



CERTIFICACIÓN RELATIVA A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de noviembre de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, PARA LA TRANSPOSICIÓN 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, 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)

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 6 de agosto de 2021, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición 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, 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). Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe en el plazo improrrogable de quince días. El texto remitido viene acompañado de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto (MAIN o MAIn, en adelante).



2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 12 de agosto de 2021, designó Ponentes de este informe los Vocales doña María del Mar Cabrejas Guijarro y don Juan Manuel Fernández Martínez.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales", "[n]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales", y "cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna" (apartados 6, 7 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley remitido, (APL, AL, el anteproyecto o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del proyecto normativo que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

6.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido



indicando, con carácter general, la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

7.- En orden a determinar la base jurídica de la competencia de este Consejo respecto del informe que le ha sido solicitado, y su objeto y contenido, debe tenerse en cuenta, en primer término, que el Anteproyecto remitido es el resultado del ejercicio de la obligación por parte del Gobierno de proceder a la trasposición 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, 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 (la Directiva o DIR, en adelante).

8.- Esta naturaleza del anteproyecto sometido a informe determina el objeto, el alcance y el contenido del mismo. La labor del prelegislador se encuentra condicionada y limitada, pues debe actuar dentro de los márgenes de la Directiva cuya trasposición aborda y, por tanto, conforme a la misma incorporar nuevas proposiciones normativas, incluir nuevas figuras jurídicas o darles un tratamiento nuevo o distinto al de la legislación vigente.

9.- Y de este modo también queda delimitado el objeto, alcance y contenido del presente informe que, coherentemente con la naturaleza del instrumento normativo remitido, con su objeto y contenido, se ha de contraer a verificar el resultado de la trasposición en relación con el margen de actuación que posibilita la norma europea, y, conforme a dicha verificación, valorar el resultado de las modificaciones e innovaciones realizadas, para comprobar su justificación, adecuación y eficiencia.

10.- Paralelamente, la propia materia de la norma anteproyectada, que se proyecta sobre los institutos concursales y sobre el procedimiento de insolvencia regulado en el vigente Derecho español, permite con facilidad y sin mayores consideraciones incardinarla en la contemplada en el apartado 6 del artículo 561.1 de la LOPJ.



III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

11.- El Anteproyecto objeto del presente informe, se encuentra integrado por una Exposición de Motivos, un artículo único, de modificación del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que se estructura en 181 apartados, once disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias y doce disposiciones finales.

12.- Acompaña al texto proyectado la correspondiente MAIN, reproducida prácticamente en su totalidad en la Exposición de motivos, en la que se indica que la causa del Anteproyecto es el necesario cumplimiento del calendario fijado por la Directiva cuyo plazo de transposición finaliza, con carácter general, el 17 de julio de 2021, un año más tarde para España tras la concesión de la prórroga de un año prevista en el artículo 34.2 de la Directiva.

13.- El anteproyecto remitido, de gran amplitud, abarca en su artículo único modificaciones, supresiones o adiciones en relación con el articulado del Texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo; de forma específica, se modifican diversas disposiciones del Libro primero, de forma destacada el Capítulo II del Título XI relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho.

14.- Se introduce un nuevo Libro Segundo ("Del Derecho Preconcursal", artículos 583-686) que sustituye en su integridad al actualmente vigente y que está integrado por los siguientes Títulos, Capítulos y secciones:

TÍTULO I De los presupuestos del concurso.

TÍTULO II De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores.

CAPÍTULO I De la comunicación

CAPÍTULO II De los efectos de la comunicación

SECCIÓN 1.ª SITUACIÓN JURÍDICA DEL DEUDOR.

SECCIÓN 2.ª EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS CRÉDITOS.

SECCIÓN 3.ª EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS CONTRATOS. SECCIÓN 4.ª EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LAS ACCIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS.

SECCIÓN 5.ª PRÓRROGA DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.

SECCIÓN 6.ª PROHIBICIÓN DE NUEVAS COMUNICACIONES.

SECCIÓN 7.ª EFECTOS SOBRE LAS SOLICITUDES DE CONCURSO.



CAPÍTULO III De la exigibilidad de deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad.

TÍTULO III De los planes de reestructuración.

CAPÍTULO I Ámbito de aplicación.

CAPÍTULO II De los créditos y contratos afectados.

CAPÍTULO III De la formación de clases.

CAPÍTULO IV De la aprobación de los planes de reestructuración.

CAPÍTULO V De la homologación de los planes de reestructuración.

SECCIÓN 1.ª REGLAS GENERALES.

SECCIÓN 2.ª DEL PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN.

SECCIÓN 3.ª DE LA IMPUGNACIÓN DEL AUTO DE HOMOLOGACIÓN.

SECCIÓN 4.ª CONTRADICCIÓN PREVIA A LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL PLAN.

SECCIÓN 5.ª PROHIBICIÓN DE NUEVAS SOLICITUDES.

CAPÍTULO VI De la protección en caso de concurso.

CAPÍTULO VII Del incumplimiento de los planes de reestructuración.

TÍTULO IV Del experto en la reestructuración.

CAPÍTULO I Del nombramiento del experto.

CAPÍTULO II Del estatuto del experto.

TÍTULO V Régimen especial.

15.- Se añade asimismo un nuevo Libro tercero (artículos 687-720) que bajo la rúbrica "Procedimiento especial para microempresas" introduce un proceso exclusivo y excluyente para las micropymes. Se integra por los siguientes Títulos y Capítulos:

TÍTULO I Reglas comunes.

CAPÍTULO I Disposiciones generales.

CAPÍTULO II Negociación y apertura del procedimiento especial.

CAPÍTULO III Efectos de la apertura del procedimiento especial.

CAPÍTULO IV Acciones para incrementar el patrimonio a disposición de los acreedores.

TÍTULO II El procedimiento de continuación.

CAPÍTULO I La tramitación del plan de continuación.

CAPÍTULO II La aprobación y homologación del plan.

CAPÍTULO III Vicisitudes del plan de continuación.

CAPÍTULO IV Medidas que pueden solicitarse en el procedimiento especial de continuación.

TÍTULO III El procedimiento de liquidación.

CAPÍTULO I Tramitación.

CAPÍTULO II Medidas que pueden solicitarse en el procedimiento especial de liquidación.



CAPÍTULO III Especialidad en caso de deudor persona física.

CAPÍTULO IV La calificación abreviada del procedimiento especial.

CAPÍTULO V Conclusión del procedimiento especial de liquidación.

16.- Se traslada al Libro IV la regulación de las normas de derecho internacional privado, que sufren algunas modificaciones.

17.- Por su parte, las disposiciones adicionales, transitorias y finales presentan el siguiente contenido:

- *Disposición adicional primera. Reglamento de la administración concursal.*
- *Disposición adicional segunda. Reglamento del Registro Público Concursal.*
- *Disposición adicional tercera. Estadística concursal.*
- *Disposición adicional cuarta. Modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores.*
- *Disposición adicional quinta. Plataforma electrónica de liquidación de bienes.*
- *Disposición adicional sexta. Programa de cálculo.*
- *Disposición adicional séptima. Formularios del procedimiento especial de microempresas. Disposición adicional octava. Web para el autodiagnóstico de salud empresarial.*
- *Disposición adicional novena. Portal de liquidaciones en el Registro público concursal.*
- *Disposición adicional décima. Información por los Registradores Mercantiles.*
- *Disposición adicional décimo primera. Régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 julio.*

- *Disposición transitoria primera.*
- *Disposición transitoria segunda.*
- *Disposición transitoria tercera.*
- *Disposición transitoria cuarta.*

- *Disposición final primera. Supresión arts. 6 – 12 Código de Comercio.*
- *Disposición final segunda. Modificación art. 1365 Código civil.*
- *Disposición final tercera. Modificación art. 589.3 Ley de Enjuiciamiento civil.*
- *Disposición final cuarta. Modificación arts. 3 y 82.primer Ley Hipotecaria.*
- *Disposición final quinta. Modificación arts. 365 y 367 Ley de Sociedades de Capital.*
- *Disposición final sexta. Asesoramiento a empresas en dificultades.*
- *Disposición final séptima. Modificación art. 4 Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.*



- *Disposición final octava. Sistema de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social.*
- *Disposición final novena. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.*
- *Disposición final décima. Título competencial.*
- *Disposición final décimo primera. Entrada en vigor.*

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

I

18.- La armonización del Derecho europeo de la insolvencia constituye una necesidad impuesta por el buen funcionamiento del mercado interior y por la efectividad de la libertad de circulación de capitales en la Unión Europea, que se han visto obstaculizados por la gran diversidad y singularidad de las regulaciones en materia de procedimientos de insolvencia en los Estados miembros.

19.- Con el objetivo de superar estos obstáculos, el Consejo de la Unión Europea adoptó inicialmente el Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, sustituido después por el Reglamento (UE) núm. 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia¹, que regula en el ámbito de la insolvencia transfronteriza las cuestiones relativas a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y la coordinación de procedimientos de insolvencia.

20.- La insuficiencia armonizadora de los Reglamentos sobre procedimientos de insolvencia, que no incidían en las normas nacionales sustantivas en materia de insolvencia, condujo a la elaboración del informe "*Armonización del Derecho de Insolvencia a nivel de la UE*"², elaborado en respuesta al encargo del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, en el cual se llevó a cabo un análisis de los procedimientos de insolvencia respecto de siete Estados de la Unión –Polonia, Francia, Reino Unido, Alemania, Italia, España y Suecia- que permitió identificar las áreas del Derecho de insolvencia susceptibles de ser armonizadas. Entre dichas áreas se encontraba, de manera destacada, la reestructuración preventiva.

¹ Texto Refundido, DO L 141 de 5.6.2015

² <https://www.insol-europe.org/eu-study-group-publications>



21.- A partir de dicho informe, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución de 15 de noviembre de 2011³, que incluía recomendaciones a la Comisión para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

22.- Con posterioridad, la Comisión publicó la Comunicación COM (2012) 742 final, *"Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial"*, en la que se ponen de relieve ciertos aspectos en los que las divergencias entre las normas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente y la necesidad de crear unas condiciones equitativas para aumentar la confianza de las empresas, los empresarios y los particulares en los sistemas de otros Estados miembros, mejorar el acceso al crédito y fomentar la inversión.

23.- En la base de estas Recomendaciones se encuentra la idea de que la ausencia de una armonización sustantiva del Derecho de la insolvencia tiene como efecto un activo *"forum shopping"* en búsqueda del marco normativo más favorable que, aunque no es del todo negativo, conlleva costes económicos. La ausencia de armonización incide negativamente en el proceso de unión de los mercados de capitales y la unión bancaria, siendo necesario neutralizar o minimizar en lo posible los efectos negativos en los balances y en la concesión de los llamados *"non performing loans"* (préstamos no productivos).

24.- En este marco armonizador, la idea capital consiste en dar una respuesta temprana ante los primeros síntomas de la insolvencia, de forma que una empresa viable, pero con una deficiente estructura financiera y sobreendeudada, pueda salvarse de la insolvencia reestructurando su deuda de la manera más adecuada a su capacidad de generar resultados positivos.

25.- El primer instrumento para la armonización centrado en el marco de reestructuración empresarial lo constituye la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁴ que, partiendo de esquemas ya conocidos en el mundo anglosajón, especialmente los *scheme of arrangements* de Reino Unido y los *prepackaged bankruptcy plans* estadounidenses, establece los ejes principales en torno a los cuales gravita la armonización europea en esta materia (marcos de insolvencia eficientes que favorezcan la reestructuración

³ Parlamento Europeo. Resolución de 15 de noviembre de 2011, sobre el Procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho europeo de sociedades. P 7_TA (2011) 0484.

⁴ DO L 74, de 14.3.2014



de empresas viables y régimen de segunda oportunidad). En la Recomendación se proponían ya ideas posteriormente acogidas por la Directiva 2019/1032, a la que enseguida se hará referencia, como la incentivación de soluciones extrajudiciales con un posible control judicial posterior, el control de la empresa por el empresario, la posibilidad de paralización de ejecuciones o la extensión de lo acordado a los acreedores que no hubiesen participado en la negociación o en la adopción del acuerdo.

26.- La falta de obligatoriedad directa de la Recomendación (artículo 288 TFUE), y la insuficiencia de su obligatoriedad “indirecta” –pues los Estados miembros no adaptaron a ella su normativa, y los que la adaptaron no lo hicieron en la misma medida- condujo a la Comisión a replantearse la posibilidad de configurar un Derecho europeo de la insolvencia y de reestructuración temprana sobre la base de recomendaciones “*soft law*”. El 22 de noviembre de 2016 la Comisión Europea publicó la Propuesta de Directiva (COM [2016] 723 final) “*sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE*”, la cual partía del modelo de reestructuración recogido en la Recomendación de 12 de marzo de 2014, y se alineaba en gran medida con el modelo norteamericano del Chapter 11 del Bankruptcy Code.

27.- El contenido de la Propuesta de Directiva experimentó notables variaciones a lo largo de su *iter* legislativo hasta que, finalmente, el 26 de junio de 2019 se publicó 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 y rehabilitaciones, 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) 2017/1132⁵ (en lo sucesivo, la Directiva o la Directiva 2019/1023).

28.- La Directiva, tal y como expresan sus Considerandos (1), (6) y (7), nace con la finalidad de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación de capitales y establecimientos, y reducir la incertidumbre y los costes adicionales derivados de las diferencias normativas sustantivas y procedimentales entre los Estados miembros en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Tiene como objetivo –Considerando (9)- lograr una mayor armonización en tales materias que contribuya a la reducción de dichos costes e incertidumbres y remueva los obstáculos al ejercicio de las libertades

⁵ DO L 172, de 26.6.2019



fundamentales de la Unión, dada la cada vez más presente dimensión transfronteriza de las empresas europeas [Considerando (11)].

29.- Para el cumplimiento de dichos objetivos, la Directiva no establece un procedimiento como tal, sino que configura una serie de “marcos de reestructuración preventiva” que los Estados miembros deberán incorporar a su normativa interna en materia de reestructuración. Por tanto, la Directiva no contiene una regulación detallada de un concreto procedimiento de reestructuración que se imponga a todos los Estados miembros, sino que contiene principios generales comunes, una regulación de mínimos que deberá ser incorporada a la normativa nacional, para lo cual el legislador europeo otorga a los legisladores nacionales un amplio margen de discrecionalidad.

30.- Se debe insistir en la idea de que con la Directiva no se alcanza la meta de la armonización material o sustantiva del régimen de reestructuración temprana: esta armonización todavía parece lejana, por razones de política económica y del marco constitucional y económico de los Estados miembros, que presentan sustanciales diferencias entre ellos.

31.- Con todo, la Directiva constituye un primer e importante paso en ese proceso armonizador. Desde su expreso carácter de “mínimos”, constituye la única opción actualmente posible para abordar la armonización del régimen jurídico de la reestructuración preventiva que, en este primer paso, al menos permite alcanzar el objetivo de que los Estados miembros deban regular marcos de reestructuración temprana de carácter preconcursal. La Directiva, así, muestra un carácter neutral y flexible, poniendo a disposición de los Estados miembros mecanismos preconcursales de reestructuración, anteriores a los procedimientos de insolvencia, que permitan la reestructuración no solo del pasivo, como sucede con las tradicionales refinanciaciones, sino también del activo, lo que constituye un importante cambio de mentalidad respecto de versiones anteriores de la Directiva.

32.- Incluso con este carácter de mínimos, la Directiva es ambiciosa en cuanto a sus objetivos: se trata de ofrecer –y de imponer– marcos de reestructuración de empresas viables en la proximidad de la insolvencia, aquellas que tienen un valor en funcionamiento superior al valor de liquidación, maximizando el valor de la empresa para los acreedores, pero también para los socios, como propietarios de la compañía y acreedores en último extremo del valor de liquidación, así como para la economía en su conjunto, preservando puestos de trabajo y alertando sobre el problema que representan los préstamos improductivos. Y al mismo tiempo, la Directiva



impone la necesidad de acelerar y realizar lo más rápidamente posible la liquidación de las compañías que no sean económicamente viables, para lo que las legislaciones han de introducir en sus derechos concursales las medidas oportunas para mejorar su eficiencia.

33.- Debe significarse, sin embargo, que ya no por deficiencias técnicas, sino precisamente por su carácter de texto de compromiso y “de mínimos”, la Directiva debe entenderse tanto desde su articulado como desde sus Considerandos: tan importante es lo que expresamente dice como aquello que expone en sus Considerandos, o simplemente omite, pero que se encuentra implícito. La interpretación del articulado debe hacerse, por tanto, atendiendo a la exposición de motivos de la norma europea, así como a sus objetivos y finalidades, tanto las explicitadas como aquellas que se muestran implícitas. Esta interrelación entre articulado, Considerandos, objetivos y finalidades, explícitas y tácitas, se manifiesta concretamente en cuatro aspectos o materias: en primer lugar, en la delimitación de los presupuestos objetivos y subjetivos de la reestructuración; en segundo lugar, en el tratamiento del crédito público en el marco de la reestructuración temprana; en tercer lugar, en los mecanismos de exoneración de deudas, como el instrumento de reestructuración de la persona física; y en cuarto lugar, en materia de PYMEs, que si bien no se aborda en la Directiva, se anuncia en ella la necesidad de una regulación específica.

34.- Por otra parte, la Directiva aborda el tratamiento de los marcos de reestructuración, en principio, sobre la base de soluciones consensuadas, pero también lo hace desde un escenario de soluciones forzosas, y no solo respecto de los acreedores, para solventar el problema de la desvinculación y de los denominados “freeriders”, sino también respecto del deudor socio/accionista, acreedor en último extremo por la cuota de liquidación, introduciendo la posibilidad de arrastre dentro de cada clase (“*cramdown*”) y entre clases (“*cross-class-cramdown*”), lo que supone superar los tradicionales paradigmas del derecho contractual y del derecho societario.

35.- Vinculado a lo anterior, la Directiva concibe el tratamiento de los marcos de reestructuración desde una perspectiva garantista, que trata de evitar actuaciones abusivas que dificulten la reestructuración, y al mismo tiempo ofrece garantías o salvaguardas para proteger a los acreedores y al mercado. Este contexto garantista se materializa en una mayor intervención judicial, precisa para que tenga lugar el efecto de arrastre de acreedores y socios/accionistas, así como para que se produzca la paralización o suspensión generalizada de ejecuciones, y para la protección de la nueva financiación (*fresh money*) como instrumento reestructurador. Y se evidencia



también en la necesidad de articular una segunda instancia frente a la homologación judicial, aun a costa de la celeridad del proceso de reestructuración, en una clara tensión entre la eficiencia y la seguridad jurídica.

36.- La Directiva, además, introduce nuevos paradigmas en el derecho preconcursal, y así, el “mejor interés de los acreedores” (*“the best interest of creditors”*), como criterio para el arrastre dentro de cada clase, se mide no solo en atención a un hipotético escenario de liquidación, sino también en el mejor escenario alternativo si la reestructuración no tuviese éxito. También la denominada regla de prioridad absoluta (*“the absolute priority rule”*), que opera en el arrastre de clases enteras de acreedores, puede verse matizada con la regla de la prioridad relativa (*“the relative priority rule”*), que permite mantener el valor de determinadas clases de acreedores. Y en línea con los ordenamientos anglosajones, la Directiva contempla los marcos de reestructuración a partir de planteamientos de gobierno corporativo (*“corporate governance”*) en la proximidad de la insolvencia, desde una perspectiva de teoría económica que permite abordar y dar solución a los problemas generados por eventuales conflictos de interés tanto entre los administradores, los accionistas de control y los accionistas y de estos entre sí, como entre la sociedad y terceros (*“stakeholders”*). Este planteamiento de gobierno corporativo se manifiesta en la implicación del capital en la reestructuración, posibilitando cambios de control, y en la toma en consideración por los administradores sociales no solo del interés de los socios/accionistas, sino también del interés de terceros (acreedores, trabajadores), así como en la introducción de un sistema de alertas de las dificultades económicas, fundamentalmente respecto de las PYMEs.

II

37.- Conviene recordar que la implantación en España de soluciones preconcursales de reestructuración comenzó con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que introdujo la no rescindibilidad de ciertos acuerdos de refinanciación alcanzados en un momento anterior a la declaración de concurso. Posteriormente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), introdujo en el artículo 5 bis de la LC la comunicación de negociaciones previas, llevó la irrevocabilidad de acuerdos de refinanciación al artículo 71 de la LC y añadió la posibilidad de homologación y extensión de efectos de ciertos acuerdos así como la regulación del *“fresh money”*. La reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se



adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, reguló en el artículo 71 bis de la LC de manera más detallada la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación y dio una nueva y más prolija redacción a la disposición adicional cuarta de la LC.

38.- Conforme a este régimen, los acuerdos de refinanciación que hayan sido suscritos por acreedores que representen al menos el 51% de los pasivos financieros y reúnan los requisitos establecidos en el artículo 71 bis LC serán irrevocables y podrán ser extendidos al resto del pasivo financiero, incluido el garantizado, si se cumplen los requisitos de la disposición adicional cuarta LC. La homologación del acuerdo por el juez de lo mercantil se supedita al cumplimiento de los requisitos formales, y podrá ser impugnada únicamente por dos causas: la falta de concurrencia de los porcentajes exigidos y la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido. Además, mientras se negocia el acuerdo cabe dirigir al juzgado una comunicación para impedir tanto las ejecuciones sobre bienes necesarios del deudor durante tres meses (prorrogable por otro más, artículo 5 bis LC) cuanto la tramitación de posibles solicitudes de concurso necesario (artículo 15.3 LC).

39.- Este esquema preconcursal se mantiene en lo básico, si bien sistemáticamente mejorado, en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), de manera que las previsiones contenidas en los artículos 5 bis, 71 bis, 231 a 242 bis y en la disposición adicional cuarta de la LC se traspan al Libro II del TRLR, bajo el epígrafe "*Del derecho preconcursal*", el cual se desarrolla en cuatro títulos, denominados, respectivamente, "De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores" (artículos 582 a 594), "De los acuerdos de refinanciación" (artículos 595 a 629), "Del acuerdo extrajudicial de pagos" (artículos 630 a 692) y "Del concurso consecutivo" (artículos 693 a 719). Antes, en el capítulo II del título XI del Libro I, se regula (artículos 486 a 502) el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

III

40.- Siempre a la vista de los objetivos y la finalidad de la Directiva, el método que se seguirá en el análisis del anteproyecto objeto de informe se ha de centrar, en primer lugar, en el examen de cada uno de los tres pilares que conforman su estructura, a saber, los mecanismos de alerta temprana, la exoneración de deudas y los planes reestructuración, para, a partir de las exigencias armonizadoras del régimen de reestructuración preventiva que se derivan de ella, y teniendo en cuenta el margen de discrecionalidad que ofrece en su transposición, analizar la manera en la que el prelegislador



español ha concebido la traslación de dicho régimen al ordenamiento interno, sin perder de vista el principio de eficiencia que impregna la regulación contenida en la Directiva.

41.- En el desarrollo metodológico de este análisis se seguirá, no obstante, el orden de la Directiva, analizándose en primer lugar los marcos de reestructuración preventiva, para examinar a continuación el régimen de exoneración de deudas y, finalmente, los mecanismos de alerta temprana.

IV

a. Los marcos de reestructuración preventiva

42.- La Directiva parece dejar a los Estados miembros un amplio margen de actuación en lo que se refiere a la estructura procedimental y los presupuestos de apertura de los marcos preventivos de reestructuración. De este modo, los Estados miembros pueden optar por un modelo formalizado y judicializado, en línea con el que se adopta en el Chapter 11 del Bankruptcy Code, o por un modelo no formalizado y no judicializado, en la estela de los "*Schemes of arrangement*", y similar al que rige en el derecho español vigente.

43.- No obstante, la Directiva parte de contemplar las reestructuraciones a partir de acuerdos contractuales o convencionales con una mínima intervención judicial, como se desprende del Considerando (20); sin perjuicio de lo cual obliga a un determinado grado de judicialización -o "administrativación", en su caso-, condicionando a la aprobación judicial o administrativa la reestructuración forzosa con arrastre de acreedores y socios/accionistas y la nueva financiación con rango crediticio preferente en el eventual escenario concursal ulterior. La Directiva parte de una intervención mínima, en la que la regla general es el mantenimiento del deudor en sus facultades ("deudor no desapoderado" o "*debtor in possession*"), y donde solo en concretas circunstancias en las que se produce una limitación significativa de los derechos de los acreedores se opta por el nombramiento de un administrador de la reestructuración y la intervención judicial.

a.1. El presupuesto objetivo de la reestructuración

44.- El presupuesto objetivo de la regulación contenida en la Directiva lo constituyen los "*marcos de reestructuración preventiva*", y más concretamente, la "*reestructuración*" del deudor, que se define en el artículo



2.1 como “aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura de capital el deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos”.

45.- La reestructuración, por tanto, comprende un conjunto de medidas destinadas a salvaguardar la viabilidad de la empresa. Esta, la viabilidad de la empresa, constituye la *conditio sine que non* para acceder a los marcos de reestructuración preventiva (artículos 1.a y 4.a). Solo cuando la empresa es viable -y se entiende que lo será cuando su valor como empresa en funcionamiento sea superior a su valor como empresa en liquidación- está justificada la injerencia en los derechos subjetivos de los acreedores y el mantenimiento de la empresa en funcionamiento sin conculcar el principio básico conforme al cual las empresas eficientes crecen a costa de las ineficientes y las empresas inviables se deben liquidar lo más pronto posible.

46.- La Directiva, sin embargo, no exige que se demuestre la viabilidad, sino que da libertad a los Estados miembros para que mantengan o introduzcan esa prueba de viabilidad (artículo 4.3); si bien, el artículo 8.1.h) exige como contenido del plan de reestructuración “[u]na exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado”. La flexibilidad de este requisito se demuestra, además, palmariamente cuando el artículo 10.3 dispone que “[L]os Estados miembros velarán por que las autoridades judiciales o administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración cuando dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa”; lo que desde cierto sector de la doctrina se ha entendido en el sentido de que la Directiva no opta por exigir como requisito de la validación de los planes la prueba completa de la viabilidad de la entidad, y de hecho el artículo 10.2 no establece como requisito de la validación la comprobación o acreditación de la viabilidad de la empresa.

47.- Con todo, el espíritu de la Directiva conduce a considerar que, no obstante, la viabilidad ha de ser controlada, pues es requisito para acceder a



los marcos de reestructuración preventiva. Se controlará, ante todo, por los propios acreedores, que solo aceptarán un plan con las mayorías cualificadas exigidas si consideran o prevén que la empresa es viable; y se controlará judicialmente después. Lo que permite la Directiva es que, como se verá más adelante con mayor detalle, este control se pueda realizar inicialmente o a posteriori en vía de impugnación del plan, con un adecuado sistema de recursos (artículo 14). Por lo tanto, cabría considerar el acceso a los marcos de reestructuración a partir de la mera afirmación del deudor de su viabilidad, y que posteriormente se revele la inviabilidad de la empresa. Y aunque la Directiva no contempla expresamente que la falta de viabilidad sea un impedimento para la homologación del acuerdo, ni pueda ser alegada como motivo de impugnación del mismo, sí puede operar indirectamente sobre la base de considerar que la aplicación de medidas de reestructuración a una empresa inviable supondría un sacrificio a los acreedores disidentes que puede calificarse de “*desproporcionado*” e invocarse para oponerse al plan.

48.- El otro elemento del presupuesto objetivo lo constituye la denominada “*likelihodd of insolvency*”, que en la versión española de la Directiva se ha traducido, con cierta impropiedad, como insolvencia inminente. A ella se refieren los Considerandos (2) y (24), así como el artículo 1.a), que dispone que la Directiva será de aplicación a los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia “sea inminente”; el artículo 4.1, que establece que “Los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado d insolvencia inminente, los deudores tengan acceso (...)”; y el artículo 19, en relación con las obligaciones de los administradores sociales.

49.- La noción “*insolvencia inminente*”, cuyo precedente se encuentra en el artículo 18 de la *Inolvenzordnung* alemana de 1994, constituye un concepto jurídico indeterminado cuyo concreto contenido el legislador europeo, renunciando a establecer un concepto autónomo, ha dejado en manos de los Derechos nacionales (artículo 2.2.b). El concepto, en cualquier caso, apunta a una situación anterior a la insolvencia que admite, por ende, una gradación (probabilidad de insolvencia, riesgo de insolvencia e insolvencia inminente, más próxima a la insolvencia). En anteriores versiones de la propuesta de Directiva aparecía el término “*riesgo de insolvencia*”, que parece hacer referencia a un evento respecto del cual existen razones fundadas que originan una legítima expectativa o confianza subjetiva en el operador jurídico de que el mismo llegará a cumplirse. El concepto de insolvencia inminente apunta a una situación en la que existe una previsibilidad objetiva de la insolvencia, es decir, de la incapacidad para cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Ahora bien, como han apuntado autorizadas voces, insolvencia probable no es lo mismo que insolvencia posible: según el



Diccionario de la RAE (acepciones 1ª y 3ª), es probable “aquello que se funda en razón prudente”, “aquello que hay buenas razones para creer que se verificará o sucederá”. Y del mismo modo, no se debe identificar la insolvencia posible y la insolvencia inminente.

50.- La Directiva, de este modo, deja en manos del legislador nacional la delimitación conceptual de la noción de insolvencia inminente, y con ello le confiere la facultad de elegir de entre las diversas acepciones del término, prefijando el elemento cronológico que contiene. Debe tenerse en cuenta que en el derecho español el concepto de insolvencia inminente se define en el artículo 2.3 TRLC, y no es desconocido en el régimen de refinanciación vigente: el artículo 604 TRLC condiciona la homologación judicial e los acuerdos de refinanciación a que el deudor se encuentre en un estado de *insolvencia actual o inminente*.

51.- Por consiguiente, atendiendo a la finalidad de la Directiva, así como al propio fundamento de las herramientas de alerta temprana (artículo 3), cabrá acudir a los marcos de reestructuración diseñados por la Directiva tanto en un estadio anterior a la insolvencia inminente -probabilidad de insolvencia- como incluso cuando la insolvencia sea actual, siempre y cuando el deudor no haya incumplido su deber de solicitar la declaración de concurso, lo que parece admitirse desde una lectura conjunta del artículo 4 y del artículo 7 de la Directiva que, en el marco de las medidas para proteger la negociación de acuerdos preconcursales de reestructuración, prevé la suspensión general de las ejecuciones singulares y la suspensión del deber del deudor de solicitar la declaración de concurso conforme a la normativa nacional, admitiendo excepciones a estas reglas cuando “*el deudor sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas al vencimiento de estas*”.

52.- Para cerrar este apartado, debe hacerse mención a las exclusiones del presupuesto objetivo que se contienen en el artículo 1, apartados 5 y 6 de la Directiva. La primera, de carácter potestativo, se refiere a la posibilidad de que los Estados miembros excluyan del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a determinados tipos de créditos: los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; y los créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor. Y la segunda, de carácter obligatorio, impone a los Estados miembros el deber de garantizar que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los derechos de pensión de jubilación devengados.



a.2. El presupuesto subjetivo

53.- El artículo 1.1 de la Directiva contiene una delimitación positiva del presupuesto subjetivo de los marcos de reestructuración, referida al deudor, que se complementa con la definición de "*partes afectadas*" (los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, también cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración). Y en su apartado segundo, se contiene la delimitación negativa de dicho presupuesto, conforme a la cual los procedimientos de reestructuración no se aplicarán a los deudores que enumera (empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito cuya reestructuración queda sometida a la Directiva 2014/59/UE, reformada por la Directiva UE 2019/879, de 20 de mayo, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores, otras entidades y entes financieros recogidos en la Directiva 2014/59/UE, organismos públicos con arreglo al Derecho nacional y personas físicas que no tengan la condición de empresario). Potestativamente se podrá excluir a los deudores que sean entidades financieras distintas de las mencionadas en el apartado 2 que presten servicios financieros sujetos a regímenes especiales en virtud de los cuales las autoridades nacionales de supervisión o de resolución dispongan de amplias competencias de intervención comparables a las establecidas en el Derecho de la Unión y nacional en relación con las entidades financieras mencionadas en el apartado 2.

54.- Con semejante amplitud, los marcos de reestructuración preventiva serán accesibles a los deudores personas jurídicas con forma societaria abierta y cerrada, grandes empresas, PYMEs, según el concepto definido por la Directiva 2013/34/UE o en la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, y deudores personas físicas empresarios. E incluso, si se prevé en el Derecho nacional, podrán extenderse a personas físicas *insolventes* que no sean empresarios (apartado 4 del artículo 1).

55.- Se advierte, de este modo, una diferencia con el ámbito subjetivo de aplicación de la vigente legislación concursal española, que no excluye a los deudores personas físicas que no sean empresarios, si bien prevé cauces e instituciones específicas por las que tramitar de forma preferente su insolvencia (el acuerdo extrajudicial de pagos y el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho).



56.- Por tanto, la Directiva no ofrece un marco armonizador de la reestructuración preventiva referida al deudor persona natural no empresario, dejando al arbitrio de los Estados miembros ampliar respecto de él los marcos de reestructuración que contempla.

57.- Por otra parte, en los Considerandos de la Directiva, donde se expresan los principios de política jurídica subyacentes a su regulación, se insiste en la necesidad de apoyar a las PYMEs que tienen por lo general dificultades para acceder a la financiación bancaria y en los mercados de capitales, y que en ocasiones no pueden acudir al asesoramiento profesional por los costes que representa. Para ellas se propugna la creación de herramientas de alerta temprana y la regulación de procedimientos de reestructuración de bajo coste que puedan consultarse en línea, desarrollándose a nivel nacional "*modelos de planes de reestructuración*" que el deudor pueda utilizar adaptándolos a sus necesidades específicas [Considerando (17)].

58.- Estas previsiones, como otras, no tienen, empero, traslación al articulado de la Directiva. Sí contiene, sin embargo, un tratamiento específico para las PYMEs en relación con la formación de clases de acreedores [Considerandos (44) y (45)], y se prevé la posibilidad de que queden excluidas del ámbito de reestructuración forzosa (artículo 11.1, párrafo segundo), exigiendo en todo caso su consentimiento, sin que sea aplicable por defecto el régimen de arrastre de los socios, aun cuando voluntariamente lo quisieran.

59.- El otro elemento del presupuesto subjetivo lo conforman los acreedores afectados por el plan de reestructuración. Este elemento incide, por un lado, en la base del cómputo de las mayorías exigidas para alcanzar un plan de reestructuración, y por otro, en la categoría de acreedores que pueden verse afectados por el arrastre en supuestos de reestructuración forzosa.

60.- En la Directiva, a diferencia de lo que se preveía en sus versiones iniciales, el ámbito de la reestructuración no solo afecta a la estructura de capital -instrumentos de capital y deuda que financian el capital a largo plazo [Considerando (45)]-, sino que se permite a los Estados miembros optar por extender el ámbito de la reestructuración también a la estructura operativa, formada por los acreedores comerciales (proveedores, trabajadores y acreedores públicos). Esta posibilidad parece estar orientada a las pequeñas y medianas empresas, en las que el crédito comercial habitualmente es mayor que el financiero, a diferencia de las grandes empresas, en las que la estructura de capital es la que soporta el riesgo financiero.



61.- Por último, la Directiva contempla dos supuestos de exclusión subjetiva de los marcos de reestructuración, ambos potestativos. El artículo 4.2, que tiene por objeto garantizar que se proporciona a los acreedores información necesaria para que puedan adoptar una decisión durante las negociaciones de reestructuración, prevé la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación a los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional, si bien la exclusión puede levantarse una vez que dichos deudores hayan adoptado las medidas oportunas para subsanar los hechos que motivaron la condena.

62.- El artículo 4.4, por su parte, permite a los Estados miembros limitar el número de veces que, dentro de un periodo determinado, podrá un deudor acceder a los marcos de reestructuración. Esta posibilidad se asemeja, como se puede apreciar, a la limitación que opera en el marco de la exoneración de deudas regulado en el Derecho español (artículo 493.3º TRLC). En el ejercicio de esta facultad de opción se debería tener presente que la finalidad de la Directiva es la evitación de la insolvencia y el mantenimiento de la viabilidad de la empresa, finalidad que, sin embargo, podría verse empañada por la limitación prevista, que podría abocar al deudor a un procedimiento concursal, que es precisamente lo que se pretende evitar.

a.3. Deudor no desapoderado ("debtor in possession")

63.- El artículo 5.1, en correlación con el Considerando (30), establece, como manifestación del principio de intervención mínima, y con carácter general, la conservación por el deudor del control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa. Esta falta de desapoderamiento tampoco es desconocida en nuestro Derecho concursal, que contempla una medida similar respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago (artículo 639 TRLC).

64.- Este principio general se ve, sin embargo, matizado en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. En el apartado segundo se establece: "Cuando sea necesario, el nombramiento, por una autoridad judicial o administrativa, de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador".

65.- Y el apartado tercero dispone: "Los Estados miembros establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de



reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos:

- a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes;
- b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el artículo 11, o
- c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.”

66.- Conforme al apartado 2 del artículo 5, cabrá el nombramiento por una autoridad judicial o administrativa de un administrador en materia de reestructuración conforme a los criterios de necesidad y de adecuación al caso concreto, y será obligatorio en determinadas circunstancias cuando así lo disponga la legislación nacional. Y conforme al apartado 3 del mismo artículo, la designación del administrador en materia de reestructuración que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan de reestructuración será preceptiva en los casos de suspensión general de las ejecuciones singulares -y la designación sea necesaria para salvaguardar el interés de las partes-, en los casos de confirmación judicial del plan de reestructuración forzosa, y cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, haciéndose estos cargo de los costes del administrador.

67.- Los aspectos que merecen ser destacados de esta regulación, de cara a su transposición al ordenamiento interno, son los siguientes:

- i) Aunque la regla general es la falta de desapoderamiento de las facultades del deudor, el conjunto de los supuestos en los que se contempla la designación del administrador en materia de reestructuración puede conducir a convertir lo excepcional en la regla general.
- ii) La Directiva deja múltiples aspectos huérfanos de regulación. Así, cuando se trata de la designación a instancia de los acreedores, no se establece el modo de cómputo de la mayoría exigida (por cabezas o por porcentaje), ni se precisa si se computarán todos los acreedores o solo los afectados por el plan. Tampoco se regulan de manera completa el régimen de nombramiento, las funciones, la



retribución, las incompatibilidades y el régimen de responsabilidad. El artículo 26 únicamente dispone que los administradores serán nombrados y revocados por una autoridad judicial o administrativa a través de procedimientos claros, transparentes y justos, recibirán la formación adecuada y tendrán conocimientos especializados para el desempeño de sus funciones, debiendo poder oponerse los deudores y acreedores a la selección y nombramiento del administrador o promover su sustitución. El artículo 27.1 se limita a establecer que deberán prestar sus servicios de forma eficiente y competente y de manera imparcial e independiente, debiendo incluirse medidas para que respondan aquellos que hayan incumplido sus deberes. Y respecto del régimen de retribución, el artículo 27.4 establece que los Estados miembros velarán por que dicho régimen se rijan por normas en consonancia con el objetivo de conseguir una reestructuración eficiente, y velarán por que haya procedimientos para resolver litigios en esta materia, sin que, sin embargo, se armonice el sistema de retribución (libre o por aranceles). No obstante, del artículo 5.3 se colige que, fuera de los supuestos de designación a instancia de los acreedores, que se harán cargo de los costes, los honorarios de los administradores se incluirán en los costes de la reestructuración y se repercutirán por tanto al deudor como parte del plan de reestructuración.

