

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

CALAZA LÓPEZ, Sonia, *Reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, Dykinson, 2022.

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Catedrática de Derecho civil. UNED

Últimamente hemos oído hablar bastante de las personas «vitamina» (*Encuentra tu persona vitamina*, Espasa, M. ROJAS ESTAPÉ), esas que pueden mejorar tu sistema inmune, esas que rebajan el cortisol o la hormona del estrés, esas que te contagian las ganas de trabajar y que desactivan a esas otras personas tóxicas que, por desgracia, son muchas en la vida y unas cuantas en la Universidad. Si alguien busca a un académico o académica «vitamina», lo encontrará, sin duda, en la profesora CALAZA LÓPEZ, catedrática de Derecho Procesal en la UNED. Ella representa ese «impulso procesal» en estado puro, necesario para quienes tenemos la suerte de estar a su lado y de participar en algunos de sus proyectos de investigación y de compartir docencia en nuestra querida UNED.

Incontable es su «inventario» académico y, entre las últimas de las incorporaciones monográficas a ese inventario, destaca el libro que ahora reseño. Se trata, a mi juicio, de una obra fundamental para quien se ocupa del Derecho Concursal. Y ello porque el Derecho Concursal no se puede entender sin el proceso, sin el conocimiento de aquellas herramientas procesales necesarias para que las normas cumplan su función. La jurisdicción, la competencia, el procedimiento concursal, la aplicación y especialidades del procedimiento abreviado, el incidente concursal, los recursos, los efectos procesales de la declaración del concurso son los principales pilares de esta obra.

La autora aborda toda esta problemática en un contexto particularmente delicado en lo social, en lo sanitario y en lo económico como es el derivado de la pandemia que sufrimos y cuyas secuelas en esos tres ámbitos son todavía palpables. La crisis de las personas jurídicas —y también la de las físicas— exige poner en marcha las líneas maestras de la 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. Aunque este ensayo no incorpora —por no haber sido promulgada en la fecha de su publicación— la nueva regulación derivada de la transposición de la referida Directiva, su interés resulta fuera de duda en la medida en que nos ofrece una perspectiva procesal que no abunda entre los tratadistas del Derecho Concursal.

A la profesora CALAZA le resulta sorprendente que no se potencien en este campo fórmulas alternativas a la jurisdicción para la resolución del conflicto. En el marco de la jurisdicción civil la autora nos recuerda que el Proyecto de

Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia impone un nuevo presupuesto de procedibilidad, a todos y cada uno de los procesos dispositivos, para poder acceder al juicio: el cumplimiento de los denominados «medios adecuados de solución de controversias», como la mediación, la conciliación, el experto independiente, la oferta vinculante... Y la autora se sorprende, con razón, de que el proceso concursal sea una excepción y que, en esta materia, desde el inicio, haya de entrarse «en el templo de la justicia» sin pasar, previamente, por el «templo de la concordia».

Antes de iniciar el proceso concursal, debieran potenciarse —en palabras de la profesora CALAZA— «primero los medios alternativos de solución de conflictos voluntarios —en especial, la mediación concursal— preferiblemente electrónica y canalizada a través de plataformas digitales del Poder Judicial en este *servicio público* que dice ser la justicia». Y, tras el intento de estos medios alternativos, se propone la implementación de planes de contingencia obligatorios en todas las empresas y, por último, la maximización del *pre-pack*, es decir, la realización de los activos de la empresa que se encuentran en situación de dificultad. Consumidos estos tres instrumentos ya no quedará otro remedio que iniciar el proceso concursal, pero solo después de haber intentado sin éxito esos mecanismos.

Lamentablemente, también después de la transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, la mediación concursal resulta —aún más si cabe— debilitada. Se observa, por ejemplo, que con el transcurso del tiempo y de los correspondientes cambios normativos, el acuerdo extrajudicial de pagos pasó de ser un expediente o instrumento obligatorio para poder acceder al denominado «beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho» a dejar de existir como tal. La figura del mediador era vital en ese acuerdo extrajudicial de pagos que debía necesariamente iniciarse —aunque finalmente no pudiera lograrse— antes de la entrada en vigor del texto refundido de la Ley Concursal de 2020; y ello en cualquiera de las vías de acceso a ese beneficio de exoneración de deudas.

