

CONCLUSIONES ENCUENTRO MERCANTIL BURGOS 2024

Las que aquí se recogen no son propiamente conclusiones en el sentido de puntos sobre los que se hubiera alcanzado un acuerdo entre los participantes. Se trata más bien de un resumen de las cuestiones debatidas en cada una de las mesas redondas y ponencias. Espero haberlas recogido con la suficiente concisión y claridad. Mi deseo es que puedan servir como un resumen del contenido académico del Encuentro para dejar constancia de lo que aquí hemos hablado y discutido.

Conclusiones de la Mesa de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho

1. Deudor con ingresos recurrentes ¹. Se plantea la cuestión de si un deudor con ingresos regulares y sin masa activa para pagar los créditos puede solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho con liquidación de la masa activa. En caso afirmativo, ¿cuál sería el límite de esos ingresos y como habría que proceder.

¹ Sección 4.ª De la declaración de concurso sin masa

Artículo 37 bis. Concurso sin masa. Se considera que existe concurso sin masa cuando concurren los supuestos siguientes por este orden:

- a) El concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables.
- b) El coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal.
- c) Los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento.
- d) Los gravámenes y las cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

Artículo 37 ter. Especialidades de la declaración de concurso sin masa.

(...)

2. En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho.

Capítulo III De la exoneración del pasivo insatisfecho

Sección 1.ª Del ámbito de aplicación

Artículo 486. Ámbito de aplicación. El deudor persona natural, sea o no empresario, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos y condiciones establecidos en esta ley, siempre que sea deudor de buena fe: (...)

2.º Con liquidación de la masa activa sujetándose en este caso la exoneración al régimen previsto en la subsección 2.ª de la sección 3.ª siguiente si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o la insuficiencia de esa masa para satisfacer los créditos contra la masa

Subsección 2.ª De la exoneración con liquidación de la masa activa

Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa. 1. En los casos de concurso sin masa en los que no se hubiera acordado la liquidación de la masa activa el concursado podrá presentar ante el juez del concurso solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez días siguientes a contar bien desde el vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal sin que lo hubieran hecho, bien desde la emisión del informe por el administrador concursal nombrado si no apreciara indicios suficientes para la continuación del procedimiento

El artículo 37 bis considera como primer supuesto de concurso sin masa que el concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables. Aunque los tenga, deben darse el resto de los supuestos del artículo 37 bis.

Desde la Mesa se propone que se confronte la masa pasiva con el remanente del salario del deudor que pueda destinarse al pago de los créditos. Por eso es difícil fijar un importe mínimo de ingresos recurrentes por encima de los cuales pueda continuarse la liquidación. Hay que tener en cuenta que el artículo 427 presupone el plazo de un año para concluir la liquidación desde el momento de su apertura.

Un participante propone en estos casos abrir la liquidación durante el plazo de un año, prorrogable durante 6 meses.

Se plantea si es posible denegar la exoneración con liquidación de la masa activa para que el deudor presente una nueva propuesta de exoneración con plan de pagos. Algunos están a favor. Otros consideran que no se puede imponer al deudor la presentación de un plan de pagos y que esta sería una manera indirecta para forzarle a hacerlo.

2. Posibilidad de denegar la concesión del BEPI cuando no hay oposición de los acreedores. ²

² Artículo 487. Excepción. 1. No podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor que se encuentre en alguna de las circunstancias siguientes: (...)

6.º Cuando haya proporcionado información falsa o engañosa o se haya comportado de forma temeraria o negligente al tiempo de contraer endeudamiento o de evacuar sus obligaciones, incluso sin que ello haya merecido sentencia de calificación del concurso como culpable.

Para determinar la concurrencia de esta circunstancia el juez deberá valorar:

- a) La información patrimonial suministrada por el deudor al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.
- b) El nivel social y profesional del deudor.
- c) Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.
- d) En caso de empresarios, si el deudor utilizó herramientas de alerta temprana puestas a su disposición por las Administraciones Públicas

Artículo 501. Solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa

4. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud del deudor a la administración concursal y a los acreedores personados para que dentro del plazo de diez días aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión de la exoneración.

Artículo 502. Resolución sobre la solicitud.

1. Si la administración concursal y los acreedores personados mostraran conformidad a la solicitud del deudor o no se opusieran a ella dentro del plazo legal, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso.
2. La oposición solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley. La oposición se sustanciará por el trámite del incidente concursal.
3. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando la exoneración solicitada.