- iii) Aunque el artículo 26.1 de la Directiva, en su versión española, se refiere a ellos como “administradores concursales”, tal mención responde a una mala traducción del término inglés “*practitioners*”, pensado para los procedimientos preconcursales. Por tanto, debe ser distinto del administrador concursal, y distinto habrá de ser su estatuto y sus funciones.
- iv) En relación con estas, el artículo 5.3, que ciñe los cometidos del administrador a asistir al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, permite considerar que serán cercanas a las de un mediador concursal, pero también que se extenderán a una labor más compleja, como es la elaboración del plan de reestructuración. Ahora bien, del Considerando (30) puede desprenderse una mayor amplitud de sus funciones, pues alude al nombramiento del administrador en materia de reestructuración para «*supervisar la actividad del deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas del deudor*», lo que guarda coherencia con el artículo 5.1, que contempla la posibilidad de que el deudor conserve solo parcialmente el control de sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa. Esta mayor amplitud de funciones planteará problemas a los que habrá de dar respuesta en



el marco de las relaciones con los administradores sociales, que mantendrán sus funciones, dado que en principio -y esa es la regla de la que parte la Directiva- no se produce el desapoderamiento del deudor.

a.4. Moratoria preconcursal (automatic stay)

68.- El artículo 6 de la Directiva, en coherencia con el Considerando (32), dispone que los Estados miembros velarán por que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva. El artículo 2.1.4) de la Directiva define la "*suspensión de las ejecuciones singulares*" como toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar un crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros proveedores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales.

69.- Esta protección de las negociaciones está supeditada a la concurrencia de dos requisitos: i) que el deudor se encuentre negociando un plan de reestructuración y ii) que la suspensión favorezca las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva.

70.- La Directiva no impone al deudor la carga de acreditar estos dos presupuestos cuando dirige su comunicación al órgano judicial para que la suspensión despliegue sus efectos: esta, por tanto, se produce *ope legis*, sin previo control judicial sobre la concurrencia de tales presupuestos. No obstante, el segundo párrafo del artículo 6.1 autoriza a los Estados miembros a que puedan incorporar en sus ordenamientos nacionales un control *ex ante* de los requisitos para conceder la suspensión, y puedan denegarla cuando esta no sea necesaria o cuando no se cumpla el objetivo previsto en el párrafo primero del mismo artículo.

71.- El control *ex post* de la suspensión que prevé el apartado 9 del artículo 6, que opera como garantía de los derechos de los acreedores -y que se contempla en términos potestativos-, permitirá levantar la suspensión a) cuando esta ya no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones sobre el plan de reestructuración, por ejemplo, en caso de que sea manifiesto que una parte de los acreedores que, en virtud de la normativa nacional, podría evitar la adopción del plan de reestructuración, no apoya la continuación de las



negociaciones; b) a petición del deudor o del administrador en materia de reestructuración; c) en los casos previstos en la normativa nacional, cuando uno o varios acreedores o una o varias categorías de acreedores se vean o puedan verse injustamente perjudicados por la suspensión de las ejecuciones singulares; y d) en los casos previstos en la normativa nacional, si la suspensión da lugar a la insolvencia de un acreedor. El mismo apartado 9 prevé, además, que los Estados miembros podrán limitar la facultad de levantar la suspensión a los casos en los que los acreedores no hayan tenido la oportunidad de ser oídos antes de la entrada en vigor de la suspensión o antes de que la autoridad judicial o administrativa haya acordado una ampliación del plazo de la suspensión. Y prevé asimismo que los Estados miembros podrán establecer un plazo mínimo durante el cual no pueda levantarse la suspensión.

72.- El control *ex post* de la suspensión resulta novedoso en el ordenamiento español (en la regulación de los acuerdos de refinanciación). El concepto de “*perjuicio injusto para los acreedores*” se ha de nutrir de los criterios que ofrecen los Considerandos (36) y (37) para su apreciación. Dice el Considerando (36): «[...] *A la hora de determinar si existe un perjuicio injusto para los acreedores, las autoridades judiciales o administrativas deben poder tener en cuenta si la suspensión hubiera de preservar el valor total del patrimonio, y si el deudor actúa de mala fe o con la intención de causar perjuicio o si, en general, actúa en contra de la confianza legítima de los acreedores*». Y conforme al Considerando (37) un acreedor o una categoría de acreedores se verían injustamente perjudicados por la suspensión si, por ejemplo, sus créditos resultasen mucho más perjudicados como consecuencia de la suspensión que si esta no se aplicara, o si el acreedor se encontrara en una situación de mayor desventaja frente a otros acreedores en una posición similar.

73.- La duración inicial máxima de la suspensión no superará cuatro meses (artículo 6.4), si bien se autoriza a ampliar la duración de la suspensión o a acordar una nueva suspensión a petición del deudor, de un acreedor o, en su caso, de un administrador en materia de reestructuración. Esta ampliación o nueva suspensión -por un plazo máximo de 12 meses, artículo 6.8- solo se acordará si concurren circunstancias que demuestran que están justificadas, como por ejemplo i) si se han logrado avances importantes en las negociaciones del plan de reestructuración; ii) si la continuación de la suspensión no perjudica injustamente los derechos o intereses de ninguna de las partes afectadas; y iii) si no se ha abierto un procedimiento de insolvencia del deudor que pueda desembocar en su liquidación (artículo 6.7). La duración prevista de la suspensión, debe retenerse, no coincide con la



prevista en los artículos 588.2 y 3, y 593.2 TRLC: conforme a los mismos, será de tres meses para el deudor persona jurídica o persona natural empresario y de dos meses para el deudor persona natural no empresario.

74.- El alcance material de la suspensión se regula, en sentido positivo, en los apartados 2 y 3 del artículo 6. En principio, la suspensión podrá alcanzar a todas las categorías de créditos, incluidos los garantizados y preferentes. Ahora bien, se faculta a los Estados miembros para establecer una suspensión limitada a uno o varios acreedores individuales o a categorías de acreedores, en cuyo caso solo se aplicará a los acreedores que hayan sido informados, de conformidad con la normativa nacional, de las negociaciones sobre el plan de reestructuración o sobre la suspensión (artículo 6.3, segundo párrafo). Esta previsión ha de ponerse en relación con el artículo 8.1, que permite al deudor la identificación de los acreedores afectados por el plan de reestructuración, de forma que, con arreglo a ambos preceptos, el alcance material de esta suspensión limitada se circunscribe a los acreedores o categorías de acreedores que van a verse afectados por el plan de reestructuración, dejando a salvo al resto de los acreedores.

75.- En cuanto a su delimitación negativa, el Considerando (34) precisa: *«En circunstancias bien definidas, los Estados miembros deben poder excluir del ámbito de aplicación de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, como los que estén garantizados por activos cuya supresión no pondría en peligro la reestructuración de la empresa o los créditos de acreedores a quienes la suspensión no provocaría un perjuicio injusto, por ejemplo, a causa de una pérdida no compensada o de una depreciación de las garantías»*. Coherentemente, el artículo 6.4 autoriza a excluir de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando: a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa, o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos.

76.- En este punto, y en trance de transponer estas disposiciones de la Directiva, se debe retener que conforme al artículo 592 del TRLC quedan excluidos de la suspensión de las ejecuciones los créditos de derecho público; por lo que, en cumplimiento de la Directiva, habrá de incidirse en la justificación de dicha exclusión y si cabe afirmar, con carácter general, que la autotutela ejecutiva de estos créditos no pone por sí misma en peligro la reestructuración del deudor.



77.- En todo caso, quedan excluidos de la suspensión los créditos de los trabajadores (artículo 6.5), si bien se contempla la posibilidad de introducir una excepción a dicha exclusión, de tal modo que los créditos de los trabajadores queden afectados por la suspensión “siempre y en la medida en que se aseguren (los Estados miembros) de que el pago de dichos créditos esté garantizado mediante marcos de reestructuración preventiva en un grado de protección similar”. En este punto, se ha de recordar que en el Derecho español vigente los créditos de los trabajadores no quedan excluidos del alcance de la suspensión de las ejecuciones más allá de los casos en los que la ejecución se dirija contra bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por consiguiente, la transposición de la Directiva obliga a reformular el régimen de la suspensión de la ejecución de los créditos de los trabajadores, bien excluyéndolos, bien autorizándola en las condiciones previstas en la norma europea.

78.- Por otra parte, el artículo 7.6 prevé la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que la suspensión de las ejecuciones singulares no se aplique a los acuerdos de compensación (*netting*) y en particular a los exigibles en el marco de los mercados financieros, energía y materias primas⁶

a.5. Moratoria del deber de solicitar la declaración de concurso.

79.- La Directiva (artículo 7.1 y 2) protege la negociación de los planes de reestructuración evitando que la solicitud de concurso impida la reestructuración del deudor y el riesgo de incumplimiento del deber de solicitar el concurso cuando la insolvencia es actual.

80.- De este modo, la Directiva establece la interrupción de la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso durante el periodo de la suspensión de las ejecuciones y la interrupción de la declaración de concurso instada a solicitud de los acreedores durante el mismo tiempo.

81.- Estas previsiones ponen de manifiesto que, si bien los marcos de reestructuración preventiva están diseñados para un escenario anterior a la insolvencia y para evitarla, no se excluye, sin embargo, su operatividad en escenarios de insolvencia, como más arriba ha quedado expuesto.

82.- No obstante, la moratoria de la obligación del deudor de solicitar la declaración de concurso puede exceptuarse potestativamente (apartado 3 del

⁶ Regulados en España por 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.



artículo 7) cuando un deudor sea incapaz de hacer frente al pago de sus deudas al vencimiento de estas. En estos casos los Estados miembros garantizarán que una autoridad judicial o administrativa pueda decidir mantener el beneficio de la suspensión de las ejecuciones singulares si, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la apertura de un procedimiento de insolvencia que pueda desembocar en la liquidación del deudor no obedeciera al interés general de los acreedores.

83.- El artículo 7.3, por tanto, y a contrario, contiene la obligación implícita de pagar las deudas nacidas con posterioridad a la suspensión de las ejecuciones singulares y durante todo el tiempo que dure la suspensión. La consecuencia del incumplimiento de dicha obligación será la pérdida del beneficio de la interrupción del deber de solicitar la declaración de concurso, salvo que el órgano judicial valore la conveniencia de mantener la suspensión de las ejecuciones en atención al resultado insatisfactorio para el interés general de los acreedores que se derivaría de la apertura de un procedimiento concursal de liquidación del deudor.

a.6. Efectos sobre los contratos vigentes.

84.- Los apartados 4 a 6 del artículo 7 de la Directiva regulan, como novedad, los efectos de la comunicación del inicio de las negociaciones sobre los contratos vigentes, adelantando de algún modo a la fase preconcursal los efectos de la declaración el concurso sobre los contratos.

85.- Estas previsiones se proyectan sobre los acreedores que integran la estructura operativa del deudor, es decir, los titulares de los denominados "*executory contracts*", como los proveedores que financian el pasivo circulante de la empresa y que son determinantes para garantizar la viabilidad económica del deudor.

86.- El régimen jurídico de los contratos vigentes recae, en primer término, sobre los contratos vigentes esenciales, que define el artículo 7.4 como "aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor". Respecto de estos contratos, y tal como se expresa en el Considerando (41), respecto de las deudas que se originaron antes de -y no durante- la suspensión los Estados miembros *establecerán* normas para impedir que los acreedores a los que se aplica la suspensión dejen en suspenso el cumplimiento de su propia prestación, o los resuelvan, aceleren o modifiquen en detrimento del deudor. Lo anterior no impedirá, sin embargo, que los Estados miembros



puedan reconocer a dichos acreedores salvaguardas especiales para impedir que se les ocasionen un perjuicio injusto. Y se faculta asimismo a los Estados miembros para que apliquen este régimen a los contratos vigentes no esenciales.

87.- El apartado 5 del artículo 7 complementa el régimen de los efectos sobre los contratos vigentes -no solo los esenciales- con la regulación de las denominadas cláusulas *ipso facto*, en términos similares a los del art 156 TRLC, en sede concursal. Conforme a la misma, los acreedores no podrán suspender el cumplimiento de los contratos vigentes, resolverlos, acelerarlos o modificarlos en virtud de una cláusula contractual por el mero hecho de la solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, de su apertura, de una solicitud de suspensión de ejecuciones singulares o de la concesión de estas.

88.- Como contrapartida, los acreedores cuentan con la salvaguarda del artículo 7.3, en los términos indicados: el deber del deudor de pagar las deudas surgidas con posterioridad a la suspensión de las ejecuciones singulares en el curso normal de la actividad de la empresa durante el tiempo que dure la suspensión.

a.7. El plan de reestructuración

89.- El plan de reestructuración es el eje principal de los marcos de reestructuración preventiva que diseña la Directiva, hacia el que convergen todos los mecanismos que esta contempla -la moratoria preconcursal, el régimen de nueva financiación, los deberes de los administradores sociales en sede de reestructuración, etc.-

90.- El artículo 8.1, en sus apartados a) a h), establece el contenido mínimo del plan de reestructuración. El Considerando (42) dice: «*La presente directiva establece normas mínimas de contenido de los planes de reestructuración. Los Estados miembros deben poder exigir más explicaciones en el plan de reestructuración, por ejemplo, en relación con los criterios según los cuales se ha agrupado a los acreedores, que pueden ser pertinentes en caso de que una deuda esté garantizada solo parcialmente. No se puede obligar a los Estados miembros a solicitar un informe pericial sobre el valor de los activos que debe indicarse en el plan.*»

91.- Los apartados a) y b) del artículo 8 se refieren a la descripción del deudor, sus activos y la causa de su insolvencia. El apartado c), de acuerdo con la Recomendación de 2014, se refiere a la facultad del deudor de delimitar



el pasivo o partes afectadas por el plan y, por tanto, los acreedores que tendrán derecho de voto en su adopción; lo que, a contrario, significa determinar la identidad de las partes no afectadas y que, por consiguiente, no participarán en la adopción del plan de conformidad con el artículo 15.2 de la Directiva.

92.- El apartado c) del artículo 8 constituye el núcleo del plan de reestructuración: la identificación de las categorías en las que, en su caso, han sido agrupadas las partes afectadas. La Directiva parece haber optado por una fijación flexible de clases de acreedores (y también, como se verá, por su revisión judicial): la adopción del plan depende de la conjunción de las voluntades de las categorías de acreedores y no de las voluntades de estos considerados individualmente. La clasificación por categorías es revisada por el órgano judicial cuando se tramite una solicitud de confirmación del plan ex artículo 9.5, en relación con el artículo 10.1, como garantía del cumplimiento del requisito de la igualdad y proporcionalidad en el tratamiento de los acreedores agrupados en una misma categoría (artículo 10.2 b).

93.- Para la formación de las categorías, la Directiva adopta un sistema atendiendo no tanto a la naturaleza del crédito, como en sede concursal, cuanto a la existencia de "una comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables con arreglo a la normativa nacional. Como mínimo, los acreedores de los créditos garantizados y no garantizados deberán ser tratados como categorías separadas a efectos de adoptar un plan de reestructuración" (artículo 9.4).

94.- Por tanto, la clasificación por categorías de créditos garantizados y no garantizados es la única que se establece obligatoriamente en la Directiva; la cual coincide, por lo demás, con la clasificación en categorías de acreedores que recoge el actual régimen de homologación judicial de acuerdos de refinanciación (artículo 622 TRLC).

95.- También se impone a los Estados miembros la obligación de establecer medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías se realice de modo que tenga particularmente en cuenta la protección de los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores (artículo 9.4, último párrafo).

96.- Junto con estas reglas obligatorias, la Directiva introduce otras de carácter facultativo: así, los Estados miembros también podrán disponer que los créditos de los trabajadores se traten como una categoría propia (siempre que no hayan sido excluidos del ámbito de aplicación de los marcos



preventivos de reestructuración ex artículo 1.5), y podrán prever que los deudores que sean PYMEs tengan la posibilidad de no tratar a las partes afectadas como categorías separadas [artículo 9.4, párrafo tercero y Considerando (45)].

97.- La Directiva presta atención, además, a otras dos categorías de acreedores, que los Estados miembros podrán agrupar en categorías autónomas: los acreedores de derecho público y los accionistas.

98.- Respecto de los primeros, al mismo tiempo que autoriza a considerarlos como una clase autónoma de acreedores, permite excluir a ciertos acreedores públicos institucionales cuando tengan un estatuto privilegiado conforme a la normativa nacional [Considerando (52)].

99.- En este punto, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá al tratar sobre la exoneración de deudas, convendría tener en cuenta las recomendaciones de organismos internacionales como el Banco Mundial en orden a la inclusión del crédito público en los planes de reestructuración y, por tanto, quedar afectado por este, recomendaciones que han sido atendidas, entre otros Estados, por Reino Unido y Alemania. Debe tenerse asimismo en cuenta que de la involuación del crédito público en la reestructuración puede depender el éxito de la misma en empresas en las que, como las PYMEs, el porcentaje de deuda pública es muy elevado, no siendo suficientes los mecanismos de aplazamiento y fraccionamiento, que podrán permitirles estar al corriente de sus obligaciones, pero no reestructurar la compañía.

100.- Por otro lado, cabe retener que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la inclusión de los créditos públicos en los marcos de reestructuración preventiva no contraviene la normativa europea de ayudas de Estado (cfr. STJUE 16 de marzo de 2017, as. C-493/15, Agenzia delle Entrate c. Marco Identi, ECLI:EU:C:2017:219).

101.- Y, en fin, dada la amplitud de opciones que la Directiva ofrece a los Estados miembros, cabría considerar una posición intermedia conforme a la cual el crédito público no resultaría sometido a la reestructuración, pero tampoco podría beneficiarse de esta.

102.- El contenido mínimo del plan se cierra con la identidad del administrador en materia de reestructuración (artículo 8.1 apartado f), la duración y las medidas de reestructuración (quitas, esperas, conversiones y capitalizaciones), las disposiciones en materia de información y consulta de



los representantes de los trabajadores con arreglo al Derecho de la Unión y nacional, en su caso las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares, los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional, y toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración así como los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan (apartado g).

103.- Este último elemento, los motivos por los cuales es necesario aplicar el plan, se conecta directamente con el contenido en el apartado h), que se refiere a la exposición de motivos que explique por qué el plan ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas para el éxito del plan, si bien los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración, si hubiera sido nombrado. El principio conservativo que subyace en este particular contenido del plan es el que reside también en el régimen de los acuerdos de refinanciación vigente, que exige que las medidas de refinanciación respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo (cfr. artículo 603 TRLC).

a.8. La adopción y confirmación del plan de reestructuración

104.- De conformidad con el artículo 9.1 de la Directiva, están legitimados para presentar el plan el deudor en todo caso, los acreedores y el administrador en materia de reestructuración, si así lo prevén los Estados miembros. El plan determinará las partes afectadas, que tendrán derecho de voto sobre la adopción del plan (artículo 9.2), si bien los Estados miembros podrán prever la exclusión de dicho derecho de voto a cualquiera de las categorías a que se refiere el artículo 9.3 (entre ellas, las personas relacionadas con el deudor o que presenten una situación de conflicto de interés, en términos similares al artículo 606.3 TRLC).

105.- En cuanto al régimen de mayorías para la aprobación del plan, el artículo 9.6 solo exige la concurrencia, en cada categoría de acreedores, de una mayoría del importe de los créditos o intereses, no de partes o cabezas, si bien es potestativo para los Estados miembros establecer la doble mayoría de créditos y de partes. En todo caso, una y otra mayoría no podrá ser superior al 75% del importe de los créditos o intereses, o del número de partes afectadas en cada categoría de acreedores en cuestión (artículo 9.6,



segundo párrafo); y conforme al Considerando (47), se permite a los Estados miembros establecer umbrales de participación para la votación.

106.- Como ha quedado expuesto, la Directiva parte del carácter consensuado y acordado entre las partes del contenido de la reestructuración [Considerando (10)] conforme al principio mayoritario (*majority in value*) que hace del plan de reestructuración un acuerdo de masa, de los acreedores y el deudor. En la medida en que se persigue la conservación de empresas viables, se trata de propiciar la reestructuración aun de modo forzoso, si bien en este caso con la obligada confirmación por una autoridad judicial o administrativa (artículo 10.1.a). Desde el planteamiento económico de la Directiva, la tensión entre los derechos de veto a la adopción del plan y el derecho de arrastre ha de resolverse en razón de la valoración económica de la empresa: si esta es superior a la deuda, el deudor -los accionistas- podrían vetar una reestructuración que les arrastre y pueda diluir su posición en la compañía; por el contrario, cuando el valor de la empresa es inferior a la deuda los accionistas estarán “*out of the money*” y no podrán vetar la reestructuración, que será forzosa no solo para los acreedores disidentes, sino también para los accionistas, con la condición de la confirmación judicial del plan.

a.8.1 Planes de reestructuración consensuados (intra class cramdown)

107.- Los planes de reestructuración consensuados son los aprobados por todas las categorías de acreedores, aun cuando no lo sean por todos los acreedores incluidos en cada categoría. El artículo 10 establece los requisitos necesarios para la extensión de los efectos del plan a los acreedores disidentes dentro de la misma categoría (el arrastre horizontal o *intra class cramdown*)

108.- El artículo 10.1 abre el régimen jurídico identificando los planes que, como mínimo -pues el Considerando (48) permite someter a aprobación judicial otros planes- han de ser confirmados por una autoridad judicial o administrativa para que revistan fuerza vinculante respecto de todas las partes afectadas por el mismo. Estos son: a) los planes de reestructuración que afecten a los créditos o a los intereses de las partes afectadas disidentes; b) los planes de reestructuración que prevean una nueva financiación; y c) los planes de reestructuración que impliquen la pérdida de más del 25% del personal si la normativa nacional lo permitiese.

109.- Para que pueda producirse la extensión de efectos será necesario que se cumplan, como mínimo [Considerando (50)] los requisitos cumulativos



establecidos en el artículo 10.2 y, en su caso, el sexto que potestativamente podrán introducir los Estados miembros (artículo 10.3): i) que el plan se haya adoptado de conformidad con el artículo 9; ii) que los acreedores con una comunidad de intereses suficiente en la misma categoría sean tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito; iii) que el plan de reestructuración se haya notificado de conformidad con la normativa nacional a todas las partes afectadas; iv) cuando haya acreedores disidentes, que el plan supere la prueba del interés superior de los acreedores; v) en su caso, que toda nueva financiación sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores; y -potestativamente- vi) que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa.

110.- El artículo 2.1.6) define la “prueba del interés superior de los acreedores” (*best interest of creditors*) con arreglo a dos criterios alternativos: una prueba que se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por el plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración (en el mismo sentido, Considerando (50)).

111.- La base de la reestructuración reside en que, como viene diciéndose, el valor de reestructuración como empresa en funcionamiento es superior al valor de liquidación. Esta diferencia valorativa se conoce como *going concern surplus* o prima de reestructuración, que se distribuye entre las categorías de acreedores a través del plan de reestructuración.

112.- El Considerando (49) ofrece las pautas de interpretación de este concepto: «*En caso de que los Estados miembros opten por realizar una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, el valor como empresa en funcionamiento debe tener en cuenta la actividad del deudor a largo plazo, al contrario que el valor de liquidación. El valor como empresa en funcionamiento es, por regla general, superior al valor de liquidación, ya que se basa en la presunción de que la empresa sigue activa con una mínima perturbación, cuenta con la confianza de los acreedores financieros, accionistas y clientes, y sigue generando ingresos, y limita las repercusiones sobre los trabajadores.*»



113.- La inclusión del interés superior de los acreedores y la prueba de su superación para la confirmación del plan permite, por una parte, la eventual determinación judicial del valor de reestructuración, incluso contando con la ayuda de expertos cualificados, en el caso de impugnación del plan por un acreedor disidente, alegando la no superación de la prueba del interés superior de los acreedores (artículo 14.3, en relación con el artículo 14.1). Y por otra parte, evita que los acreedores disidentes queden sometidos, como consecuencia de los efectos del arrastre horizontal, a condiciones más gravosas para el cobro de sus créditos que las que tendrían si se liquidara el deudor y se procediera a la atribución del valor de liquidación. De este modo, se garantiza que la cuota de reestructuración será superior a la cuota de liquidación. En este sentido, presenta concomitancias con el concepto de “*sacrificio desproporcionado*” ahora recogido en el artículo 618.3 TRLC en sede de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, concepto jurídico indeterminado cuyo contenido ha ido perfilándose jurisprudencialmente.

114.- Interesa destacar que en la Directiva el examen de la prueba del interés superior de los acreedores, aun cuando formalmente constituye parte del contenido del plan de reestructuración, no se lleva a cabo mediante un control *ex ante*, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2, en relación con el artículo 14.1 y 14.3, se realiza a posteriori, tras la aprobación del plan, en el trámite de impugnación fundamentada, precisamente, en la no superación de la prueba del interés superior de los acreedores, a través de la cual podrá impugnarse, en su caso, la valoración del deudor como empresa en funcionamiento. El régimen previsto en la Directiva se sitúa, de esta modo, en un plano análogo al de la impugnación de los acuerdos de refinanciación por la concurrencia de un sacrificio desproporcionado cuyo régimen se contiene en los vigentes artículos 617 a 621 TRLC, y cuyos efectos, de estimarse la impugnación, serán los mismos que habrán de darse con la impugnación del plan de reestructuración por no superarse la prueba del mejor interés de los acreedores, a saber, la enmienda o modificación del acuerdo y del plan en la medida en que estos requisitos lo exijan -y en su caso, la indemnización que resulte procedente-, conservando, empero, su vigencia para el resto de los acreedores.

a.8.2 Planes de reestructuración no consensuados (cross-class cramdown)

115.- Los planes de reestructuración no consensuados son aquellos que no han sido aprobados por todas las categorías de acreedores, sino que una o algunas de ellas no han votado a favor de la adopción del mismo. El artículo



11 regula la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, esto es, el arrastre vertical o *cross-class cramdown*.

116.- La solicitud para la confirmación de un plan de estas características puede ser promovida por el deudor o por un acreedor con el consentimiento del deudor. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.1, penúltimo párrafo, y como excepción, los Estados miembros podrán limitar el requisito de obtener el consentimiento del deudor a los casos en los que el deudor sea una PYME. El Considerando (53) señala que *«En el caso de las personas jurídicas, los Estados miembros deben poder decidir si, a efectos de la adopción o conformación del plan de reestructuración, debe considerarse que el deudor ha de ser considerado como el consejo de administración de la persona jurídica o una determinada mayoría de socios o tenedores de participaciones»*.

117.- La solicitud debe cumplir, como mínimo, los requisitos que de forma cumulativa se establecen en el artículo 11.1: i) que se cumplan las condiciones mínimas obligatorias y, en su caso, la potestativa antes expuestas para la confirmación del plan consensual; ii) que el plan haya sido aprobado, bien por una mayoría de categorías de acreedores con ciertos requisitos, bien, alternativamente, por una categoría de acreedores *in the money*; iii) que se cumpla la regla de la prioridad absoluta; y iv) que se cumpla el corolario de la prioridad absoluta.

118.- El segundo de los requisitos mencionados requiere la concurrencia de dos condiciones de carácter alternativo: que el plan de reestructuración haya sido aprobado por una mayoría de las categorías de acreedores garantizados o de rango superior a los acreedores no garantizados o, alternativamente y como requisito de mínimos, que el plan haya sido aprobado al menos por una categoría de acreedores distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría de acreedores que, a raíz de la valoración del deudor como empresa en funcionamiento, no recibiría ningún pago ni conservaría ningún interés o, cuando así lo disponga la normativa nacional, de la que cabría razonablemente suponer que no recibiría ningún pago ni conservaría ningún interés, si se aplicase el orden normal de prelación de conformidad con la normativa nacional (es decir, los acreedores perjudicados por sufrir una reducción en el valor de sus créditos o *out of the money*).

119.- Por tanto, para que se den los efectos del arrastre vertical en preciso que, en todo caso, haya votado a favor de la aprobación del plan alguna categoría distinta de la que agrupa a acreedores *out of the money*, si bien se



permite a los Estados miembros poder exigir la aprobación del plan por más de una categoría de acreedores afectados distintos de una categoría de tenedores de participaciones y cualquier otra categoría de acreedores *out of the money*, sin llegar a poder exigir el consentimiento de todas ellas [artículo 11.2 y Considerando (54)].

120.- La regla de la prioridad absoluta se enuncia del siguiente modo [artículo 11.1.c) y Considerando (55)]: aquella que garantice que las categorías de voto disidentes de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría de rango inferior.

121.- Ahora bien, esta regla admite una doble excepción, de carácter facultativo en ambos casos: i) que se produzca la plena satisfacción de los acreedores disidentes por medios idénticos o equivalentes a la naturaleza de su crédito cuando una categoría de rango inferior haya de recibir cualquier pago o conservar cualquier interés en el marco de un plan de reestructuración; ii) como excepción a lo anterior, cuando sea necesario para lograr los objetivos del plan y siempre que este no perjudique los derechos o intereses de cualquier parte afectada [artículo 10.2 y Considerando (56)], lo que en realidad constituye una excepción a la regla de la prioridad absoluta, que en la práctica pasaría a operar como una regla de prioridad relativa.

122.- La introducción de esta regla parece obedecer a las críticas que en ciertos sectores doctrinales ha merecido la regla de la prioridad absoluta, y se alinea con la propuesta de reforma del Chapter 11 del Código norteamericano en lo relativo a la *absolute priority rule*. La regla de la prioridad relativa supone, en la práctica, que si se pretende confirmar un plan de reestructuración frente a la oposición de una categoría de acreedores de rango inferior, se debería prever una compensación a dicha categoría de acreedores por los derechos que pudieran perder como consecuencia del plan de reestructuración. Esta regla, que supera la rigidez de la *absolute priority rule*, opera cuando se considera justo que los tenedores de participaciones mantengan determinados intereses en el plan, a pesar de que una categoría de mayor prelación se vea obligada a aceptar una reducción de sus créditos o que proveedores de suministros básicos reciban su pago antes que acreedores de mayor prelación. Con ella se sustituye, pues, la satisfacción íntegra de una clase de mayor prelación para que una clase de menor prelación perciba algo en la reestructuración, por el mejor tratamiento -ya no la satisfacción íntegra- de la clase de los acreedores preferentes, lo que conlleva ineludiblemente valorar en términos económicos ese mejor tratamiento, valoración que habrá de corresponder a la autoridad judicial.



123.- Como se ve, se trata de incentivar a aquellas categorías de acreedores que no percibirían nada hasta que las clases preferentes hubiesen sido totalmente satisfechas. La regla se mueve en la tensión entre ese incentivo, fundamentalmente para los accionistas, que recibirán contrapartidas por sus títulos, y la distorsión de los rangos crediticios convencionalmente pactados, lo que puede tener una incidencia negativa en el mercado del crédito. En cualquier caso, la Directiva no impone su adopción, teniendo en cuenta que no ha sido objeto de una previa evaluación de impacto de su aplicación.

124.- El último requisito exigido por el artículo 11.1 recoge el corolario de la regla de la prioridad absoluta, conforme al cual en el marco del plan de reestructuración ninguna categoría de las partes afectadas podrá recibir o mantener más del importe total de sus créditos o intereses.

125.- De este modo, la regla de la prioridad absoluta y su corolario permite distribuir el valor de reestructuración entre las categorías de acreedores en defecto de acuerdo entre las mismas con la garantía de que se respetarán los rangos de las diversas categorías, sin que ninguna de rango inferior reciba nada por el plan de reestructuración sin que se haya pagado de forma íntegra a las categorías de acreedores de rango superior, salvo que se introduzca la regla de la prioridad relativa. Y ninguna categoría de acreedores podrá recibir a través del plan de reestructuración un pago mayor del importe total que es debido a dicha categoría, es decir, apropiarse del excedente de valor derivado de mantener a la empresa en funcionamiento (*going concern surplus*).

a.8.3. La reestructuración forzosa del deudor

126.- Una de las novedades que introduce la Directiva en el régimen de la reestructuración preventiva es, como se ha venido exponiendo, la posibilidad de que la reestructuración forzosa alcance al deudor. No obstante, el artículo 11.1.d) *in fine* deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de excluir la reestructuración forzosa del deudor en relación a las PYMEs, para la cual, en su caso, sería necesario el consentimiento del deudor.

127.- El cambio de paradigma que introduce la Directiva supone reconocer, como antes en el marco de la reestructuración bancaria, que los derechos de los socios no son absolutos y que el derecho de sociedades no puede constituir un obstáculo para la reestructuración.

128.- De este modo, la Directiva (artículo 12) establece que los socios/tenedores de participaciones no pueden injustificadamente -en la versión inglesa, sin causa razonable, "*unreasonably*"- obstaculizar una



reestructuración, remitiéndose a cada Estado miembro la concreción de lo que haya de entenderse por injustificado (o irrazonable).

129.- La Directiva no establece el modo en que se ha de evitar esta obstaculización. Tal y como ha apuntado un autorizado sector doctrinal, esta podrá llevarse a cabo a partir de la consideración de los socios o tenedores de acciones o participaciones como una clase residual de acreedores con derecho de voto, que pueden ser arrastrados en una reestructuración forzosa de la deuda, con homologación judicial o administrativa, con las mayorías exigidas conforme a lo dispuesto en el artículo 11 -y seguramente conforme a la regla de prioridad relativa, se añade ahora-. Tal y como apunta este autorizado sector de la doctrina, se produciría de algún modo una reasignación de los derechos de control sobre la compañía, en particular en los supuestos de conversión de deuda en capital, y como consecuencia de que, a partir de la valoración de la empresa, correspondería a los acreedores la titularidad material de las acciones o participaciones al soportar el riesgo empresarial, aun cuando la titularidad formal la mantuviera el socio, careciendo de sustrato económico el ejercicio por los socios de su derecho de voto. En esta línea, la incidencia de la Directiva respecto de los cambios de control de sociedades en crisis operará como mecanismo de protección de los financiadores, especialmente en sociedades abiertas y cotizadas.

130.- La otra vía posible es introducir modificaciones en el Derecho de sociedades, privando a los socios del derecho de voto y del derecho de suscripción preferente en operaciones estructurales o acudiendo a otros mecanismos igualmente eficaces que garanticen que los socios o tenedores de participaciones no impidan injustificadamente la adopción o ejecución de planes de reestructuración. Esta vía conllevaría la superación de los tradicionales paradigmas del derecho societario, de las competencias de las juntas de socios y del régimen de responsabilidad de los administradores sociales.

a.8.4. La revisión de la confirmación de los planes de reestructuración

131.- El sistema actual de homologación de los acuerdos de refinanciación, que fue introducido por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, en la disposición adicional 4ª de la LC, se encuentra regulado en el Capítulo II del Título II del Libro segundo del TRLC.

132.- Los requisitos para la homologación se contienen en el artículo 606 del TRLC:



- 1º. Que el acuerdo responda a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio plazo.
- 2º. Que incrementalmente la previa proporción de activo sobre pasivo existente en la fecha de adopción del acuerdo.
- 3º. Que el activo corriente resultante sea igual o superior al pasivo corriente.
- 4º. Que la proporción de los créditos con garantías personales o reales de los acreedores que suscriban el acuerdo no sea superior a la existente antes del acuerdo, ni superior al noventa por ciento del pasivo total afectado por el acuerdo. En el caso de garantías reales, el valor de la garantía se determinará conforme a lo establecido en el título VI del libro I de esta ley.
- 5º. Que el tipo de interés aplicable a los créditos subsistentes o resultantes del acuerdo a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio a la media de los intereses aplicables a los créditos antes del acuerdo.
- 6º. Que el acuerdo se haya formalizado en escritura pública otorgada por el deudor y por todos los acreedores intervinientes en el mismo, por si o por medio de representante. En la escritura deberán hacerse constar las razones que, desde el punto de vista económico, justifiquen el acuerdo, así como los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores que suscriban el acuerdo, y se acompañarán a ella cuantos documentos justifiquen la concurrencia a la fecha del otorgamiento de los requisitos a que se refieren los números anteriores.

133.- La solicitud de homologación se presenta ante el juzgado de lo mercantil que sea competente para conocer del concurso (artículo 609 TRLC), y es objeto de un previo juicio de admisibilidad en el que se examina el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 606 del texto refundido. Admitida la solicitud, se paralizarán las ejecuciones hasta que se apruebe o deniegue la homologación (artículo 611 TRLC). La providencia de admisión se publicará en el Registro público concursal (artículo 612 TRLC).

134.- El juicio sobre la homologación se extiende al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 606 del TR y a la concurrencia de las mayorías exigidas por la ley en función de la finalidad perseguida por el acuerdo de refinanciación, ya la protección del acuerdo frente a eventuales acciones rescisorias en caso de concurso consecutivo, ya la extensión del acuerdo a los acreedores disidentes. Dictado el auto de homologación, se alzarán la paralización de las ejecuciones singulares y se dispondrá su archivo, sin perjuicio de mantenerse los embargos acordados en favor de los acreedores financieros afectados por el acuerdo de homologación hasta su firmeza, y sin perjuicio de que este tenga eficacia inmediata y fuerza ejecutiva, aun no siendo firme (artículo 614 TRLC). El acuerdo *-rectius*, el auto- será firme trascurrido el plazo de 15 días desde la publicación del auto de homologación sin que se haya impugnado (artículo 618 TRLC) y cuando,



desestimadas las impugnaciones, se publique la sentencia desestimatoria (artículo 622 TRLC).

135.- El auto de homologación se podrá impugnar por los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscritos el acuerdo o que hubiesen mostrado su disconformidad con el mismo (artículo 618 TRLC). Las causas de impugnación son tasadas: no cumplirse las mayorías exigibles o el carácter desproporcionado del sacrificio exigido al acreedor impugnante (artículo 619.1 TRLC). La impugnación se ventila ante el juez que ha dictado el auto de homologación, por el trámite del incidente concursal, y la sentencia que lo resuelve no es susceptible de recurso de apelación (artículo 621.3 TRLC).

136.- Se desprende de este régimen, por tanto, que la homologación, que se otorga a instancia del solicitante, se resuelve sin contradicción previa, y la revisión de esta decisión no es devolutiva, sino que se ventila ante el mismo juez que la ha otorgado, por un trámite, ahora sí, contradictorio, si bien el objeto de la contradicción, aunque es más amplio que el de la homologación, está tasado.

137.- Tal y como han apuntado autorizadas voces, el sistema de homologación y revisión de los acuerdos de refinanciación tiene ventajas e inconvenientes. Por una parte, los efectos de la homologación se producen en un breve espacio de tiempo y por un trámite muy expedito, y la incertidumbre sobre la eventual revisión, que podría retraer a nuevos financiadores al menos hasta que la refinanciación fuese firme, está también limitada a un razonable breve periodo de tiempo. Por otra parte, presenta un régimen de legitimación limitada, como también son limitadas las causas de impugnación. Y la inicial homologación por el juez puede orientar el sentido de la resolución sobre la impugnación, sin que, por lo demás, haya una instancia superior que sirva para unificar criterios.

138.- Como se ha visto, el artículo 10 de la Directiva regula la confirmación de los planes de reestructuración. Desde el punto de vista procedimental, no deja claro, sin embargo, si esta confirmación requiere de un previo trámite contradictorio. De la lectura del artículo 10.2, y en especial de su apartado d) -referido a la superación de la prueba del interés superior de los acreedores, en caso de disidencia-, parece desprenderse que, con el presupuesto de la notificación del plan a los afectados [Considerando (51)], está implícita la posibilidad de impugnación con carácter previo a la confirmación del plan por la autoridad competente, tanto más cuando se trata de una reestructuración forzosa ex artículo 11 de la Directiva. El Considerando (50), sin embargo, no



abunda en esta idea cuando dice que *«[A]unque, a fin de realizar una evaluación en cada caso, el cumplimiento de la prueba del interés superior de los acreedores debe ser examinado por la autoridad judicial o administrativa únicamente si el plan de reestructuración es impugnado por ese motivo, los Estados miembros deben poder establecer que otras condiciones para la confirmación puedan examinarse de oficio (...)»*; si bien el artículo 14, cuando establece que la autoridad competente tomará una decisión sobre la valoración de la empresa del deudor solo cuando el acreedor disidente impugne el plan por las causas previstas en su apartado 1, permite, en su apartado 3, que esta impugnación pueda hacerse antes de la confirmación o que pueda presentarse en el marco de un recurso contra una decisión relativa a la confirmación del plan de reestructuración. Y el artículo 17.2, en línea con el Considerando (68), también contempla la posibilidad de un control *ex ante* de la financiación provisional.

