

Este método tiene como gran ventaja su sencillez y se suele emplear como método comparativo. No obstante, dentro del concurso se deberá interpretar su resultado con cautela debido a que este método, evidentemente, no contempla la pérdida de valor que sufre la empresa o UPA concursada.

- Descuento de flujos de caja. Además de la utilización de los dos sistemas de valoración descritos u otros, habitualmente tanto dentro como fuera del concurso las UPA o empresas se valoran en función de su capacidad para generar riqueza. Para ello, el método comúnmente utilizado es el de descuento de flujos de caja, que calcula el valor actual de la empresa y de los accionistas, a partir de los flujos de efectivo que se espera que genere la UPA en el futuro y que son susceptibles de ser repartidos sin menoscabo del funcionamiento normal de la misma. Este es el método generalmente aceptado y sobre el que se centra el objeto de este artículo.

Finalmente, una vez obtenido el valor de referencia y como hemos mencionado, éste deberá ser a su vez ajustado para acercarse al precio final

al que previsiblemente se realizará la transacción.

## 4. Método de descuento de flujos de caja libres

### 4-a) Descripción del método

Bajo este sistema el valor de la UPA será el valor actual de los flujos libres de caja que se prevé que genere la actividad en los próximos años (habitualmente entre 5 y 10), adicionando el valor residual que se estima que tendrá la UPA tras la generación de los flujos previstos y deduciendo, en su caso, la deuda incluida en el perímetro en la que se subroga el adquirente. Es decir:

$$\text{Valor UPA} = V_A \text{ FCL} + V_A \text{ VR} - \text{DS}$$

Dónde:

$V_A \text{ FCL}$  = Valor actual de los flujos de caja libres

$V_A \text{ VR}$  = Valor actual del valor residual

DS = deuda subrogada

Para determinar los flujos de caja libres se aplica la siguiente fórmula:

$$\text{FCL} = \text{BNO} + \text{AMORT} + \text{DPR} - \text{INV}$$

Siendo:

BNO = Beneficio neto operativo = EBIT x (1 - t)

AMORT = Amortizaciones

DPR = Depreciaciones

INV = Inversiones en activo fijo y fondo de maniobra

t = tasa impositiva

A continuación, se calcula el valor actual de los FCL ( $V_A \text{ FCL}$ ) mediante la aplicación de una tasa de descuento (r):

$$V_A \text{ FCL} = \frac{CF_1}{(1+r)^1} + \frac{CF_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{CF_n}{(1+r)^n}$$

## Artículo

El cálculo del valor residual, sin considerar crecimiento de los flujos, y de su valor actual se realiza de la siguiente forma:

$$VR = \sum_{t=n}^{\infty} \frac{CF_t}{(1+r)^t} \approx \frac{CF_n}{r} \quad V_A VR = \frac{CF_n}{r} \times \frac{1}{(1+r)^n}$$

En el contexto de empresas y UPA en concurso el problema que se le plantea al valorador es cómo aplicar el método para obtener un valor realista, considerando su minusvaloración debido a las especiales circunstancias en las que se desarrolla la compraventa.

La estimación del impacto en el valor como consecuencia de los factores a los que anteriormente hemos hecho referencia deberá realizarse a través de dos mecanismos:

- Comprobar que las proyecciones financieras resultantes del plan de negocio estén realizadas de manera prudente y conservadora.
- Ajustar la tasa de descuento para incorporar el efecto de la situación concursal y de la mayor incertidumbre en las previsiones futuras.

### 4-b) Ajustes en la tasa de actualización

Como tasa de actualización o descuento ( $r$ ) se utiliza el coste medio ponderado de capital (WACC por sus iniciales en inglés), que tiene en cuenta tanto el coste de los recursos propios como el coste de la deuda con los que se financia la UPA. Su fórmula de cálculo es la siguiente:

$$\text{Tasa de actualización (r)} = KRP \times \frac{RP}{RP+D} + KD \times \frac{D}{RP+D} (1-t)$$

Dónde:

RP = recursos propios

D = deuda financiera

KRP = coste recursos propios (rentabilidad exigida por los inversores)

KD = coste de la deuda

t = tasa impositiva

En el contexto de empresas y UPA en concurso el problema que se le plantea al valorador es cómo aplicar el método para obtener un valor realista, considerando su minusvaloración debido a las especiales circunstancias en las que se desarrolla la compraventa.

En las valoraciones de las UPA concursadas es razonable que los ajustes en la tasa de descuento se introduzcan a través de dos vías: el coste de los recursos propios (KRP) y la determinación de la estructura financiera (EF).

### 4-b.1) Coste de los recursos propios. La prima del concurso

El coste de los recursos propios se refiere a la rentabilidad exigida por el accionista a una inversión concreta. Esta rentabilidad está en función del riesgo del negocio o proyecto desarrollado por la empresa en cuestión. La fórmula más utilizada para la estimación de los recursos propios en la valoración de empresas es el CAPM (por sus iniciales en inglés).

Según este modelo, la estimación de la rentabilidad exigida por los inversores se descompone en la rentabilidad libre de riesgo ( $R_f$ ) más la prima de riesgo del mercado ( $R_m - R_f$ ), ponderada por la sensibilidad de la rentabilidad de la empresa o UPA en relación a la rentabilidad del mercado.

$$KRP = R_f + \beta (R_m - R_f)$$

La principal ventaja del método del CAPM es posibilitar un cálculo del coste de los recursos propios de forma objetiva, mediante la aplicación de una fórmula con datos que, teóricamente, son universales y pueden obtenerse o calcularse de fuentes públicas (mercados, bancos centrales, etc.).

No obstante, en la práctica, el proceso de cálculo tanto de la prima de mercado como de la beta



es dificultoso y con cierta carga de subjetividad, pudiendo su resultado tener una alta influencia en la determinación del WACC.

Adicionalmente, esta fórmula de cálculo del KRP mediante el CAPM, no contempla ningún factor que recoja específicamente el riesgo de una inversión en una UPA concursada, -al que podríamos llamar "prima del concurso" -, si bien, es una realidad que en la gran mayoría de los casos de venta de este tipo de UPA, existen una serie de circunstancias y factores propios del concurso que redundan en mayor incertidumbre y, por tanto, en un mayor riesgo sobre la consecución de los flujos de caja futuros estimados, y que por tanto, afectarán necesariamente a la rentabilidad exigida a la inversión por los compradores.

Entre otras, las circunstancias que podrían afectar al cumplimiento de las proyecciones financieras sobre las que se basa la valoración, pueden ser:

- Eventuales consecuencias del deterioro de la imagen de marca y de la imagen empresarial.
- Posible pérdida de clientes.
- Desconfianza de proveedores y posible resolución de contratos.
- Dificultad al acceso y/o mantenimiento de la financiación o endurecimiento de sus condiciones
- Posible salida de directivos, sobre todo en aquellos casos de coincidencia entre propiedad y dirección, o falta de compromiso de los mismos en el cumplimiento del plan de negocio.

Por tanto, para trasladar estos riesgos propios del concurso al KRP debemos incrementar el CAPM en un porcentaje que denominamos "prima del concurso" (PC). Dicho coste será:

$$\text{KRP} = R_f + \beta (R_m - R_f) + \text{PC}$$

Evidentemente esto supone una nueva dificultad, consistente en determinar el importe de la PC de acuerdo con aquellos factores que en cada caso

concreto incrementen la rentabilidad exigida por el inversor. Sin duda es esta una circunstancia que además aumenta notablemente el grado de subjetividad en el cálculo del WACC.

Una forma de aproximar el KRP para el caso de las UPA concursadas, sería asimilar la rentabilidad exigida por los inversores a aquella que exigirían los fondos de capital riesgo a la hora de entrar en una "startup". Aunque no se trata de situaciones idénticas tienen similitudes, pues ambas inversiones presentan incertidumbres y riesgos considerables. Históricamente estos fondos de capital han exigido una prima de un 5% sobre la rentabilidad esperada de la bolsa que podría ser razonablemente exigida por un inversor de una UPA en concurso.

#### 4-b.2) La estructura financiera

La EF se puede definir como la forma de financiación de los activos que integran la empresa o UPA a través de una combinación de recursos propios y deuda con coste.

Hemos visto que en el cálculo de la tasa de descuento es parte fundamental la EF de la UPA, esto es, la proporción entre los recursos propios y ajenos con los que está financiada.

Sin embargo, es un hecho cierto que, excepto en la parte de la deuda que previsiblemente se subrogue el adquirente (DS), se desconoce cuál será la proporción entre deuda con coste y recursos propios con la que será financiada la adquisición que, por distintos motivos, puede distar mucho del promedio del sector, llegando incluso en las UPA de tamaño reducido a no ser excepcional la financiación exclusiva con recursos propios del inversor.

Puesto que habitualmente el coste de la deuda (KD) es inferior al de los recursos propios (KRP) es evidente que cuanto mayor sea la proporción de estos últimos sobre la financiación total, mayor valor arrojará el WACC y, consecuentemente, menor será el valor calculado.

## Artículo

Es también por tanto en esta variable donde el valorador debe incidir, estableciendo en su cálculo una estructura financiera “promedio” si prevé que la venta de la UPA no debe verse afectada en exceso por las circunstancias del concurso y, en caso contrario, tender a establecer un mayor peso de los recursos propios justificado por las dificultades que podría encontrar el inversor para obtener financiación ajena.

Establecer el peso de cada fuente financiera es otra labor que dependerá de cada caso concreto y que siempre contará con un alto grado de subjetividad, aunque consideramos prudente estimar que la proporción de la deuda con coste sobre el total de la financiación no sobrepasará el 30%.

### 4-c) Análisis de sensibilidad

Habitualmente, debido a la dificultad en el cálculo objetivo de alguno de los factores que integran el WACC y al efecto de pequeñas variaciones en los mismos en el resultado final de la valoración, es recomendable realizar un análisis de sensibilidad, con el fin de poder ofrecer también una conclusión sobre el posible rango de valor de la empresa o negocio.

Como hemos expuesto, dentro del concurso existen nuevos factores determinantes con un alto grado de subjetividad, por lo que se torna casi imprescindible realizar un análisis de sensibilidad para examinar los cambios en el valor como consecuencia de variaciones en el KRP y en la EF considerados.

## 5. Aproximación al precio de transacción

Una vez calculado el rango de valor de la UPA, y de cara a la estimación de un posible precio de su transmisión, dicho valor debe ser ajustado, por razón de aquellas circunstancias propias del concurso que, aunque no afectan a su valor per se, sí que inciden en el precio final de la compra-

venta, fundamentalmente debidas al corto plazo disponible para el proceso de venta y a la consiguiente posible utilización de procedimientos no idóneos.

Entre otras, estas circunstancias son:

- Número reducido de interesados, lo que dificulta, o impide, la existencia de un proceso de venta en competencia entre interesados (iliquidez de la operación).
- Falta de tiempo en la preparación de las ofertas, y el propio procedimiento marcado por la ley, hará que los interesados no destinen los recursos y tiempo necesario para preparar sus ofertas. Por tanto, éstas serán más oportunistas y tendentes a la baja para cubrir riesgos.
- Posición de fuerza de los ofertantes que tratarán de adquirir la UPA al menor precio posible.
- Posición de debilidad del vendedor que aceptará la venta por un precio inferior a su valor mientras este sea superior al valor suelo con el fin de evitar la venta atomizada de los activos.

El sistema para trasladar estos factores, normalmente cuantificables con altísima carga de subjetividad, al valor de la UPA de tal forma que obtengamos una aproximación al precio por el que finalmente se realizará la transacción, no podrá ser, el mecanismo de la tasa, puesto que son factores que afectan al precio y no al valor. Debemos aplicar, por tanto, el mecanismo de descuento, adaptando su cuantificación a la UPA concursada cuya enajenación se pretende.