Una cuestión debatida es si se puede denegar la concesión del BEPI cuando ninguno de los acreedores se opone a la exoneración. Particularmente se plantea si el Juez del concurso puede valorar de oficio el cumplimiento del requisito del artículo 487.6º para considerar que el deudor no es de buena fe.

El requisito de la buena fe (sección 2 capítulo II) está en una sección distinta a la tramitación de la modalidad de exoneración tras la liquidación de masa activa (sección 3), lo que abonaría la tesis de que el Juez puede examinar de oficio el requisito de la buena fe. El artículo 502 también dice que, con independencia de la eventual oposición, el Juez debe verificar concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley

Sin embargo, se trata de una cuestión debatida. Bastantes consideran que son los acreedores los que están en mejores condiciones para impugnar la buena fe del deudor, y para eso está en trámite de oposición del artículo 501.4. No es excusa que los acreedores no personados sean citados por edictos, pues forma parte de un elemental deber de diligencia estar pendientes del boletín oficial para conocer las posibles decisiones en materia de insolvencia que afecten a sus deudores.

3. El artículo 37 ter TRLC dice que si concurren los presupuestos del concurso sin masa el juez dictará auto “declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos”. En relación con esta expresión se plantea por la mesa si el auto debe hacer pronunciamiento de la suspensión de las ejecuciones

En principio la paralización de las ejecuciones, conforme al artículo 142 y siguientes TRLC, es un efecto de la declaración del concurso, que llevará también aparejada la declaración del concurso sin masa. Pero no parece que deba hacerse mención de las ejecuciones pendientes contra el deudor concursado, sin perjuicio de que este pueda mencionarlas en la solicitud, y que este lo ponga en conocimiento de los Juzgados correspondientes cuando se declare el concurso, a partir de lo cual “serán nulas cuantas actuaciones se hubieran realizado desde ese momento”, conforme al artículo 143.1 TRLC.

4. En la misma línea se plantea la cuestión de si debe hacerse relación de los acreedores en el auto que concede la exoneración del pasivo insatisfecho.

El artículo 502 no contempla hacer esta relación en el auto que conceda la exoneración. Además, el juez se habrá limitado a poner la solicitud de exoneración en conocimiento de los acreedores que le haya dicho el

deudor, sin que tenga facultades para investigar si la relación es cierta o no.

Otros consideran que la relación es útil a los efectos de que el deudor y también los acreedores conozcan los créditos exonerados y los que no lo son, aunque solo sea con la información proporcionada por el deudor al hacer la solicitud. El inciso “sin más pronunciamientos” se refiere solo al auto de declaración del concurso, no al auto de conclusión.

5. Se plantea la cuestión de los efectos que pueda tener lo que suceda desde la presentación de la solicitud hasta el auto de conclusión. Por ejemplo si el deudor se pone al corriente en la declaración de su responsabilidad administrativa, y puesto que el artículo 487.2 dice que el deudor “no podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho (...) cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad”.

La literalidad del artículo 487 parece abonar la tesis de que la extinción posterior a la solicitud impide la concesión del beneficio. Sin embargo, comoquiera que la declaración de responsabilidad del deudor se habrá conocido por oposición a la conclusión del concurso que haga el titular del crédito, abriéndose entonces el incidente concursal del artículo 475.3, el pago del deudor podrá hacerse a continuación, existiendo la posibilidad de que se produzca la carencia sobrevenida del objeto del artículo 22 LEC.

6. Para los que consideran que es posible que el Juez analice de oficio, a pesar de la falta de oposición de los acreedores, si se cumplen los requisitos del artículo 487, se plantea si antes de denegar la concesión del beneficio debe darse audiencia al deudor.

La mayoría considera que debe darse audiencia al deudor, sobre todo si la denegación se hace por la causa del artículo 487.6 porque implica hacer una valoración sobre la conducta del deudor, lo que debe hacerse después de haber dado al deudor la posibilidad de explicar cuál ha sido su conducta.

7. Finalmente se plantea si puede apelarse el auto que deniega la exoneración sin oposición de los acreedores.

Cuando la exoneración se deniega porque hay oposición de los acreedores, en tal caso la resolución es apelable porque se abre incidente concursal que termina por sentencia que es apelable conforme al artículo 547 TRLC.

La misma razón abona la tesis de que si la exoneración se deniega sin oposición de los acreedores, el auto debe ser apelable para que el deudor tenga los mismos medios de defensa en este caso.

Conclusiones de la Mesa de Seguro Marítimo.