139.- Puede decirse, por tanto, que la Directiva no adopta una posición cerrada y vinculante acerca de la contradicción previa a la confirmación, y admite tanto que la impugnación del plan sea previa a esta, como que sea posterior a la homologación del plan.

140.- El artículo 16, al tratar sobre el régimen de recursos, también se muestra deliberadamente ambiguo. Dispone este precepto:

“1. Los Estados miembros garantizarán que cualquier recurso previsto por la normativa nacional contra una resolución confirmatoria o denegatoria de un plan de reestructuración dictada por una autoridad judicial se interponga ante una autoridad judicial superior. Los Estados miembros garantizarán que un recurso contra una decisión confirmatoria o denegatoria de un plan de reestructuración adoptada por una autoridad administrativa se interponga ante una autoridad judicial”.

141.- A continuación, en los apartados siguientes, se establece el carácter no suspensivo del recurso, salvo que potestativamente se suspenda la ejecución del plan o de partes del mismo cuando sea necesario y apropiado para garantizar los intereses de una parte, y los efectos de la estimación del recurso.

142.- Del precepto transcrito se desprende, de un lado, la necesidad de que la decisión de la autoridad administrativa sobre la homologación del plan sea objeto de control jurisdiccional; y de otro, que la decisión judicial sobre la homologación deba ser revisada, cuando se prevea esa revisión en el ordenamiento nacional, por una instancia judicial superior, es decir, que el recurso sea devolutivo -y, como regla general, no suspensivo-.



143.- Esto es lo que se desprende también del Considerando (65), cuando respecto de la decisión tomada por una autoridad administrativa prescribe que *«las partes afectadas interesadas deben tener la posibilidad de recurrir»*; y cuando, a continuación, respecto de la decisión judicial sobre la confirmación del plan indica que *«[L]os Estados miembros deben poder introducir también la posibilidad de recurrir»*, con lo que no se impone en todo caso el recurso, sino que se deja al arbitrio de los Estados miembros articular una vía impugnatoria; pero si la articula, el recurso habrá de tener efectos devolutivos y lo conocerá una instancia superior, y, en principio, no tendrá efectos suspensivos.

144.- Enfrentando el régimen contradicción y el sistema de recursos de la Directiva con el del previsto en el Derecho vigente sobre la homologación e impugnación de los acuerdos de refinanciación, se ha de llegar a la conclusión de que el ordenamiento vigente no contradice la Directiva en lo que a la falta de contradicción previa se refiere, que esta no lo exige, pero sí es contrario a ella en la medida en que la impugnación posterior del auto de homologación se ventila ante el mismo órgano que lo ha dictado, y no ante una instancia judicial superior.

145.- La debida transposición de la Directiva podría alcanzarse mediante un sistema de confirmación del plan sin previa contradicción -que, como se ha visto, tendría cabida en la Directiva, dada su ambigüedad al respecto- y una revisión de la decisión judicial mediante un incidente de impugnación del auto que, aunque esté sujeto a causas tasadas, supere el ámbito de conocimiento de la inicial homologación y carezca, en principio, de efectos suspensivos, cuyo conocimiento se sitúe en una instancia judicial superior. Este modelo presenta la ventaja de la celeridad en la consecución de la confirmación del plan y de su carácter ejecutivo, no obstante la impugnación. Además, permite una mayor objetividad en la decisión, al adoptarse por un órgano colegiado, y contribuye a dotar de unicidad a la respuesta judicial, favoreciendo, con ello, la seguridad jurídica.

146.- Es cierto que la impugnación ante una instancia superior no es propiamente un recurso, pues no se dan en ella los efectos revisorios de una decisión anterior, sino que son más amplios, al permitir la contradicción sobre aspectos que, como la falta de prueba del interés general de los acreedores -el sacrificio desproporcionado- o incluso la valoración de la empresa en funcionamiento, para verificar la regla de la prioridad absoluta -o relativa, si se introduce- en los casos de *cross-class cramdown*, podrán no haber sido objeto de examen en la decisión inicial. Y tiene su incidencia en el trámite, pues se acomodará en España a la tramitación del incidente concursal, si bien



con la peculiaridad de que conocerá del mismo la Audiencia Provincial. Con todo, sería un modelo conciliable con la Directiva.

147.- El principal inconveniente se encuentra, también aquí, en la demora en la firmeza de la homologación, que puede generar incertidumbre en los inversores y financiadores, con el subsiguiente riesgo de que se frustre la reestructuración.

148.- Una alternativa a este modelo sería aquella que permita una oposición previa a la decisión sobre la confirmación del plan, a través de un incidente concursal contradictorio, cuando alguna de las partes afectadas -y legitimadas- manifieste su oposición mediante la invocación de algunas de las causas tasadas, que, como mínimo, serán las previstas en la Directiva. Este sistema, si bien conlleva demorar la decisión sobre la confirmación del plan, permitiría, no obstante, adelantar su firmeza, pues, cumplida la contradicción, no sería necesario prever una vía de recurso ante una instancia judicial superior que, como se ha visto, la Directiva solo la exige en la medida en que los ordenamientos nacionales contemplen la vía de recurso. El inconveniente, sin embargo, se encuentra en el riesgo de dispersión en la respuesta judicial, sobre todo a la hora de verificar el cumplimiento del requisito del interés general de los acreedores y de la regla de prioridad absoluta (o relativa) en los casos de arrastre *inter clases*.

149.- Apurando aun más este modelo, cabría considerar otro que, junto con el trámite contradictorio de oposición previo, contemplase el recurso contra la decisión sobre la confirmación del plan, el cual debería sustanciarse ante una instancia judicial superior, y carecer, como regla, de efectos suspensivos. El inconveniente, como se ve, reside en que se pospone la firmeza de la homologación a la resolución del recurso, con los eventuales efectos perniciosos que pueden darse de cara, fundamentalmente, a la refinanciación y, por ende, al éxito de la reestructuración. Y la ventaja se encuentra en la concentración del criterio jurisdiccional, con el subsiguiente efecto beneficioso para la seguridad jurídica. Cabe añadir en favor de este modelo que a través de él se permitirá la revisión de la decisión adoptada en la instancia sobre aspectos como la valoración de la empresa en funcionamiento, que pueden resultar imprescindibles a la hora de verificar la concurrencia de los requisitos para la confirmación del plan de reestructuración, y que de otro modo quedarían en manos del juez del concurso -con el auxilio de los expertos, en su caso- sin posibilidad de revisión por un órgano superior y sin posibilidad de extender el efecto unificador que la resolución del recurso puede producir.

150.- Y aun cabría dejar en manos del legislador nacional la posibilidad de permitir al instante optar por uno de estos modelos que se ajustan a la



Directiva, para que calibre qué grado de incertidumbre puede soportar y qué sistema es mejor para sus intereses.

b. Protección de la financiación de la reestructuración: la nueva financiación y la financiación interina

151.- El éxito y la viabilidad del plan de reestructuración pasa por establecer mecanismos de protección de la financiación que la han de hacer posible, lo que se logra no solo mediante instrumentos novatorios de la deuda existente, sino también mediante nueva financiación, entendida ampliamente (nuevos créditos financieros, garantías de terceros, entrega de existencias y materias primas, garantías de suministros, etc.).

152.- La Directiva se ocupa de este marco protector en el Capítulo 4 del Título II, bajo el epígrafe "*Protección de la nueva financiación, la financiación provisional y otras operaciones relacionadas con la reestructuración*". Este régimen de protección alcanza a la nueva financiación que se incluye en el plan de reestructuración (artículo 8.1.g) así como a la que resulte necesaria para llevar a cabo su ejecución (artículo 17). Y alcanza también a la financiación interina o "puente", que permitirá al deudor seguir operando en el tráfico económico y jurídico desde el inicio de la negociación del plan de reestructuración hasta su confirmación.

153.- El artículo 17.1 contempla, en primer lugar, una serie de garantías mínimas que deben incorporar los Estados miembros para el caso de una eventual declaración de concurso: la protección ante el riesgo rescisorio, y frente a eventuales responsabilidades civiles, administrativas o penales del deudor deducidas por el solo motivo de la que financiación sea perjudicial para el conjunto de acreedores, dejando a salvo otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional. Se deja en manos de los Estados miembros, no obstante, establecer que estas garantías mínimas solo operen si una autoridad judicial o administrativa ha confirmado el plan de reestructuración y respecto de una financiación provisional que hubiera sido sometida a control *ex ante*. Con ello, se pretende evitar el riesgo de que la nueva financiación y la financiación interina, inatacables en vía rescisoria concursal, alteren la prelación crediticia, lo que solo sería concebible y estaría justificado si la compañía es viable. En estos casos, operarán como requisitos de la confirmación de la nueva financiación o de la financiación interina tanto la viabilidad de la compañía como la necesidad de la nueva financiación para cumplir el plan de reestructuración, como, en fin, que con ella no se perjudique injustamente los intereses de los acreedores preexistentes (artículo 10.2.e).



154.- Los Estados miembros también podrán optar por excluir las garantías previstas en el apartado 1 del artículo 17 a la financiación obtenida después de que el deudor haya devenido insolvente (artículo 17.3).

155.- Por otra parte, el apartado 4 de este mismo artículo contempla las garantías eventuales que los Estados miembros podrán incorporar, estableciendo el derecho de los prestadores de la nueva financiación o de la financiación provisional a recibir el pago con prioridad en el contexto de los posteriores procedimientos de insolvencia en relación con otros acreedores que, de otro modo, tendrían pretensiones iguales o superiores sobre el efectivo o los activos.

156.- Estas previsiones deben completarse con las que, en relación con la financiación interina obtenida durante la negociación del plan, se contienen en el Considerando (68), que establece la necesidad de que los Estados miembros establezcan mecanismos adecuados de control *ex ante*, acudiendo, por ejemplo, a un administrador experto en reestructuraciones, un comité de acreedores o una autoridad judicial o administrativa.

157.- El artículo 18 establece, por su parte, que los Estados miembros garantizarán en un eventual escenario concursal las denominadas "*transacciones coaligadas al plan de reestructuración*", razonables y necesarias para negociarla, entre las que se encuentran, como mínimo (apartado 4), el pago de los costes de la negociación, los honorarios por asesoramiento profesional, el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados y cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso normal de la actividad de la empresa (distintos de los mencionados anteriormente).

c. Obligaciones de los administradores sociales (en la proximidad de la insolvencia)

158.- La tramitación de la Directiva puso de manifiesto el tradicional debate acerca de si deben regularse en sede concursal y preconcursal, o en sede societaria y contractual, las obligaciones de los administradores sociales ante el conflicto de intereses entre la compañía y los terceros, los acreedores y los *stakeholders* que surge desde el momento de la proximidad de la insolvencia. En el momento en el que los acreedores se conectan con la sociedad en la proximidad de la insolvencia, surge el conflicto con los accionistas, dado que aquellos buscan la satisfacción de sus créditos y estos la maximización de su inversión, y en medio de dicho conflicto se sitúan los administradores sociales, incitados por unos y otros a adoptar las decisiones societarias más



beneficiosas para sus respectivos intereses. De este modo se plantea la cuestión de si, en ese escenario de probabilidad o proximidad de insolvencia, los administradores sociales deben actuar en beneficio de los socios o si deben considerar e incorporar en sus decisiones y criterios de gestión los intereses de terceros (*stakeholders* y acreedores), y, de ser así, en qué grado o jerarquía.

159.- Este debate se ha movido en torno al modelo anglosajón, en el que se ha configurado un marco fiduciario de deberes de los administradores sociales, de origen jurisprudencial, frente a los acreedores en situaciones de insolvencia o preinsolvencia de la sociedad, que coexiste con los denominados "test de insolvencia". En la base de dicho modelo se encuentra la idea de que son los acreedores y no los socios quienes en realidad asumen el riesgo de la continuación de la vida empresarial. Frente a este modelo, el modelo continental -que ha adoptado el derecho español- considera los deberes fiduciarios de los administradores solo en relación con los socios y no frente a los acreedores, quienes no tienen vinculación contractual con la sociedad, y se completa con el deber del deudor insolvente de solicitar el concurso y con el deber de diligencia de los administradores sociales en la gestión de la compañía.

160.- La Directiva, no sin vacilaciones, ha introducido la regulación de estas obligaciones en el marco de la insolvencia inminente -probabilidad de insolvencia- en el Capítulo 5 del Título II, integrado por un solo artículo, el 19. En coherencia con su carácter de mínimos, dispone que los Estados miembros deberán regular que los administradores sociales tomarán "debidamente en cuenta", como mínimo: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia; y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

161.- De este modo, la Directiva deja en manos de los Estados miembros la opción entre el modelo anglosajón y el modelo continental europeo, por lo que, conforme a este, el legislador nacional podrá configurar las obligaciones de los administradores sociales únicamente, o mayoritariamente, frente a los socios, situando los deberes fiduciarios frente a los acreedores en el marco del deber general de diligencia en su actuación social, y en último término, en el ordenamiento patrio, en el ámbito de aplicación del artículo 1902 CC, en los deberes preconcursales de información y, en fin, en el deber de instar la declaración del concurso en situación de insolvencia.



162.- La opción por el modelo continental permite eludir el inconveniente de establecer el momento en el que habrían de comenzar los deberes de los administradores frente a los acreedores (en la probabilidad/posibilidad/inminencia de la insolvencia), lo que introduciría un amplio margen de inseguridad en la actuación debida de los administradores sociales que solo podría paliarse con la elaboración de listados de comportamientos permitidos y no permitidos que les asegurase no incurrir en responsabilidad. En paralelo, sería difícil precisar el ámbito de actuación de las acciones de responsabilidad que ostentan los acreedores frente a los administradores sociales, con el pernicioso efecto que tal indeterminación produce en la seguridad jurídica. Y no cabe olvidar, como recuerdan autorizadas voces, que el concepto de interés social se identifica, en el modelo continental, con el interés de los socios, por lo que la adopción del modelo anglosajón obligaría a evolucionar hacia un concepto institucional de la cláusula del interés social que hasta el momento no ha sido acogido por la jurisprudencia, que en general se alinea a la teoría contractualista, conforme a la cual el interés de la sociedad representa la suma de los intereses de sus socios (cfr. SSTs 19 de febrero de 1991, ECLI:ES:TS:1991:13053.; también, como más recientes, cabe apreciar este criterio en la STS de 13 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:1859, a la vista del artículo 204.1 del TRLSC, que vincula el interés social a la preservación del patrimonio de la sociedad), si bien esta misma jurisprudencia admite que no hay un criterio claro sobre qué deba entenderse por tal (cfr. STS de 17 de enero de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1686, entre otras).

d. Exoneración de deudas e inhabilitaciones

163.- La introducción por la Comisión Europea de medidas uniformes en el régimen de exoneración de deudas vino de la mano de la constatación de que los empresarios honrados a los que se les da una segunda oportunidad exonerándoles del pasivo insatisfecho tras la liquidación de su patrimonio en un procedimiento de insolvencia tienen más éxito empresarial que el nuevo empresario: los hechos demuestran que los “segundos iniciadores” tienen más éxito y sobreviven más tiempo que las empresas de nueva creación, crecen más rápidamente y emplean a más trabajadores.

164.- Ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 2007⁷

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Superar el estigma del fracaso empresarial por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa”, Bruselas, 5.10.2007 COM(2007)584 final, p.3



se expuso que «[e]l papel del fracaso empresarial en la vida económica no es bien comprendido en nuestra sociedad. Para la opinión pública existe una fuerte relación entre el fracaso empresarial y la incapacidad personal o el fraude. En la Unión Europea el estigma está presente en el entorno empresarial, el marco legal y también en el comportamiento cultural y social, lo cual crea obstáculos innecesarios a los empresarios que quieren volver a empezar. A pesar del conocimiento existente sobre el rendimiento de los que vuelven a empezar, los clientes y las entidades financieras se muestran reticentes a la hora de hacer pedidos e invertir. Un 79% de ciudadanos comunitarios afirma que darían una segunda oportunidad a los que han fracasado. Pero las actitudes cambian cuando se pasa a la práctica: un 47% de europeos serían reticentes a hacer pedidos a una empresa que ha quebrado, y un 51% nunca invertiría en empresas con dificultades financieras.»

165.- La ausencia de unos marcos homogéneos y eficientes de segunda oportunidad conduce a los empresarios a la economía sumergida y a la búsqueda de foros de conveniencia, con la consecuente debilitación del mercado interior por los costes económicos y temporales que conlleva. Las iniciativas que, a partir de tal constatación, se han desarrollado en el seno de la Unión Europea estuvieron orientadas a establecer un sistema eficiente para restaurar y reorganizar las empresas, especialmente las PYMEs, de forma que pudieran sobrevivir a las crisis financieras, funcionar de forma más eficiente y, cuando fuera necesario, empezar de nuevo. Como expuso la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social ⁸ de 2012, se ha de buscar una solución efectiva a los casos de insolvencia por su importancia para la economía europea y el crecimiento sostenible.

166.- El primer paso en esta iniciativa se dio con la aprobación de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE, cit.), que partía de la necesidad de fomentar la inversión transfronteriza dotando de mayor coherencia y eficiencia a los ordenamientos nacionales de insolvencia. En ella se proponía la inclusión en estos de un régimen de segunda oportunidad (*fresh start*) tras un periodo de buena conducta. La Recomendación estaba orientada a los empresarios, pero se abría, no obstante, a que las pautas de buena regulación dispuestas se establecieran también para los consumidores [Considerando (15)].

⁸Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre “Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, Estrasburgo, 12.12.2012 COM (2012) 742 final



167.- En el informe elaborado por la Comisión sobre la evaluación de la implementación de dicha Recomendación por los Estados miembros de 30 de septiembre de 2015⁹ se señalaba, sin embargo, que subsistían diferencias importantes entre los Estados miembros que solo parcialmente habían asumido las directrices de la recomendación, entre ellos España, que era citada expresamente en relación con la extensa duración del plan de pagos y, subsiguientemente, de la revocación (5 años, y no 3, como sugería la Recomendación). El informe concluye afirmando que la Recomendación no tuvo la acogida deseada en orden a facilitar la reestructuración empresarial y a conceder una segunda oportunidad real a los empresarios, manteniéndose las diferencias en los ordenamientos de los Estados miembros, lo que genera una imprevisibilidad que incide en las decisiones de inversión y riesgos adicionales para las empresas que contratan con clientes de otros Estados miembros, particularmente a la hora de concertar operaciones de financiación, con la subsiguiente afectación al mercado único.

168.- Este proceso de uniformización de los ordenamientos nacionales de insolvencia, en particular de los regímenes de segunda oportunidad, ha confluído en la Directiva 2019/1023, que dedica su Título III a la "Exoneración de deudas e inhabilitaciones".

169.- En el Derecho español el mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho se introduce en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que surge en un contexto de crisis económica y social. La norma se aplicaba exclusivamente a empresarios y asimilados, personas físicas que desarrollaran una actividad empresarial o profesional, de forma que las personas naturales que careciesen de la condición de empresarios en el momento de instar el procedimiento de insolvencia no podían ampararse en este mecanismo, aunque sus deudas tuvieran origen empresarial. Este mecanismo imponía un trámite previo de mediación -el acuerdo extrajudicial de pagos- que, no obstante, tuvo escaso éxito, tanto por las dificultades para encontrar profesionales de la mediación en este campo, como por las dificultades para alcanzar acuerdos. La Ley 14/2013 modificó, en esta línea, los artículos 178 y 231 de la LC, el primero para permitir la exoneración del pasivo insatisfecho al deudor que hubiera hecho frente al pago de un umbral mínimo de créditos, y el segundo para establecer el régimen del acuerdo extrajudicial de pagos.

⁹ Directorate-General Justice & Consumers of the European Commission, Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.03.2014 on a new approach to business failure and insolvency, <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation>



170.- El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, modificó de nuevo la LC en esta materia, generalizando el mecanismo de segunda oportunidad a cualquier persona natural, ya fuera empresario, ya no lo fuera, y permitía la exoneración de las deudas a los deudores de buena fe que no dispusieran de patrimonio suficiente para hacer frente al crédito no exonerable, habilitando la posibilidad de presentar un plan de pagos para satisfacer el crédito no exonerable en un plazo máximo de cinco años, si bien esta segunda vía de exoneración incrementaba los requisitos legales para la obtención del beneficio. Este régimen fue posteriormente confirmado, sin alteración, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y se trasladó al TRLC (artículos 486 al 502, y 631 a 694), con ligeras variaciones.

171.- Previamente, la jurisprudencia había aclarado algunas dudas interpretativas surgidas en la aplicación del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho, particularmente del artículo 178 bis LC y del acuerdo extrajudicial de pagos. La STS de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:897) precisó que solo podría considerarse que el deudor había intentado el acuerdo extrajudicial de pagos cuando hubiese dirigido una propuesta efectiva y razonable a sus acreedores, considerando que no se había intentado de modo efectivo ese acuerdo al proponer una quita del 100% de la deuda, y puntualizando que, en el supuesto descrito en la sentencia, el deudor solo podría aspirar a la exoneración si en la liquidación cubría junto al crédito contra la masa y el privilegiado al menos un 25% del crédito ordinario.

172.- La STS de 2 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2253) establece que el crédito público debe quedar sometido al plan de pagos exigido por la exoneración y, además, se señala que para dar coherencia al modelo de la LC la parte de crédito público sometida al plan de pagos es exclusivamente la que tenga la consideración de crédito privilegiado, lo que supone permitir la exoneración de una parte del crédito público incluso en la vía del plan de pagos.

173.- la STS de 1 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2071) puntualiza que solo se podrá exigir haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos a aquellos deudores que en el momento de iniciar los trámites vinculados a la insolvencia, tuvieran la posibilidad de acogerse a este régimen previo al procedimiento de insolvencia.



174.- El régimen que recoge el TRLC estuvo condicionado, como no podía ser de otra manera, por el marco de la habilitación concedida por las Cortes al Gobierno, si bien en algunos aspectos se puso en cuestión el respeto del legislador al marco habilitante en el que debía moverse.

175.- En materia de exoneración del pasivo insatisfecho, se sustituyó el artículo 178 bis LC por los artículos 486 a 502 del TRLC, en los que se clarifican los requisitos para considerar al deudor de buena fe, distinguiendo entre los presupuestos objetivos y subjetivos, y estableciendo dos vías o regímenes para alcanzar la exoneración: i) el régimen general, previsto para aquellos deudores que, en la liquidación concursal de su patrimonio, hayan podido satisfacer el umbral mínimo de créditos no exonerables, donde se permite la exoneración definitiva del crédito no satisfecho; ii) el régimen especial, previsto para los deudores que no han podido satisfacer ese umbral mínimo de pago de los créditos no exonerables, pudiendo aspirar a la exoneración de una parte del crédito no satisfecho mediante la presentación de un plan de pagos para la satisfacción del crédito no exonerable, que tendrá una duración máxima de cinco años, quedando el crédito exonerable provisionalmente exonerado, a expensas del cumplimiento del plan de pagos.

176.- Pese a la mejora técnica y sistemática del TRLC respecto de la anterior LC, la nueva norma ha sido objeto de críticas por no haber incorporado los criterios jurisprudenciales, especialmente los contenidos en la STS de 2 de julio de 2019, que, como se ha visto, permite someter el crédito público al plan de pagos y exonerar en todo caso la parte de crédito público que tenga la clasificación de crédito ordinario o subordinado, y por haber incurrido en un posible *ultra vires* al haber introducido en el artículo 491 una disposición que amplía el ámbito del crédito no exonerable, extendiéndolo a todo crédito público y al crédito por alimentos, ampliación que no se preveía en el caso de que el deudor hubiera satisfecho el crédito contra la masa y el ordinario. De este modo, no solo se mantiene el criterio de no exonerar el crédito público en el plan de pagos, sino que se extiende su protección en el régimen general -el de liquidación sin plan de pagos- al no permitir al deudor alcanzar la exoneración de las deudas si no se satisface la totalidad del crédito público.

177.- Seguidamente, se analizará el régimen de exoneración de deudas establecido en la Directiva, siguiendo un desarrollo metodológico similar al método expositivo que se ha utilizado al analizar el régimen de reestructuración.



d.1 Ámbito subjetivo. El empresario insolvente

178.- El artículo 1.b) de la Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación “los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes, y el artículo 2.1.9 define “empresario” como “toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. En análogos términos, el artículo 20.1, al regular el acceso a la exoneración, dispone que “[L]os Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva”.

179.- El régimen de exoneración de deudas se contempla, en principio, para el empresario, obviando a los consumidores, aunque la Recomendación de 2014 instaba a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de aplicarlas también a estos últimos. En el Considerando (21) se mantiene la recomendación de que el régimen propuesto en la Directiva se extienda a los consumidores: *«[E]l sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social y está estrechamente relacionado con la reducción del exceso de deudas. Además, a menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario derivadas de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y aquellas en que haya incurrido fuera del marco de esas actividades. Los empresarios no disfrutarán efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por tales razones, aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas.»*

180.- La Directiva no distingue entre pasivo empresarial y doméstico. El artículo 24.1 autoriza a tratar las deudas profesionales y las domésticas que no puedan separarse de modo razonable en un procedimiento único de exoneración; si bien, conforme al apartado segundo de dicho artículo, para la hipótesis de que las deudas personales y profesionales puedan separarse, “[L]os Estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento.”



181.- La Directiva reconoce, por tanto, la dificultad de delimitar el pasivo empresarial y el personal, a diferencia de otros institutos jurídicos como la figura del “emprendedor de responsabilidad limitada” previsto en los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que permite que el emprendedor persona física, sea cual sea su actividad, pueda limitar su responsabilidad a la derivada de las deudas que traigan causa del ejercicio de la actividad empresarial o profesional, en términos similares a lo previsto en el artículo 526.1.5 del Código de Comercio francés, modificado por la ley de 1 de agosto de 2003. Ahora bien, si la Directiva permite la exoneración del empresario individual respecto de sus deudas profesionales y personales, cabría considerar asimismo la exoneración de las deudas personales y profesionales del consumidor (por ejemplo, el cónyuge del empresario casado en régimen de gananciales respecto de las deudas derivadas de la actividad empresarial, que tienen naturaleza ganancial ex artículo 1365 CC). El artículo 24 de la Directiva no permite un régimen de exoneración de deudas que afecte solo al pasivo empresarial; pero no impide extender este régimen a las deudas personales y empresariales o profesionales de los consumidores: antes bien, esta posibilidad se alinea con las recomendaciones del Considerando (21).

182.- La extensión del régimen de exoneración a los consumidores proporciona, además, un potente instrumento para disuadir de la concesión de créditos o préstamos irresponsables o sin una adecuada evaluación de solvencia.

d.2 Vías de acceso a la exoneración: exoneración directa y exoneración con plan de pagos.

183.- En el derecho comparado son varios los sistemas de exoneración de deudas en el marco de los procedimientos de insolvencia. Lo países anglosajones (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda) han adoptado el denominado “modelo de mercado”, en el que se considera la insolvencia como una consecuencia del riesgo propio del mercado crediticio, y se concede la exoneración de las deudas al deudor de buena fe insolvente, sin plan de pagos, trasladando a los acreedores los costes del incumplimiento del deudor. En el caso de Estados Unidos, este modelo, que se recoge en el Chapter 7 del Bankruptcy Code, coexiste con otro (Chapter 13) en el que se obtiene la exoneración después del cumplimiento de un plan de pagos sin liquidación del patrimonio, quedando abierta la opción a acudir a una u otra vía en función de los medios disponibles del deudor.



184.- El denominado "modelo de responsabilidad o de rehabilitación" es el que siguen Alemania, Austria, Portugal y en parte España. La exoneración se alcanza tras el cumplimiento de un periodo de buena conducta y de un plan de pagos, tras un infructuoso intento de acuerdo con los acreedores. La exoneración es provisional, y la definitiva se alcanza tras el periodo de buena conducta (3 ó 5 años), en el que el deudor ha de intentar pagar sus deudas, quedando exonerado de las que no logre satisfacer, con excepción de algunas categorías de deudas, respecto de las cuales los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares transcurrido el plazo legalmente fijado. En Austria se exige pagar un mínimo para acceder a la exoneración (el 10 por ciento de los créditos y los gastos del procedimiento), como sucede en España, que ha fijado un umbral de pasivo mínimo singularmente alto (en el régimen general, el abono de la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y si no se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, además de los créditos contra la masa y los privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, artículo 488 TRLC).

185.- Un tercer modelo es el denominado "modelo de merecimiento", que han adoptado Francia, Bélgica y los países escandinavos. En este modelo se confiere al juez un margen de actuación para decretar la exoneración de las deudas, previo intento de acuerdo ante las llamadas Comisiones de sobreendeudamiento. Este modelo flexible permite adaptarse a las necesidades de los deudores y tiene en cuenta su comportamiento, pero también el comportamiento del acreedor en la concesión del crédito, analizándose las causas del sobreendeudamiento del deudor.

186.- La Directiva no se adhiere a un modelo concreto de exoneración de deudas y deja libertad a los Estados miembros para que elijan el modelo que consideren más adecuado. Únicamente exige que se establezca un procedimiento que desemboque en la exoneración. Por tanto, son conformes con la Directiva los siguientes sistemas: i) un sistema de exoneración inmediata y automática tras la liquidación del patrimonio del deudor; ii) un sistema de exoneración tras el cumplimiento del plan de pagos, con o sin umbral de pasivo mínimo, tras la liquidación del patrimonio del deudor; y iii) un sistema de exoneración tras el cumplimiento de plan de pagos, con o sin umbral de pasivo mínimo, sin liquidación del patrimonio del deudor.

187.- Debe tenerse en cuenta que la Directiva no establece umbrales de pasivo mínimo, cuando se opta por un modelo de plan de pagos. Únicamente establece el artículo 20.2 que si la exoneración se supedita al reembolso parcial del pasivo pendiente, el plan de pagos deberá atender a la situación



individual del empresario, deberá ser proporcional a los activos y a la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y deberá tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores. Esta disposición, que no estaba en la Propuesta de Directiva y fue introducida en el Parlamento Europeo, parte de que los planes de pago deben ser viables en función de la situación patrimonial del deudor y, además, permite establecer una prelación en el pago de las deudas valorando la situación de los acreedores y los perjuicios que pueden sufrir. En el ordenamiento español, el sistema es el contrario, y no concilia bien con esta previsión de la Directiva: primero se liquida el patrimonio del deudor, dejándole exclusivamente con el patrimonio inembargable, y se le exige que satisfaga un umbral de pasivo mínimo de carácter objetivo e igual para todos los deudores para obtener la exoneración del pasivo exonerable (salvo que, conforme se sostiene desde algún sector de la doctrina, se interprete el artículo 499 TRLC en el sentido de que la exoneración definitiva alcanza a todo el pasivo insatisfecho, incluido el no exonerable, como el crédito público o por alimentos).

188.- Un autorizado sector doctrinal propugna un doble itinerario - alternativo- para la transposición de la Directiva: a) una exoneración automática e inmediata tras la liquidación del patrimonio del deudor en los supuestos de concursos sin masa activa, sin necesidad de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, pudiendo decretarse la exoneración sin haber concluido la ejecución sobre los activos; y b) una segunda vía, que se basa en el sistema adoptado en el Chapter 13 del Bankruptcy Code estadounidense y por el artículo 742 del Código de Consumo francés, consistiría en una exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos de deudas exonerables, sin liquidación del patrimonio del deudor, que debe intentar un acuerdo extrajudicial de pagos para incentivar la salida convencional de la crisis al margen del procedimiento. En el caso de que este acuerdo no se alcance, el juez puede imponer un plan de pagos propuesto por el deudor y considerado viable, en su caso contando con el auxilio del administrador concursal, atendiendo a la situación patrimonial del deudor y a los intereses de los acreedores. La duración del plan no podrá exceder de tres años y podrá incluir medidas como la imputación de pagos al capital, quitas, reducción de tipos de interés, esperas por un plazo no superior a tres años, a contar desde la aprobación judicial del plan, o la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de todo o parte de sus créditos, junto con medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, a instancia de cualquier acreedor afectado por el plan de pagos. Sería razonable la inclusión en el mismo de los créditos con garantía real y los créditos de derecho público, y el deudor deberá destinar al cumplimiento del plan al menos la mitad de los ingresos que no tuviesen la



consideración de inembargables durante el plazo de tres años desde su aprobación. El plan de pagos aprobado por la autoridad judicial será oponible a los acreedores afectados por las deudas exonerables.

d.3. El plazo para obtener la exoneración

189.- Conforme al artículo 21.1 de la Directiva, “[l]os Estados miembros garantizarán que el plazo tras el cual los empresarios insolventes pueden obtener la plena exoneración de sus deudas no sea superior a tres años, que comenzarán a contar a más tardar a partir de las fechas siguientes: a) en el caso de los procedimientos que incluyan un plan de pagos, la fecha de la decisión de una autoridad judicial o administrativa de confirmar el plan o el inicio de la aplicación del plan, o b) en todos los demás procedimientos, la fecha de la decisión de la autoridad judicial o administrativa de abrir el procedimiento, o la fecha en que se determine la masa concursal del deudor.”

190.- El artículo 23 contiene un catálogo de excepciones a la exoneración mezclando supuestos heterogéneos y mezclando excepciones a la exoneración, excepciones al plazo y deudas que pueden ser declaradas no exonerables.

191.- Estos supuestos no son necesariamente impeditivos de la exoneración, pues los apartados 1 y 2 de este artículo 23 permiten que los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración o revoquen una exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o periodos de inhabilitación más largos, *cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe*, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, o cuando *concurran determinadas circunstancias bien definidas y justificadas*, como las que enumera el apartado 2 de este mismo artículo 23, que han de considerarse justificadas por sí mismas. La concurrencia de estos supuestos puede, por tanto, no impedir la exoneración, sino que el plazo para obtenerla sea más extenso.

192.- Los supuestos que se enumeran, no de manera cerrada, en el apartado 2 del artículo 23 son los siguientes:

- a) Cuando el empresario insolvente haya vulnerado sustancialmente las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos o cualquier otra obligación jurídica orientada a salvaguardar los intereses de los



- acreedores, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores. La Directiva no precisa si el incumplimiento ha de ser voluntario o puede ser fortuito;
- b) Cuando el empresario insolvente haya incumplido sus obligaciones en materia de información o cooperación con arreglo al Derecho de la Unión Europea y nacional;
 - c) En caso de solicitudes abusivas de exoneración de deudas. No se precisa, sin embargo, conforme a qué criterio ha de determinarse la abusividad de una solicitud;
 - d) En caso de presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario insolvente haya obtenido la plena exoneración de deudas o del momento en que se le haya denegado la plena exoneración debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación;
 - e) Cuando no esté cubierto el coste del procedimiento conducente a la exoneración. Lo que, sin embargo, puede dejar desprotegido a quien tiene menos recursos disponibles, siendo contradictorio que quien menos tiene, y que, por tanto, mayores dificultades tiene para satisfacer el coste del procedimiento, pueda ver denegada la exoneración por esta causa; y
 - f) Cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores. Esta excepción permitirá que un acreedor no se viera afectado por la exoneración, aunque la deuda sea exonerable, como sería el caso de que exoneración, por la cuantía de la deuda o por las circunstancias propias del acreedor, pudiera arrastrarlo a la insolvencia. Esto es lo que subyace en el Considerando (79), cuando dice que «[d]eben poder establecerse excepciones específicas cuando sea necesario garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores, por ejemplo, cuando el acreedor sea una persona física que necesita más protección.»

193.- El artículo 23.3 permite a los Estados miembros prever plazos de exoneración más largos en los casos en que: a) una autoridad judicial o administrativa apruebe u ordene medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia, o los activos esenciales para que el empresario pueda continuar su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional; o b) no se ejecute la vivienda principal del empresario insolvente y, cuando corresponda, de su familia.



194.- La Directiva admite que determinados activos no se liquiden en el procedimiento de exoneración cuando los Estados miembros hayan previsto su inembargabilidad (cfr. artículo 492.1 TRLC). Por lo tanto, sería conforme a la Directiva establecer un sistema en el que la vivienda habitual no se ejecutara en el proceso concursal por virtud del establecimiento de medidas cautelares, como sucede en Italia con el denominado "*fondo patrimonial*" regulado en los artículos 167 a 176 del Código Civil, un fondo patrimonial o de destino que limita el principio de responsabilidad patrimonial universal, o en Francia en el artículo 526.1-5 del Código de Comercio, que permite que el empresario individual pueda voluntaria y unilateralmente declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual por deudas de la actividad empresarial. En España, como se ha visto, la única posibilidad que tiene el empresario de detraer la vivienda habitual de la ejecución por deudas empresariales es acogiendo a la figura del "emprendedor de responsabilidad limitada" regulada en los artículos 7 a 11 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

195.- Bien sea por inembargabilidad, bien sea por decisión judicial o administrativa, la Directiva admite que la vivienda habitual del empresario y su familia quede excluida de la liquidación, dejando margen a los Estados miembros para que en esos casos articulen un plazo de exoneración mayor, aquí sin límite alguno.

d.4 La verificación de la exoneración de deudas

196.- El artículo 21.2 de la Directiva dispone que "[L]os Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes que hayan cumplido sus obligaciones, en caso de que tales obligaciones existan en la normativa nacional, obtengan la exoneración de sus deudas al expirar el plazo de exoneración sin necesidad de interponer ante una autoridad judicial o administrativa un procedimiento adicional a los indicados en el apartado 1".

197.- Este precepto debe entenderse referido a los sistemas de exoneración de pasivo sin plan de pagos. Para estos, el párrafo segundo de este mismo artículo 21.2, trasladando al articulado el Considerando (82), establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que permitan a la autoridad judicial o administrativa verificar si los empresarios han cumplido las obligaciones necesarias para obtener una exoneración de deudas."



198.- Por tanto, fuera de los casos en los que el deudor necesite cumplir un plan de pagos para obtener la exoneración, la transposición de la Directiva obliga a establecer la exoneración definitiva una vez transcurrido el plazo de exoneración, sin necesidad de intervención de la autoridad competente. Queda siempre abierta la posibilidad de que se establezcan causas de revocación de la exoneración y el trámite procedimental para hacerlas valer, en los términos previstos en el artículo 23 de la Directiva.

d.5 Exoneración y ejecución de activos

199.- El Considerando (77) de la Directiva señala que *«[e]n aquellos casos en que la vía procesal conducente a una exoneración de deudas suponga la ejecución de activos de un empresario, los estados miembros no se debe ver privados de la posibilidad de disponer que la solicitud de exoneración se trate por separado de la ejecución de activos, siempre que dicha solicitud sea parte integrante de la vía procesal conducente a la exoneración con arreglo a la presente Directiva (...).»*

200.- Coherentemente, el artículo 21.3 dispone que “[L]os Estados miembros podrán disponer que la plena exoneración de deudas no sea óbice para la continuación de un procedimiento de insolvencia que suponga la ejecución y distribución de los activos de un empresario que formaban parte de la masa de la insolvencia, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración.”