Tras la entrada en vigor del texto refundido, y hasta la nueva normativa del otoño de 2022, el acuerdo extrajudicial de pagos ya no era obligatorio en todos los canales de acceso al beneficio. Y, finalmente, nos encontramos, ahora, en un escenario normativo en el que desaparece, como tal, el acuerdo extrajudicial de pagos y su obligatoriedad como paso previo para obtener un alivio o liberación en la carga financiera del deudor. El anterior acuerdo extrajudicial pasa a ser sustituido por planes de reestructuración (a través de la figura de expertos profesionales) y planes de continuación. Es en estos últimos donde cabe la figura del mediador, pero su nombramiento y actuación solo se materializará cuando lo pida un cierto porcentaje del pasivo concursal. Esta pérdida de fuerza y relevancia del mediador en el proceso concursal se cohonesto, a mi juicio, con la filosofía del precitado Proyecto de medidas de eficiencia procesal que excluye al proceso concursal de la obligatoriedad de acudir a medios adecuados de resolución de conflictos antes de iniciar la vía judicial.

De otro lado, la autora considera que en materia concursal la justicia predictiva es el futuro porque cuando se lleguen a integrar en nuestras empresas planes de contingencia que alerten de la proximidad de la insolvencia, «entonces todos los algoritmos de esas empresas entrarán a mezclarse con los de otros casos similares que, en un momento anterior, lograron la reestructuración en lugar de la liquidación». La Inteligencia Artificial se convierte, de este modo, en un instrumento fundamental para prever y resolver problemas antes de que estos cristalicen en lo inevitable. «Ninguna materia del orden civil —pronostica la Prof.

CALAZA— se verá tan beneficiada como esta por la Justicia predictiva y por la Inteligencia Artificial, como la concursal». El denominado «concurso tecnológico» constituye el principio inspirador del concurso del futuro. La autora es, como siempre, valiente en sus propuestas y solvente en sus argumentos.

Reflexionar sobre lo que este libro ofrece a los académicos y a los operadores jurídicos es fundamental para abordar y entender el presente y el futuro del Derecho Concursal en España, un futuro en el que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos pierden fuerza —a contracorriente de lo que la justicia y la sociedad parecen demandar— y en el que, paralelamente, parece disminuir la intervención judicial y aumentar el poder de decisión unilateral del administrador concursal. Es curioso observar cómo en la normativa derivada de la transposición de la precitada Directiva, el juez que dicta las reglas que sustituirán al anterior «plan de liquidación» 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 período superior a un año. Y, además, las reglas especiales de liquidación que establezca el juez quedarán completamente sin efecto si así lo solicitaran acreedores cuyos créditos representen más del 50 por ciento del pasivo ordinario y que, a su vez, representen más del 50 por ciento del pasivo total.

Esta monografía no constituye, en mi opinión, una más para colocar en cualquier estante de la biblioteca de quienes nos ocupamos de alguna de las múltiples vertientes del Derecho Concursal. Si realmente queremos entender el proceso concursal y sus finas aristas, este libro no puede «dejarse» en cualquier estante. Su lugar debería ser el del escritorio de quien, permanentemente, necesita conocer el éxito final —o el fracaso— de las normas sustantivas aplicables o, parafraseando al ilustre procesalista, el estado de los «trenes» (proceso) y de las «vías» (procedimiento) para que todo llegue a donde tiene que llegar del mejor modo posible y, por supuesto, lo antes posible.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: *Compliance y contrato de seguro privado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2020, 329 pp.

por

JUAN CARLOS VELASCO-PERDIGONES

*Profesor Doctor de Derecho civil
Universidad de Cádiz*

Cuando se publicó el estudio monográfico del profesor VÁZQUEZ DE CASTRO, me encontraba culminando mi tesis doctoral, relativa a la responsabilidad civil del *compliance officer*. Evidentemente, mi inquietud se acentuó por la temática que trataba y la estrecha conexión con mi trabajo de investigación, así que no dudé ni un segundo en hacerme con un ejemplar de tan novedosa y original monografía.

La obra aborda uno de los temas de mayor actualidad e inquietud: el fenómeno de *Compliance* incardinado en el ámbito del seguro privado. La complejidad de la materia y el análisis desde el prisma esencialmente *iusprivatista*, la convierte en una investigación pionera, exclusiva y de referencia. Pocos han sido los autores que han tratado la compleja realidad del *Compliance* desde la disciplina del Derecho Privado, considerándose el Dr. VÁZQUEZ DE CASTRO uno

de los primeros en contribuir en el estudio de este ámbito material. El Derecho Privado, y más concretamente el Derecho Civil, tiene mucho que decir y aportar a la Ciencia sobre esta novedosa realidad, que impacientemente va penetrando en todos los sectores del Derecho. Por razones normativas, el *Compliance* se aborda y debate, en mayor medida, por la doctrina penalista y procesalista, con la asistencia en los últimos tiempos a un auge exponencial de otras ramas del saber jurídico como el tributario, el administrativo o el laboral. Sirva también para hacer un llamamiento a los colegas civilistas para que, como el autor de la obra reseñada, den un paso al frente e investiguen los numerosos aspectos jurídico-privados que se relacionan con el fenómeno de *Compliance* (v.gr. protección del consumidor, mediación organizacional, vicisitudes de las relaciones jurídicas, contrato, responsabilidad, sector profesional, etc.).