Fuera del concurso existe amplia documentación y cierto consenso sobre el rango de descuentos a aplicar en los casos de falta de liquidez, oscilando la cifra más comúnmente aceptada de los mismos entre el 20 y el 35% dependiendo del sector. A falta de información estadística sobre el descuento por falta de liquidez en el concurso consideramos aceptable el importe mencionado, que siempre deberá adaptarse a cada caso concreto.

## 6.-Ejemplo. La incidencia de la prima del concurso en el KRP y de la EF en la valoración de la UPA

· Supongamos una UPA con los siguientes activos y deudas afectas:

- Valor liquidación activos	3.250
- Salarios pendientes	300
- Deuda Seguridad Social	100
- Coste indemnizaciones	800

· El cálculo de los flujos de caja previstos es el siguiente:

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
BNO: EBIT(1-t)	141	255	298	326	419
Amort. + Deprec.	342	304	310	316	313
<b>Flujo de caja</b>	<b>483</b>	<b>559</b>	<b>608</b>	<b>642</b>	<b>732</b>
Inversiones AF	-100	-100	-100	-100	-100
Inversiones FM	-179	-152	-178	-198	-193
<b>Flujo de caja libre</b>	<b>204</b>	<b>307</b>	<b>330</b>	<b>344</b>	<b>439</b>

· Consideramos la inversión para su adquisición será financiada íntegramente con RP y que KRP = 10%  
a) Valor UPA (método descuento flujos de caja libre):

$$V_A^{FCL} = \frac{204}{(1,1)^1} + \frac{307}{(1,1)^2} + \frac{330}{(1,1)^3} + \frac{344}{(1,1)^4} + \frac{439}{(1,1)^5} = 1.194$$

$$V_A^{VR} = \frac{439}{(0,1)} + \frac{1}{(1,1)^5} = 2.726$$

$$\text{Valor UPA} = 1.194 + 2.726 - 300 - 100 = 3.520$$

b) Análisis de la sensibilidad del WACC y del valor de la UPA respecto de la PC y la EF  
Estudiaremos las variaciones experimentadas por el WACC del ejemplo (10%) y de la valoración de la UPA (3.520) respecto de una PC que incremente el KRP desde un 20 hasta un 50% y una EF en la que la proporción de los RP sobre el total de la EF se vaya reduciendo del 100% del ejemplo hasta el 70%. Consideraremos para el análisis KD = 6% y t = 25%:

WACC		RP/EF				VALOR UPA		RP/EF			
		100%	90%	80%	70%			100%	90%	80%	70%
KRP	12,0%	12,0%	11,3%	10,5%	9,8%	KRP	12,0%	2.805	3.043	3.316	3.631
	12,5%	12,5%	11,7%	10,9%	10,1%		12,5%	2.663	2.897	3.166	3.478
	13,0%	13,0%	12,2%	11,3%	10,5%		13,0%	2.532	2.761	3.026	3.335
	13,5%	13,5%	12,6%	11,7%	10,8%		13,5%	2.411	2.636	2.897	3.202
	14,0%	14,0%	13,1%	12,1%	11,2%		14,0%	2.298	2.519	2.776	3.077
	14,5%	14,5%	13,5%	12,5%	11,5%		14,5%	2.194	2.411	2.663	2.960
	15,0%	15,0%	14,0%	12,9%	11,9%		15,0%	2.097	2.309	2.557	2.850

Observamos que en función de la combinación de los distintos valores del KRP y RP/EF el WACC varía entre el 9,8% y el 15% y el valor de la UPA entre 2.097 y 3.631.  
Este rango de valores deberá ser una orientación a utilizar por la AC a la hora de analizar la razonabilidad de las ofertas presentadas por la UPA, así como para tener una expectativa sobre el posible precio de la transacción.

c) Descuento por iliquidez

Si, por ser necesario en el caso concreto, consideramos un descuento por falta de liquidez del 20%, el precio previsible de transmisión de la UPA será en cada una de las combinaciones estudiadas el siguiente:

		RP/EF			
		100%	90%	80%	70%
KRP	12,0%	2.244	2.435	2.653	2.905
	12,5%	2.130	2.317	2.532	2.782
	13,0%	2.025	2.209	2.421	2.668
	13,5%	1.928	2.109	2.317	2.562
	14,0%	1.839	2.015	2.221	2.462
	14,5%	1.755	1.928	2.130	2.368
	15,0%	1.677	1.847	2.046	2.280

No debemos olvidar el denominado valor suelo, resultante de la venta individual de los activos integrados en la UPA menos las deudas que se evitarían al concurso con la venta de la misma que, salvo excepciones, no debemos sobrepasar.

$$\text{Valor UPA} = 3.250 - 300 - 100 - 800 = 2.050$$

En este supuesto, el rango de precios aceptables se reduce y, aunque excepcionalmente la AC podrá, en interés del concurso, vender por debajo de este valor mínimo, deberá hacer lo posible para evitar las circunstancias que provocan la iliquidez.

## 7. Conclusiones

En los concursos de acreedores el proceso de valoración de la UPA constituye una tarea compleja y especializada, al tener que trasladar al valor todas las circunstancias que lo deterioran sin tener disponible información sobre transacciones realizadas en el seno de procedimientos de insolvencia.

Habitualmente las UPA concursadas ven deteriorado significativamente tanto su valor como su precio como consecuencia del concurso, lo que hace necesario realizar ajustes en el procedimiento de valoración para calcular su valor de referencia y para estimar su posible precio de transmisión.

En lo que respecta al cálculo del valor, bajo la aplicación del método generalmente aceptado de descuento de flujos libres de caja, consideramos adecuado diferenciar dos tipos de ajustes para recoger la incidencia que la situación concursal tiene en el valor de la UPA:

En la mayor parte de los casos será necesaria una revisión a la baja del plan de negocio y de sus proyecciones financieras para que recojan el impacto del concurso.

Será necesaria la modificación de la tasa de actualización de los flujos de caja en aras de lograr una mayor objetividad en la incorporación de las distintas incertidumbres y riesgos que provocan una mayor exigencia de retorno por los inversores.

Estos ajustes en la tasa de descuento se harán a través del incremento del KRP (prima del concurso) y de la EF estimados, realizando un análisis de sensibilidad sobre estas variables para concluir en un rango de valor.

Puesto que, debido a la premura del proceso, las transacciones dentro del concurso presentan habitualmente un número limitado de interesados, será en ocasiones también necesario para estimar el precio previsible de la transacción realizar un ajuste sobre el valor de la UPA mediante la aplicación de un descuento por iliquidez.

Habitualmente las UPA concursadas ven deteriorado significativamente tanto su valor como su precio como consecuencia del concurso, lo que hace necesario realizar ajustes en el procedimiento de valoración para calcular su valor de referencia y para estimar su posible precio de transmisión.

La cuantificación de todos los ajustes mencionados debe ser determinada de acuerdo con las características y circunstancias de cada transacción.

Una vez calculado el rango de valores y precios a los que se estima que se podrá realizar la transacción, será necesario considerar el valor suelo, resultante de la venta individual de los activos que integran la UPA, que será un valor mínimo por debajo del cual no se deben aceptar ofertas,

a no ser que la AC entienda que la continuidad de la actividad empresarial es más favorable para el interés del concurso que los recursos que se pierden por no proceder con la liquidación atomizada.

## Bibliografía

Alonso Cañadas, J. y Casado Belmonte, P. (2010). La aplicación de primas y descuentos en la valoración de empresas.

Blanco, R. (2018). El descuento de liquidez en compañías privadas. Blog de Bewater Funds.

Loscertales Alcaraz, A. (2019). Análisis de la estimación del WACC en la valoración de empresas. Comillas. Universidad Pontificia.

Rojas Graell, J.; Bertrán Codina, S. y otros. "Praxis del administrador y mediador concursal. Gestión eficiente del concurso". Profit Editorial. ISBN978-84-16583-93-5.



## Diego Artacho Martín-Lagos

Abogado. Inspector de Hacienda en excedencia. Socio director del departamento de penal, económico y compliance de DWF-RCD.

# Prevención del blanqueo de capitales

La política de prevención del blanqueo de capitales está presente, desde finales de 1980, en la actuación de las autoridades españolas, como reacción a su creciente preocupación ante la criminalidad financiera, derivada, entre otras, del tráfico de drogas, del terrorismo o de cualquier otra forma de delincuencia organizada, especialmente la económica. Hoy día nadie pone en duda la incidencia de esta política en el día a día de las empresas y de los profesionales que intervienen en su asesoramiento jurídico y/o económico.

Ante el riesgo de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, se estableció en nuestro país una política de prevención, con instituciones y normas jurídicas propias, siendo la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, el referente básico en esta materia.

Para la ejecución de la normativa y la política contra el blanqueo, se creó en España la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, adscrita a la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, que tiene atribuida, entre otras funciones, la competencia de dirigir e impulsar las actividades de prevención de la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores, para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Todo ello nació para intentar evitar el riesgo de penetración de las organizaciones criminales en el sistema financiero a escala internacional, lo que dio lugar a una política internacional coordinada, cuya manifestación más relevante fue la creación en 1989 del Grupo de Acción Financiera (GAFI-FATF).

El GAFI aprobó un año después una serie de Recomendaciones que se convirtieron en el estándar internacional en materia de prevención de

blanqueo de capitales y de la financiación al terrorismo (en adelante, "PBC/FT") y que supusieron la base de la Primera Directiva Comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991). Desde entonces, la especialización de las técnicas utilizadas por las bandas criminales ha motivado la constante mejora de los estándares internacionales y, como consecuencia de ello, en el derecho comunitario y por extensión en el nacional.

La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, también conocida como Tercera Directiva, fue traspuesta a nuestro ordenamiento a través de la citada Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (en adelante, "Ley 10/2010"), que fue desarrollada a partir del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Esta normativa estableció un marco general que se ha ido modificando y adaptando a la nueva normativa europea y a las recomendaciones de organismos internacionales como el GAFI.

La Ley 10/2010 junto con el resto de normativa aplicable en esta materia, tiene como objetivo establecer medidas que protejan la integridad del sistema financiero. Es por ello por lo que esta Ley lista una serie de personas, físicas y jurídicas, a las que exige el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la misma, por considerar que el sector de actividad en el que operan suponen o pueden suponer un riesgo mayor de comisión de estos tipos delictivos.

A modo de ejemplo, se encuentran recogidos como sujetos obligados de la Ley 10/2010 las entidades de crédito, las entidades aseguradoras, pero también profesionales como abogados, notarios, y, en lo que ahora nos ocupa, los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales, así como aquellas personas que, con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable, presten los siguientes servicios a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídica; ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso («trust») expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

Los sujetos obligados deben cumplir un conjunto de medidas u obligaciones, que pueden distinguirse en tres tipologías: las obligaciones de control interno, las medidas de diligencia debida y las obligaciones de información.

Los sujetos obligados deben cumplir un conjunto de medidas u obligaciones, que pueden distinguirse en tres tipologías: las obligaciones de control interno, las medidas de diligencia debida y las obligaciones de información.

Respecto a las **obligaciones de control interno**, éstas suponen (i) la creación de un órgano de control responsable de implementar las medidas destinadas a prevenir el blanqueo de capitales, conocido como Órgano de Control Interno (OCI); (ii) nombrar a un Representante ante el SEPBAC, quien será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información, entre otras; (iii) aprobar un Manual de PBC/FT en el que se incluya la política de admisión de clientes y se clasifiquen estos en función del nivel de riesgo; (iv) se elabore un plan anual de formación en materia de PBC/FT; (v) se garanticen altos estándares éticos de empleados directivos y agentes; (vi) se lleve a cabo un examen de revisión interna y otro examen por parte de un experto externo y (vii) se ponga a disposición de empleados, directivos y agentes, un canal de comunicaciones.