201.- Rectamente entendido, el precepto permite decretar la exoneración antes de que concluyan las operaciones de liquidación, particularmente las ejecuciones separadas. Esta disposición tiene especial relevancia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 488 TRLC respecto del régimen general de exoneración y el cumplimiento del umbral mínimo -haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados-, pues puede interpretarse, como hace algún sector doctrina, en el sentido de que es preciso esperar a la finalización de los procesos de ejecución para que se pueda considerar que el deudor ha satisfecho ese umbral de pasivo mínimo. La transposición de la norma europea habrá de despejar tal duda, en el sentido que se deriva de la Directiva.

d.6 El pasivo no exonerable

202.- El artículo 23.4 contiene una enumeración de las deudas que los Estados miembros podrán excluir de la exoneración, limitarla o permitirla, pero en un plazo más largo. El precepto, sin embargo, introduce una duda interpretativa al añadir “[e]n caso de que tales exclusiones, restricciones o



prolongaciones de plazos estén debidamente justificadas, en los siguientes casos”. Aunque lo lógico será considerar que las deudas enumeradas en el catálogo que recoge el precepto justifican por sí mismas, en función de su origen o naturaleza, la exclusión, la restricción o la ampliación del plazo, la introducción de este último inciso hace que se mantenga la duda acerca de si en cualquier caso, y también respecto de las deudas enumeradas, es preciso justificar debidamente la exclusión, la restricción o la ampliación del plazo de exoneración.

203.- La versión inglesa de la Directiva permite despejar esa duda interpretativa. Dice el artículo 23.4, en la versión inglesa, lo siguiente: “Member States may exclude specific categories of debt from discharge of debt, or restrict Access to discharge of debt or lay down a longer discharge period wher such exclusions, restrictions or longer periods are duly justified, such as in the case of (...)”¹⁰. Este último enunciado, “*como en el caso de...*”, es ejemplificativo, y pone de manifiesto que el catálogo recogido en el artículo 23.4 no es exhaustivo y cerrado, sino ejemplificativo y abierto, estando los Estados miembros autorizados a excluir, restringir o ampliar el plazo de exoneración respecto de otras deudas diferentes a las enumeradas, siempre, ahora sí, que la exclusión, la limitación o la ampliación del plazo esté debidamente justificada. Esta interpretación, por lo demás es coherente con el carácter potestativo del enunciado normativo (“*[l]os Estados miembros podrán...*”).

204.- Este listado ejemplificativo -pero también enunciativo, en la medida en que, respecto de las deudas enumeradas, está ínsita su justificación- es el siguiente:

- a) Deudas garantizadas. Respecto de ellas, el Considerando (81) precisa que «*[l]os Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada. Los Estados miembros deben poder excluir otras categorías de deudas cuando esté debidamente justificado (...)*». El artículo 497.1.2º del TRLC se acomoda a esta previsión.
- b) Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas, lo que podría dar lugar a incluir la responsabilidad civil derivada de delito.

¹⁰ También las versiones francesa, alemana e italiana se expresan en un sentido similar: “*en ce qui concerne notamment* (con respecto en particular), “*etwa im Falle von*” (por ejemplo en caso de), y “*come nel caso di*” (como en el caso de).



- c) Deudas derivadas de responsabilidad extracontractual, que permite incluir también la responsabilidad civil derivada de delito, además de la responsabilidad civil estricta.
- d) Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad. Surge la duda de si en esta categoría queda incluida la pensión compensatoria, que no es estrictamente una obligación de alimentos. Debe tenerse en cuenta que en el Derecho español vigente las deudas por alimentos están excluidas de la exoneración en el régimen especial del plan de pagos (artículo 491.1 TRLC), pero no cuando se sigue el régimen general de superación de un umbral mínimo de pasivo, distinción de trato carente de justificación.
- e) Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y
- f) Deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

205.- En este punto, se ha de centrar la atención en el relevante hecho de que el artículo 23.4 de la Directiva no alude a los créditos de derecho público. Debe tenerse presente que la Directiva, en diversos lugares de sus Considerandos y de su articulado, se refiere a la plena exoneración de las deudas del empresario insolvente como instrumento para que pueda mantener o reiniciar una actividad empresarial. Por consiguiente, cabría considerar *prima facie* que la Directiva contempla el mecanismo de la exoneración de deudas respecto de todo tipo de deudas y de todo tipo de deudores. Sin embargo, debe ser cuestión pacífica que la Directiva se aplica, en principio, a empresarios, por más que recomiende su extensión a los consumidores, y que contempla la exoneración respecto de los empresarios honestos, que acrediten buena fe (en los términos que más adelante se analizarán).

206.- El Considerando (52) contiene la única referencia al crédito público, al referirse a la superación de la prueba del interés superior de los acreedores: «(...) Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores.» Adviértase que la Directiva se refiere a acreedores de derecho público privilegiados, por lo que bien puede interpretarse que la posibilidad contemplada solo es predicable de aquellos créditos públicos que, en las legislaciones nacionales, tengan carácter privilegiado, y no a la totalidad del crédito público.



207.- Resulta interesante señalar, por otra parte, que no todos los Estados de la Unión Europea consideran que el crédito público tenga la consideración de crédito privilegiado en supuestos de insolvencia, y específicamente en las refinanciaciones; si bien, como puntualiza el informe del Banco Mundial¹¹, la mayoría de las legislaciones admiten en alguna medida la exoneración del crédito público, particularmente respecto de dudas que no tiene carácter punitivo, como los tributos.

208.- También es interesante recordar que la STJUE de 17 de marzo de 2017¹², a la que ya se ha hecho alusión, aclaró que el hecho de que unas deudas de derecho público (en el caso contemplado, el IVA) sean declaradas inexigibles con arreglo a la normativa nacional que establece un procedimiento de liberación de deudas es compatible con el mercado común, y por tanto, lícita, sin necesidad de solicitar y obtener la autorización de la Comisión.

209.- El régimen jurídico español de la exoneración de deudas, tal y como se ha mantenido en el TRLC, presenta aspectos disfuncionales en relación con el tratamiento del crédito público. Por una parte, en el régimen general de superación de un umbral mínimo de pasivo, el deudor que hubiera intentado un acuerdo extrajudicial podrá exonerarse de todos los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos; y si no hubiere intentado el previo acuerdo podrá exonerarse del 75% de los créditos ordinarios y de la totalidad de los subordinados (artículo 491.1 TRLC), por lo que podrá exonerarse del crédito público que sea ordinario o subordinado, como por ejemplo el derivado de multas y sanciones pecuniarias (artículo 491.1, en relación con los artículos 280.4º y 281.4º TRLC). Y en el régimen especial de plan de pagos podrán exonerarse los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubiesen sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

210.- Debe retenerse, respecto de este tratamiento normativo, que la STS de 2 de julio de 2019 (cit.) ha equiparado el régimen jurídico del crédito público para todos los deudores.

¹¹ Banco Mundial, “El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales”; <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPerosnallInsolvenyReportOct2012DRAFT.pdf>

¹² STJUE de 16 de marzo de 2017, as. C-493/15, Agenzia delle Entrate c. Marco Identi (cit.)



211.- Por otra parte, diversos organismos internacionales, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional¹³ han abogado por la extensión de la exoneración del crédito público a todos los deudores. Desde autorizados sectores de la doctrina se apunta en la misma dirección, bajo el argumento de que no parece razonable que la administración pública aboque a la insolvencia a muchos empresarios fruto de la morosidad en el pago a sus proveedores, y que, por el contrario, haya nula flexibilidad en el proceso concursal para la exoneración del crédito público. En el actual contexto económico -se arguye- para el éxito de los mecanismos de segunda oportunidad debe permitirse la exoneración, en todo o en parte del crédito público, y para todos los deudores, se acojan o no a un plan de pagos. Conforme a esta idea, la regla general de la indisponibilidad de los créditos de derecho público (artículos 7 y siguientes de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y 27.2 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo....8/2015, de 30 de octubre), debe encontrar una excepción en el régimen de segunda oportunidad: el empresario insolvente difícilmente podrá recuperarse y difícilmente podrá abonar el crédito público, de forma que -en esta línea argumental-, si se quiere abordar la cuestión desde la perspectiva de la contribución al sostenimiento de los fondos públicos es preferible permitir al empresario crear actividad económica con su recuperación.

212.- Expuesto este marco general, cabe concluir que la Directiva, si bien no incluye entre los créditos excluidos de la exoneración el crédito público, ofrece un amplio margen de actuación a los Estados miembros para incluirlo entre las deudas no exonerables cuando dicha inclusión esté debidamente justificada. Por consiguiente, la no inclusión en la Directiva del crédito público no quiere decir que un régimen de exoneración que excluye a los acreedores de derecho público, como sucede en España, sea contrario a la Directiva, pues esta, en distintos lugares, permite establecer la protección del crédito público. No obstante, la incidencia de otros mecanismos de protección, como la posibilidad de iniciar o reiniciar la ejecución separada de los créditos no exonerables, puede poner en peligro el cumplimiento del plan de pagos, y, por ende, la finalidad misma del instrumento de la exoneración de deudas. Por ello, no resultaría aventurado sostener que la Directiva pudiera perseguir un modelo en el que tanto el crédito exonerable como el no exonerable quedarían sometidos al mismo plan de pagos y no podrían ejecutarse separada y directamente los créditos no exonerables.

¹³ IMF Country Report

no.14/193,<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f1789af32a70b8958b979.pdf>



d.7. Las excepciones a la exoneración

d.7.1 La mala fe del deudor

213.- El requisito de la buena fe del deudor ha estado indisociablemente unido al régimen de la segunda oportunidad. El sacrificio que han de soportar los acreedores, que ven restringidos sus derechos y limitado el ejercicio de las acciones en defensa de sus derechos requiere, como contrapeso, la buena fe del deudor, que ha de ser un "deudor honesto, pero desafortunado" (*honest but unfortunate debtor*), que ha devenido insolvente por circunstancias que no ha podido controlar. El requisito de la buena fe comporta examinar las causas del sobreendeudamiento y, al menos, la conducta del deudor previa a la insolvencia a partir de un conjunto de supuestos en los que no procede la exoneración (como, por ejemplo, siguiendo el ejemplo que ofrece el título 11, capítulo 7, subcapítulo II, del Bankruptcy Code norteamericano: aportar información financiera falsa, incluir pasivos inexistentes, distraer activos, o haber sido condenado por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental o contra la Hacienda Pública). Con acierto se ha dicho que el sobreendeudamiento activo no debe encontrar solución en la exoneración del pasivo insatisfecho: la regulación debe incentivar el desarrollo de la actividad empresarial responsable, pero también sancionar la financiación irresponsable.

214.- En el derecho comparado son varios los modelos en torno a los cuales se lleva a cabo la valoración de la conducta del deudor en el marco de los mecanismos de exoneración de deudas. Un primer modelo se caracteriza por ser esencialmente valorativo, que confiere al juez un amplio margen de maniobra para valorar la conducta del deudor a partir de una serie de criterios preestablecidos. Es el sistema que sigue Italia, donde la exoneración queda excluida, entre otros supuestos, "*cuando el sobreendeudamiento del deudor es imputable a un recurso culposo al crédito y desproporcionado respecto de su capacidad patrimonial*"¹⁴. También está presente en Francia, en la regulación del procedimiento para atender el sobreendeudamiento de los particulares, que, si bien no ofrece una definición de buena fe del deudor, el concepto ha sido acotado jurisprudencialmente sobre la base de distinguir entre la buena fe contractual, que se aprecia en función del comportamiento del deudor con sus acreedores y en atención al cumplimiento de las obligaciones contractuales, y la buena fe procesal, que se valora en función del comportamiento del deudor en el procedimiento concursal. Entre las

¹⁴ Cfr. Ley de 17 de diciembre de 2012, que introduce un procedimiento para la Composizione della crisi da sovraindebitamento.



circunstancias conforme a los cuales se ha edificado jurisprudencialmente el concepto de buena fe, se encuentra el conocimiento de lo excesivo de la deuda, la incapacidad y falta de voluntad de hacer frente a la misma, el carácter necesario o suntuario del débito, el nivel socio-cultural del deudor y las circunstancias personales que condujeron al sobreendeudamiento que, aun masivo, por sí mismo no es suficiente para apreciar la mala fe.

215.- Frente a este modelo se alza el modelo normativo, que opta por elaborar un listado de circunstancias y supuestos con arreglo a los cuales se ha de apreciar la mala fe del deudor. Es el modelo que seguía el artículo 178 bis de la LC y que sigue el TRLC (artículos 487, 488 y 493), donde la buena fe no se presume, debiendo el deudor acreditar que cumple con los requisitos o circunstancias necesarias para obtener la exoneración (artículo 489.2 TRLC). Este modelo normativo, sin embargo, presenta importantes disfunciones en orden a la valoración del comportamiento honesto, pero desafortunado, que ha debido guiar la actuación del deudor para ser considerado de buena fe, a efectos de la exoneración de deudas. Así, el deudor que hubiera sido condenado en sentencia firme por delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social en los diez años anteriores a la declaración de concurso no puede obtener la exoneración, con independencia de que pueda hacer frente a las responsabilidades económicas derivadas del procedimiento penal (multa y responsabilidades por lo defraudado); el deudor que haya sido administrador de una sociedad cuyo concurso hubiera sido declarado culpable, produciéndose la derivación de la responsabilidad al administrador por las deudas de la sociedad, puede alcanzar la exoneración del pasivo pendiente; en el régimen general, el deudor ha de cumplir el umbral mínimo, que el concurso no sea culpable, que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos (salvo que satisfaga el 25% del pasivo ordinario) y que no haya sido condenado en firme por la comisión de determinados delitos, mientras que en el régimen especial del plan de pagos debe además cumplir los requisitos relativos a su conducta del artículo 493 TRLC; y, en fin, el incumplimiento imputable del plan de pagos no impide la obtención de la exoneración de deudas.

216.- El régimen que establece la Directiva parte, como se ha visto, del principio de que todo empresario tiene derecho a obtener la exoneración plena de sus deudas y, por tanto, su denegación debe ser excepcional. Como también se ha visto, el artículo 23 contiene -de modo confuso, pues mezcla el pasivo no exonerable con la conducta censurable del deudor impositiva de la exoneración- las restricciones a la exoneración de deudas. En el Considerando (78) se establece que: *«[L]a plena exoneración de deudas o el fin de las inhabilitaciones tras un periodo no superior a tres años no son*



adecuadas en todas las circunstancias, por lo que puede ser necesario establecer en la normativa nacional excepciones a dicha norma debidamente justificadas. Por ejemplo, se deben establecer dichas excepciones en los casos en que el deudor sea deshonesto o haya actuado de mala fe. En los casos en que los empresarios no disfruten de una presunción de honestidad y buena fe en virtud del Derecho nacional, la carga de la prueba de su honestidad y buena fe no debe dificultarles innecesariamente iniciar el procedimiento ni hacerlo costoso.»

217.- Se desprende de todo ello que el régimen de la Directiva, por una parte, permite a los ordenamientos nacionales establecer la presunción de la honestidad y buena fe del deudor, y por otra parte, apunta a una carga de la prueba de la buena fe "*mitigada*", o si se quiere, a un cierto grado de desplazamiento de la carga de la prueba, lo que constituye una importante novedad en relación al régimen vigente en el ordenamiento español.

218.- Ahora bien, del artículo 23.1, que dispone que "(...) los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o periodos de inhabilitación más largos cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesto o de mala fe, según la normativa nacional, respecto a los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, sin perjuicio de las normas nacionales en materia de carga de la prueba"; de donde cabría inferir que la Directiva no impone la prohibición de obtener la exoneración del deudor de mala fe, que podría obtenerla -y sería conforme a la Directiva-, si bien con un plazo más largo.

219.- Sin embargo, el conjunto de la Directiva apunta -y esto parece ser lo deseable- a considerar la buena fe y la honestidad del deudor como requisito para alcanzar la exoneración, si bien, al introducir un modelo valorativo de la buena fe, esta puede ser modulada con la subsiguiente modulación de sus consecuencias, hasta el punto de poder imponer plazos más amplios para obtener la exoneración.

220.- Por tanto, la Directiva no contiene un concepto autónomo y cerrado de deudor honesto, aunque sí establece ciertas pautas o parámetros que facilitan la apreciación de la buena fe o, con mayor propiedad, del carácter deshonesto de la conducta del deudor. En el Considerando (79) se indica: «*Al determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y*



el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda, los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales, incluidos los requisitos para la concesión de licencias públicas y la exigencia de llevar una contabilidad correcta; las actuaciones, por parte del empresario, para frustrar las pretensiones de los acreedores; el cumplimiento de las obligaciones en caso de insolvencia inminente que incumben a los empresarios que sean administradores de una sociedad; el cumplimiento de la normativa de la Unión y nacional en materia de competencia y en materia laboral. También debe poder establecerse tales excepciones cuando el empresario no haya cumplido determinadas obligaciones jurídicas, incluida la obligación de maximizar los rendimientos para los acreedores, que podría adoptar la forma de una obligación general de generar ingresos o activos. Asimismo, deben poder establecerse excepciones específicas cuando sea necesario garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios administradores, por ejemplo, cuando el acreedor sea una persona física que necesita más protección que el deudor.»

221.- Se debe incidir en que la Directiva prescinde de la mala fe o conducta deshonesto del acreedor, particularmente en la concesión de financiación. En estos casos, no resulta adecuado valorar el endeudamiento irresponsable del deudor sin tener en cuenta la actuación del acreedor financiador y el cumplimiento por su parte de las obligaciones que le competen en orden a evaluar la solvencia del deudor. De otro lado, como ha indicado el Banco Mundial, en su informe sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales (cit.), la posibilidad de que un deudor insolvente tenga acceso a un sistema de tratamiento de la insolvencia agudiza los incentivos de los acreedores para conceder crédito de manera responsable¹⁵. Dado el carácter de mínimos de la Directiva, los Estados miembros podrán incorporar el parámetro de la actuación del acreedor entre aquellos que sirven para valorar el carácter deshonesto de la conducta del deudor, como -ya se ha visto- ha hecho el ordenamiento francés. Esta posibilidad, por lo demás, sería acorde a las sanciones que se imponen a los prestamistas por incumplimiento de sus deberes de evaluación de la solvencia del empresario prestatario¹⁶. Y se traduciría en la práctica en que el deudor que ha acudido al crédito irresponsable se vería impedido de alcanzar la exoneración de sus deudas salvo que el acreedor hubiera incumplido sus deberes legales de evaluación del prestatario y de concesión responsable del préstamo.

¹⁵ Informe cit., pág. 250.

¹⁶ Vid. artículo 23 de la Directiva de crédito al consumo, y artículo 38 de la Directiva de crédito inmobiliario



d.7.2 Otras excepciones

222.- Como se ha visto, el artículo 23.2 prevé que los Estados miembros “podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen una exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o periodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas (...)”.

d.8 Periodo de inhabilitación

223.- El Considerando (80) precisa: *«[S]i la autorización o la licencia de un empresario para ejercer una determinada actividad artesanal, industrial, comercial o profesional ha sido denegada o revocada como resultado de una orden de inhabilitación, la presente Directiva no debe impedir a los Estados miembros exigir que el empresario solicite una nueva autorización o licencia al término del periodo de inhabilitación. Cuando la autoridad de un Estado miembro adopte una decisión relativa a una actividad sujeta a una supervisión específica, debe poder tener en cuenta también, incluso tras expirar el periodo de inhabilitación, el hecho de que el empresario insolvente haya obtenido una exoneración de deudas, de conformidad con la presente Directiva.»*

224.- De acuerdo con ello, el artículo 22 establece:

“1. Los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario insolvente obtenga una exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva, cualquier inhabilitación para iniciar o continuar una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional dictada por el mero hecho de que el empresario es insolvente deje de tener efecto, a más tardar, al final del plazo de exoneración.

2. Los Estados miembros garantizarán que, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración, dejen de surtir efecto las inhabilitaciones indicadas en el apartado 1 del presente artículo, sin necesidad de interponer ante una autoridad judicial o administrativa un procedimiento adicional a los indicados en el artículo 21, apartado 1”.

225.- Y el artículo 20.3 dispone que “[l]os Estados miembros velarán por que los empresarios que obtengan la exoneración de sus deudas puedan disfrutar del apoyo empresarial que los marcos nacionales existentes ofrecen a los



empresarios, incluido el acceso a información pertinente y actualizada sobre tales marcos”.

226.- Adviértase que este régimen se contempla para los empresarios, de manera que si no se extiende a las personas naturales no empresarios afectadas por la insolvencia, por ejemplo, los administradores sociales, se haría a estas de peor condición.

e. Mecanismos de alerta temprana

227.- Una de las novedades más importantes que introduce la Directiva son los mecanismos o herramientas de alerta temprana, que tienen por objeto detectar dificultades financieras (*distress*) antes de que sean irreversibles, a los efectos de preservar el valor de la empresa, incentivando la adopción de medidas de reestructuración cuando todavía es posible evitar la situación de insolvencia.

228.- Estos mecanismos o indicadores se vienen utilizando en el ámbito de las entidades sujetas a supervisión regulatoria. La Directiva, a la vista de la efectividad de estas medidas en tales ámbitos, prevé su implantación como obligatoria para los Estados miembros, asegurando que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información relevante y actualizada sobre los mecanismos de alerta temprana, así como los procedimientos y medidas sobre reestructuración y exoneración de deudas.

229.- El Considerando (22) de la Directiva precisa que tales herramientas han de permitir acceder a «*[i]nformación clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva*» con la finalidad de incentivar a aquellos deudores que sufren dificultades financieras para que tomen medidas adecuadas.

230.- El artículo 3 de la Directiva dispone, en su apartado 1, que los Estados miembros velarán por que el deudor tenga acceso a una o más herramientas de alerta temprana claras y transparentes que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente y que puedan advertirle de la necesidad de actuar sin demora.

231.- Conforme a su apartado 2, estas herramientas podrán ser de tres tipos: a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos; b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; y c) advertencias a través de terceros, como auditores, autoridades tributarias o de seguridad social, sobre cualquier



evolución negativa del deudor, que habrán de revestir la forma de incentivos de acuerdo con la normativa nacional.

232.- La Directiva impone a los Estados miembros dos obligaciones precisas: garantizar que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas; y velar por que exista a disposición del público, en línea, información sobre la posibilidad de acceder a herramientas de alerta temprana, y que dicha información sea fácilmente accesible y presentada en un formato sencillo de consultar, en especial para las PYMEs. Paralelamente, se faculta a los Estados miembros a que proporcionen apoyo a los representantes de los trabajadores para evaluar la situación económica del deudor.

233.- La implantación de estas herramientas en los países de nuestro entorno ha sido diversa. En Francia las normas sobre alerta temprana (*procédures d'alerte*) se encuentra en el artículo L-234-1 y concordantes del Código de Comercio, en relación con la sociedad anónima. Los auditores de la sociedad están obligados a advertir al consejo de administración de la compañía de la existencia de circunstancias que puedan poner en peligro la continuidad de la empresa. La decisión del consejo de administración se ha de comunicar al Presidente del Tribunal de Comercio y al comité de empresa o a los delegados de personal, y los auditores informarán al Tribunal de Comercio acerca de las medidas adoptadas y sobre su idoneidad. El Tribunal puede señalar una vista e iniciar una investigación con requerimientos de información a los auditores, trabajadores, bancos y autoridades públicas con objeto de conocer la verdadera situación económica y financiera de la empresa. También se contempla la posibilidad de que los accionistas soliciten del consejo de administración información sobre determinadas operaciones y sobre circunstancias que pueden poner en peligro la continuidad de la empresa. La misma facultad tendrá el comité de empresa.

234.- En Italia, el Decreto legislativo número 14, de 12 de enero de 2019, establece los mecanismos de alerta temprana en un primer nivel a través de los auditores internos o externos de la compañía, que pueden dirigirse a los administradores para que adopten determinadas medidas, y en un segundo nivel a través de la información que se dirige al "*Organismo di Composizione della Crisi d'impresa*", organismo público e imparcial que puede instar al deudor a adoptar determinadas medidas en el seno de un procedimiento extrajudicial, confidencial y rápido, y puede intervenir asimismo intermediando entre acreedores y deudor para alcanzar un acuerdo entre



ellos. Paralelamente, los acreedores públicos cualificados (agencia tributaria, seguridad social) han de remitir una comunicación al deudor cuando la deuda alcance un determinado umbral para que corrija su nivel de endeudamiento.

235.- En Dinamarca, por su parte, rige un sistema denominado “Early Warning” que proporciona asistencia imparcial, confidencial y gratuita a las empresas en dificultades.

V

El procedimiento especial para microempresas

236.- Aunque la Exposición de motivos del APL señala que *«la modernización del sistema legal para dar solución a la crisis de las microempresas es una pieza necesaria de la transposición al Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019»*, lo cierto es que la existencia de un procedimiento específico y especial para las microempresas no se aborda ni aparece concretamente exigida por la Directiva, norma que, como se ha expuesto anteriormente, deja un amplio margen de actuación a los Estados Miembros para su transposición, si bien sí se anuncia en ella la necesidad de una regulación específica para las PYMES.

237.- La creación, por tanto, de un procedimiento especial para microempresas, que se regula en el nuevo Libro tercero se configura como una opción del prelegislador para dar cumplimiento al tercer objetivo o ámbito de aplicación de la norma europea, consistente en que por parte de los Estados Miembros se establezcan *«medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas»* [Considerando (1) y Artículo 1.1 c)], por lo que su análisis en este informe debe estudiar, de un lado, su idoneidad para dar cumplimiento a dicho objetivo de la norma europea, y de otro, determinar si se ajusta a las disposiciones europeas en materia de reestructuración preventiva y de exoneración del pasivo insatisfecho, por lo que en las Consideraciones particulares de este informe se profundizará en el diseño elegido, en las singularidades del modelo (como la no obligatoriedad de actuación en el proceso mediante asistencia de abogado y representación por procurador y la eliminación, salvo excepciones, de la intervención del administrador concursal), y en la estructura de los itinerarios y módulos establecidos.

238.- En todo caso, debe partirse de que la iniciativa del prelegislador se asienta, tal y como se explica en la MAIN y en la exposición de motivos del AL i) en la *“vital importancia”* de este sector empresarial en la economía



española, toda vez que las microempresas constituyen un 93'82% de las empresas españolas, según datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a 31 de agosto de 2020; ii) en su *"alta volatilidad y enorme rotación"*; y iii) en la consideración de que, en el caso de este tipo de empresas, el concurso de acreedores *"no ha resultado ser una herramienta eficaz para salir de la crisis empresarial"*. Esa ineficacia se cifra, concretamente, y según la exposición de motivos, en los elevados costes fijos que comporta el procedimiento. Por ello, *«el procedimiento diseñado busca reducir los costes del procedimiento, eliminando todos los trámites que no sean necesarios y dejando reducida la participación de profesionales e instituciones a aquellos supuestos en que cumplan una función imprescindible o cuyo coste sea voluntariamente asumido por las partes»*.

239.- Se llega así a la creación de un procedimiento exclusivo y excluyente para las microempresas (personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, que hayan empleado en el año anterior a la solicitud del concurso una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud, requisitos acumulativos, artículo 687.1 APL), fundamentado en la tramitación telemática y en la simplificación de trámites, con el establecimiento de dos posibles itinerarios: de un lado, una solución acordada, que combina los aspectos del convenio del concurso de acreedores y de los planes de reestructuración, denominado proceso de continuación; y de otro, la liquidación del patrimonio del deudor, sea de forma agregada a través de la venta de la empresa (en sentido objetivo) o por medio de la liquidación individualizada de los activos. El procedimiento no se desarrolla en fases, sino que se establece una estructura de trámites en paralelo, exceptuando el posible periodo de negociación con una duración máxima de cuatro meses. Del mismo modo, se plantea un diseño modular, que permite a las partes la elección de determinados efectos, estableciéndose, en definitiva, un proceso llamado a mejorar la duración y los costes.

VI

Valoración general preliminar del anteproyecto

240.- Llegado este punto, cabe adelantar una primera valoración del texto anteproyectado, en lo que a la transposición de la Directiva se refiere.



241.- En términos generales, y sin perjuicio de las observaciones que se harán en las consideraciones particulares del presente informe, el prelegislador ha incorporado adecuadamente las disposiciones de la norma europea y ha configurado un marco de reestructuración preventiva dentro de la disponibilidad que ofrece la Directiva y acorde con su finalidad, que no es sino mantener la viabilidad de la empresa y evitar el concurso. El tratamiento de la exoneración del pasivo insatisfecho, extendido también al deudor persona natural no empresario, responde igualmente a las exigencias de la Directiva y las decisiones del prelegislador, dentro del margen que le ofrece la norma europea, se orientan también a la consecución de la finalidad propia de este instituto -con algunas reservas, como se verá-, como también se acomoda a la Directiva y su finalidad el tratamiento de la financiación interina y la nueva financiación. Las previsiones relativas a los mecanismos de alerta temprana, si bien tienen una proyección de futuro, se ajustan en general a las líneas establecidas en el artículo 3 de la Directiva. Y el ordenamiento vigente es asimismo respetuoso con los dictados de la misma, en particular en lo que se refiere a las obligaciones de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia.

242.- El modelo diseñado por el prelegislador para las microempresas es, de momento, un modelo teórico, completamente nuevo, cuya eficiencia y eficacia real solo podrán ser constadas tras su aplicación práctica. De partida, debe valorarse positivamente su estructura, en paralelo y modular, que podría lograr una tramitación eficiente del proceso, con reducción del tiempo y los costes, optándose además por un enfoque unitario destinado a conseguir simplificar y flexibilizar el procedimiento concursal y dotarlo de mayor claridad jurídica.

243.- Sus singularidades principales son la no obligatoriedad de actuación en el proceso mediante asistencia de abogado y representación por procurador, la eliminación, salvo excepciones, de la intervención del administrador concursal, el establecimiento de las comparecencias, declaraciones y vistas mediante presencia telemática, la práctica de actos de comunicación por medios electrónicos con formularios normalizados, la responsabilidad del deudor en la propia gestión e impulso del proceso, y el desarrollo reglamentario de elementos imprescindibles para su puesta en práctica como la Plataforma de Liquidación. Con ello, el modelo articula una estructura procesal más flexible, que presumiblemente reducirá los costes, fomentando el uso de la tecnología.

244.- Es precisamente este punto, la tecnología, la piedra angular del sistema, y la justificación de la eliminación o limitación de la participación de



abogados, procuradores y administración concursal en el proceso. Por ello, sin una adecuada implementación de todos los medios electrónicos en juzgados, notarías y registros que permita una gestión procesal eficaz de todas las comunicaciones y la celebración telemática de las actuaciones, sin un correcto desarrollo y puesta a disposición de formularios normalizados claros y comprensibles, sin un funcionamiento rápido, eficiente y sencillo de las webs del Registro público concursal, de la Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin un desarrollo apropiado y en un plazo inminente de la Plataforma Electrónica de Liquidación, el procedimiento especial no podrá funcionar correctamente y generará, muy probablemente, confusiones y retrasos. A pesar de ello, de forma que resulta difícilmente comprensible y conciliable con la realidad, se establece que el procedimiento se aplicará en el momento de entrada en vigor de la ley, al tiempo que se dispone que los artículos relativos a vistas virtuales y medios electrónicos entrarán en vigor cuando se disponga de los medios técnicos (Disposición transitoria primera 1.5º), cuando en modo alguno debiera procederse a iniciar la tramitación de un modelo nuevo y teórico sin que toda la estructura de medios tecnológicos sobre los que se asienta su aplicación práctica esté en correcto funcionamiento en todos sus aspectos.

245.- Debe ponerse de manifiesto que, a pesar de los encomiables esfuerzos del prelegislador por desarrollar un modelo simplificado, de tramitación paralela y rápida, su concreta plasmación en el Libro tercero adolece de ciertas incongruencias y debe calificarse, en ocasiones, de confusa, de tal forma que una adecuada comprensión del mismo, de sus itinerarios, módulos, obligaciones y consecuencias precisa de un estudio detenido y de unos conocimientos especializados, no siempre al alcance de los pequeños deudores a los que está destinado, siendo previsible que se dirijan a los juzgados de lo mercantil con dudas y preguntas en cada fase del proceso, incrementando la carga de trabajo de los órganos judiciales.

246.- Abundando en lo anterior, ya desde la perspectiva del principio de eficiencia que orienta a la Directiva y, con ella, a la ley anteproyectada, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que la configuración del procedimiento especial sitúa bajo la responsabilidad del deudor la gestión de la situación de insolvencia en que se encuentra y la práctica de comunicaciones y de relevantes actuaciones en el seno del procedimiento, así como la gestión de la tramitación documental del concurso, sin que esté contemplada la asistencia jurídica y la representación procesal más que de manera voluntaria, y con una intervención limitada del administrador concursal; y de otro lado, que esta intervención restringida, y el carácter voluntario de la asistencia letrada y de la representación procesal pueden desplazar hacia el



órgano judicial, y en particular hacia el Letrado de la Administración de Justicia, una mayor carga de trabajo.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES AL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

I

Modificaciones en el TRLC para la transposición de la Directiva 2019/1023

a. De la exoneración del pasivo insatisfecho

247.- El anteproyecto modifica el capítulo II del Título XI del libro primero del TRLC, sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, al que da nueva redacción.

248.- El prelegisador ha optado por prescindir del sustantivo “beneficio” en el enunciado del capítulo, en consonancia con la Directiva, que parte de considerar la exoneración de deudas como un derecho del deudor, bajo determinadas condiciones, orientado a lograr su recuperación para la vida económica tras el fracaso que le ha abocado a la vía concursal. No obstante, este derecho no desplaza el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 484 TRLC -que no se prevé modificar- y con carácter general en el artículo 1911 CC, por lo que, en realidad, la exoneración de deudas constituye una medida subsidiaria prevista para el deudor insolvente que no puede hacer frente al pago de todas sus deudas.

249.- El capítulo II, en la redacción propuesta, se estructura en tres secciones. La sección primera, que contiene un único artículo (el artículo 486), regula ámbito de aplicación de este mecanismo de segunda oportunidad. La sección segunda (artículos 487 a 494) versa sobre los elementos comunes de la exoneración, y se estructura en cinco subsecciones, referidas, respectivamente, a la excepción y a la prohibición de la exoneración, a la extensión de la exoneración, a los efectos de la exoneración, a la revocación de la exoneración y a los efectos del pago por terceros de la deuda no exonerable o no exonerada. La sección tercera, relativa a las modalidades de la exoneración, se subdivide en dos subsecciones, referidas, respectivamente, a la exoneración con plan de pagos y a la exoneración tras la liquidación de la masa activa.



a.1 Ámbito de aplicación. El presupuesto subjetivo. Las excepciones de la obtención de la exoneración y prohibiciones.

250.- El artículo 486 regula el ámbito de aplicación de este instrumento. El prelegislador ha optado, en línea con la Recomendación de 12 de marzo de 2014, de los organismos internacionales y de la propia Directiva [Considerando (21) y artículo 1.4], por mantener la extensión de la exoneración a toda persona natural, sea o no empresario, y con independencia del origen empresarial o no de la deuda, lo que se valora positivamente. De este modo, se orilla la dificultad de determinar la naturaleza de la deuda y se evita incurrir en discriminaciones injustificadas. Al mismo tiempo, al no separar el pasivo doméstico del empresarial, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Directiva, que impone un procedimiento único de exoneración de deudas.

251.- La exoneración está vinculada a la insolvencia del deudor de buena fe. El artículo 486 mantiene este requisito que delimita subjetivamente este instrumento y, si bien no define a estos efectos qué debe entenderse por deudor de buena fe, no deja de construir este concepto bajo un modelo normativo, no valorativo. Como se ha visto, la Directiva abre el paso a un sistema valorativo para apreciar la buena fe del deudor, apreciación que podrá ayudarse de determinados parámetros de conducta, tal y como aparecen recogidos en el Considerando (79). En el anteproyecto no solo se mantiene un modelo normativo para determinar la buena fe del deudor, sino que este concepto se restringe aun más, pues a los casos establecidos en el vigente artículo 487 (que el concurso no haya sido declarado culpable y que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos en los diez años anteriores a la declaración del concurso) se unen ahora otros supuestos que, como demostrativos de la ausencia de buena fe, operan como excepción a la exoneración (artículo 487 del anteproyecto).

252.- El prelegislador justifica esta configuración normativa de la buena fe en que con ella se ajusta a las recomendaciones de los organismos internacionales y en que esta caracterización, con referencia a determinadas conductas objetivas que se relacionan taxativamente y como *numerus clausus*, evita apelar a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor.

253.- Ciertamente, la construcción normativa de la buena fe evita los riesgos de la inconcreción vinculados a un modelo valorativo. En esa misma línea se sitúa la eliminación del requisito consistente en que el deudor no haya rechazado una oferta de empleo en los cuatro años anteriores a la declaración



de concurso (artículo 493.1º TRLC), que presentaba contornos subjetivos de muy difícil valoración. Y, como se ha visto, la Directiva no impone un modelo concreto de determinación de la buena fe; ni siquiera impone un modelo de carga de la prueba de este requisito, pues solo exige que en aquellos ordenamientos en los que no se establezca una presunción de buena fe y honestidad del deudor la carga de la prueba de estas no debe dificultar innecesariamente el procedimiento ni hacerlo costoso [Considerando (78)].

254.- Debe advertirse que, a diferencia, de lo que sucede en el Derecho vigente, donde el deudor debe acreditar la concurrencia del presupuesto subjetivo de la buena fe (artículo 489.2 TRLC), en el anteproyecto se parte de la buena fe del deudor insolvente, pues las conductas con arreglo a las cuales no cabrá apreciarla -es decir, las demostrativas de la ausencia de buena fe- operan como excepción a la obtención de la exoneración. Por tanto, corresponderá a los acreedores acreditar su concurrencia, sin que el deudor tenga que acreditar el hecho contrario al supuesto contemplado más que, en su caso, en la medida en que sea necesario para desvirtuar el hecho o la circunstancia enervante de la buena fe alegada por los acreedores.

255.- Las nuevas circunstancias enervantes de la buena fe son las siguientes (artículo 487.1.2º, 4º y 6º):

- i) Que el deudor, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, siempre que en ambos casos la infracción o el presupuesto de hecho determinante de la responsabilidad hubieran sido calificados como dolosos;
- ii) Que el deudor, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, haya sido declarado persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad;
- iii) Que el deudor 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 concursal. 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.

256.- Pues bien, esta regulación merece las siguientes consideraciones:

1ª. Al incorporar nuevos requisitos referidos al ámbito subjetivo de la exoneración se restringe el concepto de buena fe y, con ello, el ámbito material y aplicativo de la exoneración de deudas. Adviértase, en esta línea, que determinados comportamientos, como el incumplimiento de los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal, pueden determinar la calificación del concurso como culpable, lo que en sí mismo exceptúa la exoneración del pasivo insatisfecho de conformidad con el artículo 487.1.3º del anteproyecto, pero puede excepcionar también la exoneración incluso cuando el concurso fuera calificado de fortuito, cuando en el procedimiento de exoneración se constate tal incumplimiento. Y adviértase también que, junto con la comisión de determinados delitos, se contempla también como excepción la comisión -dolosa- de infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social.

2ª. Resulta acertado incluir la excepción de la excepción consistente en haberse extinguido la responsabilidad criminal y haberse cancelado los antecedentes penales derivados de la condena en sentencia firme por la comisión de los delitos a que se refiere el ordinal primero del artículo 487.1 del AL.

3ª. La previsión relativa a la derivación de la responsabilidad permite salvar la disfunción que supone la posibilidad de que el administrador social de la sociedad cuyo concurso hubiera sido declarado culpable pudiera alcanzar la exoneración de deudas y la sociedad, en cambio, no. Es adecuado limitar esta excepción a los casos en los que el hecho generador de la responsabilidad que se deriva sea calificado como doloso. En la misma línea se encuentra la previsión de la declaración como persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de



un tercero calificado como culpable, y la excepción de la excepción consistente en haber satisfecho íntegramente la responsabilidad.

4ª. La opción por configurar un concepto normativo de la buena fe tiene la ventaja de que con la predeterminación objetiva de los supuestos que la excluyen se facilita la labor del juez del concurso. Este beneficioso efecto, sin embargo, no se produce en toda su dimensión en el texto anteproyectado, donde se mantienen esferas en las que ha de operar la valoración judicial, como en la calificación como doloso del presupuesto fáctico de la responsabilidad que se deriva, y especialmente a la hora de apreciar la temeridad o negligencia al tiempo de contraer endeudamiento o de cumplir las obligaciones del deudor, así como a la hora de comprobar el incumplimiento del deudor de sus obligaciones de colaboración e información respecto del juez del concurso y la administración concursal (artículo 487.2 AL).