1. Aplicabilidad al seguro marítimo del artículo 20 LCS

La debatida aplicabilidad del art. 20 LCS al contrato de seguro marítimo ha sido resuelta por la jurisprudencia, que ha fijado su doctrina considerando aplicables a los seguros marítimos, con carácter supletorio, las reglas establecidas para determinar los intereses moratorios en el art. 20 LCS (sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 1224/2008, de 12 de enero de 2009).

2. Navegación en pantanos

En el ámbito de aplicación se plantea como zona gris la navegación en pantanos. En principio la navegación en pantanos está excluida del seguro marítimo, porque el artículo 406.1 LNM dice que “están sujetos a esta ley los contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima”. Y el artículo 1.2 considera navegación marítima “la que se lleva a cabo por las aguas de los ríos, canales, lagos, o embalses naturales o artificiales, cuando sean accesibles para los buques desde el mar, pero sólo hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como en los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general”.

3. Asegurabilidad de la culpa grave.

A diferencia de la Ley de Contrato de Seguro, que nada dice, la LNM permite asegurar la culpa grave cuando después de la inasegurabilidad del dolo, el artículo 419.1 dice que “tampoco responderá por culpa grave del asegurado, pero, si las partes acordasen lo contrario, quedará al menos un diez por ciento del daño a cargo del asegurado. Este mínimo del diez por ciento es indisponible para las partes”. Por lo tanto, el asegurado tiene que soportar al menos un diez por ciento del daño.

Sin embargo, cuando el daño procede de la actuación de los dependientes del asegurado, se distinguen los dependientes que desempeñan en tierra funciones de gerencia o dirección, en cuyo caso se permite asegurar tanto el dolo como la culpa grave de estos, pero también con la salvedad de la indisponibilidad del diez por ciento del daño. Pero respecto de los demás dependientes la regla general es que el dolo o la culpa grave de ellos están asegurados.

4. Efectos de la falta de cuestionario sobre el deber de declaración del riesgo.

A diferencia de lo que sucede en la ley del Contrato de Seguro el deber del tomador de información del riesgo no está ligado a la obligación del asegurador de realizar un cuestionario al asegurado, que la LNM no impone. Por eso, según la STS 1013/2023, de 21 de junio, el tomador y el asegurado del seguro marítimo no pueden ampararse en la falta de presentación de un cuestionario que no viene exigido legalmente, ni puede considerarse de buena fe la omisión en su declaración de circunstancias relevantes para la apreciación y valoración del riesgo que, llegado el caso, habrían impedido la concertación del seguro.

5. Cláusulas de sumisión a jurisdicción en la navegación marítima.

Sobre la validez y eficacia de las cláusulas de sumisión pactadas en el transporte internacional de mercancías, cuando estas viajan con conocimiento de embarque, el posible conflicto entre el artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima ³ y el artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis ⁴ ha sido resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024 en cuestión prejudicial planteada por la AP Pontevedra.

³ **Artículo 251 Eficacia traslativa**

La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX.

Artículo 468 Cláusulas de jurisdicción y arbitraje

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

⁴ **Artículo 25**

1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: **a)** por escrito o verbalmente con confirmación escrita; **b)** en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas; o **c)** en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Cuando es aplicable el Reglamento Bruselas I bis porque el Estado del foro es un Estado miembro, el enfoque de la cuestión es plantearse la validez de la cláusula conforme al Derecho Internacional Privado del Estado designado como competente. Si este Estado es miembro de la UE la validez de la cláusula ha de juzgarse conforme al artículo 25 del Reglamento, que no exige los requisitos adicionales de validez del artículo 251 LNM. El Tribunal de Justicia ha declarado que “si el derecho español fuera el aplicable, el art. 251, en la medida en que establece un requisito adicional para que el tercero se vea afectado por la cláusula de jurisdicción, -el consentimiento individual y separado-, resulta contrario al art. 25.1 del Reglamento; ello supone conferir al tercero más derechos de los que tenía el cargador al que ha sucedido”.

Una vez determinada la validez de la cláusula, la eficacia frente al tercero que no ha sido parte en su redacción debe juzgarse conforme a la Ley que resulta de la aplicación de las normas de DIP del Estado del foro. Si de estas normas (artículo 10.3 del Código Civil) resulta que el derecho aplicable es el español, este admite la eficacia de la cláusula frente al tercero cuando este se subroga en la posición del cargador que firma el conocimiento de embarque. Los requisitos del artículo 251 en relación con el artículo 468 LNM, en la medida en que son requisitos de validez, no de eficacia, no son aplicables.