Respecto a las **medidas de diligencia debida**, consisten (i) en identificar de manera formal al cliente, así como a sus titulares reales (entiéndase por titular real toda persona por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones, o aquella persona física que ostente un porcentaje de participación superior al 25% del capital o derechos de voto de una persona jurídica o de un instrumento jurídico que administre o distribuya fondos; también tendrán la consideración de titulares reales de una sociedad los miembros del órgano de administración en otras circunstancias, cuando en la sociedad no haya ninguna persona física con el porcentaje anteriormente referido); (ii) conocer el propósito e índole de la relación de negocios; (iii) llevar a cabo un seguimiento continuo de la relación de negocios con



el cliente, conociendo las operaciones que ha efectuado a lo largo de la relación para garantizar que coincida con el conocimiento que el sujeto obligado tiene de sus clientes.

La ley de PBC permite a los sujetos obligados que puedan decidir sobre la aplicación de medidas simplificadas de diligencia debida ante cierta tipología de cliente y de productos. A modo ejemplificativo, se permite esta relajación de las medidas con entidades de derecho público, entidades financieras, entidades cotizadas de la Unión Europea o países terceros equivalentes. Por el contrario, se exige la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida, en aquellos casos en los que se considera que hay mayor riesgo de que se cometa el blanqueo de capitales. Por ejemplo, en servicios de banca privada, en operaciones con cierto tipo de estructura, personas con responsabilidad pública, clientes de jurisdicciones consideradas de riesgo por organismos nacionales, europeos e internacionales (GAFI), entre otros.

Por último, se establecen las **obligaciones de información**, relativas a la comunicación de los sujetos obligados con la "unidad de inteligencia financiera española", encarnada por el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales (más conocido como "SEPBLAC"). Se encuentran dentro de esta tipología las comunicaciones por indicios de blanqueo de capitales y de financiación al terrorismo, los exámenes especiales, la abstención de ejecución, la conservación de documentos, así como la absoluta obligación de colaboración con el SEPBLAC ante cualquier requerimiento de información que este realice.

Cabe destacar que la última Directiva aprobada en materia de PBC/FT, la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto Ley 7/2021, ha introducido cambios significativos como la promulgación de la cooperación entre los Estados miembros y las autoridades compe-

tentes facilitando el intercambio de información y estableciendo mecanismos para mejorar la cooperación transfronteriza. Asimismo, ha introducido la creación de un Registro Central de titulares reales en cada Estado miembro de la Unión Europea, permitiendo mayor transparencia. Por su parte, dicha Directiva también introdujo la ampliación de los sujetos obligados, así como sanciones más severas para los sujetos obligados.

El enfoque basado en el riesgo (RBA) como prioridad en las políticas de prevención del GAFI.

Por otra parte, hay que destacar la importancia que el GAFI da en la lucha contra el blanqueo de capitales al **enfoque basado en el riesgo** (RBA), política con la que pretende conseguir una asignación eficiente de recursos allí donde los riesgos son mayores y la aplicación de medidas preventivas razonables y proporcionales a la naturaleza de esos riesgos. Este RBA implica que, ante los riesgos de lavado de dinero y financiación del terrorismo (LD/FT), los países, las autoridades competentes, los supervisores y los sujetos obligados deben proceder según un esquema de 3 fases: (i) identificación, evaluación y comprensión de los riesgos; (ii) adopción de las medidas apropiadas, bajo la premisa de que no es enfoque de "fracaso cero", para mitigar y gestionar esos riesgos; y (iii) control de su evolución, documentando de forma apropiada todas las fases anteriores.

En 2019, GAFI publicó cuatro guías sobre RBA dirigidas a respectivamente a los profesionales del DERECHO, a los profesionales de la CONTABILIDAD, a quienes prestan SERVICIOS A LAS EMPRESAS Y FIDEICOMISOS y a los proveedores de servicios de ACTIVOS VIRTUALES.

Estas Guías, que no tienen carácter vinculante, recuerdan a sus destinatarios que cuando prestan sus servicios deben valorar el riesgo de LD/FT al que se enfrentan. Con este fin, a partir de la experiencia de los distintos países, las autoridades y los sectores a los que aplica, desarrollan

El enfoque basado en el riesgo (RBA) como prioridad en las políticas de prevención del GAFI.

criterios interpretativos comunes de lo que implica un RBA en cada uno de ellos, describen los principios generales que inspiran su aplicación y dan ejemplos de buenas prácticas para su diseño e implementación.

Las tres primeras Guías sugieren clasificar los riesgos de LD/FT, para facilitar su valoración posterior, en tres categorías: riesgo de país o geográfico, riesgo de cliente y riesgo de transacción o servicio. Tras esta identificación y valoración, que los sujetos obligados deben documentar debidamente, deben proceder a la mitigación del riesgo, siendo ineludibles para este fin las medidas de diligencia debida, haciendo hincapié al respecto en la identificación del titular real del cliente persona jurídica.

Estas Guías pueden consultarse en los siguientes enlaces, todos ellos en inglés

La Guía para los profesionales del derecho:

<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-LegalProfessionals.pdf>

La Guía para los profesionales de la contabilidad:  
<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Accounting-Profession.pdf>

La Guía para los prestadores de servicios a fideicomisos y empresas, que es aconsejable para los profesionales que actúen como directivos o secretarios de una sociedad u ocupen un puesto similar en esta; proporcionen un domicilio social o dirección comercial a una empresa; o actúen como fiduciarios de un fideicomiso:

<http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Trust-Company-ServiceProviders.pdf>

Finalmente, la Guía para los proveedores de servicios de activos virtuales se emite tras la revisión

de las Recomendaciones GAFI con la que se aclara cómo debían aplicarse los requisitos contra el LD/FT a estos activos y a los proveedores de servicios relacionados con los mismos. Con este fin, la Guía informa a estos proveedores que para aplicar las Recomendaciones deben apoyarse en herramientas como la debida diligencia del cliente, el mantenimiento de registros y el reporte de operaciones sospechosas, entre otras, para mitigar de manera adecuada el LD/FT. Puede accederse a la Guía en <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/RBA-VA-VASPs.pdf>

Para terminar, y en relación a la obligación fundamental, en materia de prevención del blanqueo de capitales, de identificar al titular real de las personas jurídicas a las que se asesora, el GAFI ha publicado un documento con las soluciones adoptadas por algunos países para lograr, mediante el uso de uno o más mecanismos (enfoque de la sociedad, enfoque de información existente y enfoque de registro), un nivel satisfactorio de transparencia. Puede accederse al documento publicado por GAFI, a través del siguiente enlace: <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/Best-Practices-Beneficial-Ownership-LegalPersons.pdf>

España ya ha adoptado los mecanismos apropiados para garantizar la transparencia del titular real de las personas jurídicas, habiendo además contribuido a la lista de mejores prácticas recogidas en este documento.

Como habrá observado el lector, si ha conseguido llegar hasta aquí, todo un mundo de normas, directrices, recomendaciones, y sanciones, orientado a un fin superior, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo internacional, una cruzada de los estados de nuestro entorno para protegerse de las organizaciones criminales internacionales atacando la base de su poder, la financiación de sus actividades criminales, con la ayuda inestimable de los operadores privados del mundo financiero, económico y jurídico.

Santiago Aragonés Seijo

Magistrado titular. Juzgado de lo Mercantil de Girona

## Preconcurso fraudulento

El concurso permite al deudor negociar con sus acreedores un plan de reestructuración con la seguridad de que no se podrán iniciar o continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos necesarios para su actividad empresarial o profesional. Sin embargo, esa paralización automática de las ejecuciones puede utilizarse por el deudor sin intención de negociar ninguna reestructuración y emplearse únicamente para ganar cuatro meses más sin el deber de solicitar el concurso. Los acreedores podrán recurrir en revisión el decreto que tenga por efectuada la comunicación de apertura de negociaciones para alegar, y acreditar, que el concurso se ha presentado en fraude de ley.

### 1. El concurso

#### 1.1. Finalidad

El texto refundido de la ley concursal (en adelante, «TRLR»), en sus artículos 583.1, 584.1 y 585.1, permite al deudor persona natural o jurídica, que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional y que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, comunicar al Juzgado de lo Mercantil competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra.

Más allá de la mera constancia por parte del Juzgado, pues puede hacerse con carácter reservado (arts. 586.1. 10.º y 591 TRLR), lo que caracteriza al concurso es la prohibición legal – a instancia del deudor- de iniciación de ejecuciones y la suspensión legal automática de las ejecuciones en tramitación durante el plazo de tres meses cuando se ejecuten bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional (artículos 600 y 601 TRLR). La Ley

16/2022, de 5 de septiembre (en adelante, «la reforma») incluso ha extendido, aunque no automáticamente, la prohibición de nuevas ejecuciones o la suspensión de las pendientes a bienes no necesarios cuando resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones (art. 602 TRLR). Finalmente, podrá suspenderse la ejecución de garantía real sobre bienes necesarios (art. 603 TRLR) y la enajenación de bienes necesarios cuando la ejecución derivase de crédito público (art. 605 TRLR).

Por otra parte, también son esenciales los efectos de la comunicación sobre los créditos y sobre los contratos para evitar la paralización de la actividad. Así, la comunicación no provocará el vencimiento anticipado de los créditos a plazo (art. 595.1 TRLR) ni permitirá la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 597 TRLR).

Finalmente, y no menos importante, es la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario y la no exigibilidad de solicitar el concurso dentro del plazo de tres meses desde la comunicación (arts. 610 y 611 TRLR).

<sup>1</sup> AZOFRA VEGAS, Fernando, «La suspensión de ejecuciones en el concurso tras la Ley 16/2022», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. Extra-7, 2022, p. 96

La naturaleza jurídica del precurso es la de un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria al no suponer un procedimiento judicial en el que varios litigantes sometan al conocimiento de la jurisdicción competente su conflicto de intereses<sup>4</sup>. Por el contrario, no se puede equiparar a una diligencia preliminar ni a una medida cautelar

En definitiva, con el precurso se pretende garantizar la estabilidad contractual y patrimonial del deudor, evitando resoluciones automáticas de los contratos con terceros y que los activos de la sociedad disminuyan rápidamente con distintas ejecuciones singulares. Se puede decir que es una institución instrumental<sup>2</sup> y preparatoria<sup>3</sup>, una herramienta para facilitar la negociación de un plan de reestructuración.

Por los importantes efectos que derivan de la comunicación de negociaciones, se debe evitar su utilización fraudulenta con el único objetivo de paralizar ejecuciones forzosas o sobre bienes gravados con garantía real. Esto es, si no hay ningún tipo de negociación o si la niegan tal número de acreedores que evidencien la inviabilidad de alcanzar un plan de reestructuración, la comunicación se debe tener por no realizada. Evidentemente, a instancia de parte, dado que el Juzgado no podrá conocer el estado de las negociaciones ni las finalidades subyacentes a la comunicación.

## 1.2. Naturaleza

La naturaleza jurídica del precurso es la de un procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria al no suponer un procedimiento judicial en el que varios litigantes sometan al conocimiento de la jurisdicción competente su conflicto de intereses<sup>4</sup>. Por el contrario, no se puede equiparar a una diligencia preliminar ni a una medida cautelar, pero algún autor lo asimila a la función preventiva de evitación del ulterior proceso mediante la consecución de un acuerdo entre las partes que tiene la conciliación<sup>5</sup>.

## 1.3. Acreditación de la insolvencia

Desde la redacción originaria del artículo 5.3 de la Ley concursal del 2003 se planteó en la doctrina la duda de si el deudor que quería acogerse al precurso debía acreditar con un principio de prueba: i) que se encontraba en estado de insolvencia actual; ii) que había iniciado negociaciones para adhesiones a lo que se denominaba -antes de la reforma- una propuesta anticipada de convenio. Para quienes defendían esta interpretación más rigurosa y formal, y por ello denominada procesalista, no se podía entregar la protección dispensada por el viejo artículo 5.3, a deudores que sólo trataban de detener el reloj concursal en perjuicio de sus acreedores, para resguardarse de las solicitudes de concurso necesario<sup>6</sup>. Se requería, al menos un principio de prueba, exigencia se-

<sup>2</sup> CÁRDENAS SMITH, C., «Aproximación al régimen preconcursal de la reciente reforma concursal», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 60, 2022, p. 30. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, La Ley, 2021, p. 433 la considera una «mera notificación, constituyendo la comunicación un documento de carácter privado».