Con la intención de responder a la metodología y sistematización lógica de toda investigación jurídica, la monografía queda dividida en cuatro secciones diferenciadas: la primera dedicada al *Compliance* (origen, evolución, función y relación con los contratos de seguro); una segunda referente a los seguros con cláusula de cobertura de sanciones (como complemento del *Compliance*, pólizas *D&O* y limitaciones); la tercera que aborda el control de las pólizas de seguros y los efectos de las cláusulas de cobertura de sanciones (control preventivo y control jurisdiccional); y, la última que cierra la investigación con unas necesarias conclusiones finales.

A modo de proemio, el profesor ORDUÑA MORENO relaciona, acertadamente, el contenido del trabajo con la transparencia, la reputación y la transformación socioeconómica, elementos trascendentales que destacan como fines intrínsecos del espíritu de *Compliance*. A continuación, le sigue el exquisito prólogo del profesor LLAMAS POMBO, quien destaca la utilidad y originalidad del tema propuesto, ofreciendo además unas acertadas reflexiones sobre la semántica del término *Compliance*, su ámbito normativo o la finalidad y fundamento de este nuevo fenómeno. Como colofón, la obra se concluye con una exhaustiva y rigurosa bibliografía, a pesar de la escasez de fuentes que tratan de forma concreta el tema expuesto, lo que reafirma la exclusividad y originalidad de este riguroso trabajo.

El objeto de esta reseña es dar unas notas y poner de relieve algunas reflexiones de cada uno de los capítulos de la obra, es decir, una valoración puntual de los postulados más llamativos o interesantes.

El capítulo I introduce el tema aclarando la terminología y el concepto de *Compliance* para, posteriormente, relacionarlo con el contrato de seguro. El autor explica la novedosa nomenclatura partiendo de su significado inglés y, acaba adentrándose en los postulados ofrecidos por la doctrina penalista y procesalista. La relación entre el *Compliance* y el seguro privado es nítida, pues el primero pretende la evitación o mitigación del riesgo de incumplimiento y, por su parte, el seguro puede actuar como mecanismo para cubrir el riesgo asegurado de aquellas consecuencias negativas que se deriven de dicho incumplimiento.

De esta parte del trabajo, resulta interesante destacar el análisis que se efectúa a las medidas introducidas en la Directiva *Whistleblowing* (Directiva 2019/1937, de 23 de octubre), poniéndose de relieve la importancia que le han otorgado los órganos supranacionales a la cultura de *Compliance*, al obligar a determinadas entidades y organizaciones a que cuenten con los denominados «canales de denuncia» a modo de vías de comunicación e información de incumplimientos. El ordenamiento español ya estableció, como uno de los requisitos de los modelos de organización y gestión o *Compliance Programs* (requisito 4.º apdo. 5 artículo 31 bis CP), la obligación que las personas jurídicas contasen con cauces idóneos por

los que se permita comunicar incumplimientos o infracciones y, así, prevenir o detectar de forma anticipada irregularidades, actos indebidos o comportamientos que hipotéticamente se traduzcan en un perjuicio (penal, civil o administrativo).

De la lectura, me surge la duda respecto a la siguiente afirmación: «[...] la Unión Europea establece de manera definitiva la obligatoriedad de sistemas de *corporate compliance* [...]», puesto que, realmente, la institución supranacional solo exige como obligatorio los canales de denuncia y, estos son uno de los varios elementos que ha de componer todo sistema de *Compliance*. En el caso de España, el cumplimiento normativo no se configura en el Código Penal como una obligación legal a cumplir por las personas jurídicas destinatarias de la norma (*vid.* art. 31 *bis* CP), sino que se establece como beneficio de aquellas que hayan adoptado eficazmente una serie de medias preventivas. Eso sí, será requisito imprescindible (y, por ende, obligatorio) para quienes deseen hacerlos valer, con el objeto de obtener la exención o, en su caso, atenuación de una hipotética condena criminal.