En caso de que no resulte de aplicación el Reglamento Bruselas I bis porque el Estado designado en la cláusula no es miembro de la UE, la validez de la cláusula debe juzgarse conforme al derecho material al que remitan las normas de DIP del Estado del foro. Si se llega a la conclusión de que es aplicable el derecho español, en tal caso no hay problema para exigir los requisitos del artículo 251 en relación con el artículo 468 LNM.

En este caso surge la duda de cómo ha de interpretarse la negociación individual y separada a que se refiere el artículo 468. Una interpretación estricta consistiría en exigir la aceptación escrita. Sin embargo, desde la mesa se propone una interpretación amplia que condiciona la validez de la cláusula a que esta no se introduzca de manera abusiva o sorpresiva. No hay que olvidar que el artículo 22 bis.2 LOPJ, añadido por la Ley Orgánica 7/2015, posterior a la entrada en vigor de la LNM, para el caso de sumisión a los tribunales españoles dice que “el acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio,

sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”.

Conclusiones de la Mesa sobre la prueba pericial en procedimientos de Defensa de la Competencia.

La opinión compartida de todos los miembros de la Mesa respecto de la prueba pericial en procedimientos de Defensa de la Competencia es la insuficiencia de los informes periciales tal y como se han venido emitiendo hasta la fecha para cumplir su finalidad específica, que, en el caso del cartel de los camiones, es la de servir de prueba de convicción del juez sobre la existencia o no de un sobreprecio, y en el primer caso, de su cuantía aproximada.

Basta considerar las sentencias del TS de 14 de marzo de 2024 para constatar que en ninguno de los múltiples casos que han dado lugar a estas sentencias, las cuales fueron además premonitorias de las que vendrán, el Tribunal Supremo fundó su convicción sobre la existencia del sobreprecio en los informes aportados, sino en la facultad del tribunal para apreciar y valorar el daño. La insuficiencia se hace más palmaria si se tiene en cuenta que muchos de estos informes fueron emitidos por concienzudos equipos de economistas que seguían los modelos de regresión econométrica preconizados por la Comisión Europea como forma de determinar el sobreprecio. Sin embargo, posiblemente por la forma en la que fueron emitidos, ninguno de ellos alcanzó el nivel exigido por el Tribunal Supremo para conceder una indemnización superior al 5 por ciento del precio del camión.

La complejidad de la materia o de los cálculos y operaciones en los que se basan estos informes no es excusa para prescindir de ellos, ni, como ha destacado el profesor Hitchings, para abrazarlos ciegamente sustituyendo lo que debe ser siempre una valoración judicial del informe. Pero para valorarlo el juez tiene que estar en condiciones de apreciar la veracidad o no de los datos que se incorporan, y de la forma en que tales datos son utilizados. Y en la medida en que el juez construye su valoración a partir de la crítica que cada una de las partes hace del informe de la contraria, las partes han de estar en condiciones de valorarlos también.

Quizás lo que sucede es que la sencillez en la que se desarrolla la prueba pericial clásica no se ajusta a las especiales características de una prueba en la que se trata de construir una hipótesis alternativa de lo que hubiera sucedido en caso de haber existido el cartel. Desde luego, ambos ponentes abogan porque la prueba pericial de la parte actora no se presente como algo ya hecho con la demanda en el momento inicial del

pleito, ya que normalmente el actor necesitará para llevarla a cabo que la parte demandada ponga a su disposición los datos que solo ella dispone.

Se proponen desde la Mesa algunas soluciones:

1. Que la exigencia de certezas del informe pericial sea proporcional a la cuantía de la reclamación.
2. Que el acceso a las fuentes de la prueba (uso de la sala de datos) sea posterior al inicio del proceso.
3. Que se respete el principio de contradicción, no solo en la fase de explicación del informe dentro del juicio oral, sino en la fase de emisión del informe y confección del propio informe.
4. Que no se espere a la presentación del informe cinco días antes de la audiencia previa, para que la parte contraria tenga tiempo suficiente para estudiarlo. Para ello se puede preguntar a las partes sobre el tiempo que necesitan para emitir el informe, antes de señalar la audiencia previa.
5. Que las partes aporten los datos, programas y comandos utilizados para la elaboración de los informes para que pueda replicarse el análisis y valorar la robustez de las conclusiones de los informes periciales.
6. Que se favorezca la participación de los peritos en la vista de acceso a fuentes de prueba para ofrecer testimonio oral sobre las solicitudes de acceso a información económica que se han realizado, lo que puede alcanzar una explicación de las metodologías que se pretenden implementar y los modos apropiados de acceso a la información.
7. Que se favorezcan los acuerdos entre peritos sobre cuestiones referidas a solicitudes de acceso a datos (su alcance o los modos de acceso) o sobre aspectos pertinentes del debate pericial y los hechos controvertidos.