5ª. El prelegislador, acaso conscientemente, ha prescindido de considerar, en la comprobación del requisito de la buena fe y las excepciones de la exoneración, la conducta del acreedor financiador. Como se ha tenido oportunidad de señalar, la valoración de la conducta del acreedor a la hora de verificar el requisito de la buena fe del deudor viene exigiéndose desde los organismos internacionales, y se muestra coherente con las obligaciones que imponen las normas del Derecho de la Unión a los financiadores en punto a comprobar la solvencia del deudor, por lo que se sugiere al prelegislador la conveniencia de tomarla en consideración, junto con las demás circunstancias contempladas en el ordinal sexto del artículo 487.1 del anteproyecto.

257.- Conviene incidir en que el prelegislador ha optado por exigir el requisito de la buena fe del deudor como presupuesto para obtener la exoneración. Por tanto, no ha hecho uso de la facultad que se desprende del artículo 23.1 de la Directiva, que en su literalidad autoriza a que, respecto del deudor de mala fe o deshonesto, se someta la exoneración a plazos más largos. Sin embargo, como se ha expuesto, en la Directiva, entendida en su completitud, parece residir la idea de que es consustancial al régimen de exoneración de deudas la buena fe del deudor o, en otros términos, que este mecanismo está pensado para el deudor honesto, pero desafortunado, en expresión acuñada por los ordenamientos anglosajones.

258.- La subsección primera de la sección segunda se cierra con el artículo 488, que establece una prohibición con un doble contenido. Dispone este artículo, en su apartado 1, que para presentar una nueva solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho tras una exoneración mediante plan de



pagos será preciso que hayan transcurrido, al menos, dos años desde la exoneración definitiva; y, conforme al apartado 2 de este mismo artículo, para presentar una nueva solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho tras una exoneración con liquidación de la masa activa será preciso que hayan transcurrido, al menos, cinco años desde la resolución que hubiera concedido la exoneración.

259.- Esta previsión debe ponerse en relación con el artículo 486, que adelanta las dos vías previstas en el anteproyecto para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho: la vía del plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa que se contempla en la subsección 1ª de la sección 3ª, y la vía de la liquidación de la masa activa conforme al régimen establecido en la subsección 2ª de la sección 3ª, si la causa de la conclusión el 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 (en términos similares a como se expresa el vigente artículo 486 TRLC).

260.- Debe tenerse presente que la Directiva no impone un periodo de tiempo determinado entre la obtención de la exoneración y la presentación de una nueva solicitud de exoneración de deudas. No obstante, al articular las excepciones a la exoneración que los Estados miembros podrán incluir en sus ordenamientos, el artículo 23.2 contiene un catálogo de ellas, enunciado a título ejemplificativo, entre las que se incluyen las solicitudes abusivas de exoneración y la presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario haya obtenido la plena exoneración o del momento en que se haya denegado debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información y cooperación (letras c y d del artículo 23.2).

261.- La prohibición establecida en el proyectado artículo 486 debe entenderse en el marco de las facultades que confiere al Directiva al respecto, si bien el prelegislador ha optado por dotar de carácter interdictal a las circunstancias que en la Directiva se contemplan como excepción. La consecuencia de la infracción de la prohibición ha de ser la inadmisión de la solicitud.

262.- Estos plazos de "*vacatio*" son distintos en función de la vía seguida para la obtención de la exoneración anterior. El vigente artículo 493.3º TRLC establece, como presupuesto objetivo especial para el régimen del plan de pagos, no haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años. Este plazo se aminora, como se ve, sensiblemente, lo que facilitará la obtención de sucesivas exoneraciones. El



distinto plazo, que no se explica ni en la exposición de motivos ni en la MAIN, podría encontrar su justificación en atención a la situación patrimonial del deudor en los casos de exoneración con liquidación.

a.2. La extensión de la exoneración

263.- El anteproyecto abandona el criterio de identificación del pasivo no exonerable que se establece en los artículos 488 y 491 TRLC. Deja el sistema de umbrales y ya no exige el pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados, y en su caso, de un porcentaje de los créditos ordinarios, además de los créditos de derecho público y por alimentos. El carácter no exonerable de los créditos se establece en el anteproyecto por razón de su naturaleza, no en atención a su calificación concursal.

264.- El artículo 489.1 del AL dispone, en línea con la Directiva, que la exoneración del pasivo insatisfecho se entenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las siguientes:

- 1º las deudas por responsabilidad civil extracontractual, incluida la derivada del delito, por muerte o daños personales, así como por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare;
- 2º las deudas por alimentos;
- 3º las deudas por salarios correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como las que se hubieren devengado durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial;
- 4º las deudas derivadas de créditos de derecho público;
- 5º las deudas por multas a que hubiere sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves;
- 6º las deudas por costas y gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración;
- 7º las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, pero en todo caso solo en la parte cubierta por el privilegio especial.

265.- El apartado 2 de este mismo artículo dispone que excepcionalmente el juez podrá declarar que no son total o parcialmente exonerables deudas no



relacionadas en el apartado anterior cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito.

266.- El elenco de deudas no exonerables se acomoda al que, de forma no cerrada, y con carácter de mínimos, se establece en el artículo 23.4 de la Directiva. El sistema propuesto por el prelegislador es más claro que el actualmente vigente, al identificar categorías de créditos no exonerables al margen de su clasificación concursal, de manera que habrá créditos contra la masa exonerables y no todos los créditos privilegiados estarán protegidos, y se consideran no exonerables créditos que en el concurso tienen la condición de subordinados, como las multas y sanciones. Por otra parte, las deudas con garantía real se protegen solo en la parte cubierta por el privilegio especial, en sintonía con lo dispuesto en el Considerando (81).

267.- En la exposición de motivos y en la MAIn se explica el alcance de la exoneración, indicando que las excepciones a la plena exoneración se basan, en algunos casos, en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, como las deudas por alimentos, las de derecho público, las deudas derivadas de ilícito penal o las deudas por responsabilidad extracontractual. En otros casos, la excepción se justifica *«[e]n las sinergias o externalidades negativas que podrían derivar de la exoneración de cierto tipo de deudas»*, como las deudas por costes o gastos judiciales derivados de la tramitación, cuya exoneración podría desincentivar la colaboración de ciertos terceros con el deudor en ese objetivo, como por ejemplo, los abogados. La exoneración de las deudas con garantía real *«[s]ocavaría, sin fundamento alguno, una de las piezas esenciales del acceso al crédito y, con ello, del correcto funcionamiento de las economías modernas, cual es la inmunidad del acreedor que disfrute de una garantía real sólida a las vicisitudes de la insolvencia o el incumplimiento del deudor»*.

268.- La excepción que se contiene en el apartado 2 del artículo 489, por su parte, ha de conectarse con la contemplada en la letra f) del apartado 2 del artículo 23 de la Directiva, que, como es sabido, permite exceptuar de la exoneración “cuando sea necesaria una excepción para garantizar el equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de uno o varios acreedores”; excepción esta a la que puede conectarse también la prevista por el prelegislador respecto de los créditos de los trabajadores en la cuantía determinada en el anteproyecto, y siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial.



269.- Debe retenerse que los créditos no exonerables deben pagarse en cualquier caso, ya dentro de la liquidación, ya fuera de la liquidación, y -sin perjuicio de una posible interpretación finalista de la Directiva correctora de lo que seguidamente se va a afirmar- no solo no se someten al plan de pagos, sino que, como se verá, son inmediatamente exigibles y ejecutables una vez aprobado el plan o en su caso concluido el concurso (cfr. artículos 490, 496.1 y 499.2 del anteproyecto). Esta exigibilidad y ejecutoriedad de las deudas no exonerables puede, sin embargo, en ciertos casos, comprometer la viabilidad del plan, de ahí la importancia de que deban ser tenidas en cuenta en su elaboración, tal y como se desprende del artículo 496.2 del AL, conforme al cual la propuesta del plan de pagos deberá relacionar con detalle los recursos previstos para su cumplimiento “así como para la satisfacción de las deudas no exonerables (...)”.

270.- Conviene hacer una especial mención del tratamiento del crédito público en el anteproyecto. Como se acaba de ver, el artículo 489.1 incluye entre las deudas no exonerables a las derivadas de créditos de derecho público y a las deudas por multas penales y administrativas graves.

271.- En otros lugares del presente informe ya se ha indicado que no es contrario a la Directiva un sistema en el que se proteja al crédito público, como el que rige en el Derecho vigente y como se contempla en el proyectado. Pero también se han expuesto las razones que, desde la perspectiva jurisprudencial, doctrinal e incluso institucional, abogan para, al menos, flexibilizar o limitar esta protección, argumentos que por lo demás se erigen atendiendo a la base estructural de la insolvencia, que afecta mayoritariamente a pequeños y medianos empresarios, y al peso que respecto de ellos, y en el conjunto de su pasivo, tiene la deuda pública.

272.- Sin perjuicio de admitir, con la exposición de motivos y la MAIN, la especial relevancia que la satisfacción de los créditos de derecho público tiene para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, cabría considerar, sin que el prelegislador se vea ya constreñido por los límites derivados de habilitación normativa alguna, la restricción de la no exoneración a un determinado porcentaje o categoría de los créditos de derecho público, lo que pondría a la regulación nacional en sintonía con las recomendaciones internacionales, con lo expuesto en el considerando (52) de la Directiva y, en fin, con la propia jurisprudencia (cfr. STS de 2 de julio de 2019), que se ha mostrado proclive a la inclusión del crédito público en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho.



273.- Debe incidirse, por otra parte, en el hecho de que el tratamiento de los créditos de derecho público es más riguroso en la regulación anteproyectada que en la actualmente vigente, pues en esta, en el régimen general con satisfacción del umbral mínimo, se permite la exoneración de un porcentaje -el 75%- de los créditos de derecho público ordinarios y subordinados (como las multas y sanciones) cuando no se ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos (cfr. artículo 488.2 TRLC), lo que sin embargo no será posible bajo el régimen anteproyectado, donde se excluyen las multas impuestas en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves.

a.3 Los efectos de la exoneración

274.- El anteproyecto mantiene la regulación de los efectos de la exoneración respecto de los acreedores, respecto de los bienes conyugales comunes y sobre los obligados solidarios y fiadores actualmente contenida en los artículos 500, 501 y 502 del TRLC, si bien introduce algunas modificaciones que mejoran técnicamente la regulación vigente.

275.- En primer lugar, el artículo 490 del anteproyecto, al regular los efectos de la exoneración sobre los acreedores, y después de disponer que aquellos cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos, deja a salvo, como no podía ser de otra manera, la acción encaminada a la revocación de la exoneración. Y añade un segundo párrafo en el cual se precisa que los acreedores de créditos no exonerables podrán iniciar ejecución judicial o extrajudicial contra el deudor.

276.- Esta última precisión pone de manifiesto que el sistema anteproyectado se aparta del vigente, donde el crédito no exonerable queda sometido también al plan de pagos (cfr. artículo 493, primer inciso, TRLC), mientras que el anteproyecto somete al plan de pagos los créditos exonerables, y deja al margen del mismo a los créditos no exonerables, que podrán ser exigidos por los acreedores, tal y como más arriba se ha expuesto. El sistema previsto por el prelegislador responde, por tanto, a una opción legislativa en la que subyace un criterio tendente a la protección y al blindaje de la deuda no exonerable, y en especial la de derecho público. Debe retenerse que la Directiva no impone un modelo que permita la ejecución separada de los créditos no exonerables. Únicamente se limita a señalar [Considerando (77)] que «*[E]n aquellos casos en que la vía procesal conducente a una exoneración de deudas suponga la ejecución de activos de un empresario, los Estados miembros no se deben ver privados de la posibilidad de disponer que la solicitud de exoneración se trate por separado de la ejecución de activos,*



siempre que dicha solicitud sea parte de la vía procesal conducente a la exoneración con arreglo a la presente Directiva.»; y el artículo 21.3 establece que "[L]os Estados miembros podrán disponer que la plena exoneración de deudas no sea óbice para la continuación de un procedimiento de insolvencia que suponga la ejecución y distribución de los activos de un empresario que formaban parte de la masa de la insolvencia, en la fecha de vencimiento del plazo de exoneración". Pero el hecho de que no imponga un modelo de ejecución separada de los créditos no exonerables no quiere decir que no lo autorice, quedando en manos del legislador nacional articularlo, en función de sus criterios de política legislativa. Otra cosa es que, sobre la base de un examen de conjunto de la norma comunitaria y en atención a su finalidad, pueda considerarse, en un plano hipotético -y de acuerdo con la digresión más arriba expuesta-, que es más ajustado a los objetivos de la Directiva el modelo actualmente vigente, en el que se someten al plan de pagos los créditos no exonerables.

277.- El artículo 491 AL clarifica los efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes: en sintonía con la regla de la responsabilidad del cónyuge contratante respecto de las deudas conyugales bajo el régimen de gananciales (artículo 1365 del Código Civil, CC) o de otro tipo de comunidad no liquidado, se aclara que la exoneración de deudas conyugales comunes contratadas por ambos cónyuges o por el cónyuge del concursado no beneficia a este, salvo que él mismo obtenga el beneficio de la exoneración.

278.- Conviene detenerse en que la disposición final segunda del anteproyecto modifica el artículo 1365 del CC, suprimiendo el último inciso de su ordinal segundo, que reza: "Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio"; el cual, a su vez reenvía a los artículos 6 y 7 del referido Código, el primero de los cuales establece: "En caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges"; y el art. 7 del propio Código establece que: "Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo". La supresión de este último inciso del artículo 1365 CC es coherente con la supresión de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio por virtud de la disposición final primera del anteproyecto. Adviértase que con la supresión del último inciso del artículo 1365 CC y de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio se amplía la responsabilidad de los bienes gananciales



por deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, y de ese modo se dota de mayor amplitud al ámbito de aplicación del artículo 491 AL.

279.- El artículo 492 AL, por su parte, regula como novedad los efectos de la exoneración sobre los aseguradores y quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda afectada, sin que puedan invocar la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor, y extiende la exoneración a los créditos por acciones de repetición o de regreso, que quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal, y si gozasen de garantía real serán tratados como crédito garantizado.

280.- Este precepto se complementa con el artículo 494 AL, que regula los efectos del pago por terceros de la deuda no exonerable o no exonerada. Conforme al mismo, quienes por disposición legal o contractual tengan obligación del pago de la totalidad o parte de deuda no exonerable o no exonerada adquirirán por pago los derechos de repetición, regreso y subrogación frente al deudor y frente a los demás obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados por causa legal o contractual respecto de la deuda. Esta previsión se aplicará igualmente, en los términos establecidos en la legislación civil, en caso de pago voluntario hecho por tercero de deuda no exonerable o no exonerada; si bien por excepción, quien satisfaga deuda no exonerable por responsabilidad civil extracontractual y las deudas por salarios a que se refieren los ordinales 1º y 3º del artículo 489.1 AL conservará sus derechos de repetición, regreso y subrogación respecto del deudor, y en todo caso mantendrá sus derechos respecto de los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados por causa legal o contractual respecto de esa deuda.

281.- Estas disposiciones no son sino la aplicación del régimen general relativo a la subrogación en la posición del deudor y a las acciones de repetición y regreso frente al mismo, bien en los casos en los que exista obligación legal o contractual del pago por tercero de la deuda no exonerable o no exonerada, bien en los casos de pago voluntario por tercero. En particular, en el caso de pago voluntario por tercero de deuda no exonerada o no exonerable se habrá de estar a lo dispuesto en los artículos 1158, 1205, 1210 y 1212 CC, y en su caso, fuera de los supuestos en los que cabe la subrogación del tercero y la acción del subrogado frente al deudor para reclamar lo pagado, a la concurrencia de los presupuestos del enriquecimiento injusto. Con todo, no se comprende bien el sentido de la



sedicente excepción que se introduce en el apartado 3 de este artículo 494 referida al pago -por tercero- de la deuda no exonerable por responsabilidad extracontractual y por los créditos laborales, pues la regla que contiene -la conservación de los derechos de repetición, regreso y subrogación respecto del deudor, y el mantenimiento de los derechos respecto de los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados legal o contractualmente-, es subsumible en los apartados anteriores del mismo artículo, y no constituye, en puridad, una excepción a las reglas que en ellos se establecen.

282.- El nuevo artículo 492 bis AL regula los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real.

283.- La inclusión de este precepto, por una parte, responde al carácter no exonerable de las deudas con garantía real en la parte cubierta por el privilegio especial (artículo 489.1.7º AL) y al modelo de no sujeción de las deudas no exonerables al plan de pagos, con su ejecutoriedad separada, que adopta el anteproyecto (artículos 490, 496 y 499 AL); y por otra parte, se muestra coherente con lo establecido en el Considerando (77) y con el artículo 21.3 de la Directiva, en los términos ya vistos.

284.- En este sentido, el apartado 1 de este artículo dispone que cuando se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará el crédito remanente.

285.- El precepto proyectado establece, sin embargo, unas reglas para el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan de pagos exceda el valor de la garantía -calculado conforme a lo previsto en el título VI del Libro primero del TRLC-:

1ª. Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas -no habrá vencimiento anticipado- pero se recalculará la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses, tomando para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía; y en caso de intereses variables, el cálculo se efectuará tomando como tipo de interés de referencia el que fuera de aplicación conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan, sin perjuicio de su revisión o actualización posterior prevista en el contrato; y

2ª. A la parte de la deuda que exceda del valor de la garantía se le aplicará lo dispuesto en el artículo 496 bis (vencimiento del crédito con la resolución judicial que conceda la exoneración provisional, descontándose su



valor al tipo de interés legal, con devengo de intereses durante el plazo del plan de pagos hasta el valor de la garantía).

286.- Por tanto, el régimen que establece el anteproyecto respecto de los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real puede sintetizarse del siguiente modo: i) la deuda garantizada no es exonerable hasta donde alcanza el valor del privilegio especial; ii) puede ejecutarse separadamente antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, y no impide la exoneración provisional o definitiva; iii) en caso de ejecución separada, solo se exonerará el crédito remanente; iv) en las deudas garantizadas cuya cuantía pendiente de pago exceda el valor de la garantía se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas recalculándose la cuantía de las cuotas del principal e intereses, tomando la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía; la parte de la deuda que exceda el valor de la garantía quedará afectada por la exoneración, y se entenderá vencida, y no devengarán intereses por la parte que exceda el valor de la garantía.

287.- Este régimen se completa con una cláusula de cierre (apartado 3 del artículo 492 bis) conforme a la cual cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada. Esta previsión, sin embargo, encontraría una mejor ubicación sistemática en la subsección cuarta, relativa a la revocación de la exoneración.

288.- La subsección tercera se cierra con el artículo 492 ter, relativo a los efectos de la exoneración respecto de sistemas de información crediticia. Conforme al mismo, la resolución judicial que apruebe la exoneración incorporará mandamiento a los acreedores afectados para que comuniquen la exoneración a los sistemas de información crediticia a los que previamente hubieran informado del impago o mora de la deuda exonerada para la debida actualización de sus registros. Y al mismo tiempo se autoriza al deudor a recabar testimonio de la resolución para requerir directamente a los sistemas de información crediticia la actualización de sus registros para dejar constancia de la exoneración. La norma, es patente, se dirige a facilitar la pronta recuperación del deudor para la actividad económica.



a.4 La revocación de la exoneración

289.- La subsección cuarta de este capítulo II regula la revocación de la exoneración, que en el texto refundido vigente se contiene en los artículos 492 y 498 para los regímenes, respectivamente, general y especial.

290.- El anteproyecto establece un único catálogo de supuestos de revocación, en coherencia con la regulación de un único régimen de exoneración, sin sujeción a umbrales mínimos y sin previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos, con independencia de que en este régimen único se contemple una doble vía para acceder a la exoneración.

291.- En este catálogo se mantiene el supuesto consistente en la ocultación de la existencia de bienes, derechos o ingresos que se prevé en el artículo 492.1 TRLC. Se ha suprimido la salvedad consistente en su carácter inembargable conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), lo que se explica porque dicha salvedad estaba incorporada en el régimen general del TRLC, y no en el especial de plan de pagos, que en el régimen anteproyectado se contempla sin liquidación, y en el cual deberán constar todos los recursos de que dispone el deudor para hacer frente a las deudas no exonerables y a las nuevas obligaciones en los términos previstos en el artículo 496 del anteproyecto.

292.- Se mantiene asimismo el supuesto de la mejora sustancial de la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar la totalidad o al menos una parte de los créditos exonerados; y en el caso de que la posibilidad de pago fuera parcial, la revocación de la exoneración solo afectará a esa parte.

293.- Esta causa de revocación está condicionada a que el advenimiento a mejor fortuna por las indicadas razones haya tenido lugar dentro de los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de la masa activa o de la exoneración provisional, en caso de plan de pagos, plazo que es coherente con la duración general del plan de pagos (artículo 497.2 AL) y con la interdicción de instar la revocación una vez transcurridos tres años a contar desde la exoneración con liquidación de la masa activa o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos (artículo 493.2 AL). En la MAIN se indica que esta causa de revocación se considera compatible con el objetivo macroeconómico básico de la segunda oportunidad, ya que la mejora de fortuna se acota temporalmente y por referencia solo a circunstancias de azar o con causa gratuita y adicionalmente, y al contrario que en el Derecho hasta



ahora vigente, la revocación de la exoneración se produce únicamente respecto de la deuda exonerada que pueda satisfacerse con esa mejora de fortuna. Esta última previsión se debe valorar positivamente, pues se acomoda mejor a los objetivos y a los fines de la exoneración, y permite evitar la indeseable consecuencia de ver revocada la exoneración por el advenimiento a mejor fortuna por causa de azar o gratuita que, sin embargo, no sea capaz de sufragar la totalidad del pasivo exonerable.

294.- Se incluye una nueva causa de revocación (artículo 493.1.3º AL) consistente en que, cuando al momento de la solicitud de exoneración estuviera en tramitación un procedimiento penal o administrativo de los previstos en los ordinales 1º y 2º del apartado 1 del proyectado artículo 487, y dentro de los tres años siguientes a la exoneración o a la exoneración provisional recaiga sentencia condenatoria firme o resolución administrativa firme. Esta causa, similar a la prevista en el ordinal 3º del vigente artículo 498 TRLC ("si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de los requisitos para ser considerado deudor de buena fe"), no debe ser considerada como contraventora del principio de irretroactividad de las sanciones penales o administrativas (artículo 25 CE) ni del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (artículo 9.3 CE), sino que, rectamente, ha de ser entendida desde la perspectiva de la configuración de una causa de revocación de la exoneración, definitiva o provisional, cuyo supuesto de hecho se integra a partir de una circunstancia sobrevenida que, de darse al tiempo de la solicitud, habría constituido causa impeditiva para la obtención de la exoneración. Se trata, por tanto, de garantizar la concurrencia del requisito de la buena fe no solo al tiempo de la solicitud, sino después, ya obtenida la exoneración -provisional o definitiva-, como *conditio* para mantener el beneficio y para justificar el mantenimiento del sacrificio que la exoneración del pasivo insatisfecho supone para los acreedores. En estos casos, en los que el hecho enervante de la buena fe e impeditivo de la obtención de la exoneración -la condena en sentencia firme o la resolución sancionadora firme- no se ha consumado al tiempo de la solicitud, la consumación del mismo con posterioridad a la exoneración se proyecta hacia el momento de la solicitud; o, en otros términos, los efectos de la pendencia del procedimiento penal o administrativo sancionador se mantienen hasta los tres años siguientes a la exoneración o la exoneración provisional, que de este modo mantiene siempre un carácter provisional hasta ese momento, en los casos en que al tiempo de la solicitud estuviera pendiente un procedimiento penal o sancionador de los contemplados en los ordinales 1º y 2º del artículo 487.1 AL.



295.- Recuérdesse que la Directiva no establece un catálogo cerrado de causas de exclusión de la exoneración que deba ser recogido por los ordenamientos nacionales, y que las circunstancias que, como posibles causas de exclusión -pero también de restricción o de revocación-, enumera el artículo 23.2, entre las que se encuentra el incumplimiento sustancial de las obligaciones asumidas en virtud de un plan de pagos, tiene carácter meramente ejemplificativo. El mismo artículo 23.2, recuérdese también, autoriza a que las circunstancias que con ese carácter enumera no sirvan para denegar, restringir o denegar la exoneración, sino para establecer plazos más largos para su obtención. Por tanto, cabe que los Estados miembros no incluyan entre las circunstancias que dan lugar a la revocación de la exoneración el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un plan de pagos.

296.- El anteproyecto (artículo 499 ter) contempla, en la modalidad de exoneración con plan de pagos, la revocación de la exoneración provisional a solicitud de cualquiera de los acreedores afectados por la exoneración si el deudor incumpliere el plan de pagos. Y contempla también -apartado 2 del artículo 499 ter- que, en el caso de que los pagos previstos en el plan dependan exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor, podrá revocarse la exoneración provisional a solicitud de cualquier acreedor afectado por ella si, al término del plazo del plan de pagos, se evidenciase que el deudor no hubiera destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos.

297.- Por tanto, el incumplimiento por el deudor del plan de pagos durante su duración permitirá que cualquier acreedor afectado por la exoneración solicite su revocación, en el mismo momento en que se haya producido el incumplimiento. Pero la revocación prevista en el apartado 2 del artículo 499 ter se podrá producir si, finalizado el plazo del plan de pagos, se evidenciase que el deudor no ha destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos disponibles. Cabría considerar que la revocación por esta última causa, que constituye una subespecie del incumplimiento de las obligaciones del plan de pagos, podría operar y ser apreciada no solo a la finalización del plazo del plan de pagos, sino también a lo largo del mismo, una vez se haya constatado ese singular incumplimiento. Ciertamente es que, cuando el cumplimiento del plan de pagos depende exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos



disponibles del deudor, la constatación de que no ha aplicado a la satisfacción de la deuda exonerable sus rentas y recursos disponibles se hará con más facilidad analizando el conjunto de unas y otros durante el plazo de la exoneración; pero no debe excluirse la eventualidad de que dicha evidencia se muestre antes de que este finalice, de suerte que, a su vista, pueda solicitarse la revocación sin necesidad a esperar al término del plazo. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el proyectado artículo 500.1, transcurrido el plazo para el cumplimiento del plan sin que se haya revocado la exoneración (provisional), el juez del concurso dictará auto concediendo al exoneración definitiva; por lo que, pospuesta la verificación de la singular causa de revocación prevista en el artículo 499 *ter*.2 a la finalización del plazo del plan de pagos, en la práctica la exoneración definitiva se tendrá que posponer, por un impreciso periodo de tiempo, para que los acreedores puedan verificar si se ha producido el hecho determinante de la revocación, y para que puedan, en su caso, solicitarla por tal causa, para lo cual habrá que habilitar un trámite que no se contempla en la norma anteproyectada.

298.- Por lo demás, el anteproyecto (artículo 493 bis) mantiene el régimen de tramitación del incidente (por los trámites del juicio verbal), si bien contempla específicamente la intervención voluntaria de los acreedores para defender la solicitud de revocación de la exoneración (artículo 493 bis.2), previsión que, en cualquier caso, debe considerarse como complementaria del régimen general previsto en el artículo 13 de la LEC. A tales efectos, el último inciso del apartado 2 del artículo 493 bis permite a cualquier acreedor afectado por la exoneración solicitar averiguación de bienes a través del Punto Neutro Judicial, previsión oportuna, si bien la referencia al Punto Neutro Judicial debería sustituirse por la más general de *"a través de los medios electrónicos de los que disponga la Administración de Justicia"*.

299.- El anteproyecto mantiene también los efectos de la revocación de la concesión de la exoneración (artículo 493 *ter*), esto es, la recuperación por los acreedores de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso, si bien resultaría más adecuado limitarse a decir *"los créditos no satisfechos"*, para considerar aquellos que, bien en la liquidación, bien en cumplimiento del plan de pagos, han sido abonados. Y precisa, con acierto, que en el caso de revocación de la exoneración por ocultación de la existencia de bienes, derechos o ingresos, el juez, en la misma resolución que revoque la exoneración, acordará la reapertura del concurso de acreedores con simultánea reapertura de la sección de calificación. El apartado 3 del artículo 493 *ter* dispone que la sentencia de revocación total o parcial de la exoneración se notificará a los



acreedores personados en el concurso de acreedores del deudor a los que pudiera beneficiar.

300.- Y en particular, respecto de la revocación de la exoneración en caso de plan de pagos, el artículo 499 *ter.3* establece que la revocación supondrá la resolución del plan de pagos y de sus efectos sobre los créditos, así como la apertura de la liquidación de la masa activa. No obstante, los actos realizados en ejecución del plan de pagos producirán plenos efectos, salvo que se probare la existencia de fraude, contravención del propio plan o alteración de la igualdad de trato de los acreedores. Este último inciso introduce ciertas dudas aplicativas que convendría despejar: en concreto, si son circunstancias que, acreditadas junto con las causas de la revocación, privan de efectos a los actos realizados en ejecución del plan, principalmente de sus efectos solutorios, y si esta privación de efectos cobrará virtualidad en el seno del concurso, abierta la fase de liquidación tras la revocación de la exoneración y resolución del plan, en cuyo caso deberán ser apreciadas por el juez del concurso; o si son circunstancias con virtualidad rescisoria de los actos realizados en ejecución del plan, inicialmente eficaces, con posibilidad de ser apreciadas fuera del concurso, en cuyo caso deberían concretarse los aspectos procesales para hacer valer tal remedio rescisorio.

a.5 Las modalidades de la exoneración

301.- El anteproyecto se acoge a la doble vía para obtener la exoneración que se ha propugnado desde la doctrina como la más adecuada para llevar a cabo la transposición de la Directiva. Conforme ha quedado expuesto en las consideraciones generales del presente informe, y como indica la MAIN que acompaña al anteproyecto, el prelegislador se aproxima de este modo al derecho norteamericano, al derecho francés y al finlandés, entre otros ordenamientos.

302.- Interesa detenerse en la importante circunstancia de que en la configuración de este doble itinerario para alcanzar la exoneración el prelegislador no solo ha prescindido de establecer un umbral mínimo de pasivo satisfecho, sino que también ha prescindido del acuerdo extrajudicial de pagos, ante la constatada ineficacia que ha demostrado, y ante la también constatada falta de eficacia de la mediación asociada al mismo. La supresión de aquel requisito y de este trámite responden, de este modo, a los objetivos de eficiencia en los que se enmarca la Directiva.



a.5.1 Exoneración con plan de pagos

303.- La sección tercera de este capítulo II se abre con la subsección primera, que regula la vía de la exoneración con plan de pagos sin liquidación de la masa activa.

304.- El artículo 495 del AL regula la solicitud de la exoneración, en la que, al igual que se exige en el vigente artículo 494 TRLC, el deudor deberá aceptar que la concesión de la exoneración se haga constar en el Registro público concursal durante el plazo de cinco años, o el plazo inferior que se establezca en el plan de pagos. La norma anteproyectada añade la obligación de presentar las declaraciones tributarias correspondientes al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en los términos que dispone, y en su apartado 2 precisa que la solicitud podrá presentarse en cualquier momento antes de que el juez acuerde la liquidación de la masa activa.

305.- La regulación del contenido del plan de pagos que se establece en el artículo 496 del anteproyecto es más precisa que la que recoge el vigente artículo 495 del TRLC. Además del calendario de pagos de los créditos exonerables que, de acuerdo al plan, han de ser satisfechos dentro del plazo legal o el que se establezca en el plan, este deberá también relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de la subsistencia del deudor o las que genere su actividad, con especial atención a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su posible variación durante el plazo del plan y, en su caso, el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender y los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para una y otra.

306.- Es evidente que el plan de pagos, al igual que el convenio, no puede consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, para la cual se articula la vía alternativa de exoneración con liquidación, y así se precisa en el último párrafo del artículo 496.2 AL; pero puede contemplar la realización de cesiones en pago de bienes o derechos no necesarios para la actividad del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que su valor razonable, calculado conforme a lo previsto en el artículo 273 TRLC, sea igual o inferior al crédito que se extingue o, en otro caso, integrando el acreedor la diferencia en el patrimonio del deudor, y que cuente con el consentimiento o aceptación del acreedor. También podrá establecer pagos de cuantía determinada, pagos de cuantía determinable en función de la evolución de la renta y recursos



disponibles del deudor, o combinaciones de unos y otros (párrafos segundo y tercero del artículo 496 AL).

307.- Debe entenderse que las anteriores disposiciones refieren algunos de los contenidos posibles del plan de pagos, pero que en modo alguno son los únicamente posibles. Por tanto, cabe considerar que este, si bien no puede consistir en la liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor, sí puede contemplar la realización de bienes singulares que, como la cesión en pago de bienes o derechos, no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, para aplicar el precio obtenido al plan de pagos.

308.- Por otra parte, el plan de pagos no podrá, lógicamente, alterar la prelación concursal ni el orden de pago de los créditos legalmente establecido, salvo expreso consentimiento de los acreedores postergados o preteridos (párrafo cuarto del artículo 496.2 AL).

309.- En cuanto al plazo de la exoneración por esta vía, el artículo 497.1 del anteproyecto sigue fielmente el dictado del artículo 21.1 de la Directiva y dispone que la duración el plan de pagos será, con carácter general, de tres años. No obstante, siempre dentro del margen de actuación que permite la Directiva (artículo 23.2 y 3), el apartado 2 de este mismo artículo eleva a cinco años la duración del plan de pagos en los siguientes casos: i) cuando no se realice la vivienda habitual del acreedor; y ii) cuando el importe de los pagos dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor. Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de establecer plazos más largos en los casos en los que no se realice la vivienda principal del empresario insolvente y, en su caso, de su familia -en supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar, fundamentalmente- se contempla de forma expresa en el apartado 3 del artículo 23 de la Directiva, junto con el supuesto de adopción de medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario y su familia o los activos esenciales para la continuidad de la actividad [letra a) del mismo apartado 3]. La fórmula utilizada por el prelegislador ("*cuando no se realice la vivienda habitual del deudor*") es lo suficientemente amplia para considerarla omnicomprendiva de los casos en los que la inembargabilidad de la vivienda venga determinada por decisión judicial o administrativa, cautelar o definitiva, pero también de aquellos casos en que el propio plan de pagos contemple la no realización de la vivienda habitual del deudor. En cualquier caso, sería conveniente que se añadiese, en línea con la Directiva, y para contemplar los supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar, la oración "*y, cuando corresponda, de su familia*".



310.- La ampliación del plazo en los casos en los que el plan de pagos dependa de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor no se contempla de forma expresa en el apartado 3 del artículo 23 de la Directiva. No obstante, debe considerarse que se encuentra amparada por las posibilidades que abre el apartado 2 del mismo artículo 23 de la Directiva, y que la justificación de la ampliación del plazo se encuentra ínsita en la misma modalidad del plan de pagos propuesta, pues articular los pagos en cuantía determinable en función de la renta y recursos disponibles del deudor conlleva *per se* la necesidad de configurar la planificación en un periodo de tiempo más extenso.

311.- Por lo demás, el apartado 3 del artículo 497 dispone que el cómputo del plazo comenzará desde la fecha de la aprobación judicial, en sintonía con una de las alternativas que ofrece el artículo 21.1 de la Directiva.

312.- Desde el punto de vista procedimental, el artículo 498 AL simplifica la tramitación de la aprobación del plan, pues elimina el trámite intermedio previsto en el vigente artículo 496 por virtud del cual se da traslado al deudor de las alegaciones formuladas por los acreedores a fin de que, a su vista, manifieste si mantiene o modifica, en todo o en parte, el plan propuesto. En el texto anteproyectado este trámite desaparece del artículo 498, de manera que tras las alegaciones de los acreedores, o transcurrido el plazo conferido al efecto, el juez, previa verificación de la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley, concederá la exoneración provisional y aprobará el plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas (apartado 2 del artículo 498 AL).

313.- En el anteproyecto, como en el vigente artículo 496.1 TRLC, el trámite de alegaciones de los acreedores se concibe ampliamente y proyecta sobre "la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración o con la propuesta del plan de pagos presentada". Y permite, además, proponer el establecimiento de medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de disposición o administración del deudor durante el plan de pagos.

314.- Con esta extensión alegatoria, el trámite intermedio de audiencia del deudor, en búsqueda de la expresión de su conformidad o disconformidad con las alegaciones de los acreedores, se revela, en principio -y sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá-, innecesario y contradictorio con la eficiencia postulada por la Directiva, quedando facultado el juez para aprobar el plan en los términos propuestos o con las modificaciones que, a la vista de lo alegado, estime oportunas; todo ello, previa comprobación de la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley.



315.- Por tanto, el juez ha de verificar ante todo la concurrencia de los presupuestos y requisitos de la exoneración y, cumplidos estos, ha de resolver acerca de la aprobación del plan, denegando el propuesto, aprobándolo con modificaciones -no solo las propuestas por los acreedores, sino las que estime oportunas-, o aprobándolo en los términos de la propuesta sin modificaciones.

316.- Este modelo procedimental se complementa (artículo 498 bis AL) con un trámite impugnatorio, reservado a los acreedores, con motivos de impugnación tasados. La resolución judicial que deniegue la exoneración por falta de los presupuestos y requisitos legales queda al margen del cauce impugnatorio que se establece en el artículo 498 bis; pero también queda al margen de la impugnación la resolución judicial que aprueba el plan con modificaciones respecto del propuesto por el deudor, en algunos casos como consecuencia de decisiones sobre el carácter exonerable o no de las deudas, particularmente en aquellos supuestos en los que el juez declara que no son total o parcialmente exonerables deudas distintas de las relacionadas en el artículo 489.1 AL cuando considere que es necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la exoneración del derecho de crédito (artículo 489.2 AL). La limitación de la legitimación para impugnar la decisión judicial sobre la exoneración provisional a los acreedores puede resultar en estos casos insuficiente, al impedir al deudor obtener la revisión de una decisión judicial que afecta a sus intereses legítimos, si se tiene presente que el recurso de apelación no suspensivo que prevé el apartado 3 del artículo 498 bis solo se contempla frente a la sentencia que haya resuelto la impugnación, y que el trámite alegatorio del deudor que se prevé en el incidente concursal en el que se resuelve esta lo es sobre las causas de impugnación tasadas establecidas en el artículo 489 bis 1 AL. La siempre subyacente tensión entre la eficiencia del procedimiento concursal y la tutela de los derechos concernidos en el mismo no debe resolverse siempre y en todo momento en favor de la primera. Sirvan como guía las previsiones de la Directiva en relación con la confirmación o denegación de los planes de reestructuración, respecto cuya decisión el Considerando (65) establece que *«[las partes] afectadas interesadas deben tener la posibilidad de recurrir»* y, en todo caso, el artículo 16.1 dispone que los recursos que los Derechos nacionales hayan previsto contra las resoluciones confirmatorias y denegatorias del plan de reestructuración deberán ventilarse ante un órgano judicial superior.

317.- Por tanto, cabe sugerir al prelegislador que tome en consideración la revisión a instancia del deudor de la decisión judicial que deniegue la exoneración por falta de sus presupuestos y requisitos legales, o que la conceda en términos distintos de los propuestos por razones vinculadas a las



excepciones y prohibiciones de la exoneración o a su extensión. Es cierto que entre las causas de impugnación que se ponen a disposición de los acreedores se incluye la ausencia de concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración (ordinal 5º del artículo 489 bis.1 AL), y también lo es que en el incidente concursal en el que se tramita la impugnación el deudor podrá formular oposición a la impugnación; pero esta previsión resulta insuficiente cuando el deudor ha visto rechazada *a limine* la solicitud de exoneración por falta de presupuestos y requisitos legales, y cuando la resolución judicial ha declarado excepcionalmente total o parcialmente no exonerables deudas distintas de la enumeradas en el artículo 489.1 AL para evitar la insolvencia del deudor afectado, en los términos previstos en el apartado 2 de ese mismo artículo.