Otra de las cuestiones de interés que destaca el autor es la relación entre mediación y *Compliance*, mostrándo cómo la función de cumplimiento ha de apostar por la solución interna y confidencial de las controversias, de forma amistosa, flexible y amable, favoreciéndose positivamente alcanzar los fines de la cultura ética corporativa a través de la mediación organizacional. Una apuesta novedosa y de especial interés, que la convierten en el descubrimiento de una innovadora línea de investigación.

El capítulo II se adentra en la contratación y oferta por las entidades aseguradoras de pólizas que cubran las sanciones o consecuencias derivadas del incumplimiento del sistema de *Compliance*, teniendo en cuenta que las cláusulas de cobertura de sanciones son controvertidas y criticadas. A este respecto, plantea si sería factible adaptar los seguros *D&O* para que cubran a la persona jurídica de los efectos lesivos producidos por la infracción e incumplimiento. Se hace un recorrido argumentativo sobre las sanciones y su aseguramiento, llegando a la lógica conclusión que las sanciones de carácter penal no son asegurables por no poderse sustraer de la pena al delincuente y, como consecuencia, desembocaría en la ausencia de toda salvaguarda del orden social. Sin embargo, no parece ocurrir lo mismo con las sanciones administrativas, que habrá que atender según cada caso concreto (especialmente si están o no afectadas por el orden público).

Efectuado un completo análisis sobre la función de *Compliance* y el aseguramiento de los efectos negativos por su aplicación, el capítulo III acerca al lector al control (preventivo y jurisdiccional) del clausulado de las pólizas de seguro. En primer lugar, se analiza la labor de control y supervisión previa por parte del sector público (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), estimando que no son ajenas a esta labor los contratos de seguro que incorporen cláusulas de cobertura de sanciones, cuya inadmisibilidad se ha recalcado por la Administración mediante la respuesta a una consulta (no vinculante) de 31 de marzo de 2008. Referente a esa actividad de control y supervisión previa, me surge la reflexión tras la lectura del artículo 95.1 LOSSEAR, ya que las condiciones contractuales y los modelos de pólizas no están sujetas a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la DGSFP (*ex art.* 95.1).

Por otro lado, entiende el autor que la sanción de la DGSFP no trasciende más allá del plano administrativo y que los tribunales civiles no quedan vinculados por las decisiones administrativas al objeto de considerar su ineficacia contractual. Sin embargo, podría plantearse la duda de si la existencia de tales resoluciones administrativas pueden ser valoradas y tenidas en cuenta por el juez

civil para decidir sobre la nulidad, cuando además son publicadas en el BOE y de público conocimiento. Esto haría pensar acerca de la naturaleza jurídica de los acuerdos dictados por las Direcciones Generales. La doctrina y, su mayor exponente GARCÍA DE ENTERRÍA considera que las resoluciones emanan de un «poder doméstico», restringido en su alcance al ámbito estrictamente organizativo, cuya misión es incluir interpretaciones o aclaraciones que carecen de todo valor normativo para los ciudadanos y tribunales. El capítulo finaliza con el control del contenido de las pólizas que pueden realizar los juzgados y tribunales, valorándose minuciosamente la validez o ineficacia de las cláusulas de cobertura de sanciones (derivadas de infracciones penales y administrativas) y sus efectos.

La lectura de la monografía recensionada suscita continuamente la reflexión acerca de un fenómeno que se embute de plano —con afán de ampliación y solidez— en el ordenamiento jurídico. El Derecho Privado, en general, y el Civil, en particular, asisten impacientes a las nuevas realidades impuestas por el ordenamiento como la del *Compliance*, disciplinas tradicionales que han de enfrentarse a figuras traídas de otros sistemas jurídicos donde sí cuentan con cierto recorrido y apoyo. El doctor VÁZQUEZ DE CASTRO ha sabido identificar y tratar metódicamente uno de los muchos interrogantes que supone el cumplimiento normativo para con las disciplinas del Derecho Privado. Como en todo lo novedoso y original, la tarea no resulta sencilla y, el autor ha sabido abordar con erudición, maestría, estilo y rigurosidad una innovadora línea de investigación, a modo de «aventura jurídica». Y, como dice el refrán: «[q]uien no se aventura no pasa la mar»; por lo que es preciso aventurarse para conseguir cosas difíciles, tal y como lo ha hecho el creador de la obra *Compliance y contrato de seguro privado*.