Conclusiones de la segunda Mesa de Derecho de la Competencia.

La primera Ponencia se centró en explicar las líneas fundamentales de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 que recayó en la cuestión prejudicial en el caso de la Superliga. Por eso no se me ocurre mejor resumen de las conclusiones que la reproducción de la respuesta del Tribunal de Justicia a la cuestión prejudicial:

1. El artículo 102 TFUE debe interpretarse en el sentido de que constituye un abuso de posición dominante el hecho de que las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y europeo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades

económicas vinculadas a la organización de competiciones, hayan adoptado y apliquen normas que supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de una nueva competición de fútbol de clubes y que controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tal competición, bajo pena de sanciones, sin que estas diferentes facultades estén sujetas a criterios materiales y a reglas de procedimiento que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado.

2. El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituye una decisión de una asociación de empresas que tiene por objeto impedir la competencia el hecho de que las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y europeo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas vinculadas a la organización de competiciones, hayan adoptado y apliquen, directamente o a través de las federaciones nacionales de fútbol que son miembros de las mismas, normas que supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de una nueva competición de fútbol de clubes y que controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tal competición, bajo pena de sanciones, sin que estas diferentes facultades estén sujetas a criterios materiales y a reglas de procedimiento que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado.
3. Los artículos 101 TFUE, apartado 3, y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que normas mediante las cuales las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y europeo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas vinculadas a la organización de competiciones, supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de competiciones de fútbol de clubes y controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tales competiciones, bajo pena de sanciones, solo pueden acogerse a una excepción de la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, o considerarse justificadas a la luz del artículo 102 TFUE si se demuestra, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren todos los requisitos exigidos para ello.
4. Los artículos 101 TFUE y 102 TFUE deben interpretarse en el sentido de que:
 - no se oponen a normas aprobadas por las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y europeo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas

- vinculadas a la organización de competiciones, en cuanto designan a estas asociaciones como propietarias originales de todos los derechos que puedan derivarse de las competiciones bajo su «jurisdicción», siempre y cuando estas normas se apliquen únicamente a las competiciones organizadas por dichas asociaciones, excluyendo las que pudieran organizar terceras entidades o empresas;
- se oponen a tales normas en cuanto atribuyen a estas mismas asociaciones una responsabilidad exclusiva para la comercialización de los derechos en cuestión, salvo que se demuestre, mediante argumentos y pruebas convincentes, que se cumplen todos los requisitos necesarios para que estas normas puedan acogerse, en virtud del artículo 101 TFUE, apartado 3, a una excepción de la aplicación del apartado 1 de este artículo y puedan considerarse justificadas a la luz del artículo 102 TFUE.
5. El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas mediante las cuales las asociaciones responsables del fútbol en los ámbitos mundial y europeo, y que ejercen paralelamente diferentes actividades económicas vinculadas a la organización de competiciones, supeditan a su autorización previa la creación, en el territorio de la Unión, por una tercera empresa de competiciones de fútbol de clubes y controlan la participación de los clubes de fútbol profesional y de los jugadores en tales competiciones, bajo pena de sanciones, cuando estas normas no estén sujetas a criterios materiales y a reglas de procedimiento que permitan garantizar su carácter transparente, objetivo, no discriminatorio y proporcionado.

En la segunda Ponencia se expuso la novedosa por reciente Ley de Secretos Empresariales 1/2019, que sustituye en materia de competencia desleal la protección que antes se daba al secreto en el artículo 13 LCD.

En la ley 1/2019 la titularidad del secreto va ligada en el artículo 1.2 a quien ejerza el control sobre el mismo, y, por lo tanto, no solo a aquel que lo ha creado o desarrollado.

La ley resuelve la discusión sobre la consideración como secreto empresarial de la información comercial, como es la relativa a clientes y proveedores, siempre que reúnan los requisitos para ser objeto de protección, como es la de haberse mantenido en secreto y haber sido objeto de medidas de protección para que el secreto se mantenga.

No constituyen secreto empresarial las experiencias y competencias de los trabajadores, que estos pueden poner al servicio de terceros una vez concluida su relación laboral, siempre que no existan acuerdos legítimos de no competencia.

La violación del secreto empresarial puede hacerse por la vía de la obtención, la utilización y la revelación. La utilización y la revelación pueden hacerse por la misma persona que obtuvo el secreto, legal o ilegalmente, o por otra que lo hace a sabiendas de la ilicitud de la obtención. En los tres casos el consentimiento del titular excluye la infracción.