318.- Alternativamente, se debería reconsiderar la supresión del trámite de alegaciones del deudor, subsiguiente al de los acreedores, y mantener la contradicción, siquiera antes de la decisión judicial, en los términos que actualmente se recogen en el vigente 496.2 TRLC.

319.- La impugnación por los acreedores de la decisión sobre el plan de pagos está limitada a causas tasadas, que se enumeran en el artículo 489 bis. Conforme al mismo, el juez no concederá la exoneración, además de cuando no concurren los presupuestos y requisitos legales para la exoneración, en los siguientes casos:

- 1º. Cuando el plan de pagos no garantiza al acreedor impugnante al menos el pago de la parte de sus créditos que habría de satisfacerse en la liquidación concursal;
- 2º. Cuando el plan de pagos no incluya la realización y aplicación al pago de la deuda exonerable o de las nuevas obligaciones del deudor de la totalidad de los activos que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor o de su vivienda habitual, siempre que los acreedores impugnantes representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total de carácter exonerable;
- 3º. Cuando se constatará la oposición al plan de pagos por parte de acreedores que representen más del ochenta por ciento de la deuda exonerable afectada por el plan de pagos, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, lo imponga; y
- 4º. Cuando el plan de pagos no destinara a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos previsibles del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de



las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos.

320.- Pues bien, respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El motivo de impugnación previsto en el ordinal primero de este artículo 498 bis.1 supone la traslación al marco de la exoneración de deudas de la regla del "*interés superior de los acreedores*" que rige respecto de los planes de reestructuración consensuados. La enunciación del motivo impugnatorio conlleva la carga para el acreedor impugnante de acreditar que el pago que ha de recibir conforme al plan de pagos es inferior al que recibiría en un escenario de liquidación: por tanto, que su cuota de exoneración es inferior a su cuota de liquidación. Así previsto, el motivo de impugnación, que conecta con el "*sacrificio desproporcionado del acreedor*", comporta la realización de un cálculo prospectivo del valor de liquidación del deudor, lo que puede dificultar no solo la impugnación por este motivo sino también la decisión que, sobre el mismo, deba adoptar el juez del concurso.
- ii) En el sistema anteproyectado no se exige, para la aprobación del plan y la obtención de la exoneración provisional, la aceptación del plan por los acreedores afectados o por un porcentaje de los mismos. No hay, en rigor, un "*efecto de arrastre*" de los acreedores disidentes, por cuando la aprobación del plan, ya el propuesto o modificado conforme el criterio del juez, se subordina exclusivamente al cumplimiento de los presupuestos y requisitos exigidos para la exoneración. Por tanto, la efectividad de la disidencia mayoritaria al contenido del plan se traslada a la fase de impugnación para hacer valer en esa sede la oposición en la que, de forma subyacente, cabría apreciar lo que podría calificarse de "*sacrificio desproporcionado generalizado*", si bien bajo un elevado umbral de sacrificio colectivo -el 80 por ciento de los acreedores afectados-, y siempre bajo el criterio del juez.

321.- La resolución judicial que conceda la exoneración provisional producirá efectos desde el término del plazo para la impugnación (los diez días siguientes a la resolución sobre la exoneración), si no se hubiera deducido, o desde la sentencia judicial que la rechace, y desde la eficacia de la exoneración provisional cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan



en el propio plan de pagos; si bien los deberes de colaboración e información subsistirán hasta la exoneración definitiva, debiendo el deudor informar al juez del concurso, con periodicidad semanal, acerca del cumplimiento del plan de pagos así como de cualquier alteración patrimonial significativa (artículo 498 ter AL).

322.- Por otra parte, el artículo 499 contiene una regla específica sobre la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos. Esta se extenderá - como se ha venido diciendo- a la parte del pasivo exonerable que, conforme al plan, vaya a quedar insatisfecha. Y las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal. Esta concentración funcional de competencia en el juez del concurso, y la sujeción a los trámites del incidente concursal, se estiman acertadas.

323.- El artículo 499 *bis* prevé un incidente de modificación del plan de pagos aprobado cuando, tras la eficacia de la exoneración provisional, se produjera una alteración significativa de la situación económica del deudor.

324.- En esos casos, tanto este como cualquiera de los acreedores afectados por el plan de pagos podrán solicitar del juez la modificación del plan de pagos aprobado. Dispone el apartado segundo que de la solicitud deducida se dará traslado al deudor y a los acreedores personados. Esta previsión no es técnicamente del todo correcta. No resulta adecuado referirse a los acreedores "*personados*", pues la personación, procesalmente entendida, no es, ni debe ser, condición de legitimación en la tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, siendo preferible sustituir el participio "*personados*" por "*afectados*".

325.- Tampoco se muestra enteramente correcta la previsión del apartado 3 de este mismo artículo 499 *bis*. Conforme al mismo, "[l]a tramitación, aprobación, e impugnación de la modificación del plan de pagos se realizará en los plazos y en la forma prevista para el plan de pagos original, y producirá los mismos efectos". Parece que el prelegislador está pensando en la modificación promovida a instancia de cualquiera de los acreedores afectados, sin tener en cuenta que también puede ser solicitada por el deudor, respecto del cual, sin embargo, el artículo 498 bis no contempla su legitimación para impugnar la decisión sobre el plan de pagos y la exoneración provisional; lo que, en fin, abunda en la necesidad, ya indicada, y en los términos expuestos, de articular en favor del deudor una vía revisora de la decisión judicial.



326.- No se justifica, por otra parte, por qué solo se permite una modificación del plan de pagos conforme a lo previsto en este artículo 499 bis. La alteración de la situación económica del deudor, siempre sujeta a contingencias sobrevenidas que en muchas ocasiones son externas o ajenas al propio deudor, puede darse en sucesivas ocasiones dentro del plazo del plan de pagos, y pueden justificar sucesivas modificaciones del plan para que este sea viable y pueda cumplir su finalidad. Se sugiere al prelegislador, por tanto, que reconsidere esta limitación.

327.- El artículo 500 AL regula la exoneración definitiva, que se otorgará al trascurso del plazo para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado. El apartado 2 de este artículo mantiene la previsión recogida en el vigente artículo 499.2 TRLC que permite conceder la exoneración definitiva aunque el deudor no hubiese cumplido íntegramente el plan, si bien elimina el umbral de ingresos aplicados a la satisfacción de los créditos afectados por el plan que se prevé en este y simplifica los requisitos para la concesión: tendrá lugar, no obstante el incumplimiento parcial del plan, cuando el incumplimiento resultara de enfermedad o accidente o de otros acontecimientos graves e imprevisibles que afecten al deudor o a quienes con él convivan, siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones o prohibiciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de cesión en pago que se establezcan en el plan de pagos.

328.- Esta simplificación de requisitos, si bien introduce un rasgo de indeterminación al hacer referencia a imprecisos *"acontecimientos graves e imprevisibles"*, resulta sin embargo preferible al establecimiento de los umbrales que se prevén en el vigente artículo 499.2 TRLC, tanto más cuanto este contiene una remisión a las circunstancias previstas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto de los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad, cuya apreciación resulta compleja y excesivamente casuística, y que están sometidas a continuas modificaciones en función de las variables sociales y económicas que justifican esta especial reglamentación protectora.

329.- Por último, es significativa la posibilidad que abre el artículo 500 bis del anteproyecto, que autoriza al deudor que hubiere obtenido la exoneración provisional por plan de pagos a dejar sin efecto esta y a solicitar la exoneración por liquidación. La misma facultad se confiere cuando se hubiera revocado la exoneración provisional o no procediese la exoneración definitiva. Esta parcial -y unívoca- reversibilidad de la vía de exoneración, con la



posibilidad de obtener la exoneración por la vía de la liquidación incluso cuando se hubiera revocado la exoneración provisional o no procediese la exoneración definitiva, es sin embargo cuestionable cuando se ha producido la revocación de la exoneración o cuando no se ha obtenido la exoneración definitiva por causas que ponen de manifiesto la ausencia de los presupuestos y requisitos legales para su obtención, y en particular el de la buena fe del deudor, exigible sea cual sea la modalidad de exoneración utilizada.

a.5.2 Exoneración con liquidación de la masa activa

330.- La subsección segunda de la sección tercera regula, de manera escueta, la vía alternativa de la exoneración, la exoneración con liquidación de la masa activa.

331.- Esta vía se abre en los casos de concurso sin masa en los que no se hubiera acordado la liquidación y en los casos de insuficiencia sobrevenida de la masa activa para satisfacer todos los créditos contra la masa y en los que, liquidada la masa activa, el líquido obtenido fuera insuficiente para el pago de la totalidad de los créditos concursales (artículo 501.1 y 2 AL). En el primer caso, el concursado podrá presentar ante el juez del concurso solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez días a contar, bien desde el vencimiento del plazo para que los acreedores puedan solicitar el nombramiento de administrador concursal sin que lo hubieran hecho, bien desde la emisión del informe del administrador concursal nombrado si no apreciare indicios suficientes para la continuación del procedimiento. En el segundo caso, el concursado podrá solicitar la exoneración dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso.

332.- En la solicitud el concursado deberá manifestar que no está incurso en prohibición legal y acompañar las declaraciones del impuesto de la renta de las personas físicas en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 501 AL.

333.- 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 la ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución en la que declare la conclusión del concurso.



334.- Conforme al apartado 2 del artículo 502 AL la oposición solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, y se sustanciará por el trámite del incidente concursal. Concluye el apartado 3 de este mismo artículo disponiendo que 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.

335.- La modalidad de exoneración con liquidación está prevista, por tanto, para los casos de concursos sin masa activa o con insuficiencia de masa activa, en los que el juez del concurso, una vez deducida la oportuna solicitud por el deudor, después de abrir el trámite de oposición legalmente previsto, y previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho y declarará la conclusión del concurso.

336.- Cabe hacer, respecto de esta somera regulación, las siguientes observaciones:

- i) El trámite contradictorio se abre después de presentada la solicitud por el deudor dentro de los plazos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 501 del anteproyecto. Este plazo es distinto según se trate de concursos sin masa activa o con insuficiencia de la masa activa, pues en el primero el plazo de diez días comenzará a correr desde el vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan solicitar el nombramiento del administrador concursal sin que lo hubieran hecho o, si hubiera sido designado, desde la emisión del informe del administrador concursal en el que no apreciara indicios para la continuación del procedimiento, en tanto que en el segundo, en los supuestos de insuficiencia de masa activa, la solicitud se deberá presentar dentro del plazo de audiencia concedido para formular oposición a la solicitud del concurso. El anteproyecto dispone que la oposición se formulará "*dentro del plazo legal*", pero la determinación de cuál debe ser este no es fácil: en los concursos sin masa, una vez presentada la solicitud en el plazo de los diez días computados según las alternativas expuestas, no hay previsión de plazo para formular la oposición ni concreción del momento a partir de la cual debe deducirse; y en los concursos con insuficiencia de masa, en los que la solicitud debe presentarse dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso, se produce un solapamiento de oposiciones que puede tener como consecuencia que los acreedores, frente a una solicitud de exoneración del pasivo



- insatisfecho deducida al término de dicho plazo, carezcan de tiempo suficiente para oponerse fundadamente a la misma.
- ii) Cabe hacer también aquí las mismas observaciones que se hicieron respecto del trámite impugnatorio de la exoneración provisional en la modalidad de exoneración con plan de pagos, en orden a considerar la conveniencia de abrir la vía de impugnación al deudor que ve denegada la solicitud por falta de los presupuestos y requisitos legalmente establecidos. Aunque en los casos de concurso sin masa y de insuficiencia de masa activa el derecho del deudor a la exoneración de deudas se muestra con mayor evidencia, su efectividad está condicionada siempre y en todo caso a la concurrencia de los presupuestos y requisitos legalmente establecidos, y la denegación de la solicitud por ausencia de estos sin habilitar un trámite impugnatorio frente a la resolución denegatoria puede originar indefensión al deudor concursado.
 - iii) Se aprecia una cierta falta de coherencia entre los apartados 1 y 3 del artículo 501 AL. Conforme al primero, el juez del concurso concederá la exoneración del pasivo insatisfecho, una vez cumplido el trámite de oposición, en la resolución en la que declare la conclusión del concurso; y en el apartado 3 se dispone que 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. Esta última disposición parece referirse a la resolución por la que se resuelve la oposición, la cual, conforme al apartado 1 de este artículo, será en la que se declare la conclusión del concurso, por lo que la posposición temporal que respecto de esta se establece en el apartado 3 no guarda coherencia con lo dispuesto en el apartado 1.

b. Derecho preconcursal. Los marcos de reestructuración preventiva

337.- Como se ha indicado en las consideraciones generales del presente informe, la Directiva, desde su configuración como norma de mínimos, persigue establecer un determinado grado de armonización en el Derecho preconcursal de los Estados de la Unión, imponiéndoles la introducción en sus Derecho nacionales de uno o varios marcos o procedimientos de reestructuración preventiva partir de los rasgos y líneas de actuación que se establecen en la norma europea.

338.- Conforme dispone el artículo 1.a) de la Directiva -en su versión en español-, esta establece normas sobre "los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando



la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor”. El artículo 4.1 de la Directiva consagra la regla de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva y establece que “[L]os Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial”.

339.- La Directiva, por tanto, deja en manos de los Estados miembros la forma de alcanzar este objetivo. Tal y como se especifica en la exposición de motivos y en la MAIn, ante esta libertad de opción el legislador español ha considerado oportuno reducir las dos instituciones concursales hasta ahora existentes, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, a una sola institución, los planes de reestructuración, aunque con algunas adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores. El modelo escogido se construye a partir del principio de decisión mayoritaria de los acreedores y de la intervención judicial mínima, inspirada en criterios de necesidad y proporcionalidad.

340.- *«[P]ara garantizar el buen funcionamiento de cualquier mecanismo de decisión colectiva -explican la exposición de motivos y la MAIn- resultan imprescindibles ciertas garantías procedimentales. La ley vincula estas garantías a la concurrencia de tres elementos fundamentales: una correcta configuración de las clases de acreedores afectados por el plan de reestructuración, que son quienes van a tomar la decisión; una mayoría cualificada favorable dentro de cada una de estas clases; y, por último, el respecto a un valor económico mínimo cuando haya acreedores o clases de acreedores disidentes.»*

341.- Por su parte, la confianza en la decisión mayoritaria de los sujetos afectados permite, en el planteamiento del prelegislador, reducir la intervención judicial conforme a los criterios de necesidad y proporcionalidad. Como indican la exposición de motivos y la MAIn, al igual que sucede en el Derecho vigente, la intervención judicial se reduce a dos momentos distintos e independientes: la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores y la confirmación u homologación del plan de reestructuración alcanzado. *«[L]a ley -continúan diciendo la exposición de motivos y la MAIn- deja así que sean las partes afectadas las que privadamente negocien y alcancen un acuerdo sobre el plan de reestructuración, y se limita a fijar un*



marco normativo con el fin de facilitar esa negociación colectiva, garantizar las salvaguardas mínimas del proceso y del resultado de la negociación, y asegurar un equilibrio entre la protección del interés de la mayoría y una tutela adecuada de las partes disidentes.» El prelegislador justifica esta opción de mantener, en la mayor medida posible, el régimen vigente por *«[o]s frutos que ha dado hasta ahora y permite que los destinatarios se beneficien de la experiencia acumulada»*. A partir del régimen vigente, el texto proyectado introduce las modificaciones exigidas por la Directiva y que es preciso incorporar necesariamente al Derecho español, y con ellas, aquellas que son opcionales para los legisladores nacionales, y que el prelegislador ha considerado oportuno introducirlas *«[p]ara incrementar la eficacia del sistema y hacerlo homologable y competitivo con los de nuestro entorno»*. Los cambios que introduce el anteproyecto tienden, por lo general, a incrementar la flexibilidad del procedimiento, en atención a que no hay dos reestructuraciones iguales, por lo que *«[e]l marco normativo debe ser lo suficientemente ágil, flexible y versátil como para poder adaptarse a las particularidades de cada caso.»*

342.- En la transposición de la Directiva, el texto anteproyectado opta por la sustitución completa del Libro II del TRLC. El nuevo Libro II, bajo el título “Del Derecho preconcursal”, se divide en cinco títulos. El Título I se ciñe a determinar los presupuestos subjetivo y objetivo del precurso. El Título II regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores con el fin de alcanzar un plan de reestructuración. El Título III se ocupa de los planes de reestructuración, su aprobación, su homologación judicial y el régimen de impugnación. El Título IV versa sobre el nombramiento y el estatuto del experto encargado de la reestructuración. El título V, por último, establece ciertas especialidades para deudores que no alcancen determinados umbrales.

b.1 Los presupuestos del precurso

343.- El artículo 583 AL, que abre el Título I de este Libro II, establece el presupuesto subjetivo del marco de reestructuración preventiva que diseña el anteproyecto. Conforme al mismo, este será aplicable a cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad profesional. Por tanto, el régimen preconcursal propuesto no será aplicable a los deudores personas naturales no empresarios. El prelegislador, de este modo, se aparta del Derecho vigente y no ha hecho uso de la facultad que confiere el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva de extender el régimen de los marcos de reestructuración preventiva a las personas físicas insolventes que no sean empresarios. Para el deudor persona natural no empresario, como se visto



más arriba, queda abierto el régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho, en las dos modalidades anteriormente examinadas.

344.- La delimitación negativa del presupuesto subjetivo se contiene en los apartados 2, 3 y 4 de este mismo artículo. El apartado 2 recoge prácticamente en su literalidad el listado de empresas, entidades o entes financieros enumerado en el artículo 1.2 de la Directiva. A esta lista se añade la exclusión de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público (apartado 3), en línea con lo previsto en la letra g) del artículo 1.2 de la Directiva, y se excluyen también los deudores persona natural o jurídica que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las características establecidas en el artículo 687 del anteproyecto, que regula el ámbito del procedimiento especial regulado en el nuevo Libro III del TRLC.

345.- Se observa que el prelegislador tampoco ha hecho uso de la facultad que ofrece el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, que autoriza a disponer que los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional solo puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva una vez que hayan adoptado las medidas oportunas para subsanar las cuestiones que motivaron la condena. Y respecto del uso de la limitación del número de veces, dentro de un periodo determinado, en las que un deudor podrá acceder a un marco de reestructuración preventiva (apartado 4 del artículo 4 de la Directiva), el artículo 612 AL, en términos análogos a los del vigente artículo 583.4 TRLC, establece la prohibición temporal de nuevas comunicaciones de negociaciones con los acreedores, que no podrán presentarse por el mismo deudor, una vez formulada la comunicación, en el plazo de un año. Téngase en cuenta que la decisión de incorporar esta limitación, si bien es plausible en tanto que tiende a evitar conductas abusivas, puede producir el efecto contrario al perseguido por la Directiva, que no es otro que evitar la insolvencia del deudor y mantener la viabilidad de la empresa, al abocar al deudor que se vería afectado por la limitación a un procedimiento concursal.

346.- El artículo 584 AL regula el presupuesto objetivo del marco de reestructuración preventiva diseñado por el prelegislador. Conforme al apartado 1 del mismo, la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración “procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual”. Y la definición de “probabilidad de insolvencia” se contiene en el apartado 2 de este artículo 584 AL conforme a criterios objetivos: “[S]e considera que existe probabilidad de insolvencia



cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones a la fecha de su vencimiento”.

347.- El prelegislador, por tanto, ha preferido, con acierto, acudir a la traducción de la expresión “*likelihood of insolvency*” que se contiene en la versión inglesa de la Directiva, para, dentro de las opciones que ofrece, contemplar la situación anterior a la insolvencia inminente que se define, como presupuesto objetivo de la declaración de concurso, en el artículo 2.3 del TRLC, y que constituye asimismo presupuesto para la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación (artículo 604 TRLC)¹⁷. De este modo, en línea con lo expuesto en las consideraciones generales del presente informe, incorpora en el presupuesto objetivo de la reestructuración preventiva los distintos grados de la insolvencia, desde la probable a la actual. Y también dentro de esta libertad de configuración que ofrece la Directiva, el prelegislador define el concepto de “probabilidad de insolvencia” con base en criterios objetivos que, sin acudir a concretos plazos temporales, se erigen en torno a la previsibilidad objetiva de incumplimiento regular de las obligaciones. Estos rasgos definitorios no son extraños a la definición del concepto “probable” que se contiene en sus dos acepciones en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; y, si bien su significación se empaña un tanto cuando en la exposición de motivos y en la MAIn se tiende a identificar la “probabilidad de insolvencia” con el “riesgo de insolvencia”, siendo ambos conceptos diferenciables, permite, sin embargo, adelantar el presupuesto objetivo del marco de la reestructuración preventiva a un momento anterior a la insolvencia inminente, con la ayuda de los mecanismos de alerta temprana, y con ello se logra evitar la pérdida del valor empresarial, con el consiguiente perjuicio para los acreedores y el propio deudor.

348.- Por otro lado, no es contrario a la finalidad de la reestructuración preventiva que esta se conciba también en los escenarios de insolvencia, ya inminente, ya actual: que exista coincidencia con el presupuesto objetivo del concurso no debe impedir que se pueda acudir a los institutos preconcursales mientras que la empresa sea viable económicamente y pueda llevarse a cabo su reestructuración y con ello evitar la declaración de concurso. El límite a esta posibilidad se ha de encontrar necesariamente en la solicitud de declaración de concurso necesario, y este límite se contempla convenientemente en el apartado 2 del artículo 585 del anteproyecto.

¹⁷ El artículo 6 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, ya alude a la probabilidad de insolvencia



349.- Adviértase que, a la hora de configurar el presupuesto objetivo de la reestructuración, el anteproyecto no alude expresamente a la viabilidad de la empresa. Aunque es este un presupuesto que se encuentra implícito, pues la reestructuración se concibe para empresas viables, debe retenerse que, como ya se indicó en las consideraciones generales del presente informe, la Directiva no obliga a la prueba, al menos inicialmente, de la viabilidad de la empresa. Como también quedó apuntado más arriba, el control de este requisito se realiza, a partir de la exposición en el plan de reestructuración de los motivos que expliquen por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa (artículo 8.1.h de la Directiva, que se traslada al ordinal décimo del artículo 636 del anteproyecto, al regular el contenido del plan), a través de la aprobación misma del plan por los acreedores, de la homologación judicial y, en su caso, de su impugnación, en la medida en que la aplicación de un plan de reestructuración a una empresa inviable contravendría el interés general de los acreedores y supondría un sacrificio para los disidentes afectados por el arrastre que pudiera calificarse de desproporcionado.

b.2 De la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores

350.- El Título II del Libro II, intitulado “De la comunicación de la apertura de las negociaciones”, se estructura en tres capítulos que versan, respectivamente, sobre la comunicación, sobre los efectos de la comunicación, tanto sobre el deudor como sobre los créditos, los contratos, las acciones y los procedimientos ejecutivos, las solicitudes de concurso, y la prórroga de los efectos de la comunicación, y sobre la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad.

b.2.1 De la comunicación

351.- El artículo 585 AL regula la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, o la intención e iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración distinguiendo los casos en que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, de aquellos en los que la insolvencia sea actual. En estos últimos casos, la comunicación podrá efectuarse en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta previsión, que se reitera después en el artículo 639.2 del anteproyecto respecto de la solicitud de homologación del plan de reestructuración, se considera más adecuada que la contenida en el vigente artículo 584 TRLC, que dispone que si el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual la comunicación solo podrá



realizarse antes del vencimiento del plazo legalmente establecido para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso. Al situarse el momento final del plazo para presentar la comunicación en la admisión a trámite la solicitud de declaración de concurso se facilita y amplía el acceso a los instrumentos de reestructuración en situaciones de insolvencia actual, lo que es más acorde con la finalidad de la Directiva, y al mismo tiempo se guarda coherencia con la previsión sobre la suspensión de la solicitud de concurso por el deudor que se contiene en el proyectado artículo 615.1.

352.- El artículo 586 detalla el contenido de la comunicación, que siempre es a instancia del deudor y con exposición de las razones que la justifican con referencia al estado en que se encuentra de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o insolvencia actual. Además, el deudor deberá expresar el fundamento de la competencia del juzgado, la relación de acreedores con los que se haya iniciado o tenga intención de iniciar negociaciones -que podrá actualizarse mientras estén en vigor los efectos de la comunicación-, el importe de los créditos de cada uno y el importe total, con indicación de aquellos acreedores especialmente relacionados con el deudor, las circunstancias existentes o que pudieran sobrevenir susceptibles de afectar al desarrollo o al buen fin de las negociaciones, la actividad o actividades que desarrolle el deudor, el importe del activo y del pasivo, cifra de negocios y el número de trabajadores al cierre del ejercicio inmediatamente anterior a aquel en que se presenta la comunicación, los bienes y derechos que se consideren necesarios para la continuidad de la actividad así como las ejecuciones que se siguen contra ellos, los contratos necesarios para la continuidad de la actividad y, si el deudor fuera miembro de un grupo de sociedades, las garantías otorgadas por otras sociedades del mismo grupo que quedarán afectadas por la comunicación.

353.- Como novedad, el anteproyecto regula (artículo 587) la comunicación conjunta, de especial relevancia en el caso de grupos de sociedades y que la comunicación abarque a distintas sociedades dentro del mismo grupo, en cuyo caso la competencia para conocer de ella corresponderá al juzgado del lugar donde el deudor con mayor pasivo tenga el centro de intereses principales y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, si no estuviera incluida en la comunicación, el de la sociedad de mayor pasivo. La determinación de la competencia con arreglo a la conexión consistente en el centro de los intereses principales del deudor se cohonestará con la regla de competencia establecida en el artículo 45 TRLC, y debe completarse con las previsiones contenidas en dicho precepto.



354.- La resolución sobre la solicitud (artículo 588 AL) tiene lugar después de que el juzgado haya verificado su competencia territorial e internacional y el contenido formal de la comunicación, previéndose el oportuno trámite de subsanación de los defectos formales (artículo 588.2 AL), así como el control de oficio de la competencia internacional y territorial -sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier acreedor pueda formular declinatoria ex artículo 592 AL-, respecto de las que el juez del concurso resolverá, previa audiencia del solicitante y del Ministerio Fiscal, mediante auto que será apelable (589 AL). El decreto del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) que tenga por efectuada la comunicación surtirá efectos desde la fecha en que se hubiera presentado la solicitud, y tendrá el contenido que se detalla en el artículo 590 del anteproyecto.

355.- Conviene, en este punto, hacer las siguientes puntualizaciones:

- i) La resolución sobre la comunicación se dicta tras haberse verificado la competencia del juzgado y el contenido formal de la solicitud de comunicación, especialmente en lo que se refiere a la información que debe contener. El examen de la solicitud y la resolución sobre ella recae, por tanto, además de sobre la competencia del juzgado, sobre aspectos meramente formales, sin que el deudor tenga que acreditar el presupuesto objetivo -el estado de probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente o la actual- (artículo 588.3 AL), lo que justifica la atribución al LAJ de la competencia para decidir sobre la comunicación, sin perjuicio de la competencia del juez para llevar a cabo el control de la competencia internacional y territorial, cuando el LAJ estimase que el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, y sin perjuicio de las atribuciones del juez para resolver sobre la declinatoria por falta de competencia internacional o territorial, conforme a lo previsto en la legislación procesal civil (artículo 592 AL);
- ii) La resolución sobre la comunicación, con el contenido que se especifica en el artículo 590, no se comunica a los acreedores identificados en la solicitud, sino solo a las autoridades judiciales o administrativas que estuviesen conociendo de las ejecuciones contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional que deben ser suspendidos (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590.2, en relación con el artículo 601 del AL), y se publicará en Registro público concursal (salvo que el deudor hubiera solicitado que la comunicación se mantuviera reservada, como también prevé el vigente artículo 585.3 TRLC).



El apartado 3 del artículo 588 AL dispone que contra el decreto del LAJ podrá interponerse por cualquier acreedor recurso de reposición por dos motivos: si considera que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones no son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor -y, por tanto, que las ejecuciones contra ellos no deben ser suspendidas-, y si considera que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas -se dice erróneamente "otorgados"- por terceros.

El precepto es mejorable en dos aspectos: en primer lugar, en cuanto a la extensión de la impugnación, que no debería limitarse a los dos aspectos considerados, sino que debería ampliarse al resultado del control de otros aspectos formales, como la relación de acreedores, créditos y su importe, o a la prohibición prevista en el artículo 612 AL para evitar comunicaciones abusivas; y en segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de revisar judicialmente la resolución del decreto del LAJ, por ser una exigencia derivada de reiterada doctrina constitucional (cfr. SSTC 58/2016, de 17 de marzo, 72/2018, de 21 de junio, 15/2020, de 28 de enero y 151/2020, de 22 de octubre). En este punto, se advierte una falta de coherencia con lo previsto en el artículo 606.1 del anteproyecto, donde, al tratar de la posibilidad de iniciar o reanudar las ejecuciones no iniciadas o suspendidas, alude al recurso de revisión contra el decreto del LAJ teniendo por efectuada la comunicación.

- iii) Cabe someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de ampliar la legitimación al deudor que ve desestimada su solicitud por defectos no subsanables -como estar incurso en la prohibición prevista en el artículo 612 AL-, y respecto de pronunciamientos contrarios sus intereses, como los relativos al carácter no necesario de los bienes o derechos afectos a ejecuciones singulares, o sobre la extensión de los efectos de la comunicación a las garantías otorgadas por terceros.
- iv) Por otra parte, no resulta muy adecuada la determinación del cómputo del plazo establecido para la interposición del recurso de reposición: cinco días a contar desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda, o en el caso de autoridades administrativas, desde que reciban la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación. No es muy funcional vincular el cómputo del plazo al dictado de una resolución dictada por un órgano judicial distinto del del concurso, y no se explica el diferente cómputo cuando se trata de autoridad administrativa. Resulta más adecuado anudar el cómputo del plazo al momento de la publicidad de la resolución del



LAJ, y unificar la forma de computarlo en todo caso, sea cual sea el motivo de impugnación, y sea cual sea la autoridad, judicial o administrativa, que esté conociendo de la ejecución. Esta configuración del cómputo del plazo impugnatorio es más coherente, además, con el carácter exclusivo y excluyente de la competencia del órgano judicial que conoce de la comunicación (artículo 593 AL), que es el que ha de decidir acerca de la suspensión de las ejecuciones.

b.2.2 De los efectos de la comunicación

356.- El artículo 594 AL incorpora la llamada “regla del deudor no desapoderado” (*debtor in possession*), que se establece con carácter general en el artículo 5.1 de la Directiva [en relación con el Considerando (30)].

357.- Conforme a este precepto, la comunicación no tendrá efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor. Esta ausencia de desapoderamiento se contempla, por lo demás, en el Derecho vigente respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago.

358.- Ahora bien, esta regla general se ve matizada, como se sabe, por cuanto la Directiva, además de autorizar a los legisladores nacionales para que puedan disponer en cada caso el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, impone la obligación de proveer su designación en los casos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5, y que se resumen en los casos de suspensión general de las ejecuciones singulares cuando sea necesario para salvaguardar el interés de las partes, cuando el plan de reestructuración forzosa deba ser confirmado por autoridad judicial o administrativa y cuando el deudor o la mayoría de los acreedores lo solicite, siempre que, en este último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

359.- La Directiva, no obstante, no impone que deba producirse el desapoderamiento de las facultades patrimoniales del deudor cuando, potestativa u obligatoriamente, se prevé el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración. Ya se ha dicho que este debe ser distinto del administrador concursal, y por tanto, distintas han de ser sus funciones y distintos sus cometidos, por lo demás escasamente regulados en la Directiva. Conforme al artículo 5.3, los cometidos del administrador en materia de reestructuración se ciñen a asistir al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan: por tanto, se trata de funciones



asistenciales, que no conllevan el desapoderamiento de las facultades patrimoniales del deudor; pero la rotundidad de este aserto se ve empañado cuando el Considerando (30) se refiere al nombramiento del administrador en materia de reestructuración para «[s]upervisar la actividad del deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas del deudor», lo que, por lo demás, es coherente con la posibilidad que contempla el artículo 5.1 de la Directiva de que el deudor conserve solo parcialmente el control de sus activos y sobre la gestión ordinaria de la empresa.

360.- El apartado 2 del artículo 594 establece que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades patrimoniales del deudor. Por tanto, este precepto, que remite a la regulación del Título V sobre el experto en la reestructuración, mantiene la regla general del deudor no desapoderado, aun cuando se nombre el experto en reestructuración, cuyas funciones, tal y como se contemplan en el anteproyecto (artículo 681), tiene carácter asistencial, tanto respecto del deudor y los acreedores, como respecto del juez.

361.- El artículo 595 AL mantiene inalterada la regla que contiene el vigente artículo 586 por virtud de la cual la comunicación no producirá el vencimiento anticipado de los créditos; a la que se añade ahora -apartado 2 del artículo 595- la interdicción de la cláusula ipso facto, que comporta la ineficacia de aquellas cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por causa de la comunicación, de la suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas.

362.- El anteproyecto (artículo 596) mantiene también los efectos de la comunicación sobre las garantías de tercero que se prevén en el vigente artículo 587 TRLC, si bien ahora se amplían a las garantías, no solo personales, sino también reales ofrecidas por terceros, de manera que la comunicación por sí sola no impedirá que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero para la satisfacción de su crédito pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado hubiese vencido.

363.- El apartado 3 de este artículo 595 introduce una excepción a esta regla para el caso del otorgamiento de garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación, cuando así lo hubiera solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía puede causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. En estos casos, se mantienen los efectos suspensivos de las ejecuciones de



garantías personales o reales para evitar la precipitación del garante y del deudor a la insolvencia -y a la eventual comunicación del garante-, con la subsiguiente frustración de las negociaciones y del fin de la reestructuración.

364.- El artículo 597 AL recoge el principio general de vigencia de los contratos que proviene del apartado 5 del artículo 7 de la Directiva. Conforme al mismo, la comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y en particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato (las llamadas cláusulas “*ipso facto*”) por el mero motivo de: 1º la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; 2º la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; y 3º cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.

365.- Esta previsión, como se observa, tiene carácter general, y afecta a todos los contratos vigentes con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. El segundo inciso del primer párrafo del artículo 597 está orientado al cumplimiento de las obligaciones de los acreedores con la finalidad de evitar, mediante el ejercicio de las facultades contractualmente previstas, que se frustren las negociaciones y con ellas la finalidad de la reestructuración. La ineficacia de estas cláusulas se encuentra limitada a los concretos supuestos descritos en la norma, pues fuera de ellos mantienen su plenitud de efectos (artículo 598.1 AL), lo que es coherente con el objeto del precepto y resulta proporcionado respecto de la finalidad perseguida.

366.- El apartado 2 del artículo 598 AL recoge la regla contenida en el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva, relativa a los contratos esenciales y a las deudas nacidas antes de la comunicación que no hubieres sido liquidadas por el deudor: respecto de estos, conforme a lo ordenado por la Directiva, las facultades previstas en las cláusulas “*ipso facto*” no podrán ejercitarse, sin limitación alguna, mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos.

367.- La Directiva, como se ha visto, contempla en estos casos la posibilidad de introducir salvaguardas que operen como contrapartidas en favor de los acreedores que ven restringidas sus facultades de suspender, modificar, resolver o terminar anticipadamente el contrato, y que se resumen en el mantenimiento de las obligaciones del deudor de pagar sus deudas surgidas con posterioridad a la comunicación y a sus efectos. Esta posibilidad, que sirve de contrapeso en las relaciones nacidas de los contratos con



obligaciones recíprocas, puede verse sin embargo implícita en el primer inciso del artículo 597 AL.

368.- El artículo 599, por su parte, contiene especialidades para determinados acuerdos de compensación contractual, conforme a lo previsto en el apartado 6 del artículo 7 de la Directiva.

369.- En relación con los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, el artículo 600 AL sienta la regla general, proveniente del artículo 6.1 de la Directiva, de la prohibición legal de iniciación de ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación. Esta regla se complementa con la contenida en el artículo 601 AL, que dispone la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta que, transcurridos tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente, el juez adopte decisión sobre el levantamiento de la suspensión.

370.- El anteproyecto se atiene, por una parte, al plazo de duración de la suspensión que, como máximo, establece el artículo 6.4 de la Directiva (plazo no superior a cuatro meses, sin perjuicio de su ampliación o de nueva suspensión). Respecto del cómputo del plazo, debería precisarse en el artículo 600 AL que este se computará desde la fecha de presentación de la comunicación -como hace el vigente artículo 588 TRLC-, guardando coherencia de este modo con lo previsto en el artículo siguiente y con el momento en que la comunicación surtirá efectos (la fecha en que se hubiera presentado la solicitud, artículo 588.1 del anteproyecto).

371.- Y por otra parte, la regla recae sobre las ejecuciones que afecten a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta limitación, que guarda correspondencia con el régimen de suspensión de ejecuciones en sede concursal y con lo dispuesto en el vigente artículo 588.2 TRLC respecto de los acuerdos de refinanciación, conecta directamente con el requisito, explícito en el artículo 6.1 de la Directiva y en su Considerando (32), de que la suspensión sea necesaria y favorezca las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva, a cuya consecución se orienta la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, que pudiera verse afectada a resultas de la ejecución sobre los bienes necesarios para dicha continuidad.

372.- Ahora bien, el anteproyecto (artículo 603), haciendo uso de las facultades que confiere la Directiva, prevé que, a solicitud del deudor, el juez otorgue alcance general a la prohibición de iniciación de las ejecuciones o a



la suspensión de las ya iniciadas sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, cuando dicha medida resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones. Esta medida, cuya eficacia se extenderá durante el plazo previsto en el texto proyectado, se adoptará, previa opinión favorable del experto en la reestructuración -si se hubiese designado-, mediante auto separadamente de la resolución teniendo por efectuada la comunicación, y se publicará en el Registro público concursal cuando fuera favorable a la solicitud. Y paralelamente, el artículo 604 AL prevé la prohibición de iniciación de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, extendiendo la prohibición o la suspensión a uno o varios acreedores individuales o a una o varias clases de acreedores, en los mismos términos y condiciones que los previstos en el artículo precedente.

373.- Estas posibilidades, que demuestran la versatilidad del régimen establecido en el anteproyecto, se ofrecen en el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva, y su incorporación al texto propuesto no merece otra consideración que la referida a la conveniencia de que, cuando se trata de la prohibición o de la suspensión ejecuciones limitadas a uno o varios acreedores o a una o varias categorías de ellos, estos deban ser informados de las negociaciones, requisito este impuesto por el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 6 de la Directiva que, rectamente entendido, no se suple con la publicación en el Registro público concursal de la resolución por tiene por efectuada la comunicación.

374.- Del régimen propuesto, que en líneas generales se adapta a la norma que es objeto de transposición, se desprende que no se contempla un control *ex ante* de la suspensión de ejecuciones dirigidas contra bienes o derechos del deudor necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional: esta -y la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra tales bienes o derechos- se produce *ope legis* a partir de las manifestaciones del deudor en la comunicación, y su control se lleva a cabo a *posteriori*, a través de la impugnación de la resolución del LAJ prevista en el artículo 590.3, en los términos arriba indicados. Solo la solicitud de prohibición general de iniciación o de suspensión de ejecuciones, y la extensión de la prohibición o suspensión a acreedores individuales o a clases de acreedores, requiere de un control *ex ante* por el juez, en la medida en que deberá verificar si el alcance general de la prohibición o de la suspensión, en uno y otro caso, es necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones.