<sup>3</sup> AZNAR GINER, E., *La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones, planes de reestructuración, insolvencia y concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 50.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ SANZ, F., «La comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores», en *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración*, Aranzadi, 2018, p. 42 y PAVÓN NEIRA, C., «Problemática a la declaración en concurso de acreedores», Bosch, 2011, p. 58.

<sup>5</sup> GARCÍA BARTOLOMÉ, D., *El precurso: pasado, presente y futuro*, tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Madrid, 2017, p. 437. Posterior monografía: El precurso de acreedores frente a la insolvencia, Eolas, 2018.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», *Anuario de derecho concursal*, núm. 19, 2010, pp. 115-126. También ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico contenido en el art. 5.3 de la Ley Concursal: la interrupción del deber de solicitar el concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010, p. 7.

## Artículo

guida por alguno de los juzgados y Audiencias Provinciales<sup>7</sup>.

Una segunda tesis mantenía que, simplemente, se trataba de una simple comunicación que no debía reunir ninguna formalidad esencial, ni debían acreditarse sus presupuestos<sup>8</sup>.

Por el contrario, actualmente el artículo 588.3 TRLC dispensa claramente probar el estado de insolvencia del deudor al decir que «La resolución teniendo por efectuada la comunicación se dictará sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado». Dado que tras la reforma se ha introducido una nueva clase de insolvencia, la probable, que existe «cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años», quizás hubiera sido deseable que, al menos, se acompañen junto con la solicitud los contratos que podrían incumplirse de no alcanzarse un plan de reestructuración. En todo caso, bastará la mera manifestación del deudor sobre el estado de su insolvencia.

### 1.4. Acreedores con los que negociar

En el artículo 586.1. 3º TRLC se obliga al deudor a expresar «La relación de los acreedores con los que se haya iniciado o tenga intención de iniciar negociaciones, el importe de los créditos de cada uno de ellos y el importe total de los créditos». Como destaca AZNAR GINER<sup>9</sup>, esta información presenta extrema trascendencia, pues se toma

como base a la hora del cómputo de determinadas mayorías en orden al despliegue, prórroga o repliegue de determinados efectos jurídicos.

No se exige que se acompañe ninguna documentación sobre esas negociaciones y al bastar la intención de iniciar negociaciones, no podrá el Juzgado requerir que se acompañe o justifique nada más que la identificación de los acreedores con los que negociar.

Cosa distinta es que, si algún acreedor considera que no se está negociando ningún plan de reestructuración, deba tenerse en cuenta su relevancia en el pasivo total; esto es, si su oposición provocaría que no se llegara a aprobar el plan. En caso contrario, no podrá prosperar el recurso en el que se ataque la comunicación preconcursal por considerarla fraudulenta. Por tanto, como se puede deducir, será bastante excepcional que existan acreedores con tal porcentaje del pasivo que se opongan a que se desarrollen las negociaciones durante los tres meses de los efectos de la comunicación. Ejemplo habitual de acreedor mayoritario será el del acreedor hipotecario sobre la mayoría de los inmuebles del deudor o el de un deudor con pocos proveedores.

## 2. Fraude de ley

### 2.1. Definición y regulación

DE CASTRO define el acto en fraude de la ley como «el acto cuyo resultado está prohibido por una ley, pero que se ampara en otra dictada con distinta finalidad»<sup>10</sup>. Ulpiano lo describía di-

<sup>7</sup> Autos de los Juzgados de lo mercantil de Granada de 11 de mayo de 2009 y de 30 de junio de 2009; de Huelva de 17 de febrero de 2010, número 2 de Sevilla de 10 de diciembre de 2009, de Cuenca de 7 y de 9 de julio de 2009.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I, «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 12, 2010. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores: la declaración*, La Ley, 2009, p. 460. En el mismo sentido, Autos de los Juzgados de lo Mercantil número 5 de Madrid de 17 de abril de 2009, número 8 de Barcelona de 11 de mayo de 2009 y número 1 de Bilbao de 2 de junio de 2009; así como las Audiencias Provinciales de Pontevedra de 21 de enero de 2010, Sevilla de 21 de diciembre de 2010 y de 2 de marzo de 2011.

<sup>9</sup> AZNAR GINER, ob. cit., p. 75.

<sup>10</sup> DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, tomo I, 1955, p. 544.

ciendo que «obra en fraude el que, salvadas las palabras de la ley, elude su sentido» y que «se comete fraude contra ley cuando se hace aquello que no se quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara; y lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que se hace contra la ley» (Digesto 1, 3, 29 y 30).

Por tanto, habrá fraude de ley cuando la norma a la que se pretende acogerse el defraudador (ley de cobertura) no comprenda aquel supuesto; y no lo habrá si, a pesar de todo, la norma de cobertura alcanza a ampararlo<sup>11</sup>.

No se debe confundir el fraude de ley con el dolo (que lleva consigo engaño en una de las partes que intervienen en un negocio), ni con el fraude de acreedores<sup>12</sup> (basado en un perjuicio de un tercero) ni con el acto simulado (en el que se declara una voluntad no real).

Se regula el fraude de ley en el apartado cuarto del artículo 6 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

## 2.2.- jurisprudencia

La Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>13</sup> viene exigiendo la concurrencia de dos requisitos en el fraude de ley:

a) Que admitir la validez del acto suponga la violación efectiva de una ley imperativa (norma defraudada);

b) Que la ley en que se ampare el acto (norma de cobertura) no lo proteja suficientemente, obteniéndose con ello un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

Desde hace tiempo se declara por el Tribunal Supremo que no es necesario que la persona que realice el acto en fraude de ley tenga intención o conciencia de burlar la ley y no se requiere prueba al respecto, porque el único fin de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes [STS 13 junio 1959 (RJ 1956\3031)].

La apreciación judicial de fraude de ley no dará lugar a la nulidad del acto<sup>14</sup> sino a la aplicación efectiva de la norma defraudada.

## 3. Motivos y plazo para la impugnación del decreto

El artículo 590.3 TRLC regula los motivos de impugnación, a través del recurso de revisión a resolver por el Magistrado (artículo 454 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil), del decreto teniendo por comunicada la apertura de negociaciones:

«Cualquier acreedor podrá interponer recurso de revisión contra la resolución por los siguientes motivos:

1.º Que el deudor hubiese presentado una comunicación dentro del año anterior;

<sup>11</sup> IGLESIAS PRADOS, E., *El fraude de ley*, Tirant lo Blanch, 2007.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Real Colegio de España, 1998, p. 161, quien considera que, si se trata de actos jurídicos realizados dentro de un proceso, correspondería a las leyes de enjuiciamiento haber previsto el remedio oportuno para impedir la materialización de ese perjuicio, pero no a través de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1.111 del Código Civil.

<sup>13</sup> SSTs 20 julio 2006 (RJ 2006\4734); 6 abril 2006 (RJ 2006\6242); 4 octubre 2001 (RJ 2001\7541); 23 enero 1999 (RJ 1999\318); 10 septiembre 1998 (RJ 1998\6609); 4 noviembre 1994 (RJ 1994\8373); 23 febrero 1993 (RJ 1993\1227); 3 noviembre 1992 (RJ 1992\9190); 20 junio 1991, 14 febrero 1986.

<sup>14</sup> BATLLE VÁZQUEZ, M., Comentario del artículo 6 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Albaladejo (Dir.), Edersa, 1978, p. 114. Por el contrario, sí que lo considera nulo ALBALADEJO, M., *Derecho Civil: introducción y parte general*, Tomo I, Edisofer, 2004, p. 188.

## Artículo

Se regula el fraude de ley en el apartado cuarto del artículo 6 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

- 2.º Que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones o frente a los que se pretende iniciarlas no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; o
- 3.º Que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas por terceros».

Aunque no esté incluido en este listado, también podrá interponer recurso de revisión la contraparte afectada por la suspensión contractual (art. 598.2 TRLC).

La redacción anterior a la reforma (art. 585 TRLC y antes el artículo 5 *bis*.4 Ley concursal de 2003) se limitaba a permitir, con un solo motivo, la interposición de recurso de revisión en caso de controversia sobre el carácter necesario del bien o del derecho por quien ostente interés legítimo.

Del mencionado precepto podría parecer que se excluye cualquier otro motivo de impugnación del Decreto. Sin embargo, como se destacó en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid número 368/2014, de 28 de julio (ROJ: AJM M 797/2014 - ECLI:ES:JMM:2014:797A), (JUR 2016\103888) cabe la posibilidad de apreciar el fraude de ley en esta clase de procedimientos:

«Doctrinalmente<sup>15</sup> ha venido defendiéndose la posibilidad apreciar fraude de ley en la comunicación del art. 5 bis LC (...) Si el juez ob-

serva uno de los usos fraudulentos que veíamos al principio del apartado, éste podrá no aplicar los efectos del art. 5 bis, aunque se hubiera aceptado en un primer momento».

En idéntico sentido, si bien relacionándolo con el abuso de derecho en lugar del fraude de ley, el Auto de 15 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid (ROJ AJM M 47/2020- ECLI:ES:JMM:2020:47A):

«debe significarse que la figura preconcursal de la comunicación de negociaciones del art. 5.bis L.Co. y art. 583 y ss. TRLCo no es ajena a la institución del fraude procesal y del abuso del derecho, cuando tal comunicación responde en el tiempo a la cercana adopción por juzgados y tribunales civiles y/o laborales de medidas ejecutivas, cautelares o definitivas, contra el patrimonio del deudor; pretendiendo así paralizar la ejecutividad de decisiones judiciales plenamente ejecutables».

En consecuencia, se podrá recurrir el Decreto también si se considera que la comunicación se ha presentado en fraude de ley, es decir, sin cumplir su verdadera finalidad negociadora. Aunque ello puede resultar discutible atendiendo al mero control formal de la comunicación. Así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ afirma que no se establece un control previo, ni de oficio ni a instancia de parte para evitar dilaciones indebidas. Considera dicho autor que la exigencia de los presupuestos de la comunicación, en especial el de la insolvencia, cobra su sentido *a posteriori*, ya que un uso abusivo de la comunicación puede dar lugar a responsabilidad conforme a las normas generales, incluida la responsabilidad concursal. Le parece suficiente la información mínima exigida en el artículo 586 TRLC para evitar conductas abusivas o simplemente frívolas<sup>16</sup>.

Respecto al plazo de interposición del recurso, con arreglo al último párrafo del artículo 590.3

<sup>15</sup> Con posterioridad a dicho auto, considera que puede recurrirse el Decreto por la interdicción del abuso en el ejercicio de los derechos del artículo 7 del Código Civil: AZNAR GINER, ob. cit., p. 111.

<sup>16</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. «El derecho preconcursal: una visión general», *Anuario de derecho concursal*, núm. 57, 2022, p. 17.



TRLC, será de cinco días a contar desde la inscripción de la resolución en el Registro público concursal o, en el caso de ejecuciones en tramitación, desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda. La particularidad de este último *dies a quo* tiene sentido porque en la apertura de las negociaciones, sobre todo cuando se mantienen reservadas, no habrá ningún acreedor personado en el procedimiento, salvo que lo haya conocido por el inicio de las negociaciones –con indicación del juzgado y número de procedimiento- o –lo más habitual- por la suspensión de la ejecución en la que el acreedor ocupe la posición de ejecutante.