Una forma de utilización del secreto empresarial son las mercancías infractoras, que no son solo productos, sino que también pueden consistir en servicios, y que no se hubieran podido producir o prestar sin la obtención del secreto.

Finalmente, las acciones son las clásicas de la competencia desleal, como la declaración de violación, la acción de cesación, la prohibición de utilización, la indemnización de daños y perjuicios, y en relación a las mercancías infractoras, la aprehensión, la remoción, o la atribución en propiedad.

Conclusiones sobre la Mesa de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

La primera Ponencia sobre los cambios en la Ley de Modificaciones Estructurales se centra en el Real Decreto Ley 5/2023 que deroga la anterior Ley 3/2009 para incorporar a nuestro Derecho la Directiva llamada de movilidad 2019/2011.

Como novedad se permite que las sociedades en liquidación puedan realizar una ME siempre que no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios. Y las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores o sometidas a un plan de reestructuración o, en su caso, a un plan de continuación, podrán proceder a una transformación, fusión, escisión o cesión global. Pero no podrán proceder a una transformación transfronteriza sociedades que se encuentren en liquidación concursal.

Además de lo anterior las principales novedades del RDL 5/2023 son:

- La elaboración de un proyecto de transformación (artículo 4) que incluya: 1) Mención acreditativa de que la sociedad involucrada en la modificación estructural se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad

Social, 2) Mención sobre el calendario propuesto para la realización de la operación, 3) Mención acerca de las implicaciones de la operación para los acreedores y, voluntariamente, acerca de las garantías personales o reales que se les ofrezcan, 4) Mención acerca de la oferta de compensación en efectivo a los socios que dispongan del derecho a enajenar sus cuotas de participación social.

- La elaboración de informe del órgano de administración para los socios y los trabajadores explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos de la modificación estructural (artículo 5).
- A petición de los administradores se prevé la emisión de informe por un experto independiente que se pronunciará entre otros aspectos sobre la compensación ofrecida a los socios cuando éstos gocen de un derecho de enajenación cuando la operación conlleve un cambio de *lex societatis* (artículo 6).
- Con un mes de antelación a la fecha de la junta general que vaya a decidir sobre la ME se dará la publicidad al acuerdo de transformación en la forma prevista en el RDL (artículo 7).
- Para la adopción del acuerdo de la Junta el RDL exige mayorías cualificadas que podrán incrementarse estatutariamente, siempre que no superen el noventa por ciento de los derechos de voto que corresponden al capital social (artículos 8 y 9)
- Los socios no podrán impugnar el acuerdo de modificación estructural por discrepancias relativas a la fijación de la compensación o a la relación de canje, pero sí podrán solicitar judicialmente una compensación judicial complementaria, o un pago en efectivo cuando consideren que la compensación en efectivo ofrecida por la sociedad o la relación de canje no son adecuadas (artículos 11 y 12).
- El RDL sustituye el derecho de oposición de los acreedores por un mecanismo de protección distinto, compuesto de diversos elementos, y encaminado a garantizar la adecuación y eficacia de las garantías ofrecidas a los acreedores. Se entenderá que la garantía es adecuada cuando parezca que, tras la operación, la sociedad va a poder responder de sus obligaciones (artículo 13).
- El RDL promueve nuevas medidas de protección de los trabajadores, entre las que destaca la concesión a los trabajadores de un plazo para presentar a la sociedad las observaciones relativas al proyecto que estimen oportunas (artículos 5 y 7)
- Desaparece el derecho de impugnación, antes disponible por un plazo de tres meses desde la inscripción. La eficacia de la modificación estructural se producirá desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil y, una vez inscrita, no podrá

declararse su nulidad, quedando a salvo las acciones resarcitorias que correspondan a socios y terceros (artículos 16 y 31).

En la segunda Ponencia se examina la posibilidad de proponer una modificación estructural cuando la sociedad está en concurso de acreedores o sometida a un plan de reestructuración, que en principio el artículo 3 RDL admite, pero que no está tan claro cuando se trate de planes de reestructuración no consensuales, porque se imponen a los socios o a un determinado número o categoría de acreedores.

En el caso de los socios, si el plan se impone a los socios, es opinión de la Mesa que desaparecen los derechos que el RDL reconoce a los socios, como el derecho a obtener la compensación del artículo 12. Y desaparecen también las garantías previstas para los acreedores del artículo 13 RDL, pero solo para los acreedores afectados por el plan.