375.- Este régimen se complementa con las siguientes disposiciones:



- i) Se prevé (artículo 602) la prohibición de iniciación y la suspensión de las ejecuciones judiciales promovidas por los acreedores de pasivos financieros en términos análogos a los del vigente artículo 590 TRLC.
- ii) Respecto de la ejecución de garantías reales, el artículo 605 AL abre la posibilidad de iniciar la ejecución, no obstante la comunicación, salvo que recayese sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, en cuyo caso el procedimiento de ejecución se suspenderá en los términos previstos en el artículo 601. Se mantienen, por tanto, los términos del vigente artículo 591 TRLC, que, por lo demás, se encuentra en sintonía con la fórmula potestativa recogida en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva.
- iii) El artículo 606 AL contempla la posibilidad de iniciar o de reanudar las ejecuciones "si el juez, como consecuencia de la estimación del recurso de revisión contra el decreto del Letrado de la Administración de Justicia teniendo por efectuada la comunicación, resolviera que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, salvo que los efectos de la comunicación se hubiesen extendido a estos bienes (...)". Ya se ha advertido de la necesidad de revisar el apartado 3 del artículo 590 del anteproyecto, que deberá ser coherente con lo dispuesto en el artículo 606 en cuanto al régimen de recursos.
- iv) El prelegislador, por tanto, ha ceñido la posibilidad de iniciar las ejecuciones o de levantar la suspensión a los casos en que los bienes o derechos afectos a la ejecución no fueran necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, salvo que los efectos de la comunicación se hubiesen extendido a dichos bienes o derechos. Ha prescindido, por consiguiente, de tomar en consideración las diversas situaciones que, conforme al artículo 6.9 de la Directiva, permitirían iniciar o levantar las ejecuciones singulares. Aunque algunas de las causas que, conforme a la Directiva, autorizarían para iniciar o levantar la suspensión de las ejecuciones se encuentran implícitas en la regla que establece la prohibición de iniciación y la suspensión - como que esta ya no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones, cuando, por ejemplo, sea manifiesto que una amplia mayoría de los acreedores no apoyará las negociaciones -, cabe sugerir al prelegislador la conveniencia de atender a otras causas de inicio o reanudación de las ejecuciones como las



consistentes en el perjuicio injustificado de los acreedores como resultado de la prohibición o suspensión o cuando estas den lugar a la insolvencia de un acreedor. De acogerse la sugerencia expuesta, el concepto de "*perjuicio injustificado de los acreedores*" debería integrarse a partir de las pautas interpretativas que se derivan de los Considerandos (36) y (37) de la Directiva.

- v) Abundando en lo anterior, es cierto que la aprobación de los planes de reestructuración y el efecto del arrastre *intra* clases y del arrastre vertical está supeditado, en un caso, a la prueba del interés superior de los acreedores, y en el otro a la observancia de la regla de la prioridad absoluta y de su corolario, presupuestos cercanos al "*perjuicio injustificado de los acreedores*", y también es cierto que, según lo dispuesto en el artículo 608 AL, la prohibición de inicio o la suspensión de las ejecuciones no será de aplicación a las reclamaciones de créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración, entre los que se contarían aquellos respecto de los que no se dieran los presupuestos señalados. No obstante, sería aconsejable que, de aceptarse la sugerencia anterior, se recogiera de forma expresa los casos en que es posible iniciar o reanudar las ejecuciones no iniciadas o suspendidas.
- vi) La previsión contenida en el apartado 2 del artículo 606, con arreglo a la cual la establece un plazo mínimo de tres meses desde la comunicación para iniciar o reanudar las ejecuciones - y salvo que se prorroguen los efectos de la comunicación-, se muestra, por lo demás, conforme al último inciso del apartado 9 del artículo 6 de la Directiva.

376.- Mención aparte merece la expresa exclusión de los créditos de Derecho público que se contiene en el artículo 607 AL, que reproduce los términos del vigente artículo 592 TRLC. Como ha quedado indicado en las consideraciones generales del presente informe, la Directiva -Considerando (34) y artículo 6.4- autoriza a excluir de la suspensión determinadas categorías de créditos, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando i) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa o ii) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos.

377.- Al tratar sobre la exclusión -excepción, rectamente- del crédito público del ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho ya se han expuesto los argumentos conforme a los cuales cabría justificar la extensión del



mecanismo de exoneración de deudas a los créditos de esta naturaleza, y que ahora pueden servir para justificar la extensión del marco de reestructuración preventiva a dichos créditos. La exclusión de estos créditos se justifica muy someramente en la exposición de motivos y en la MAIn que acompaña al anteproyecto: su excepcionalidad reside en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria asentada en el Estado de Derecho. Sin embargo, esta justificación no parece suficiente, atendido el rigor de la Directiva en punto a expresar las razones que legitiman la exclusión. Esta exigencia de justificación se muestra tanto más necesaria cuanto mayor es la probabilidad de que la ejecución del crédito público ponga en peligro la reestructuración de la empresa; lo que dependerá en gran medida del grado de incidencia del crédito público en el conjunto del pasivo del deudor.

378.- Es significativa, en este punto, la circunstancia de que, en el procedimiento especial para microempresas regulado en el nuevo Libro III, los efectos de la apertura del procedimiento no se producen respecto de todos y todas las categorías de créditos públicos, y así -como más adelante se verá-, no se suspenderá la ejecución de los créditos de esta naturaleza que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales, ni, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de seguridad social por contingencias comunes y profesionales y de los porcentajes de la cuota obrera por contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional (artículo 694.4 APL). Y en similares términos se expresa el artículo 698.3 respecto de la extensión del plan de continuación.

379.- Los artículos 609 y siguientes AL regulan la prórroga de los efectos de la comunicación, haciendo uso de la facultad que confiere el apartado 7 de la Directiva. Esta prórroga, que puede ser solicitada por el deudor con la conformidad de los acreedores que superen los umbrales de pasivo previstos en dicho artículo, y que deberá contar con el informe favorable del experto en reestructuración, si hubiese sido nombrado, se contempla en principio por un periodo de tres meses sucesivos a los tres de la comunicación concedida. La solicitud deberá detallar el estado de las negociaciones y las cuestiones pendientes de acuerdo, con expresión de la identidad de los acreedores que hayan manifestado expresamente su oposición a la solicitud de prórroga o no se hubieran pronunciado. La decisión se tomará mediante auto, que no será recurrible si desestimase la solicitud. El juez podrá dejar sin efecto las prórrogas si lo solicitara el deudor o los acreedores que reúnan el umbral de pasivo establecido en el apartado 6 del artículo 609.



380.- El artículo 610 Al permite la concesión de prórrogas sucesivas hasta un máximo de doce meses a contar desde la comunicación con los requisitos formales y de umbrales de pasivo establecidos en dicho precepto.

381.- Esta regulación es adecuada y se muestra conforme con la Directiva. Únicamente cabe hacer las siguientes observaciones respecto de ella:

- i) El artículo 610.1 permite que la solicitud de prórrogas sucesivas sea presentada, además de por el deudor, por el experto en materia de reestructuración, el cual, sin embargo, solo deberá emitir informe favorable a la primera prórroga. Esta diferencia en cuanto a la legitimación del experto en materia de reestructuración se explica en la medida en que las ulteriores prórrogas se han de encontrar justificadas en el avance, o en la posibilidad de avance, de las negociaciones, y en la cercanía de la consecución del plan, en lo que es relevante la participación del experto, cuando hubiera sido designado. Y las mismas razones abonan la exigencia de un mayor umbral de pasivo que pueda resultar afectado por la reestructuración para solicitar y obtener las ulteriores prórrogas.
- ii) Hay una errata en la tercera línea del apartado 2 del artículo 610, que dice: "(...) efectos de la comunicación exceda se extiende por más de doce meses a contar (...)".
- iii) El artículo 611 contiene las causas de exclusión de los acreedores individuales de los efectos de la prórroga. Estas se contraen a los casos en los que su concesión pudiera causar su insolvencia o una pérdida significativa del valor de la garantía del crédito de su titularidad, o cuando la suspensión o paralización de las ejecuciones solo afectara a las que tuvieran por objeto bienes o derechos necesarios que en el momento de solicitarse la exclusión de la prórroga hubiera perdido tal carácter. Adviértase que estas causas de exclusión se contemplan respecto de las prórrogas de los efectos de la comunicación, y no respecto de estos mismos, tal y como más arriba se ha expuesto.

382.- El artículo 613 Al, relativo a los efectos sobre las solicitudes de concurso a instancia de legitimados distintos del deudor -que no se admitirán a trámite mientras no transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha de la comunicación- reproduce lo dispuesto en el vigente artículo 594 TRLC sin más adición que la relativa a referir lo previsto en la norma también a la prórroga de los efectos de la comunicación.



b.2.3 De la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad

383.- El artículo 615 AL reproduce, con las pertinentes adaptaciones al régimen de reestructuración que introduce el anteproyecto, lo dispuesto en el vigente artículo 595 TRLC, y, en línea con la moratoria del deber para solicitar el concurso que se establece en el artículo 7.1 y 2 de la Directiva, pospone dicho deber al mes siguiente después de transcurridos tres meses desde la comunicación sin que el deudor hubiese alcanzado un plan de reestructuración, deber que sin embargo se exceptúa en el caso de que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual.

384.- El artículo 615 AL regula de forma complementaria la suspensión de la solicitud de concurso voluntario. Con arreglo al mismo, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación las solicitudes de concurso voluntario podrán ser suspendidas por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que, con probabilidad de ser aprobado, deberán presentar estos. La suspensión se levantará trascurrido un mes desde la presentación de la solicitud de concurso por el deudor si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración.

385.- Esta disposición complementa el régimen de los efectos de la comunicación sobre las solicitudes de concurso y sobre el deber legal de solicitarlo. La regulación propuesta por el prelegislador se encuentra en sintonía con el objeto y la finalidad de la Directiva, que no es otra que proteger la negociación de los planes de reestructuración impidiendo que pueda verse obstaculizada por la declaración del concurso, necesario o voluntario, del deudor. De esta manera, una vez efectuada la comunicación, no solo quedará en suspenso la obligación legal de solicitar el concurso del deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual -lo que, como se ha visto, es posible en el diseño de los marcos de reestructuración preventiva que se contienen tanto en la Directiva como en el anteproyecto que ha de servir para su transposición-, sino que también quedarán en suspenso las solicitudes de concurso deducidas por los demás legitimados, y las presentadas por el deudor, cuando en este último caso así lo hubieran solicitado el experto en materia de reestructuración o los acreedores que superen el umbral legalmente establecido, y que presenten un plan de reestructuración con visos de ser aprobado. En esta regulación, omnicomprendiva de todos los supuestos de solicitud de concurso, subyace



la idea de que, una vez hecha la comunicación, la apertura del procedimiento de insolvencia que puede conducir a la liquidación del deudor no obedece al interés general de los acreedores, en línea con lo previsto en el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva, quienes sustituyen al deudor en la función de presentar un plan de reestructuración viable. El interés general de los acreedores que se trata de proteger se traduce en la constatación de que el valor de la reestructuración es superior al de la cuota de liquidación, con el presupuesto, claro está, de la viabilidad de la empresa. El juez, a la hora de decidir acerca de la suspensión de la solicitud de concurso voluntario, deberá verificar si la misma responde, en efecto, al interés general de los acreedores, para quienes el plan de reestructuración que presentan como susceptible de ser aprobado, y pueda vincular al deudor, satisface mejor dicho interés que la apertura del procedimiento concursal liquidativo. Ello presenta especial significación en aquellos casos en los que entren en conflicto los intereses del deudor persona jurídica -de sus socios, accionistas o skateholders- y los intereses de los acreedores, singularmente cuando las medidas de reestructuración propuestas afectan a la estructura de capital y/o la gobernanza de la entidad deudora. A esta idea parece responder -pues no se explica debidamente en la exposición de motivos y la MAIn- la excepción prevista en el apartado 3 de este artículo, que exceptúa de lo dispuesto en el mismo a los deudores personas naturales y a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales; en ambos casos, se preserva el interés del deudor por encima del de los acreedores.

386.- Toda vez que el juez deberá resolver sobre la solicitud teniendo en cuenta la necesidad de proteger el interés general de los acreedores frente al del deudor solicitante de la declaración de concurso, la constatación de ese interés general puede verificarse a través de la comprobación del umbral de pasivo previsto en la norma -más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración-, lo que ha de facilitar la labor del juez al contar con un elemento objetivo predeterminado en la propia norma suficientemente expresivo del interés general de los acreedores afectados.

387.- Este capítulo se cierra con el artículo 616 AL, que contiene una regla propia del Derecho de sociedades, conforme a la cual, en las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.



388.- Debe tenerse en cuenta que la disposición final quinta del anteproyecto da una nueva redacción a los artículos 365 y 367 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 2 de julio (TRLSC). El apartado 3 del artículo 365, que en su apartado 1 establece el deber de convocatoria de junta general para adoptar el acuerdo de disolución cuando concurra causa legal o estatutaria, dispone que, sin embargo, los administradores no están obligados a convocarla “cuando hubieran solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos. La convocatoria de la junta procederá de inmediato en tanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación”. Y en apartado 3 del artículo 367 TRLSC establece que no obstante el previo acaecimiento de causa legal o estatutaria de disolución, los administradores de la sociedad “no serán responsables de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución o, en caso de nombramiento en esa junta o después de ella, de las obligaciones sociales posteriores a la aceptación del nombramiento, si en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de la causa de disolución o de la aceptación del nombramiento, hubieran comunicado al juzgado la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o hubieran solicitado la declaración de concurso de la sociedad. Si el plan de reestructuración no se alcanzase, el plazo de los dos meses [previsto en el apartado 1 del mismo artículo] se reanudará desde que la comunicación del inicio de las negociaciones deje de producir efectos”.

389.- El anteproyectado artículo 616 introduce, por tanto, una regla específica dirigida a suspender el deber legal de acordar la disolución de la sociedad por pérdidas *-rectius*, de acordar la convocatoria de la junta general para adoptar el acuerdo de disolución- que conecta con la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) TRLSC, con el deber de convocatoria de la junta ex artículo 365.1 TRLSC, y con el régimen de responsabilidad de los administradores sociales (artículos 236, 366 y 367 TRSC). Constituye un precepto que sirve como elemento configurador de los deberes de lealtad y de diligencia que pesan sobre los administradores sociales, situados en un estado de preinsolvencia de la sociedad, y también para definir el concepto de interés social en esa situación, admitido el hecho de que la situación de desbalance que constituye causa legal de disolución no ha de identificarse necesariamente con la insolvencia probable o la insolvencia inminente que constituye el presupuesto objetivo del marco de reestructuración preventiva previsto en la ley anteproyectada.



390.- El artículo 616 AL, así como las modificaciones introducidas en los artículos 365.3 y 367.3 TRLSC, operan, por tanto, en ese marco de reestructuración preventiva, pero son normas que modulan el régimen de los deberes impuestos a los administradores sociales y de su responsabilidad, por lo que cabe cuestionarse si el precepto anteproyectado no debería trasladarse al ámbito del Derecho societario, por razones sistemáticas.

b.3 Los planes de reestructuración

391.- El artículo 617 AL abre el Título III definiendo el concepto de "*planes de reestructuración*" a partir del concepto de "*reestructuración*" que se define en el artículo 1.1) de la Directiva, que reproduce casi en su literalidad. La definición en sí misma es descriptiva del contenido posible del plan y de su objeto (la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos) y es, por tanto, literosuficiente. Convendría, no obstante, especificar, como hace la Directiva, que la transmisión de la empresa se refiere a la empresa *en funcionamiento*, pues el valor de esta, como tal, será determinante de cara a la verificación de los presupuestos para la confirmación del plan de reestructuración.

392.- El artículo 618 AL define adecuadamente, y conforme a la Directiva, el ámbito objetivo del régimen jurídico del marco de reestructuración preventiva proyectado. Este se aplicará a los planes de reestructuración que prevean una extensión de efectos -el arrastre horizontal y vertical- de los acreedores o grupos de acreedores titulares de créditos afectados -en los términos previstos en el artículo siguiente, el 619- que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan. Y también se someterán a la regulación proyectada los planes de reestructuración que protejan la financiación interina o la nueva financiación -*fresh money*- y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de esta frente al régimen general de las acciones rescisorias, así como las preferencias de cobro de los acreedores financiadores en los términos previstos en el Título I del TRLC.

b.3.1 De los créditos y contratos afectados

393.- El anteproyecto (artículo 619.1) define ampliamente el concepto de "créditos afectados" -aquellos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones- y lo hace conforme



al principio de universalidad del pasivo -cualquier crédito, incluidos los contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de reestructuración (artículo 619.2)-, que, sin embargo, presenta algunas excepciones: no quedarán afectados por el plan de reestructuración los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las de personal de alta dirección y los créditos de derecho público. Tampoco quedarán afectados los créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor.

394.- Las excepciones son semejantes, como se ve, a las recogidas en el artículo 489 para la exoneración del pasivo. La exclusión de los créditos de los trabajadores es una opción que ofrece la Directiva, de la que ha hecho uso el prelegislador. Por otra parte, es más adecuado referirse a los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual que a los "créditos derivados de daños extracontractuales". Y respecto de la exclusión del crédito de derecho público, si bien la Directiva [Considerando (52)] autoriza a excluir a ciertos acreedores públicos institucionales cuando tengan un estatuto privilegiado conforme a la normativa nacional, cabe hacer las mismas consideraciones que las efectuadas en relación con la exoneración del pasivo insatisfecho, incidiendo aquí en la importancia que tiene la afectación del crédito público para el éxito de la reestructuración en aquellas empresas, como sucede habitualmente en las PYMEs, que tienen un elevado porcentaje de deuda pública, para las que los mecanismos de fraccionamiento y aplazamiento resultan insuficientes.

395.- El artículo 620 contiene determinadas reglas de cómputo de los créditos a los efectos de ponderar los votos para la aprobación del plan de reestructuración. La regla general es que cada crédito se compute por el principal más los recargos e intereses vencidos a la fecha de formalización del plan. Seguidamente, se introducen reglas de cómputo específicas para los contratos de crédito, los créditos expresados en otra moneda, los créditos contingentes, litigiosos o sometidos a condición suspensiva y los créditos garantizados con garantía real. Las reglas de cómputo relativas a pasivos financieros sujetos a régimen o pacto de sindicación se trasladan al nuevo artículo 633.

396.- De forma similar al régimen de exoneración de deudas, el anteproyecto establece el principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (artículo 621) y la ineficacia de las cláusulas *ipso facto* -en línea con los Considerandos (40) y (41) de la Directiva-, con ciertas especialidades para determinados acuerdos de



compensación contractual (artículo 622). En particular, se establece la vigencia e invariabilidad de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor en los casos en que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor (artículo 621.2). Pero al mismo tiempo permite modificar o resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, a instancia del deudor, cuando la modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y para prevenir el concurso. La traslación de esta regla, propia del concurso (cfr. artículo 165 TRLC), al marco de reestructuración preventiva, con la posibilidad de que la resolución contractual se prevea en el plan de reestructuración, incorporando al mismo el crédito indemnizatorio derivado de la resolución, constituye una importante novedad. El anteproyecto contempla esta posibilidad, en principio, en el marco de las relaciones contractuales entre las partes, de manera que la modificación o resolución del contrato se acuerde por ambas partes contratantes. Pero permite que, de no alcanzarse un acuerdo, se imponga la resolución del contrato en beneficio del buen fin de la reestructuración, de forma que la parte del contrato deja de ser tal para convertirse en parte afectada por el plan de reestructuración, en la medida en que el crédito indemnizatorio derivado de la resolución se incluya en el plan. El anteproyecto resulta en este punto un tanto inconcreto. Adviértase que esta facultad supone una alteración del principio de obligatoriedad de los contratos, que autoriza la resolución contractual a instancia de una de las partes, y convierte a la parte del contrato en parte afectada por la reestructuración, todo ello sin que esté prevista la intervención judicial. Debe recordarse que en sede concursal la resolución de los contratos en interés del concurso requiere la intervención del juez del concurso, articulándose un trámite específico para acordarla (artículo 165 TRLC). En términos análogos, debería preverse respecto de esta resolución contractual la intervención judicial y regular la forma en que habrá de tener lugar. El apartado 4 del artículo 623 dispone que las controversias que se susciten sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan; y, coherentemente, el artículo 660 AL regula la impugnación de la resolución de contratos sobre la base de que el auto de homologación del plan de reestructuración hubiere acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Pero ha tenerse en cuenta que la homologación judicial solo será necesaria en los casos previstos en el artículo 638 AL (se pretenda el arrastre de los acreedores disidentes, del deudor o de los socios, o se pretenda proteger a la financiación interina y la nueva financiación, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del plan frente a acciones rescisorias); cabría, por tanto, ampliar la necesidad de la homologación



judicial a los casos en que se deba decidir acerca de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas, pues, en definitiva, con ella se extiende el plan a la parte contratante, que pasa a ser parte afectada por el plan de reestructuración, y extender la homologación con contradicción previa (artículos 665 y 666 AL) a los casos en que deban resolverse los contratos en interés del plan de reestructuración.

b.3.2 De la formación de las clases

397.- El anteproyecto (artículo 626) regula la formación de las clases de crédito sobre la base de que su formación debe atender a la existencia de un interés común determinado conforme a criterios objetivos. Se acomoda, de esta forma, a la exigencia impuesta por el artículo 9.4 de la Directiva. La concreción de estos criterios objetivos se materializa, en primer lugar, en el rango concursal, y a partir del mismo, se permite que los créditos del mismo rango se separen por clases en función de distintos parámetros: la naturaleza financiera o no financiera del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases, o a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración, o por razón de la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados (artículo 627, in fine); pero también formarán una clase separada los acreedores que sean PYMEs y el plan de reestructuración suponga para ellos un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito (artículo 626.3, último inciso), y los acreedores cuyos créditos gocen de garantía real (artículo 627).

398.- La Directiva solo impone la clasificación por categorías de créditos garantizados y no garantizados; el anteproyecto, por tanto, es respetuoso con dicha obligación, y responde también a las exigencias de la Directiva al preordenar la formación de las clases en atención al interés común de los acreedores manifestado, en primer término, por el rango concursal de los créditos, y en segundo término, atendiendo a diferentes parámetros que ofrecen un suficiente grado de objetividad. La Directiva, por otra parte, establece la obligación de proteger a los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores [artículo 9.4, último párrafo, y Considerando (44)]; pero esta obligación puede considerarse cabalmente cumplida con la previsión de la formación de una clase separada para las PYMEs.

399.- También debe considerarse cumplida la obligación que se deriva del Considerando (44), cuando dispone que «[L]os Estados miembros deben poder disponer que los créditos garantizados puedan dividirse en partes garantizadas y no garantizadas sobre la base de la valoración de las garantías.» Esta obligación se satisface en el apartado 5 del artículo 620 AL,



al disponer que “En el caso de créditos con garantía real, cuando el valor de la garantía sea inferior al de la obligación garantizada, el crédito por el exceso será tratado como no garantizado, conforme a la clase que le corresponda según esta ley. La parte del rédito cubierta por el valor de la garantía se considerará como crédito garantizado”.

400.- El anteproyecto, dentro del principio de intervención mínima, contempla un procedimiento facultativo de confirmación judicial de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan, reservada al deudor y a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración. Este procedimiento, regulado en el artículo 629, es muy breve: los legitimados deberán comunicar la propuesta de formación de la clase o clases a las partes afectadas por la confirmación judicial donde se les anuncie la presentación de la solicitud, acompañando a esta dicha comunicación. El juez competente para conocer de la homologación, después de examinar su competencia internacional y territorial, dictará providencia admitiendo al trámite la solicitud, que se publicará en el Registro público concursal. Se abre a continuación un trámite de oposición dentro de los diez días siguientes a la publicación de la providencia, y el juez dictará sentencia en los cinco días siguientes, que no será susceptible de recurso alguno.

401.- Esta somera regulación merece las siguientes observaciones:

- i) Es dudoso determinar quiénes serán las partes afectadas por la confirmación judicial a las que debe comunicarse la propuesta de la formación de la clase o clases y anunciar la solicitud de confirmación, y quienes podrán oponerse a la confirmación. Debe tenerse presente que, aunque se trate de la confirmación de una concreta clase, esta puede afectar, de forma directa o indirecta, a las demás, por lo que no siempre será fácil discernir quiénes serán las partes afectadas. El examen de la clase o clases de acreedores respecto de las que se solicita la confirmación judicial puede recaer en los acreedores incluidos en la clase, los créditos incluidos y en su cuantía. Piénsese, por ejemplo, en la clase de acreedores titulares de créditos con garantía real: la confirmación puede exigir examinar desde los acreedores incluidos hasta el valor de la garantía y el importe del crédito garantizado. Por otra parte, por lo general la confirmación de una concreta clase o de concretas clases de acreedores requerirá un análisis global de todas las clases. La preterición de un acreedor en una clase le hace merecedor de la condición de “parte afectada” por la confirmación judicial, que, por



- esta razón, no debería ceñirse a los acreedores integrados en la clase o clases so re las que ha de recaer la decisión judicial.
- ii) La redacción del apartado 4 de este artículo 629, que reza: “En el caso de que se hayan confirmado las clases propuestas por el solicitante, esta circunstancia no podrá volver a alegarse como motivo de impugnación u oposición al plan”, es mejorable. Si lo que pretende el precepto es adelantar las posibles causas de impugnación del plan basadas en la incorrecta formación de las clases y evitar la reiteración de los argumentos en los que se basó la oposición a la confirmación judicial, debería clarificarse el enunciado normativo en tal sentido.

b.3.3 La aprobación de los planes de reestructuración

402.- La aprobación del plan requiere, como paso previo, la comunicación de la propuesta del plan a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por él. Es esta una lógica exigencia impuesta en la Directiva, junto con que el plan tenga un determinado contenido mínimo, que se detalla en el artículo 636 AL.

403.- El anteproyectado artículo 630.2 dispone que la comunicación deberá ser individual, por vía postal o electrónica, o si no fuera posible por desconocerse la identidad y dirección de los acreedores, mediante anuncio en la página web de la sociedad, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan. Solo cuando no fuera posible la comunicación por estos medios se prevé la publicación de edictos en el Registro público concursal con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan.

404.- Esta ordenación de los medios de comunicación es cuestionable. Por una parte, no siempre el deudor dispondrá de página web, y en todo caso no garantiza el buen fin de la comunicación a todos los acreedores afectados. Por otra parte, cabría considerar la publicación del edicto en el Registro público concursal en todo caso, a instancia de los solicitantes de la homologación o, en su caso, del experto en la reestructuración, para garantizar en mayor medida la comunicación de la propuesta a los acreedores que se verán afectados.

405.- Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto (artículo 631.1 AL). La Directiva (artículo 9.6) solo exige la concurrencia de una mayoría del importe de los créditos o



intereses, no una mayoría del número de partes, si bien se faculta a los Estados miembros a que prevean también esta mayoría, opción esta de la que el prelegislador no ha hecho uso. El plan se considerará aprobado por una clase de créditos afectados si hubiera votado a favor más de los dos tercios del importe del pasivo correspondiente a dicha clase, salvo que estuviera formada por créditos con garantía real, en cuyo caso se considerará aprobado si hubiera votado a favor tres cuartos del importe del pasivo correspondiente a esta clase (artículo 632 AL). Estos porcentajes son respetuosos con la regla de la mayoría y con el límite porcentual establecidos en el apartado 6 del artículo 9 de la Directiva.

406.- El artículo 634 AL contiene unas reglas aplicables a los planes de reestructuración que contengan medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora por afectar a sus derechos. Estos supuestos serán aquellos en los que el plan contenga medidas que afectan a la composición del capital, conlleve modificaciones estructurales o disposición de activos esenciales que, conforme el Derecho societario, requieren su consentimiento. Se estará, a tales efectos, a lo establecido para el tipo legal de sociedad deudora, si bien se establecen una serie de reglas para el caso de sociedades de capital, que afectan a la convocatoria y celebración de la junta y al quorum y a la mayoría exigida para la adopción del acuerdo.

407.- Esta regulación se complementa con la posibilidad de que el plan, aun no aprobado por la sociedad deudora, vincule a aquella que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente (artículos 643.2, a contrario, y 659.3º): es decir, que el plan se homologue aun contra la voluntad de la sociedad y sus socios. Se evita de este modo el riesgo de bloqueo para la aprobación del plan en situaciones de insolvencia, cuando la homologación del plan resulta más conveniente que la apertura del procedimiento de insolvencia.

408.- Es especialmente relevante la previsión de que el acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnabile exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que la junta se hubiera celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiere celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento (artículo 634.2.5º AL), lo que remite al artículo de la LEC. Esta concentración de trámites, articulada de forma ordenada, se considera más adecuada que la



disociación competencial y procedimental que supondría la impugnación separada del acuerdo de la junta, funcionalmente inadecuada para la marcha y buen fin del procedimiento de reestructuración.

b.3.4 La homologación judicial de los planes de reestructuración

409.- La homologación judicial del plan de reestructuración será necesaria en los siguientes casos (artículo 638 AL):

1º. Cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o, en su caso, a los socios; o

2º Cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente a las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el Libro I del TRLC.

410.- El presupuesto objetivo de la homologación es, también aquí, la probabilidad de insolvencia del deudor, o el estado de insolvencia inminente; pero también cabrá la homologación del plan en situación de insolvencia actual, siempre que no se hubiera admitido a trámite la solicitud de concurso necesario (artículo 639 AL).

411.- En términos análogos a los previstos respecto de la comunicación del inicio de negociaciones, la solicitud de concurso presentada por el deudor mientras se estuviera negociando un plan de reestructuración podrá ser suspendida a instancia del experto en la reestructuración o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, acreditando la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. Esta posibilidad no cabrá cuando el deudor sea persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales (artículo 640 AL).

412.- El anteproyecto, en línea con lo dispuesto en la Directiva, diferencia los requisitos para la homologación del plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores y por el deudor (los planes consensuales o consensuados) de aquellos que no han sido aprobados por todas las clases de acreedores, por el deudor o, en su caso, por los socios (planes no consensuados).



413.- El artículo 641 recoge los requisitos para la homologación de los planes consensuados. Estos son, en esencia, los establecidos en el artículo 10.2 de la Directiva, a los que se añade el potestativo consistente en que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa (artículo 10.3 de la Directiva).

414.- Interesa resaltar que la comprobación del requisito de la superación de la prueba del interés superior de los acreedores se traslada a la fase de impugnación del plan, conformando un específico motivo de impugnación (artículo 657.6º AL), lo que es conforme con el artículo 14.1 y 3 de la Directiva.

415.- Los requisitos para la homologación de los planes no consensuados se contienen en el artículo 642. Estos serán los previstos para la homologación de los planes consensuados y, por excepción al relativo a la aprobación por todas las clases, por el deudor o, en su caso, por los socios, procederá la homologación si ha sido aprobado por: 1º una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio espacial o general, o en su defecto, 2º. Al menos una clase que, de acuerdo con la calificación de créditos prevista en el TRLC, puede razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento.

416.- No son estos, empero, los únicos requisitos para la homologación de los planes no consensuados y para que tenga lugar el arrastre. El artículo 658.2 AL, que recoge los motivos de impugnación del auto de homologación de los planes no consensuados, introduce en su ordinal segundo el requisito establecido en la letra d) del artículo 11 de la Directiva, que enuncia el corolario de la regla de la prioridad absoluta: que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos. Y en los ordinales tercero y cuarto se enuncia la regla de la prioridad absoluta: que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango, pero el prelegislador ha optado por modular la regla con la de la prioridad relativa cuya introducción faculta el artículo 11.2 de la Directiva: que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus



créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración. Y a su vez esta regla de la prioridad relativa encuentra su excepción en el apartado 3 del artículo 658, que permite la homologación del plan no consensuado aunque no se cumpla la regla, cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustamente.

417.- El prelegislador, por tanto, mantiene el primer enunciado de la regla de la prioridad absoluta: que las clases de voto disidente de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango; pero se alinea con la propuesta de reforma del Chapter 11 del Bankruptcy Code e introduce la regla de la prioridad relativa, que opera como incentivo para los acreedores de rango inferior y facilita la aprobación del plan. Ahora bien, este incentivo, con el correspondiente sacrificio de los acreedores de mayor rango, está a su vez condicionado por el resultado de la valoración que el juez competente para homologar el plan realice sobre la viabilidad de la empresa y sobre si la aplicación de la regla supone un injustificado perjuicio para los acreedores: es decir, habrá de valorar en términos económicos el mejor tratamiento de los acreedores de rango inferior y el sacrificio de los acreedores de mejor rango, en términos análogos a los de la verificación del sacrificio desproporcionado en el Derecho vigente.

418.- Conviene señalar que tanto la exposición de motivos como la MAIn incurrir en un error al afirmar que para la homologación de los planes no consensuados «[l]a insolvencia debe ser actual o inminente. La simple probabilidad de insolvencia- se añade- no es suficiente para imponer el plan en contra de la voluntad de los socios». Este último aserto pone claramente de manifiesto el error incurrido, pues el presupuesto objetivo de la insolvencia actual o inminente ha de darse para la aprobación del plan por el deudor o los socios, cuando esta sea preceptiva; y de ese modo, el artículo 659.3º AL contempla como motivo de impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por el deudor o, en su caso, los socios, "que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente".

419.- El procedimiento de homologación (artículos 644 a 655, ambos inclusive) se caracteriza por una intervención judicial mínima y por su agilidad. La homologación tiene lugar a partir de la documentación presentada por los solicitantes y, como se explica en la exposición de motivos y en la MAIn, el procedimiento descansa sobre el principio mayoritario: el mejor indicio de racionalidad del plan de reestructuración, incluida su



necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora es que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta. Por consiguiente, el juez competente -que será el competente para la declaración del concurso, o juez que hubiera tenido por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones, artículo 644 AL- deberá, además de verificar su competencia, comprobar la observancia de los requisitos para la homologación, y, de cumplirse, dictará auto de homologación, que se publicará en el Registro público concursal, y tendrá eficacia inmediata, aunque no sea firme (artículos 650, 651 y 652).

420.- El anteproyecto introduce tres importantes disposiciones en relación con los actos de ejecución del plan (artículo 653), con los titulares de derechos de garantía real (artículo 654) y con las garantías de terceros (artículo 655).

421.- Respecto de los actos de ejecución del plan, estos serán inscribibles en los registros públicos, aunque el auto de homologación no haya adquirido firmeza. Este inmediato efecto registral es estricta consecuencia de la inmediata eficacia del auto, aun no firme. A estos efectos, y en coherencia con dicha ejecutoriedad, se modifican los artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria, para incluir entre los instrumentos para la inscripción de los títulos y para la cancelación de inscripciones o anotaciones preventivas el testimonio de un auto de homologación del plan de reestructuración, aunque no sea firme.

422.- Correlativamente, el apartado 2 del artículo 653 AL dispone que el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan, a cuyos efectos, cuando el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de junta o asamblea de socios y no se hubieran adoptado, los administradores de la sociedad o, en su defecto, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrá las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución.

423.- El inmediato acceso registral de los actos de ejecución del plan, aun sin ser firme el auto de homologación, se justifica en la exposición de motivos y en la MAIn por el interés en facilitar la inmediatez de la reestructuración en una situación de extrema urgencia ante la inminencia del concurso, lo que para el prelegislador es motivo suficiente para introducir esta excepción de la reglas generales del derecho registral español.



424.- Esta excepción, introducida con carácter general, puede ser, no obstante, cuestionable. La alteración de la regla que exige el carácter ejecutorio -firme, por tanto- de las resoluciones judiciales dictadas en relación con los títulos inscribibles, en beneficio de la inmediata eficacia de la reestructuración, puede producir importantes distorsiones en la seguridad del tráfico jurídico y en la función misma del Registro, a la que están indisociablemente unidos los principios registrales que, como el de publicidad material u oponibilidad, de legitimación, de fe pública, de prioridad o de tracto sucesivo, se verán afectados. Debe tenerse en cuenta, a la hora de valorar la oportunidad de esta previsión, que el anteproyecto contempla, como alternativa a la impugnación del auto de homologación, la posibilidad de que la homologación se solicite con una fase de contradicción previa, que terminará con sentencia que no será susceptible de recurso; vía esta que, de seguirse de manera generalizada, asegurará prontamente el carácter definitivo -y firme- de la resolución sobre la homologación del plan sin producir distorsiones en la función registral y en los principios registrales.

425.- Consiguientemente, frente a la pretensión contenida en el APL, debe reafirmarse, en coordinación no solo con la legislación hipotecaria sino con la LEC -el art. 524.4 LEC dispone que mientras no sean firmes, sólo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos- que si el Auto de homologación no es firme y, a los efectos de garantizar las expectativas de quienes tengan interés en ello, se puede tomar anotación preventiva que se convertirá en definitiva cuando adquiera firmeza. No debe por ello modificarse el artículo 3 LH introduciendo una adición totalmente asistemática e innecesaria.

Por otro lado, es lo cierto que el prelegislador no ha valorado la absoluta irrelevancia de lo pretendido desde el momento en que en el Acta de Inscripción, y por consiguiente en el cuerpo del asiento, aparecerá su eventual causa de resolución al señalar la falta de firmeza que, un tanto incongruentemente, contraviene la eficacia de la fe pública registral propia de los asientos definitivos. De esta manera, en realidad, la inscripción funcionaría como una anotación preventiva, esto es, como un asiento claudicante lo que hace irrelevante la modificación.

En definitiva, ante esta realidad, por más que la ley atribuya a una resolución susceptible de recurso la posibilidad de inscripción, no resultara viable la integración del bien en el tráfico jurídico hasta que la resolución sea firme, pues es evidente que tanto un adquirente como un prestamista diligentes van



a exigir antes de realizar cualquier operación que se les acredite la correspondiente firmeza, ya que de ella dependerá el valor de su derecho.

Por todo ello, debiera modificarse la Exposición de Motivos de forma que se respete el sistema hipotecario vigente y, para articular los derechos en juego, afirmar que se permite el acceso a los registros de los actos de ejecución del plan de reestructuración, incluso aunque no haya adquirido firmeza mediante la correspondiente anotación preventiva que se procederá a convertir en inscripción una vez sea firme. A la vez sancionar que la impugnación del plan no impedirá la anotación registral de esos actos y, en coherencia con ello, proceder a rectificar el contenido de los preceptos alcanzados por tales consideraciones (arts. 558, 653.1, 664 y Disposición Final Cuarta así como los preceptos de la LH afectados, arts. 3 y 82).

426.- Con independencia de lo anterior, debe mejorarse la redacción del apartado segundo de este artículo 653, añadiendo al sustantivo “plan” el complemento “de reestructuración”.

427.- El artículo 654 AL incorpora una norma que tiene por finalidad proteger a los acreedores titulares de derechos de garantía real que, como consecuencia del arrastre vertical y horizontal, pueden ver perjudicado su rango crediticio. Esta especial protección no viene impuesta en la Directiva, pero su inclusión en la norma anteproyectada merece favorable acogida en la medida en que sirve para compensar los perniciosos efectos que puede producir la conjunción de los arrastres *intra clase* y entre clases respecto de los créditos privilegiados.

428.- Esta singular protección, más amplia que la que dispensa el vigente artículo 626 TRLC, se materializa en la posibilidad de instar la ejecución de la garantía en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación del plan en el Registro público concursal, bajo la premisa del vencimiento del crédito garantizado. Esta ejecución separada supone, en la práctica, una limitación del efecto de arrastre respecto de los acreedores con garantía real. Pero se abre la opción de que el propio plan prevea que, en sustitución de este derecho de ejecución separada, se establezca el cobro en efectivo, en un plazo no superior a veinte días, de la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía. Esta opción permite evitar la ejecución sobre los bienes gravados en aquellos casos en que la ejecución puede comprometer el buen fin de la reestructuración, pero requiere de la suficiente liquidez para permitir el abono de cantidades que, en función del valor de la garantía, pueden ser elevadas, y para cuyo pago puede resultar insuficiente el plazo establecido.