## 4. Indicios o evidencias del fraude de ley en el precurso

### 4.1. Ausencia o imposibilidad de las negociaciones

Dado que la finalidad principal del precurso es comunicar la existencia de negociaciones o la intención de iniciarlas de inmediato<sup>17</sup>, la comunicación se hará en fraude de ley si no existen o no se inician tales negociaciones o si resulta imposible alcanzar la refinanciación por oponerse la mayoría del pasivo. Obviamente, el Juzgado de lo Mercantil no podrá conocer si tales negociaciones existen o no o qué clases de acreedores se oponen a la refinanciación, por lo que corresponderá al propio acreedor recurrente acreditarlo junto con su recurso de revisión.

El concurso de acreedores presupone una pluralidad de acreedores y, tras la reforma, es causa de conclusión la existencia de un único acreedor, art. 465.2º TRLC. Si existieran pocos acreedores, cabe la duda de si basta la mera negociación o si se debe atender a si esta carece de sentido por

La particularidad de este último *dies a quo* tiene sentido porque en la apertura de las negociaciones, sobre todo cuando se mantienen reservadas, no habrá ningún acreedor personado en el procedimiento, salvo que lo haya conocido por el inicio de las negociaciones –con indicación del juzgado y número de procedimiento- o –lo más habitual- por la suspensión de la ejecución en la que el acreedor ocupe la posición de ejecutante.

negarse a negociar aquellos acreedores necesarios para aprobar un plan de reestructuración.

Como ya se ha avanzado, serán excepcionales las comunicaciones en los que uno o pocos acreedores pueden manifestar su oposición expresa a la negociación de un plan de reestructuración. Y con tal oposición, a través del recurso de revisión, la pretensión revocatoria del Decreto por existir fraude de ley. No obstante, por las circunstancias concretas del caso, en algunos Juzgados de lo Mercantil se ha declarado el fraude de ley en la comunicación de precurso.

Así, en el Auto de 10 de septiembre de 2019 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid (Roj: AJM M 72/2019 - ECLI:ES:JMM:2019:72A) se recurrió en revisión el Decreto del precurso por el acreedor titular de más del 90 % del pasivo, que había optado por la realización separada de su derecho a través de ejecución hipotecaria. El juzgador, atendiendo a la situación de insolvencia (con la antigüedad del pasivo, sus titularidades e importes), así como a la participación en el pasivo por parte del recurrente, concluyó que se alteraron «los presupuestos, fines y objetivos de dicha comunicación de negociaciones».

<sup>17</sup> Se supera así la jurisprudencia menor que exigía que se hubieran iniciado las negociaciones con anterioridad a la presentación de la comunicación: Autos del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid de 29 de diciembre de 2009, de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2010, del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 11 de mayo de 2009 y del Juzgado Mercantil de Cuenca de 9 de julio de 2009.

En dicho precurso era relevante que la comunicación se hizo dos años después de las ejecuciones hipotecarias sobre los activos más relevantes del deudor en las que se ejerció —y fracasó— la abusividad de algunas cláusulas del préstamo y a arrendar los inmuebles hipotecados. Con este contexto, el Juzgado calificó de irreal la refinanciación y la comunicación supone «un acto abusivo en cuanto dirigido a obtener una finalidad -eventual suspensión de la ejecución- y efecto jurídico anudado a presupuestos distintos de los realmente concurrentes».

Un caso similar se resolvió en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Girona de 28 de septiembre de 2022, en la apertura de negociaciones número 700/2022, en el que se estimó el recurso de revisión interpuesto por el acreedor hipotecario de todos los activos del deudor, que era propietario de un establecimiento hotelero y de sus aparcamientos. Hacía 7 años que se despachó la ejecución hipotecaria a instancia del cedente del crédito del fondo de inversión recurrente y se adeudaban casi veinticuatro millones de euros. Al igual que en el asunto anterior, en este también se alargó la ejecución con la alegación de que el deudor era consumidor, para intentar la abusividad de algunas cláusulas, y aquí —además— se discutió el retracto de créditos litigiosos.

Cuando el Juzgado de Primera Instancia convocó la subasta fue, entonces, cuando se presentó —la última semana de un mes de julio— la comunicación de negociaciones. Al recurrir el actual acreedor hipotecario, ya después del periodo inhábil de agosto, se destacó en el recurso que —en calidad de acreedor mayoritario— no tenía ninguna intención de negociar con el deudor. Ante esta negativa rotunda del acreedor mayoritario y, por tanto, de la segura imposibilidad de lograr un plan de reestructuración, junto a la antigüedad de la ejecución hipotecaria, se estimó el recurso y se revocó el Decreto. En definitiva, como en el Auto anterior, se consideró que utilizó el precurso únicamente para paralizar la ejecución hipotecaria.

Un caso similar se resolvió en el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Girona de 28 de septiembre de 2022, en la apertura de negociaciones número 700/2022, en el que se estimó el recurso de revisión interpuesto por el acreedor hipotecario de todos los activos del deudor, que era propietario de un establecimiento hotelero y de sus aparcamientos.

Finalmente, en el mencionado Auto de 15 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, tras acordarse en una medida cautelar de un procedimiento ordinario el embargo preventivo, el deudor presentó comunicación precurso en la que se señalaron como necesarios para la actividad los bienes embargados. A diferencia del caso anterior, no se estimó abusiva la comunicación por considerar necesarios para la actividad los bienes indicados.

### 4.2. Reiteración periódica de precurso sin negociaciones

El artículo 609 establece que «una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año, a contar desde la presentación». Cuando una misma sociedad ha presentado varios precurso en los últimos años, uno por año, puede evidenciarse que se arrastra una insolvencia actual y que la comunicación solo busca paralizar ejecuciones ya iniciadas. Aunque parezca extraña esta mecánica, las moratorias concursal y contable de los últimos años ha favorecido esta práctica errática.

### 4.3. Oposición del acreedor mayoritario

Un plan de reestructuración requiere que lo aprueben todas las clases de créditos afectados o, al menos, más de los dos tercios del importe

del pasivo correspondiente a esa clase (art. 629 TRLC). Si un solo acreedor ya puede evitar que se apruebe el plan de reestructuración, y recurre en revisión el Decreto teniendo por efectuada la comunicación, debería estimarse el recurso al no haberse efectuado la comunicación para la finalidad para la que está prevista, esto es, negociar un plan de reestructuración.

Lo dicho en el apartado 4.1 debe darse por producido en este apartado. Si no pueden fructificar las negociaciones en un acuerdo de refinanciación lo será por la oposición expresa de la mayoría necesaria para alcanzar un acuerdo de refinanciación.

#### 4.4. Mayoría de créditos públicos

La Ley concursal excluye a los acreedores públicos de los efectos de la suspensión de ejecuciones «al tratarse de una categoría de acreedores que no se verá afectada por la suspensión de ejecuciones singulares», sin perjuicio de que pueda suspenderse exclusivamente la fase de realización o enajenación si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (artículo 605 TRLC).

Al estar excluidos de los efectos suspensivos, si la mayoría del pasivo lo conforman administraciones públicas, se puede deducir que la comunicación preconcursal que afecte a acreedores distintos es meramente dilatoria porque será imposible alcanzar un plan de reestructuración (art. 616 *bis*, 624 *bis* TRLC). En caso de microempresas, por ejemplo, si al menos el 85 % de los créditos corresponden a acreedores públicos, solo cabe que el procedimiento especial lo sea de liquidación.

### 5. Presentación tardía del concurso

Otra de las consecuencias de la estimación del recurso de revisión será –seguramente– la presentación del concurso fuera del plazo de los dos meses a que se refiere el artículo 5.1 TRLC, y su posible presunción de culpabilidad del concurso (art. 444.1º TRLC), sin perjuicio de que el concursado acredite que en esos tres meses no generó ni agravó su insolvencia.

### 6. La dudosa eficacia de la suspensión de efectos de la apelación

A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé expresamente que la apelación carecerá de efectos suspensivos (artículo 456 LEC), el artículo 549.1 TRLC permite al juez del concurso, al admitir un recurso de apelación, tanto de oficio como a instancia de parte, acordar motivadamente la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas.

Tras la reforma, se fija en dos meses el plazo máximo en el que la Audiencia Provincial tendrá que resolver el recurso, a contar desde que reciba los autos (art. 548 TRLC).

Sin embargo, como recordó –en la apertura de negociaciones reseñada en el apartado 4.1– el auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Girona de 17 de noviembre de 2022, debe tenerse en cuenta que el plazo de dos meses no tiene en cuenta la tramitación del recurso –admisión y oposición (arts. 458 y 461 LEC)– por parte del juzgado de instancia y, de admitirse la suspensión de los efectos de la revocación de la comunicación, se estaría ampliando el plazo de los tres meses de los efectos de la comunicación.

# Curso de VALORACIONES INMOBILIARIAS

WEBINAR  
GRABADO

## Pericial

Introducción a la valoración inmobiliaria con el desarrollo proactivo y la entrega de diversos ejemplos, en el que se abordarán los principios, criterios, métodos y técnicas de valoración inmobiliaria según los requerimientos legales actuales (España: Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo ECO/805/2003, EHA/3011/2007, EHA/564/2008).

8  
HORAS  
COMPUTABLES  
PERICIALES

1. Los bienes inmuebles/el mercado inmobiliario.
2. El proceso de valoración.
3. Métodos de valoración.
4. El informe de valoración.
5. Suelo, urbanismo y valoraciones reguladas (tasaciones).

**INFORMACIÓN E INSCRIPCIÓN:** [e-conocimiento.org](http://e-conocimiento.org)

## Concurso de acreedores

### Crédito concursal

#### Calificación.

*Se consulta acerca de la calificación del crédito de acreedor y el concepto de persona especialmente relacionada con la persona jurídica.*

#### Respuesta

El Texto Refundido de la Ley Concursal establece en su artículo 283:

**Artículo 283. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.**

*1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

**1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.**

**2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.**

**3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.**

**4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera.**

*2. No tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en esta ley, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización.*

*Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición.*

En el caso planteado, el crédito lo ostenta una sociedad (acreedora) frente a otra sociedad (concurzada).

La subordinación contemplada en el número 1.1º del precepto, se refiere a los socios de la concursada. En la consulta, se refiere que los socios son personas físicas, por lo que no es aplicable a la sociedad acreedora.

En cuanto al 1.2º, se refiere a los cargos (administrador -de hecho o derecho- o director general con poderes) de la concursada, por lo que no es aplicable a la sociedad acreedora (que es la que ostenta el crédito cuya calificación se pretende).

El apartado 1.3º se refiere al **grupo de empresas** y en el apartado 1.4º a los socios comunes de éstas. En este sentido, la Disposición Adicional Primera del Texto Refundido de la Ley Concursal, dispone:

**Disposición adicional primera. Grupos de sociedades.**

**A los efectos del texto refundido de la Ley Concursal se entenderá por grupo de sociedades el definido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, AUNQUE EL CONTROL SOBRE LAS SOCIEDADES DIRECTA O INDIRECTAMENTE DEPENDIENTES LO OSTENTE UNA PERSONA NATURAL O UNA PERSONA JURÍDICA QUE NO SEA SOCIEDAD MERCANTIL.**

A su vez, el artículo 42. 1 del Código de Comercio establece:

**Art. 42.**

**1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.**

**Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:**

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.**
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.**
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.**
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.**

***A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.***

Por lo tanto, habrá de examinarse en el caso consultado si las sociedades acreedora y deudora pueden subsumirse en los supuestos descritos en el art. 42.1 del Código de Comercio, con la especificación que al efecto contiene la D. Adicional Primera del TRLC.