Se examina la posibilidad de conflicto entre el Registrador Mercantil cuando procede a la inscripción de la operación de modificación estructural y la decisión del Juez del concurso que homologa el plan, particularmente en el caso en que no se hayan respetado los derechos de los socios o las garantías de los acreedores previstos en el RDL 5/2023.

En trámite de convenio el artículo 399 ter TRLC prevé las operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. En este caso se debe requerir el acuerdo de la junta general, porque no hay regla especial. Y sobre el informe del órgano de administración en caso de suspensión de las facultades de administración, es opinión de la Mesa que el informe debe existir, salvo que el administrador esté desaparecido.

En fase común la única regla especial es la del artículo 224 bis.7 TRLC para el caso de enajenación de unidades productivas cuando la ejecución de la oferta vinculante estuviera sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, como la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir, en cuyo caso el concursado y la administración concursal llevarán a cabo las actuaciones necesarias para asegurar su pronto cumplimiento.

Conclusiones de la Mesa sobre de Derecho de sociedades.

La primera Ponencia se centró en el examen del deber de lealtad del administrador, lo que entraña la obligación de evitar conflicto de intereses, de lo que el administrador puede quedar exonerado mediante la oportuna

dispensa. Se trata del artículo 230 LSC ⁵ introducido por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo. La ponencia se centra, no obstante, en la dispensa específica para que el administrador pueda llevar a cabo actuaciones que entrañen un riesgo de competencia con la sociedad del artículo 229.1 letra f) LSC.

Se aceptan algunas de las conclusiones a las que llegó la STS de 17 de noviembre de 2020 que examinó la situación de dos administradores de una sociedad, que a la vez lo eran de una sociedad con una participación minoritaria en la primera, que habían favorecido la realización de transacciones entre ambas, con un evidente conflicto de intereses, si bien amparados por la existencia de un pacto parasocial, que no había suscrito la sociedad que luego adquirió una participación mayoritaria y que cesó a aquellos dos administradores.

En esta sentencia, entre otras cosas, el Tribunal Supremo distinguió la dispensa para casos singulares del artículo 230.2 de la dispensa general en los casos de una situación permanente de competencia del administrador con la sociedad del artículo 230.3 LSC, que exige acuerdo

⁵ Artículo 230 Régimen de imperatividad y dispensa

1. El régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

3. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

expreso y separado de la junta general. Dicha dispensa no puede ser suplida por disposición de los Estatutos, ni por el pacto parasocial.

No obstante, desde la Mesa se plantea lo que sucede con los pactos omnilaterales, es decir, tomados por todos los socios, lo que de alguna manera remite al contenido de la segunda ponencia.

Se examina la posibilidad de ejercitar contra el administrador una acción de enriquecimiento, no solamente cuando no haya solicitado la dispensa conforme al artículo 227.2, sino también cuando se haya excedido en los términos de la misma, o se haya revocado la dispensa conforme al artículo 230.3 cuando se haya causado un daño relevante para la sociedad. Ahora bien, no puede exigirse responsabilidad por daños conocidos cuando se otorgó la dispensa, salvo que el daño no fuera previsible.

Sobre la revocación de la dispensa se concluye que debe hacerse por el mismo procedimiento por el que se otorgó. Y además debe reconocerse la posibilidad de acudir a la impugnación del acuerdo de dispensa conforme al procedimiento del artículo 204 TRLSC y a las acciones previstas en el artículo 232 TRLSC.

En la segunda Ponencia relativa a los pactos parasociales, se pone en cuestión la doctrina según la cual el pacto parasocial no es oponible a la sociedad, sino solamente a los socios que lo firmaron, particularmente en los casos en los que el pacto para social ha sido suscrito por todos los socios, o cuando el socio que lo ha firmado luego en su condición de administrador actúa en contradicción con el mismo.

Desde la mesa se propone como conclusión que es posible impugnar el acuerdo social alcanzado con incumplimiento del pacto parasocial, siempre que concurra abuso de derecho o lesión al interés social, debiendo valorar en cada caso las circunstancias concurrentes, entre las que resultan de especial relevancia el contenido del pacto y las consecuencias que resultan de su cumplimiento o incumplimiento.

Conclusiones de la Mesa de Trabajo de la Comisión Mercantil

Se informe de que se ha hecho una propuesta de reforma del Reglamento de la Carrera Judicial, concretamente de sus artículos 55 y 60, para modificar algunas de las bases del proceso de selección y de adjudicación de destino de los nuevos especialistas.

Así, se ha propuesto la introducción de una reforma del artículo 55 para que las pruebas de especialización se convoquen cada dos años o en un plazo menor si lo exigen las necesidades del servicio. Además de ha propuesto que durante ese plazo no se saquen a concurso las plazas de

Juzgados mercantiles que no se prevean puedan pedirse por no especialistas para que queden reservadas para la siguiente convocatoria.

Se propone introducir en el artículo 60 la opción para quienes aprueben el proceso de especialización de optar por algunas de las plazas vacantes o quedar a disposición del Presidente del TSJ para servir en órganos de lo mercantil mientras permanezcan en la misma situación. Y se propone eliminar la obligación de permanencia en el destino durante dos años a aquellos magistrados o magistradas que, cuando superan el proceso de especialización, se encuentran ya destinados en Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia con competencias Mercantiles y optan por permanecer en ellos, siempre que el traslado sea a un órgano mercantil.

En relación con la Formación Continua se informa de las propuestas que se han enviado este año, y que son las siguientes:

- Grupo de investigación sobre los concursos de persona física, concurso sin masa y exoneración del pasivo insatisfecho.
- Seminario sobre los planes de reestructuración
- Jornada sobre Derecho de Marcas
- Jornada sobre Derecho de Patentes
- Jornada sobre Derecho Concursal
- Decisiones automatizadas en defensa de la competencia

Se valora la proposición de una experiencia piloto como es el intercambio entre Salas de lo Mercantil de las AAPP.

Y se propone potenciar la formación descentralizada en materia mercantil descentralizando el Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con juzgados y tribunales de lo Mercantil.

En materia de retribuciones variables se sugiere actualizar la lista de resoluciones que aparecen en el formulario con otras que han surgido después de los cambios legislativos, distinguiendo las que son competencia de los Juzgados Mercantiles y de las Audiencias. Entre las que son competencia de los Juzgados están:

- Sentencia que resuelve el incidente concursal del artículo 662 TRLC.
- Auto que resuelve el recurso revisión contra el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que tiene por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores del artículo 590.3 TRLC.
- Auto de homologación del plan de reestructuración del artículo 647 TRLC.

- Auto de nombramiento de experto en la reestructuración del artículo 672.3 y 673.4 TRLC.
- Auto por el que se concede la exoneración provisional del pasivo insatisfecho con aprobación del plan de pagos del artículo 498 TRLC.
- Auto por el que se concluye el concurso con exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 500 TRLC.
- Auto que resuelve sobre la extensión de la prohibición del inicio/suspensión de ejecuciones del artículo 602.3 TRLC.
- Auto por el que se acuerda la prórroga de los efectos de la comunicación del artículo 607.4 TRLC.
- Sentencia que resuelve la confirmación judicial de clases del artículo 626.3 TRLC.
- Procedimiento especial de microempresas
- Auto que aprueba las reglas especiales de liquidación del artículo 415 TRLC.
- Auto de nombramiento de administrador concursal en el caso del concurso sin masa del artículo 37 quater.
- Auto de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva del artículo 224 ter.
- Otras resoluciones que requieren de estudio y motivación del juez del concurso y que no están previstas como categorías.
- Auto de acceso a las fuentes de prueba del artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Las sentencias en materia de propiedad intelectual (con exclusión de reclamación de gestoras), marcas, patentes y diseño, que están poco valoradas.
- Sentencias que resuelvan acciones de propiedad industrial con acumulación de otras acciones.
- Las medidas cautelares en materia de propiedad intelectual (con exclusión de reclamación de gestoras), marcas, patentes y diseño.
- Suprimir la distinción de categorías en función de si se trata de una acción que ha dado lugar a un juicio ordinario o a un juicio verbal a raíz de la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha extendido el ámbito del juicio verbal a los procedimientos con cuantía inferior a 15.000 euros.

Y entre las que son competencias de las AAPP, se propone también actualizar las que actualmente existen, así como su valoración en horas.

La comunicación de la Comisión de la especialidad con los compañeros destinados en órganos de lo Mercantil se hará a través de una lista de correo con un correo electrónico de la propia Comisión.

Se han mantenido contactos con el CENDOJ con la finalidad de que se amplie el catálogo de revistas especializadas a las que podamos tener acceso. Este año hay acceso a la Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones dirigida por la Dra. Juana Pulgar.

Se renueva parcialmente la Comisión con la incorporación de Carmen González y Berta Pellicer, de forma que queda formada, además de estas dos, por Borja Villena, Luis Rodríguez Vega, Arancha Ortiz, y María José Alcalá.

Burgos, 7, 8 y 9 de octubre de 2024