Finalmente, hay que resaltar la presunción contenida en el artículo 284 TRLC, por si es de aplicación al caso:

*Artículo 284. Presunción de especial relación con el concursado.*

*Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*

**Concurso de acreedores****Realización de activos****Levantamiento de cargas**

*Se consulta acerca del levantamiento de cargas de un bien inmueble adjudicado a tercero en fase de liquidación*

**Respuesta**

En la práctica, si la enajenación del bien se había realizado conforme a lo previsto en el plan de liquidación -previendo éste la transmisión sin cargas-, la administración concursal solicitaba del juzgado que expidiese mandamiento para el levantamiento de dichas cargas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el TRLC en su versión vigente tras la reforma operada por la Ley 16/2022<sup>1</sup>, precisamente para evitar los frecuentes problemas que surgían en el trámite de inscripción en el registro, establece expresamente:

**Artículo 415. Reglas especiales de liquidación.**

*1. Al acordar la apertura de la liquidación de la masa activa o en resolución posterior, el juez, previa audiencia o informe del administrador concursal a evacuar en el plazo máximo de diez días naturales, podrá establecer las reglas especiales de liquidación que considere oportunas, así como, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal, modificar las que hubiera establecido. Las reglas especiales de liquidación establecidas por el juez podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en cualquier momento, bien de oficio bien a solicitud de la administración concursal.*

*2. El juez no podrá exigir la previa autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un periodo superior al año.*

....

*5. Cuando se presente a inscripción en los registros de bienes, cualquier título relativo a un acto de enajenación de bienes y derechos de la masa activa realizado por la administración concursal durante la fase de liquidación, el registrador comprobará en el Registro público concursal si el juez ha fijado o no reglas especiales de la liquidación, y no podrá exigir a la administración concursal que acredite la existencia de tales reglas.*

<sup>1</sup> Ver si es de aplicación al concurso de referencia, conforme a la Disposición Transitoria Primera y Disposición Final Decimoviena de la Ley 16/2022.



## Concurso de acreedores

### Aprobación y depósito cuentas anuales

#### Administración concursal en régimen de sustitución

*Se consulta acerca de la posibilidad de depósito de las cuentas anuales en caso de no concurrencia de los socios a la junta general convocada para su aprobación.*

#### Respuesta

El Texto Refundido de la Ley Concursal sigue estableciendo la obligación de aprobación de las cuentas anuales del deudor, en fase de liquidación. Y es éste requisito previo para su depósito en el Registro Mercantil, tal como ha venido exigiendo, por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado.

No obstante lo anterior, la propia **DGRN en Resolución de 13 de junio de 2019**, ha abierto la posibilidad (aunque reconoce que no es práctica unificada ni pacífica) de que el administrador concursal, a la vista de las circunstancias que concurran en el caso -como sería el consultado- solicite autorización al juez del concurso para que se exima de tal obligación:

*"Fundamentos de Derecho*

*Vistos los artículos 3.1 del Código Civil ; 160.a), 272, 279, 371.3, 372 y 388.2 de la ; 46, 48.2, 75, 152, 145 y 147 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ; 112, 366.1.2.º y 378 del Reglamento del Registro Mercantil ; la Resolución de 18 de octubre de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 2006, 26 de mayo de 2009, 1 de junio de 2011, 29 de noviembre de 2013 y 6 de julio de 2016 .*

*1. En este expediente debe decidirse si es o no fundada la negativa del registrador a practicar el depósito de cuentas de una sociedad porque, según expresa en su calificación, debe aportarse certificación del acuerdo de la junta general que haya aprobado las cuentas anuales con las circunstancias exigidas en el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil .*

*El recurrente alega que la sociedad se encuentra en concurso de acreedores según consta en el Registro Mercantil y se ha abierto la fase de liquidación, habiendo quedado suspendidas las facultades del administrador de la sociedad, por lo que, según el artículo 46 de la Ley Concursal , la formulación de las cuentas anuales durante la tramitación del concurso corresponde a los administradores concursales.*

*2. Ciertamente, el artículo 46 de la Ley Concursal , en su apartado 3, establece que, en caso de suspensión de las facultades del administrador de la sociedad, «subsistirá la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales facultades a los administradores concursales».*

*Aunque tradicionalmente se haya debatido doctrinalmente sobre la conveniencia del mantenimiento de la obligación de formular cuentas anuales cuando la sociedad deudora carece ya de actividad y se ha abierto la fase de liquidación concursal, el citado precepto legal, interpretado no sólo según su texto literal sino también sistemáticamente (artículo 3.1 del Código Civil ), no deja lugar a dudas (cfr. artículos 145.1, párrafo primero, y 147 de la Ley Concursal . Así lo ha entendido esta Dirección General, que ha concluido que una vez abierta la fase de liquidación, sigue subsistiendo la obligación de auditar las cuentas dado que la sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y, una vez extinguida, a la cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil (cfr. las Resoluciones de 26 de mayo de 2009, 1 de junio de 2011, 29 de noviembre de 2013 y 6 de julio de 2016 ).*

También ha suscitado debate doctrinal la cuestión nuclear que se plantea en el presente recurso, relativa a la subsistencia de la obligación de que las cuentas anuales tengan que ser aprobadas por la junta general durante la fase de liquidación concursal.

Si se tiene en cuenta que, conforme al citado, deben los administradores concursales formular y someter a auditoría las cuentas anuales, ha de entenderse que éstas deberán ser aprobadas por la junta general, por aplicación del artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital. Así resulta, además, de lo establecido en el artículo 371.3 de esta misma ley, según el cual respecto de la sociedad en liquidación «(...) se observarán las disposiciones de los estatutos en cuanto a la convocatoria y reunión de las juntas generales de socios, a las que darán cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación para que acuerden lo que convenga al interés común, y continuarán aplicándose a la sociedad las demás normas previstas en esta ley que no sean incompatibles con las establecidas en este capítulo». Asimismo, según el artículo 388.2, «si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación». En el mismo sentido, la Resolución de 18 de octubre de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, en su disposición cuarta, apartado 2.b), establece que «las cuentas anuales deberán ser formuladas por el empresario, los administradores o las personas sobre las que recaiga dicha obligación de acuerdo con la legislación mercantil. Del mismo modo, las cuentas anuales deberán ser en su caso auditadas, aprobadas por la Junta General y depositadas en el Registro Mercantil de acuerdo con las normas generales. En cuanto a la supervisión o intervención de cuentas por los administradores concursales o por los interventores también se estará a lo previsto en la legislación mercantil»; disposición que es aplicable, al estar la sociedad en liquidación concursal.

Por todo ello, en el presente caso debe confirmarse el defecto.

**Cuestión distinta -no pacífica en la doctrina y práctica judicial** y no planteada en el caso de este expediente- es que, en vía de principios, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso (conflictos entre los socios y la administración concursal, falta de justificación económica -por pérdida de la inversión de los socios y eventual generación de sobrecoste-, etc.) podiera el juez del concurso, en fase de liquidación concursal, exonerar a la sociedad de la obligación legal de aprobación de las cuentas anuales si la información proporcionada por los administradores concursales (cfr. artículos 75 y ) permite garantizar la tutela de los todos intereses afectados, máxime si se tiene en cuenta que la apertura de la fase de liquidación concursal de la sociedad comporta «ex lege» el cese de su órgano de administración y su sustitución por la administración concursal, sin necesidad de nombramiento de liquidadores () y las competencias de la junta general quedan disminuidas notablemente, toda vez que en tal caso según el artículo 372 de la Ley de Sociedades de Capital «la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal» (vid. el artículo 48.2, párrafo segundo, de Ley Concursal: «Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal»).

Resolución DGRN 13/06/2019.

Podemos también citar -reiterando que no es postura unánime ni generalizada entre los juzgados especializados- la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 22 de abril de 2021 [Magistrado: D. Alfonso Merino Rebollo]**, en el que el juez del concurso exime (previa solicitud expresa del AC) del deber de presentación de las cuentas anuales de la concursada en el Registro Mercantil, que por su interés reproducimos a continuación:

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. La administración concursal con fecha 26-11-2020 presentó informe en el que pedía la autorización judicial para que se le exima del deber de presentación de las cuentas anuales ante el Registro Mercantil.
2. De dicho informe se dio traslado a las partes personas que no hicieron manifestación alguna.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. A fin de resolver acerca de la petición efectuada por la administración concursal, conviene partir de los siguientes parámetros:

1.- Los artículos 253 y 254 LSC establecen la obligación a cargo de los administradores societarios de formular las cuentas anuales de la sociedad que administran, las cuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, situación financiera y resultados de la misma, ello a fin de salvaguardar los intereses de terceros. Dichas cuentas son aprobadas por la junta general (art. 272 LSC) y depositadas en el Registro Mercantil (art. 278 LSC) a fin de garantizar la publicidad de las mismas. El incumplimiento de

dicho deber conlleva una sanción administrativa (art. 283 LSC), así como el cierre de la correspondiente hoja registral, a salvo las anotaciones relativas a la disolución de la sociedad, el nombramiento de liquidadores, y los asientos ordenados por autoridad judicial o administrativa (art. 282 LSC).

2.- En consonancia con lo dispuesto en la LSC, el artículo 46 LC establece la necesidad de que, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición de la concursada, sea la administración concursal la que asuma el deber de formular y depositar las cuentas anuales. Ahora bien, dicha previsión no distingue entre empresa en funcionamiento y sociedad en fase de liquidación, disuelta y carente de actividad alguna.

3.- Si la finalidad del depósito de las cuentas anuales es publicitar los datos registrados a terceros, garantizando que la información patrimonial y financiera de la empresa pueda acceder a terceros, ésta decae cuando la concursada ha cesado en toda actividad, hallándose disuelta y en fase de liquidación, ya que en este caso los posibles interesados son los acreedores cuyo crédito se halla reconocido en el proceso concursal, y éstos poseen a su disposición en el propio proceso concursal el informe de la administración concursal, los informes trimestrales de liquidación y la rendición de cuentas, documentos que, a juicio de esta juzgadora, garantizan suficientemente el acceso a la información relativa al estado del patrimonio societario.

4.- Por tanto, a fin de satisfacer el interés del concurso, cual es el pago de los créditos de los acreedores, resulta preferible eximir de la obligación de depósito de las cuentas anuales en un supuesto como el presente, en el que decae la finalidad de tutela de la información que poseen los terceros comerciantes en el tráfico, priorizando la satisfacción del interés del concurso, pues ningún otro procede salvaguardar.

2. Por todo ello, ha lugar a conceder la autorización solicitada.

## PARTE DISPOSITIVA

Se exime a la Administración Concursal del deber de presentación de las cuentas anuales de la concursada ante el Registro Mercantil del año 2020, fecha en la se abrió la liquidación.

## Pericial

### Robo/hurto

#### Criterios de valoración

*Se consulta acerca de un caso concreto de valoración de mercancía presuntamente sustraída.*

#### Respuesta

En primer lugar, debe manifestarse que la finalidad de este servicio no es -ni puede ser- determinar la idoneidad de los criterios adoptados por otro profesional en el desempeño de su trabajo en un caso concreto, para "cuestionarlo"; y no sólo por cuestión deontológica, sino por la imposibilidad de conocimiento y análisis de todas las circunstancias que concurren en el caso particular.

Dicho lo anterior, sí puede exponerse por ejemplo, alguno de los criterios sentados por nuestros tribunales y en particular por el Tribunal Supremo, para la valoración de mercancías sustraídas:

**Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de mayo de 2017 [Resolución nº 327/2017; Recurso 2188/2016; Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre],** dictada en interés casacional: Fundamento Segundo.

En este sentido, el interesante artículo "**Valoración de lo sustraído en el delito de hurto**"<sup>1</sup> analiza el asunto en los siguientes términos:

*Cabe entrar a analizar la cuestión relativa a si deben o no incluirse en el precio de venta al público, a la hora de valorar objetos, según el art. 365 LECRIM,, los impuestos que debe soportar el comprador, en particular el IVA.*

*Una corriente doctrinal entiende que el propio impuesto no es una parte del valor del bien o servicio, sino que se impone precisamente sobre éste. En esta línea nos encontramos sentencias como las de la Audiencia Provincial de Madrid nº 768/2016, del 12 de diciembre de 2016, y las de la Audiencia Provincial de Girona Nº85/2015, del 16 de febrero de 2015, o la SAP de Girona del 2 de febrero de 2016.*

*En cambio, otra serie de sentencias no descuentan el IVA, como son la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección tercera, de 19 de enero de 2016, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Nº640/2016, Sección novena, de 9 de septiembre, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid Nº238/2016, Sección segunda, de 10 de octubre.*

*El Ministerio público añade que la controversia llama especialmente la atención porque la redacción del párrafo segundo del art. 365 LECr, no parece que debiera plantear ninguna duda: "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público".*

*La cuestión también ha sido resuelta por la STS 327/2017, de 9 de mayo, declarando que el valor de lo sustraído en establecimientos comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario (IGIG), en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla".*

<sup>1</sup> <https://www.iberley.es/temas/agravantes-delito-hurto-63875>  
Temas. Iberley. Ed COLEX. 23/08/2022

*En la citada sentencia el Tribunal Supremo argumenta que el criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse, ya que identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y, por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito*

*El Tribunal Supremo declara la constitucionalidad del nuevo párrafo segundo del artículo 365 de la LECrim, ya que no solo podía contribuir a mejorar el funcionamiento de la denominada justicia rápida en la práctica diaria de cualquier juzgado de instrucción de nuestra geografía, estén o no dotados de peritos tasadores en servicio de guardia, sino que, al facilitar un criterio de valoración sencillo y neutro, habría de resultar útil para poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia. Pues mientras unas Audiencias Provinciales fijaban el valor de lo sustraído partiendo del denominado coste de reposición (al que se sumaban gastos de transporte). Otras sostenían que ese valor venía determinado por el precio -sin más adjetivaciones-, y una tercera corriente interpretativa optaba por detraer de este último el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido y el margen comercial o de beneficio.*

*La regulación establecida en la norma cuestionada sobre que el criterio para valorar los objetos sustraídos en los establecimientos comerciales será el precio de venta al público, ni puede considerarse que carezca de toda explicación racional ni, desde luego, que pueda generar confusión e incertidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento. Su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post.*

*La consulta 2/2009 de 21 de diciembre de la Fiscalía General del Estado dice que el precio de venta al público debe interpretarse como la cantidad que él adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).*

*Como consecuencia de lo anterior, resulta a su vez indudable que, en la realidad social (como criterio interpretativo de la norma al que también se refiere el artículo 3 del Código Civil), cualquier potencial consumidor, en el territorio de aplicación del impuesto, sabe que el precio de venta o PVP es el importe que debe abonar para adquirir legítimamente el bien, y que un porcentaje de dicha cantidad corresponde al Impuesto sobre el Valor Añadido, aun cuando su cuantía pudiera no aparecer desglosada en el correspondiente comprobante de compra.*

*Un correcto entendimiento del Impuesto sobre el Valor Añadido exige recordar que el objeto de la tributación, según el artículo 1 de la Ley 37/1992, que lo regula, lo constituye el consumo, aun cuando el legislador ha optado por fijar el hecho imponible en relación con las entregas de bienes y las prestaciones de servicios, configurando así como sujeto pasivo del impuesto al empresario, que es quien realiza dichos actos.*

*Por contra, una figura impositiva que definiera el hecho imponible en relación con el acto final del consumo convertiría al consumidor en sujeto pasivo del impuesto, al ser éste quien realizaría el hecho imponible y quien, en consecuencia, de vendría obligado a la liquidación e ingreso de la cuota impositiva. En el IVA, sin embargo, a través del mecanismo plurifásico de la repercusión-deducción, el obligado a ingresar el impuesto en la Hacienda Pública es el vendedor o el prestador del servicio, aun cuando quien realmente sufre la carga del tributo es el consumidor final.*

*De este modo se facilita la recaudación, evitando que sean los consumidores - infinitamente más numerosos y mucho menos familiarizados con la gestión fiscal- quienes declaren e ingresen el impuesto. Así pues, partiendo de una configuración técnica del tributo algo más compleja, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, el hipotético fabricante del bien lo entregará al comerciante por lo que se denomina su valor añadido, integrado por sus costes de producción y el beneficio empresarial, añadiendo además la repercusión del impuesto, que el propio fabricante habrá de ingresar en la Hacienda Pública. En este régimen general, el comerciante que adquirió el bien agregará al mismo su propio valor añadido, vendiéndolo al consumidor por la suma de sus costes, su margen de beneficio y el importe del impuesto repercutido, deduciéndose del total del IVA devengado, el importe del IVA que hubiere soportado en sus adquisiciones. Finalmente es el consumidor final, adquirente último del bien, quién abona la totalidad del gravamen, aunque no tendrá la obligación de ingresarlo en la Hacienda Pública sino tan solo de entregárselo al comerciante, su proveedor. La mecánica descrita garantiza la neutralidad en el ámbito empresarial, de modo que no afecte a la competitividad ni incida en las decisiones económicas de los empresarios, al no suponer ni un coste ni un ingreso adicional para ellos, siendo su función la de meros intermediarios entre la administración tributaria y el consumidor final. Sin embargo, el IVA sí incide directamente en los consumidores en la medida en que el impuesto por ellos soportado no puede deducírselo, y, por lo tanto, constituye para el consumidor un mayor coste del bien o del servicio.*

*En el ámbito penal y desde esta perspectiva, no aparece suficientemente justificado que se incluyan en la valoración de los bienes todos sus otros costes -de producción y distribución-, los impuestos especiales, aranceles aduaneros y hasta el margen de beneficio del empresario, para sin embargo, detraer el importe del IVA tan solo en aquellas mercancías o bienes que hayan llegado a poder del sujeto como consecuencia de una sustracción constitutiva de ilícito criminal, aun a pesar de resultar obvio que dicho importe integra el último eslabón en la cadena impositiva que grava el bien, constituyendo una parte del precio a pagar y, por consiguiente, un coste de ineludible abono para el adquirente legítimo del mismo.*

*Visto esto cabe hacer una breve mención a los supuestos de pagares y cheques, y la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1990 expresa que el delito de hurto es un delito contra la propiedad, por lo que no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor. Por lo tanto, aunque el valor representado por el cheque se hubiera hecho efectivo, la desapropiación del titular del mismo lo priva de un instrumento necesario para el ejercicio de su derecho de crédito y con ello se lesiona su propiedad de una manera típica en relación al artículo 514 del Código Penal.*

*En relación a esto, la Sentencia del Tribunal Supremo N° 591/2006, de 29 de mayo, expresa que el ánimo de lucro es esencial para la existencia del hurto, y que la sustracción de tarjetas de crédito, cheques o talonarios, carecen de valor en sí mismos, aunque pueden ser utilizadas como instrumentos para la comisión de algunos delitos, como es el caso de las falsedades documentales y las estafas.*

En cuanto a la importancia de la prueba pericial, señalaremos por todas la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1964 [n° 1158/1964; Ponente: D. Jesús García Obeso]**, que ya señaló tal extremo:

#### ANTECEDENTES DE HECHO:

*RESULTANDO que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida, copiado literalmente, dice: Primero. Resultando probado y así se declara que desde el mes de marzo de 1958, hasta el mes de junio de 1959, el procesado Benjamín, mayor de dieciocho años, mientras prestaba sus servicios como dependiente en el establecimiento de joyería de Rogelio, situado en el número 9 de la calle del Pez, de esta capital, y aprovechándose de la ocasión que su empleo le deparaba y faltando a la confianza que inspiraba a su patrono, se apoderó en diversas ocasiones, sin que pueda precisarse*



el número de ellas ni lo que sustrajo en cada una, de joyas, como relojes, collares, sortijas, fetiches y otras, por valor de 124.850 pesetas, alhajas todas éstas que fueron pignoradas por el procesado en el Monte de Piedad y recuperadas por su dueño mediante el abono de 31.010 pesetas, en que fué perjudicado. Un reloj "Duward" fué vendido por el procesado a don Luis Alberto, quien al enterarse de la procedencia del mismo lo devolvió al perjudicado, siéndole abonado al señor Luis Alberto el importe de la operación-625 pesetas-por un familiar del procesado. No se ha acreditado que el procesado se apoderara de todas las demás alhajas y efectos que se le imputan.

RESULTANDO que en la expresada sentencia se estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de hurto, comprendido en los artículos 515, número 1.º, en relación con los 516, número 2.º, y 514, número 1.º, del Código Penal, que de dicho delito es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y contiene el siguiente pronunciamiento: Fallamos que debemos condenar y condenamos al procesado Benjamín, como responsable en concepto de autor de un delito de hurto, cualificado por el abuso de confianza, a la pena de doce años y un día de reclusión menor, con sus accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales y de la indemnización de 31.010 pesetas, que deberá abonar a Rogelio. Para el cumplimiento de la pena se le abona todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa. Y aprobamos el auto de insolvencia consultado por el Instructor.

RESULTANDO que el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del procesado Benjamín se apoya en los siguientes motivos de casación: Primero. Al amparo del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quebrantamiento de forma, ya que la Sala sentenciadora no practicó en el juicio oral la prueba pericial de tasación de los supuestos objetos sustraídos, no obstante estar declarada pertinente, no accediendo a la petición de suspensión del juicio. Segundo. Al amparo de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 851 de la mencionada ley, ya que la Sala sentenciadora consigna en la sentencia, como hechos probados, conceptos que por su carácter jurídico implican predeterminación del fallo. Tercero. Al amparo del número 3.º del artículo 851 de la ley, en cuanto que no se resuelven en la sentencia todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa.

RESULTANDO que el Letrado de la parte recurrente, en el acto de la vista, mantuvo su recurso, el que fué impugnado por el Ministerio fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que, dada la influencia decisiva que en la pena correspondiente al delito de hurto tiene la valoración de los objetos sustraídos, la prueba pericial propuesta por la defensa del procesado y admitida por la Sala es de notoria pertinencia y no puede sustituirse con el peritaje sumarial, practicado sin la intervención del procesado por unos peritos tasadores cuyas circunstancias personales no constan, ni con cálculos aproximados del propio procesado al final de su declaración indagatoria, ni con los muy inseguros que pudieran fundarse en el importe de la pignoración en el Monte de Piedad, por lo que, habiéndose prescindido en el acto del juicio de dicha prueba pericial, lo que motivó la correspondiente protesta, procede estimar el primer motivo del recurso alegado por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y tanto más estimable cuanto más grave sea la pena impuesta, que en este caso es la de doce años y un día de reclusión menor.

CONSIDERANDO que el primer Resultando de la sentencia- recurrida, al declarar probados los hechos que en él se hacen constar, contiene los elementos de juicio necesarios para que pueda afirmarse con las mismas palabras del artículo 9.º, circunstancia 9.º, del Código Penal, que el procesado abusó de la confianza del dueño de las alhajas sustraídas, lo cual constituye un hecho y no un concepto jurídico, pues las palabras "abuso" y "confianza" son de dominio público y han de entenderse en su sentido usual, al margen de todo tecnicismo en el que no figuran con especial significación, por lo que debe ser desestimado el segundo motivo del recurso, alegado por supuesto



*quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851, número 1.º, inciso 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .*

*CONSIDERANDO que en la sexta de las conclusiones definitivas de la defensa del procesado se plantea como cuestión de responsabilidad civil la de la imposibilidad de cifrarla mientras no se valoren los objetos del procesado de que el perjudicado se hizo cargo a cuenta de su crédito, y tal cuestión no aparece resuelta en su aspecto de hecho ni en su aspecto jurídico, sino que en la sentencia recurrida se cifra la indemnización sin tener en cuenta la adjudicación en pago parcial que la defensa del procesado alega, por lo que debe ser estimado el tercer motivo del recurso alegado por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .*

*FALLO:*

*Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del procesado Benjamín contra la sentencia dictada el 29 de marzo de 1962, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida al mismo por el delito de hurto; en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia para que en el acto del juicio oral que deberá celebrarse nuevamente se practique la prueba pericial propuesta por la defensa del procesado y para que se dicte nueva sentencia en la que se resuelvan todas las cuestiones planteadas en las conclusiones definitivas de las partes. A tales efectos devuélvase a su procedencia la causa remitida, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento*

### Sociedades

#### Sociedad Profesional

#### Reparto dividendos

*Se consulta acerca del reparto de dividendos en la sociedad profesional.*

#### Respuesta

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, dispone en sus artículos 10 y 17:

##### **Artículo 1. Definición de las sociedades profesionales.**

*1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.*

*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.*

*A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.*

*2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley.*

*3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.*

##### **Artículo 10. Participación en beneficios y pérdidas.**

*1. El contrato social determinará el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad o, en su caso, el sistema con arreglo al cual haya de determinarse en cada ejercicio. A falta de disposición contractual, los beneficios se distribuirán y, cuando proceda, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social.*

*2. Los sistemas con arreglo a los cuales haya de determinarse periódicamente la distribución del resultado podrán basarse en o modularse en función de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario en estos supuestos que el contrato recoja los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables. El reparto final deberá en todo caso ser aprobado o ratificado por la junta o asamblea de socios con las mayorías que contractualmente se establezcan, las cuales no podrán ser inferiores a la mayoría absoluta del capital, incluida dentro de ésta la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.*

##### **Artículo 17. Normas especiales para las sociedades de capitales.**

*1. En el caso de que la sociedad profesional adopte una forma social que implique limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, se aplicarán, además de las restantes contenidas en esta Ley, las reglas siguientes:*

*a) En el caso de sociedades por acciones, deberán ser nominativas.*

*b) Los socios no gozarán del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional, ya sea para atribuir a un profesional la condición de socio profesional, ya para incrementar la participación societaria de los socios que ya gozan de tal condición, salvo disposición en contrario del contrato social.*

c) En los aumentos de capital a que se refiere la letra anterior, la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones o acciones por el valor que estime conveniente, siempre que sea igual o superior al valor neto contable que les sea atribuible a las participaciones o acciones preexistentes y, en todo caso, al valor nominal salvo disposición en contrario del contrato social.

d) La reducción del capital social podrá tener, además de las finalidades recogidas en la ley aplicable a la forma societaria de que se trate, la de ajustar la carrera profesional de los socios, conforme a los criterios establecidos en el contrato social.

e) Para que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones o participaciones en el supuesto contemplado en el artículo 15.2 de esta Ley, deberá realizarse con cargo a beneficios distribuibles o reservas disponibles. Las acciones o participaciones que no fuesen enajenadas en el plazo de un año deberán ser amortizadas y, entre tanto, les será aplicable el régimen previsto en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 40 bis de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

f) En cuanto al régimen de retribución de la prestación accesoria de los socios profesionales, podrá ser de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10.

2. Las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dispone en sus artículos 273 a 275 y en el artículo 348 BIS:

#### **Artículo 273. Aplicación del resultado.**

1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado.

2. **Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta.**

**Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.**

3. **Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.**

4. (Suprimido)

#### **Artículo 274. Reserva legal.**

1. **En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.**

2. **La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin.**

#### **Artículo 275. Distribución de dividendos.**

1. **En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social.**

**2. En la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado.**

**Principio del formulario**

**Final del formulario**

**Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.»

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse, salvo disposición contraria en los estatutos, el mismo derecho de separación al socio o socia de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el apartado primero, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.
- b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.
- c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.
- e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas.

El límite respecto del reparto de dividendos referido en la consulta, es el dispuesto en los artículos citados del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

A estos efectos, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales en cuanto a la ley aplicable a éstas:

*Artículo 1. Definición de las sociedades profesionales.*

*1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.*

*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.*

*A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.*

*2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley.*

***3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.***

# "Te guiamos en la **REFOR**ma Concursal"

## Plan formación concursal REFOR 2023

DOBLE ENFOQUE  
ECONÓMICO  
JURÍDICO

**+** x **-**  
HORAS PRECIO

**IMPARTIDOS POR MAGISTRADOS Y ECONOMISTAS**

## SEPTIEMBRE-NOVIEMBRE

- 28-09-23** El plan de reestructuración (4). Procedimientos para la impugnación de la homologación judicial del plan de reestructuración/El plan de reestructuración (5). Efectos protectores.
- 05-10-23** El plan de reestructuración (6). Posible incumplimiento/El plan de reestructuración (7). Elaboración del PR.
- 19-10-23** El plan de reestructuración (8). Elaboración del PR. Reestructuración Financiera/El plan de reestructuración (9). Elaboración del PR. Reestructuración Operativa.
- 16-11-23** El plan de reestructuración (10). Elaboración del PR. El Plan de Viabilidad/El plan de reestructuración (11). Elaboración del PR. Valoración de empresas.
- 30-11-23** El plan de reestructuración (12). Elaboración del PR. Estrategias de gestión eficiente de tesorería/El nuevo procedimiento de concurso sin masa. Supuestos.

**3 HORAS COMPUTABLES POR SESIÓN** REFOR (Concursal) · REC] · AUDITORES (Otras materias)

Más información en:

<https://refor.economistas.es/plan-de-formacion-concursal-refor-2023/>

# Nuevas incorporaciones

## Colegio de Economistas de Málaga

Enrique Jesús Téllez Márquez, nº 3640

## Colegio de Economistas de Madrid

Francisco Alcaraz Martínez, nº 3641

Alicia Lamothe López, nº 3642

Prosper Lamothe López, nº 3643

Enrique Martín Barragán, nº 3645

## Colegio de Economistas de Aragón

Sergio Celma Melus, nº 3644

## Colegio de Economistas de Valencia

Gonzalo Espert Zanon, nº 3646

## Colegio de Economistas de Albacete

Jesús Bernal Sánchez, nº 3647

## Colegio de Economistas de La Rioja

Belén Reinares Sáenz, nº 3648



GUÍA ADAPTADA A LA REFORMA CONCURSAL 2022



ESTUDIOS

E

GUÍA ADAPTADA A LA REFORMA CONCURSAL 2022



JUNIO 2023

GUÍA DE ACTUACIÓN  
DE LA EMPRESA  
ANTE LA INSOLVENCIA

 **economistas**  
Consejo General  
REFOR economistas forenses

**CEPYME**  
CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS MEDIANAS Y PEQUEÑAS

# Guía de actuación de la Empresa ante la Insolvencia



**economistas**  
Consejo General

REFOR economistas forenses

**VERSIÓN IMPRESA**



Miembros REFOR-CGE: 15€  
Otros: 20€

(IVA y gastos de envío incluidos)

<https://tienda.economistas.es/producto/guia-de-actuacion-de-la-empresa-ante-la-insolvencia-2023/>



## 2023

- VISIÓN GENERAL DE LA TAXONOMÍA EN RELACIÓN A LA INFORMACIÓN NO FINANCIERA Y/O EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD
- DECLARACIÓN DE SOCIEDADES 2022
- DECLARACIÓN DE RENTA Y PATRIMONIO 2022
- PANORAMA DE LA FISCALIDAD AUTÓNOMICA Y FORAL 2023
- LA OPINIÓN DE LOS ECONOMISTAS ASESORES FISCALES SOBRE NUESTRO SISTEMA TRIBUTARIO 2023
- +45 AÑOS DE EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES SECTORES DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
- GUÍA DE ACTUACIÓN DE LA EMPRESA ANTE LA INSOLVENCIA

## 2022

- AUDINOTAS 2022
- DECLARACIÓN DE RENTA Y PATRIMONIO 2021
- PANORAMA DE LA FISCALIDAD AUTÓNOMICA Y FORAL 2022
- LA OPINIÓN DE LOS ECONOMISTAS ASESORES FISCALES SOBRE NUESTRO SISTEMA TRIBUTARIO
- INFORME DE LA SOSTENIBILIDAD REGIONAL EN ESPAÑA 2022. OBSERVATORIO DE LA AGENDA 2030 Y DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE
- DECLARACIÓN DE SOCIEDADES 2021
- INFORME PYME 2022. DIGITALIZACIÓN Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA PYME EN ESPAÑA
- FISCALIDAD AMBIENTAL EN ESPAÑA
- PLANIFICACIÓN DE LA RENTA 2022
- ATLAS CONCURSAL 2022
- INFORME DE LA COMPETITIVIDAD REGIONAL EN ESPAÑA 2022. COMPETITIVIDAD Y DIGITALIZACIÓN
- BARÓMETRO INDUSTRIAL. INFORME NACIONAL 2022
- CIERRE CONTABLE Y FISCAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 2022. 90 RECOMENDACIONES

56



economistas

Consejo General

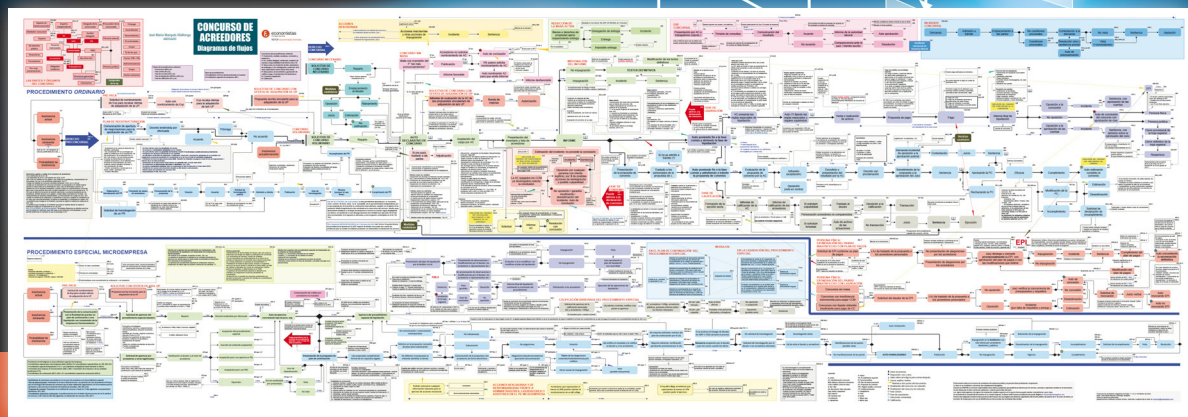
REFOR economistas forenses

# DIAGRAMA DE FLUJOS CONCURSO DE ACREEDORES

Ponemos a vuestra disposición un flujograma cuyo autor es D. José María Marqués Vilallonga, con la colaboración del REFOR.

Contiene todo el desarrollo de un Concurso de Acreedores.

**PROCEDIMIENTO GENERAL Y  
PROCEDIMIENTO ESPECIAL  
PARA MICROEMPRESAS.**



Tamaño: 2 m de largo por 70 cm de ancho · Impresión en papel fotográfico

Precio: 40 euros (IVA y gastos de envío incluidos)

**PEDIDOS:**

<https://tienda.economistas.es/producto/flujograma-concursal-en-papel-fotografico/>

Este flujograma se ha remitido a miembros del REFOR en formato pdf estando disponible en la parte privada de web del REFOR [www.refor.economistas.es](http://www.refor.economistas.es)





**economistas**

Consejo General

REFOR **economistas forenses**



Escuela de  
Práctica Jurídica  
Universidad Complutense de Madrid

# II EDICIÓN

## DIPLOMA DE ALTA ESPECIALIZACIÓN EN

# REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS

**FORMATO PRESENCIAL O TELEPRESENCIAL**

**64 HORAS COMPUTABLES EN CONCURSAL**

**Del 4 de octubre 2023 al 15 de febrero 2024**

Más información en:

<https://refor.economistas.es/https-refor-economistas-es-diploma-reestructuracion-de-empresas-en-crisis/>