429.- El último apartado del artículo 654 fija las consecuencias de la realización de los bienes o derechos gravados en función de que la cantidad obtenida sea menor que la deuda garantizada, pero mayor que el valor de la garantía, o que fuese inferior que el valor de la garantía, estableciendo en este último caso la exoneración del remanente, lo que en rigor constituye una modulación de la regla de la extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho que se contiene en el artículo 489.1.7º AL, que excluye de la exoneración las deudas con garantía real pero solo en la parte cubierta por el privilegio especial.

430.- El artículo 655, por su parte, limita la extensión de los efectos del plan homologado respecto de los acreedores disidentes cuyo crédito gozara de garantía personal o real ofrecida por terceros, manteniendo sus derechos frente a estos, con la excepción de aquellos casos en los que el tercero garante sea una sociedad del mismo grupo que la deudora no sometida al plan de la ejecución; en estos casos, los efectos del plan de reestructuración podrán extenderse también a las sociedades garantes cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

431.- Los artículos 656 a 664 AL, ambos inclusive, regulan la impugnación del auto de homologación, estableciendo los motivos de impugnación según se trate de la homologación de planes consensuados, o de planes no consensuados con los acreedores o, en su caso, con el deudor o los socios.

432.- La regulación proyectada se mueve dentro del contorno que diseña la Directiva. En particular, tratándose de planes consensuados, se incorpora la prueba del interés superior de los acreedores, que se define adecuadamente conforme a los parámetros que se contienen en el Considerando (49) de la Directiva. Y, como se ha visto, tratándose de los planes no consensuados, se incluyen como motivos de impugnación -y, por tanto, como requisitos de la homologación- la regla de la prioridad absoluta y su corolario, modulada por la regla de la prioridad relativa.

433.- Como se ha tenido oportunidad de exponer en las consideraciones generales del presente informe, la Directiva ofrece diversas alternativas de cara a la transposición de su artículo 16. La correcta transposición de la Directiva se puede alcanzar mediante un sistema de homologación del plan sin contradicción previa con la revisión de la decisión judicial a través de un incidente de impugnación del auto de homologación que carezca, en principio, de efectos suspensivos, y cuyo conocimiento se sitúe en una instancia superior a la del órgano que ha dictado la resolución de homologación. Pero también se ajusta a la Directiva un sistema de contradictorio previo al dictado



del auto de homologación, tanto si este es susceptible de recurso como si no lo es.

434.- También se han visto anteriormente las bondades e inconvenientes de los diferentes sistemas posibles dentro del marco que impone la Directiva: si en un caso se beneficia la celeridad, en otros se fomenta la dispersión de criterios y la falta de uniformidad en la respuesta judicial, con la subsiguiente afectación del principio de seguridad jurídica.

435.- El prelegislador, dentro del mandato que se deriva de la Directiva, ha optado por dejar en manos de los solicitantes la posibilidad de elegir entre un sistema de contradictorio previo (artículos 665 y 666), que se tramita por los cauces del incidente concursal y finaliza con sentencia que no es susceptible de recurso, o un sistema de impugnación del auto de homologación que se tramitará también por el cauce del incidente concursal, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial, cuya sentencia no será susceptible de recurso alguno (artículos 661, 662 y 663 AL). Esta configuración alternativa del régimen del examen y de la revisión judicial de la homologación presenta la ventaja de su versatilidad y permite acomodarse a las particulares circunstancias que concurren en cada una de las reestructuraciones, por lo que debe ser bien acogida.

b.3.5 De la protección en caso de concurso. La financiación interina y la nueva financiación. La protección frente a acciones rescisorias

436.- El capítulo VI del título III del Libro II (artículos 668 a 672 bis, ambos inclusive) incorpora las normas sobre protección de la financiación interina, de la nueva financiación y de los actos u operaciones necesarios para el éxito de la negociación identificados como tales en el plan, así como los actos operaciones o negocios realizados en ejecución del plan.

437.- Esta protección se concreta en la protección frente al riesgo rescisorio, salvo prueba del fraude de acreedores, y en la preferencia de cobro de los acreedores de la financiación interina o de la nueva financiación. Y se supedita, haciendo uso de la facultad que concede la Directiva, al control judicial, posibilitando su impugnación cuando no concurrieran los requisitos para la protección.

438.- El régimen que introduce el anteproyecto sobre esta materia respeta las líneas generales de los mandatos contenidos en la Directiva. No obstante, cabe hacer respecto del mismo las siguientes consideraciones:



- i) La protección que dispensa la Directiva no se ofrece solamente frente al riesgo rescisorio, sino que el artículo 17.1 tiene una mayor dimensión, pues se protege frente a la nulidad, anulabilidad o inejecución, además de frente a la responsabilidad civil, administrativa o penal por el motivo de que la financiación sea perjudicial para el conjunto de los acreedores;
- ii) La protección se dispensa, adecuadamente, a las operaciones necesarias para la negociación del plan y a las realizadas en ejecución del mismo. La Directiva (artículo 18.1 y 5) se refiere a las operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente, bien para la negociación, bien para la ejecución del plan. La norma proyectada debería ajustarse en este punto a la que se quiere transponer;
- iii) El prelegislador debería asimismo incluir en las operaciones necesarias para la negociación del plan aquellas que específicamente se enumeran en el artículo 18.4, que no ofrece margen de actuación a los legisladores nacionales: el pago de tasas y costes en relación con la negociación, la adopción o la confirmación del plan; el pago de los honorarios y costes de asesoramiento profesional en estrecha relación con la reestructuración; el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados, sin perjuicio de otra protección de la que fueren acreedores; y cualquier otro pago o desembolso efectuados en el curso normal de la actividad de la empresa distintos de los anteriores;
- iv) El anteproyecto amplía convenientemente la legitimación para impugnar u oponerse a la protección a cualquier acreedor no afectado por el plan de reestructuración que se vea afectado por la protección o por la preferencia de cobro.

439.- A diferencia del régimen vigente, el incumplimiento del plan de reestructuración (artículo 673 AL) no tiene como consecuencia su resolución ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan previese otra cosa. Si el incumplimiento del plan tuviera como causa la insolvencia, cualquier legitimado podrá solicitar la declaración de concurso.

b.4 Del experto en la reestructuración

440.- El anteproyecto dedica el título IV del Libro II a regular la nueva figura del experto en la reestructuración, su nombramiento y su estatuto jurídico.



441.- Como se sabe, la Directiva, en su artículo 5.1, establece la conservación por el deudor del control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa, pero este principio general se encuentra matizado en los apartados 2 y 3 del mismo artículo por las siguientes reglas: 1ª) cuando sea necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concretos, excepto en determinadas circunstancias en los que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador; y 2ª) que con carácter obligatorio los Estados miembros establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan al menos en los siguientes casos: i) cuando se acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares y la autoridad competente decida que el nombramiento de dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; ii) cuando el plan deba ser confirmado judicialmente por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías de acreedores; y iii) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en este último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

442.- El prelegislador, en el artículo 674 AL, se ha atendido a los casos en que, conforme a la Directiva, es obligatoria la designación de un administrador en materia de reestructuración: cuando lo solicite el deudor, cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado, asumiendo la obligación de satisfacer sus honorarios, cuando se acordara la suspensión general de ejecuciones singulares y cuando el plan de reestructuración extienda sus efectos a una clase de acreedores disidentes o al deudor que no hubiera votado a favor del plan.

443.- El anteproyecto utiliza el sustantivo “experto” [en la reestructuración] en vez de “administrador”. La sustitución es adecuada en la medida en que permite eliminar cualquier equívoco acerca de la naturaleza y funciones de este cargo. La justificación que ofrecen la exposición de motivos y la MAIn sobre la elección de este término consiste en que se trata de una figura más próxima a la mediación que ayuda a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes, y cuya función material más relevante será la elaboración de un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa en caso de planes no consensuados,



sin que en ningún caso intervenga o supervise los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor.

444.- Ya ha quedado indicado en las consideraciones generales del presente informe que la referencia que hace el artículo 26.1 de la Directiva, en la versión española, a los “administradores concursales” obedece a una incorrecta traducción del término inglés “*practitioners*”. Y si bien sus funciones, indicativas de la propia naturaleza del cargo, se asemejan a las de un mediador concursal, por cuanto se orientan, en primer término a asistir a deudor y acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, tal y como están configuradas en el anteproyecto tienen una dimensión más amplia, pues se le reconoce legitimación para instar las prórrogas sucesivas de los efectos de la comunicación (artículo 610.1 AL) y para solicitar la suspensión de la solicitud de concurso voluntario (artículos 615.1 y 640.1 AL), para requerir al LAJ la publicación de edictos en el Registro público concursa a efectos de practicar la comunicación de la propuesta del plan a los acreedores (artículo 630.2 AL) y, ya en sede de regulación del estatuto del experto, presentar los informes exigidos en la ley -principalmente el previsto en el apartado 3 del artículo 646 sobre la solicitud de homologación del plan- y aquellos que el juez considere necesarios o convenientes.

445.- Como se ha visto, la Directiva, si bien en determinadas circunstancias obliga a la designación de un administrador en materia de reestructuración, no impone que, ya en estos casos, ya en aquellos que los legisladores nacionales prevean, se produzca un desapoderamiento de las facultades patrimoniales del deudor. Es cierto que conforme al Considerando (30) de la Directiva el nombramiento del administrador en materia de reestructuración puede tener por finalidad «*tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas del deudor*»; lo que es coherente con la posibilidad de que el deudor conserve solo parcialmente el control de sus activos y sobre la gestión ordinaria de la empresa. Pero estas facultades deben entenderse dentro del ámbito de actuación que la Directiva reserva a los legisladores nacionales a la hora de establecer los efectos patrimoniales sobre el deudor derivados de los marcos de reestructuración preventiva que diseñen y de configurar el contenido de las funciones del administrador en materia de reestructuración.

446.- En esa esfera de actuación, el prelegislador sienta la regla de que la solicitud del inicio de comunicaciones y de aprobación y homologación del plan de reestructuración no producen el desapoderamiento del deudor, lo cual constituye, por lo demás, el principio general del que parte la Directiva; y tampoco produce ese efecto el nombramiento de un experto en la reestructuración. El artículo 594 AL, ya se ha visto, es tajante: la



comunicación no tendrá efecto alguno sobre las facultades patrimoniales del deudor y el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades patrimoniales del deudor; y de las funciones que, con carácter general, se atribuyen al experto, no se desprende que su designación conlleve desapoderamiento alguno.

447.- Esta regulación contrasta, no obstante -y como se verá más adelante-, con la prevista respecto del procedimiento especial para las microempresas, donde sí se contempla la posibilidad de limitación de las facultades de administración y disposición del deudor (artículo 694.1 y 2 APL), y donde las facultades del experto en reestructuración se conciben si cabe más ampliamente, pues interviene en el ejercicio de las acciones rescisorias (artículo 695.3 y 4 AL).

448.- Como se ha señalado en otro lugar del presente informe, el experto en reestructuración es -ha de ser- una figura distinta del administrador concursal, como diferentes han de ser sus funciones y estatuto. El ámbito de actuación del experto en reestructuración es la del marco preventivo preconcursal que diseña el prelegislador, en tanto que la actuación del administrador concursal se desenvuelve en el marco del procedimiento concursal, que, mientras se desarrolle aquel, está sujeto a la regla de moratoria.

449.- En los supuestos de designación obligatoria (artículo 674 AL) la designación recaerá en el experto propuesto respecto de que se habrá de razonar que reúne las condiciones establecidas en la ley para el ejercicio del cargo. En la solicitud de nombramiento se acompañará también la aceptación de su nombramiento para el caso de ser designado, así como la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiere pactado y la copia del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente en los términos exigidos en el ordinal tercero del artículo 674 AL. El nombramiento se hará mediante auto -sin trámite contradictorio previo- en el plazo de dos días desde la solicitud, y se hará constar en el Registro público concursal (artículo 674.3 AL).

450.- El anteproyecto prevé que, además de los supuestos previstos en el artículo 674.1, pueda designarse experto a solicitud de los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, cuando sea necesario, y razonando en la solicitud las circunstancias concurrentes para que el nombramiento sea necesario. También aquí los acreedores solicitantes



deberán asumir expresamente la obligación de abonar la retribución del experto. En estos casos se prevé un trámite contradictorio para que el deudor se oponga, ya por no considerar necesaria la designación, ya por no reunir el propuesto las condiciones para el ejercicio del cargo. En ese trámite podrá solicitar el nombramiento de otro experto distinto, asumiendo en tal caso de forma expresa la obligación de satisfacer la retribución del mismo.

451.- Este régimen de nombramiento se completa en el artículo 678 AL, que dispone que el nombramiento del experto recaerá en la persona que, reuniendo las condiciones establecidas en la ley, hubiere propuesto el deudor o los acreedores. Ahora bien, si el juez considerase, y así lo razonará, que el propuesto no reúne las condiciones establecidas en la ley para el ejercicio de las funciones propias del cargo solicitará a quien lo hubiere propuesto que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento. El nombramiento del experto que no reúna las condiciones legalmente establecidas o que no tenga cobertura o garantía adecuada podrá ser impugnado en cualquier momento por quien acredite interés legítimo, tramitándose la impugnación por los cauces del incidente concursal (artículo 679 AL). El artículo 680 AL prevé la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor a instancia de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan, con asunción expresa de la obligación del abono de las retribuciones, El auto que acuerde la sustitución podrá impugnarse por los motivos y el cauce previsto anteriormente.

452.- Pues bien, este somero régimen merece las siguientes observaciones:

- a) Entre los supuestos de designación que recoge el artículo 674.1 se encuentra -ordinal tercero- el consistente en que, solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión, el juez considerase, y así lo razonara, que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión. La designación del experto en estos casos debe articularse temporalmente de manera adecuada, pues conforme al artículo 603.2 AL la suspensión general deberá adoptarse con su opinión favorable, y de acuerdo con el artículo 609.1, *in fine*, la solicitud de prórroga deberá ir acompañada del informe favorable del experto, que deberá ser designado a tales efectos.
- b) Debe tenerse presente que los ordinales tercero y cuarto del artículo 674.1 contemplan supuestos en los que, en rigor, la solicitud de designación no se promueve a instancias del deudor o de los acreedores, sino que, en un caso, la designación la realiza el juez al



- que se ha solicitado la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión, y en otro caso cuando decida sobre la homologación judicial de un plan no consensuado con efecto de arrastre *intra o inter* clases. En uno y otro caso debería preverse que la solicitud de suspensión general o de su prórroga y de homologación del plan con extensión de efectos a los disidentes contuviera los requisitos establecidos para la solicitud de nombramiento del experto.
- c) El nombramiento del experto, fuera del supuesto especial de nombramiento previsto en el artículo 675, se realiza en favor del propuesto, sin trámite contradictorio previo. Únicamente cuando el juez considere razonadamente que el propuesto no reúne las condiciones legales para el ejercicio del cargo se prevé que inste de quien lo hubiera propuesto que presente una terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento. La revisión del auto de designación se pospone, por tanto, al trámite de impugnación. No se contempla, por consiguiente, la posibilidad de que el juez rechace el nombramiento *a límine* del experto propuesto, sino que en caso de que considerase motivadamente que no reúne las condiciones legalmente establecidas, deberá instar la presentación de una terna de expertos, de entre los que efectuará en nombramiento. Pero nada se dice si tampoco considera a los integrantes de la terna con las condiciones exigidas para el desempeño del cargo. La estricta aplicación del precepto conduce al resultado de que en todo caso el juez deba designar a alguno de los integrantes de la terna, no obstante su inhabilidad o inidoneidad, de forma que se desplaza al trámite impugnatorio la revisión del nombramiento y, particularmente, de la concurrencia de las condiciones legalmente exigidas, lo que resulta disfuncional. Debería preverse que el juez pueda comprobar la concurrencia de las condiciones para el ejercicio de la función también respecto de los expertos integrantes de la terna propuesta en sustitución del inicialmente propuesto.
- d) Respecto de los integrantes de la terna, deberían establecerse también los requisitos formales previstos en el apartado 2 del artículo 674 (expresión razonada de que los propuestos reúnen las condiciones establecidas en la ley para el ejercicio del cargo, la aceptación de su nombramiento para el caso de que resultasen designados, así como la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiere pactado, y la copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente). De ese modo, y en el entendido de que la propuesta se realiza a partir de la voluntaria participación de los propuestos, se podría prescindir del apartado 3 del artículo 678 y del trámite de aceptación del cargo.



- e) Fuera de los supuestos de designación del experto a instancia de los acreedores, y, en el caso previsto en el apartado 3, *in fine*, del artículo 675 AL, de la designación del experto distinto promovida por el deudor, el anteproyecto no deja claro con cargo a qué, o con cargo a quién, deben sufragarse las retribuciones del experto, lo que es especialmente significativo, y relevante, en aquellos casos distintos de las solicitudes de deudor y acreedores en que es obligada la designación del experto (suspensión generalizada de ejecuciones o prórroga y homologación de planes no consensuados con el efecto de arrastre). En el anteproyecto parece residir la idea de que corresponde a quien solicita el nombramiento o la medida que conlleva su designación hacerse cargo de la retribución del experto, convenida de forma pacticia entre este y quien promueve su designación: si es así, debería aclararse en el texto anteproyectado. La Directiva no llega al punto de armonizar el régimen de retribución de los expertos; solo exige que el régimen de retribución se rija por normas en consonancia con el objetivo de conseguir una reestructuración eficiente y que se articulen procedimientos para resolver litigios en esta materia. Atendiendo a estas exigencias de mínimos, cabría cuestionar la imputación de la retribución del experto al deudor que ha solicitado la suspensión generalizada o su prórroga o la homologación de planes no consensuados con efecto de arrastre, pues con ella se puede desincentivar la solicitud del deudor y, por tanto, el buen fin de la reestructuración preventiva. En tales casos, podría establecerse que el coste correspondiente a la retribución se incluya como coste de la reestructuración y se repercuta entre todas las partes afectadas.
- f) Abundando en lo anterior, no puede perderse de vista que la función esencial del experto en reestructuración es asistir al deudor y a los acreedores afectados en las negociaciones y en la elaboración del plan, y que, por tanto, redunda en beneficio de todas las partes afectadas y del buen fin de la reestructuración.
- g) También en línea con lo anterior, debe significarse que el anteproyecto prescinde de establecer siquiera las líneas generales del régimen retributivo de los expertos en reestructuración, dejándolo a la voluntad de las partes. Esta libertad de determinación de la retribución del experto será, en la mayor parte de los casos, y sobre todo respecto del deudor, más aparente que real, pues no es descartable que, por el juego del mercado, las retribuciones vengan fijadas o prefijadas por los expertos, sin margen de negociación real para la contraparte. El exacto cumplimiento del mandato de la Directiva conduce a cuestionar la necesidad de articular, al menos en lo esencial, las bases del régimen retributivo, distinguiendo los diferentes supuestos de nombramiento,



y atendiendo a parámetros tales como la entidad de la reestructuración, en función del pasivo y el activo, del número de partes afectadas y de las medidas contenidas en el plan de reestructuración, consideradas tanto cuantitativamente como cualitativamente.

- h) El anteproyecto es muy parco e inconcreto en la determinación de las condiciones subjetivas para el nombramiento del experto. El artículo 676 se limita a establecer que el nombramiento de experto deberá recaer en la persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones, y que cuando la reestructuración que se pretende conseguir tuviera particularidades, bien por el sector en el que opera el deudor, bien por las dimensiones o la complejidad del activo o del pasivo, bien por la existencia de elementos transfronterizos, estas particularidades deberán ser tenidas en cuenta para el nombramiento del experto. La norma se limita a reproducir los términos del artículo 26 de la Directiva en cuanto a las condiciones de aptitud e idoneidad de los propuestos para el desempeño de las funciones del cargo, sin precisar, siquiera mínimamente, los requisitos de aptitud e idoneidad necesarios para desempeñar el cargo ni el tipo de experiencia requerida.
- i) El artículo 679, sobre la impugnación del nombramiento, debería completarse incluyendo como motivo de impugnación haber incurrido en las incompatibilidades y prohibiciones previstas en el artículo 677.

b.5 El régimen especial

453.- El Título V, que cierra el Libro II, contiene unas reglas específicas aplicables a las personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: i) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a 49 personas, y ii) que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los 10 millones de euros. Se exceptúan las sociedades que pertenezcan a un grupo obligado a consolidar y las microempresas.

454.- Los rasgos característicos de este régimen especial consisten en: a) la comunicación no suspenderá la tramitación de declaración de concurso presentada por el deudor; b) los efectos de la comunicación de apertura de comunicaciones a solicitud del deudor solo podrá prorrogarse por una sola vez a instancias del mismo; c) el plan de reestructuración se podrá presentar



en modelo oficial disponible por medios electrónicos en los registros mercantiles; d) la homologación del plan solo podrá solicitarse si el deudor, y en su caso los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado; e) la confirmación facultativa de las clases de acreedores solo podrá ser solicitada por el deudor; y f) rige la regla de la prioridad absoluta.

455.- Estas previsiones son acordes con las previsiones que contiene la Directiva respecto de las PYMEs, en particular la relativa a la obtención del consentimiento del deudor para la confirmación del plan (artículo 11.1, penúltimo párrafo).

c. Deberes de los administradores sociales

456.- El prelegislador no ha considerado necesario trasponer al ordenamiento interno las previsiones contenidas en el artículo 19 de la Directiva relativas a las obligaciones de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia. Únicamente ha modificado los artículos 365 y 367 del TRLSC para adaptarlos al proyectado régimen de reestructuración preventiva.

457.- La decisión del prelegislador sobre este particular no merece reparo alguno. El régimen interno de los deberes fiduciarios de los administradores sociales, dentro del sistema continental en el que se sitúa, permite cumplir con las exigencias de la Directiva sin necesidad de introducir modificaciones para tal fin. El control de los deberes de los administradores, bien en la sección de calificación del concurso, bien a través de las acciones de responsabilidad previstas en la ley, permite tutelar eficazmente todos los intereses concurrentes: los de los socios, a través de la acción social, y los de los acreedores, a través de la acción individual, o en su caso, a través de la acción de responsabilidad extracontractual.

d. Alerta temprana y acceso a la información

458.- El anteproyecto dedica a las herramientas de alerta temprana las disposiciones adicionales octava y décima, y las disposiciones finales sexta y octava.

459.- La disposición adicional octava contempla el mantenimiento en el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de un servicio que permita a las PYMEs testar en todo momento su situación de solvencia. La disposición adicional décima establece que en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley se determinarán las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes



Inmuebles de España, pondrá a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas.

460.- La disposición final sexta, por su parte, prevé que antes del 17 de julio de 2022 el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia, de Asuntos Económicos y Transformación Digital y de Industria, Comercio y Turismo, aprobará mediante Real Decreto un Reglamento sobre servicios de asesoramiento a empresas en dificultades, para posibilitar el asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en un estadio temprano de dificultades con el propósito de evitar su insolvencia. Este servicio será prestado a solicitud de las empresas, tendrá carácter gratuito y confidencial, y no impondrá obligaciones de actuación a empresas que recurran a él ni supondrá asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio.

461.- Y la disposición final octava contempla el sistema de alerta temprana con la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social. A tales efectos, se habilita a los titulares de los ministerios de Hacienda y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a desarrollar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, un sistema de alerta temprana de detección de probabilidad de insolvencia a empresas. La información resultante del sistema de alerta temprana de probabilidad de insolvencia solo se facilitará al propio contribuyente, sin que en ningún caso se pueda facilitar a terceros. Mediante acuerdo con las Haciendas Forales y la Comunidad Autónoma de Canarias se habilitará a la Agencia Estatal de la Administración tributaria el acceso a la información necesaria de que dispongan dichas Administraciones a los exclusivos efectos y con los límites previstos en la disposición final octava.

462.- Este conjunto de medidas complementarias entre sí responde a las finalidades de la Directiva en punto a los mecanismos de alerta temprana, combinando las diferentes modalidades que pueden presentar. Cabe hacer respecto de ellas, no obstante, las siguientes consideraciones:

- a) El sistema de alerta temprana con la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social prevista en la disposición final octava ha de actuar respecto del deudor que ha alcanzado un determinado umbral de impagos de tributos o de cotizaciones sociales, y como instrumento a través del cual se advierta al deudor sobre la evolución negativa de su situación económica y financiera, siempre a partir de la obligación de información que pesa sobre los terceros



(cfr. artículo 93 de la Ley General Tributaria y 71 del Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social).

- b) Cabría articular asimismo el sistema de alerta temprana directamente respecto de las Haciendas Forales, en el ámbito de su competencia.
- c) Asimismo, el marco de alerta temprana podría completarse añadiendo otros canales institucionales de información y asesoramiento, como el de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de conformidad con la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación; el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) previsto en la Ley 7/2003, de 1 de abril, sobre sociedad limitada Nueva Empresa, y desarrollado por Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, que contempla dos tipos de puntos de atención al emprendedor (PAE), públicos (ayuntamientos, cámaras oficiales, o entidades vinculadas al sector público) y privados (colegios profesionales, asociaciones profesionales y agrupaciones de empresas, a través del oportuno convenio); y asimismo, los PAE a que se refiere el artículo 13 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que se definen como oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes.

II

El procedimiento especial para microempresas

463.- El Anteproyecto que se informa regula en su Libro III lo que se denomina como "*procedimiento especial para microempresas*", desplazándose de esta forma a un nuevo Libro IV la regulación de las normas de derecho internacional privado.

464.- Como se indicaba en las Consideraciones generales de este informe, la introducción de este procedimiento especial es una opción del prelegislador nacional que no viene exigida por la Directiva, pero debe ser igualmente examinado a la luz de sus disposiciones, a fin de determinar, en primer lugar, si el procedimiento y su diseño colman el objetivo impuesto por la DIR de «*mejorar la eficacia de los procedimientos*» (artículo 1.1c DIR), cumpliendo con las normas específicamente establecidas por la Directiva europea en dicho ámbito; y, en segundo lugar, toda vez que el procedimiento especial



excluye expresamente a las microempresas de la regulación preconcursal contenida en Libro segundo del APL (artículo 583.4 APL), anteriormente analizado, si se ajusta a las disposiciones europeas en materia de reestructuración preventiva y de exoneración del pasivo insatisfecho.

a. El procedimiento para microempresas como un proceso especial para la consecución de los objetivos marcados por la DIR.

465.- La DIR propugna que su objetivo es *«contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales [...] garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración»* [Considerando (1)] . En este sentido, la eficacia de una disposición normativa se asienta en su capacidad de alcanzar el resultado pretendido. Si bien la DIR alude concretamente a la consecución del resultado de la *«reducción de la duración de los procesos»* [Considerando (6)], ello debe conjugarse con el resto de los objetivos cuyo cumplimiento se persigue para que las medidas dispuestas sean realmente, y en toda su extensión, eficaces. De esta forma, la DIR alude no sólo a una tramitación rápida de los procedimientos, sino también, eficiente [Considerando (86), Título IV en su conjunto y concretamente artículo 25 b)], por lo que se debe vincular la eficiencia en este ámbito concreto a la capacidad de los procedimientos nacionales para *«proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como reducir los retrasos y los costes del procedimiento»* [Considerando (29)].

466.- Sin embargo, la norma europea no establece en su articulado una regulación exhaustiva de las medidas que los Estados miembros deben implementar para conseguir la eficiencia y la eficacia de los procesos, agrupándose la regulación en esta materia en el Título IV, artículos 25 a 28, destinados respectivamente a las autoridades judiciales y administrativas (art. 25), los administradores (art. 26) y su supervisión y remuneración (art. 27), y la utilización de los medios electrónicos (art. 28), si bien el artículo 34.1 permite que la trasposición del artículo 28, letras a), b) y c) se retrase hasta el 17 de julio de 2024, y la letra d) hasta el 17 de julio de 2026; es decir, se da un mayor margen de tiempo a los Estados miembros para la



implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

467.- No se impone por tanto, como se viene apuntando, un modelo procedimental determinado, pero aquel o aquellos procedimientos elegidos por los legisladores nacionales deberán cumplir con lo estipulado en el Título IV DIR en materia de tramitación eficiente.

468.- En este sentido, al margen de la regulación concreta de materias como el contenido del plan de continuación y su homologación o del proceso de liquidación, cuestiones que se abordarán más adelante, el procedimiento especial para microempresas presenta como particularidades principales la no obligatoriedad de actuación en el proceso mediante asistencia de abogado y representación por procurador, la eliminación, salvo excepciones, de la intervención del administrador concursal, el establecimiento de las comparecencias, declaraciones y vistas mediante presencia telemática, la práctica de actos de comunicación por medios electrónicos con formularios normalizados, la responsabilidad del deudor en la propia gestión e impulso del proceso, y el desarrollo reglamentario de elementos imprescindibles para su puesta en práctica como la Plataforma Electrónica de Liquidación. Con ello, el modelo articula una estructura procesal más flexible, que presumiblemente reducirá los costes, fomentando el uso de la tecnología, que se sitúa como piedra angular del sistema, de tal forma que la adecuada implementación de esta resulta imprescindible para una tramitación correcta y efectiva del proceso.

a. 1. La amplitud del ámbito de aplicación y las limitaciones del presupuesto objetivo.

469.- Según la exposición de motivos el procedimiento especial emplea para la definición de microempresas la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas; del mismo modo, para determinar el ámbito subjetivo se acude a la definición comunitaria de pequeña y mediana empresa recogida en el Anexo I del Reglamento núm. 651/2014, de la Comisión de 17 de junio de 2014. Según el Artículo 2.3 del Anexo I de la citada Recomendación: *"En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros"*, definición que se reproduce en los mismos términos en el Reglamento 651/2014. En todo caso, la necesidad de una definición común de las PYMES en el ámbito de la UE deriva de la propia existencia de un mercado único sin



fronteras internas y de un entorno de negocios cada vez más globalizado, que demanda que las medidas de apoyo a las PYMES estén basadas en dicha definición común, pues su ausencia podría conducir a una aplicación heterogénea de las políticas y, por tanto, distorsionar la competencia en los Estados miembros.

470.- El artículo 687 APL adopta, efectivamente, la citada definición europea de microempresa, circunscribiendo el procedimiento especial a las empresas (personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, incluyendo por tanto en su ámbito subjetivo tanto a los empresarios en sentido estricto como a aquellas personas que desarrollan actividades profesionales) que hayan empleado en el año anterior a la solicitud del concurso una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (requisitos acumulativos). Como se ha indicado, y pone de manifiesto la exposición de motivos, ello supone un 93,82% de las empresas españolas, implicando, en consecuencia, que este procedimiento "especial", que sustituye al clásico y general "concurso de acreedores" regulado en el Libro primero, esté llamado a convertirse en el procedimiento habitual a ser aplicado. Por ello, debe ponerse de manifiesto que, sin perjuicio de la adecuación de la definición elegida por el prelegislador a la definición europea citada -la cual, como se ha señalado, responde al objetivo de no distorsionar el mercado interior y llevar a cabo una aplicación homogénea de ayudas comunitarias y estatales-, la misma abarca una importante variabilidad empresarial que, en los casos más cercanos al límite superior -diez trabajadores y cerca de dos millones de volumen de negocio anual o pasivo-, podría conllevar una relevante complejidad a la hora de su tramitación, limitando o reduciendo la eficacia de las normas establecidas.

471.- Del ámbito subjetivo establecido en el artículo 687 APL deben entenderse, sin mayor dificultad, excluidas las personas físicas no empresarios, que quedan sometidas al concurso de acreedores, y se deduce también la exclusión de las entidades de naturaleza jurídico-pública, sometidas a derecho administrativo. Se sugiere al prelegislador la conveniencia de clarificar si también deben considerarse excluidas o no las personas jurídicas que, reuniendo los requisitos establecidos, no desarrollen una actividad empresarial como principal tipo de actividad, pero que, con independencia de su actividad efectiva, tienen forma mercantil.

472.- Cohonestado con el resto del anteproyecto se encuentra el apartado 2 del artículo 687 que establece "si la entidad forme parte de un grupo, los



criterios fijados en el apartado anterior se computarán en base consolidada". Por tanto, puesto que los dos millones de volumen de negocio o de pasivo deben reflejarse considerando la consolidación del grupo, resultará excepcional que una microempresa que forme parte de un grupo empresarial pueda utilizar este procedimiento.

473.- Al igual que el concurso, el procedimiento especial es un proceso universal, y abarca a todos los acreedores del deudor -con independencia del origen y naturaleza de la deuda (apartado 4, artículo 687 APL)-. Sin embargo, el prelegislador introduce una distorsión en el sistema al excluir el crédito público en caso de que el procedimiento se haya abierto bajo el presupuesto de "probabilidad de insolvencia". Esta distorsión se reproduce y consolida en artículos posteriores (artículo 687 bis.4, que excluye la posibilidad de un procedimiento de continuación en caso de que al menos el 75% de los acreedores sean públicos, si bien tal volumen de créditos públicos implica una financiación a costa del Estado, y artículos 691.4, 694.4 y 701.1, relativos la limitación de afectación de la suspensión de ejecuciones a los créditos públicos). Se articula así una imposibilidad de negociación (artículo 691.4) con los acreedores públicos en estados anteriores a la insolvencia, dificultando la solución temprana de la reestructuración de las microempresas, cuyo porcentaje de deuda pública suele resultar elevado, pudiendo suponer, de facto, la exclusión del acceso a un marco de reestructuración preventiva real para los deudores microempresas, colisionando con los objetivos de norma europea de asegurar la viabilidad de las empresas mediante el acceso preventivo y efectivo a la reestructuración.

474.- Las microempresas a las que está destinado el procedimiento especial están a su vez excluidas de la aplicación del Libro segundo del TRLC que regula el derecho preconcursal (si bien se realizan remisiones en determinados aspectos -artículo 690.3 APL), optándose por aglutinar en el ámbito del procedimiento especial tanto la posibilidad de negociación y continuación de la empresa mediante su reestructuración, como su liquidación, con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento (artículo 687.5), tratando de combinar, como señala la Exposición de motivos *«aquellos aspectos del concurso y de los planes de reestructuración que mejor se adaptan a las microempresas»*, lo que implica que se amplíe el presupuesto objetivo a las microempresas que se encuentran en "probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual", conceptos analizados en las consideraciones generales de este informe, circunscribiéndose, empero, el deber legal de solicitar su apertura a "los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual" (artículo 688.2 APL), siguiendo el mismo



parámetro que en el caso del concurso de acreedores (artículo 5 TRLC). Se opta por tanto por un enfoque unitario, destinado, en principio, a conseguir simplificar y flexibilizar el proceso concursal y dotarlo de mayor claridad jurídica.

475.- El amplio presupuesto objetivo establecido en el artículo 688.1 APL se matiza en su apartado 3, toda vez que la liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento no es un procedimiento aplicable a la situación de "probabilidad de insolvencia", sino únicamente a la situación de insolvencia actual o inminente, en caso de que se solicite su apertura por el deudor, o exclusivamente actual si lo solicita otro legitimado, lo que resulta coherente toda vez que la "probabilidad de insolvencia" se sitúa en el estadio previo adecuado para llevar a cabo una actuación preventiva antes de que sea necesario o inevitable llevar a cabo la liquidación de la empresa insolvente, permitiéndose a los acreedores forzar una liquidación rápida para evitar la pérdida del valor de los activos (artículo 693, apartados 2 y 3).

476.- Finalmente, se mantiene en el procedimiento especial la misma obligación de solicitar la apertura del proceso que concurre en el concurso de acreedores *"dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual"*, incluyéndose la presunción *iuris tantum* de que el deudor conoce su situación *"cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado"* (art. 687 bis.2 APL), obligación que queda en suspenso si se abre un periodo de negociación comunicado al Juzgado (artículo 691.3 en relación con el artículo 615.1 APL)

a.2. La tensión entre la posible necesidad de asesoramiento profesional y la flexibilidad procesal con reducción de costes y duración del proceso.

477.- Entre las singularidades del procedimiento especial se encuentra, como se ha apuntado anteriormente, la no obligatoriedad de deudor y acreedores de comparecer en el proceso asistidos de letrado y representados por procurador (artículo 688.6). Del mismo modo, se limita la intervención del experto en reestructuraciones y de la administración concursal en el proceso. La *ratio legis* de esta opción del prelegislador se asienta, como se hace evidente, y se pone de manifiesto en la MAIN y la exposición de motivos, en la reducción de los costes fijos del concurso. Resulta igualmente indiscutible que tal opción conduce sin dificultad a un mantenimiento de un mayor volumen de masa activa, al reducirse los créditos contra la misma (artículo 242 TRLC). Parece justificarse igualmente, al menos así se desprende de la exposición de motivos, en la escasa envergadura empresarial de las



microempresas (lo que se denomina la «*previsible sencillez de los asuntos*») y, por tanto, en la presunta facilidad para que tanto deudor como acreedores actúen sin necesidad de asesoramiento, unido al hecho de que las comunicaciones en el seno del procedimiento se realizan a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste, con un intercambio de información acumulada disponible para los interesados. Según la exposición de motivos «*[E]llo permite recibir la información en tiempo real, lo que garantiza la completitud de la información y hace que la participación del abogado y del procurador sean, en general, innecesarias*».

478.- Debe significarse que la escasa envergadura empresarial vinculada a una mínima complejidad para llevar cabo una reestructuración o liquidación de la empresa no resultará idéntica en todos los casos, de tal forma que, como se ha señalado anteriormente, microempresas de diez trabajadores y dos millones de volumen anual de negocios o pasivo, o próximas a dichos valores, pueden implicar procesos suficientemente complejos como para requerir la concurrencia de expertos, tanto para evitar *ad cautelam* comportamientos fraudulentos, como aquellos derivados del desconocimiento o la impericia. Así, si bien el APL hace hincapié en las consecuencias graves de una provisión de información o documentación inexacta o grave por parte del deudor (artículo 689 APL), la propia comprensión del alcance de dichas consecuencias puede ser limitado, precisamente por la falta de un asesoramiento adecuado. Al mismo tiempo, el propio proceso basa la adopción de medidas concretas o el acceso a determinada información en la “*proactividad de las partes*”, proactividad que un desconocimiento del proceso y una falta de asesoramiento podrían reducir considerablemente.

479.- Además, si bien es cierto que el procedimiento se asienta en los formularios normalizados de presentación electrónica para la realización de la mayoría de los trámites, lo que reduce la necesidad de representación procesal, también debe destacarse que recaen en el deudor, entre otras, cargas como la obligación de comunicación en 72 horas a la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria (artículo 691 ter 1-debe corregirse adecuadamente el texto, pues aparece la cifra 24 sobretachada); la impugnación, en su caso, de apertura del proceso por falta de competencia mediante la declinatoria (artículo 692.2); la notificación a los acreedores con copia al LAJ (artículo 692 bis 1 y 2) o la formulación de alegaciones a la oposición del acreedor a la suspensión de ejecuciones (artículo 701.5), cuyo adecuado cumplimiento puede requerir de asistencia experta. El único trámite en el que la intervención letrada es preceptivo es la presentación del escrito de impugnación del deudor o demás personas afectadas frente a la calificación del procedimiento especial de liquidación como culpable (artículo 717.4),



debe suponerse que para asegurar una tutela judicial efectiva en un trámite que puede acarrear graves consecuencias en los derechos del deudor, si bien no se hace referencia al motivo de esta obligatoriedad en la Exposición de motivos.

480.- No obstante, ante dichas posibles dificultades prácticas, debe incidirse en el hecho de que, si bien la asistencia de letrado no es preceptiva, no está en modo alguno prohibida, pudiendo hacerse valer, tanto deudor como acreedores, de la misma si así lo consideran oportuno, supuesto en el que cada interesado deberá correr con el coste específico de dicha asistencia. Debe tenerse en cuenta, empero, que ello produce la exclusión de la asistencia jurídica gratuita, por lo que podría resultar procedente que se modificase a este respecto la Ley 1/1996, de 10 de enero. Procede añadir que la no necesidad de asistencia letrada no es un diseño procesal extraño en los países de nuestro entorno, no requiriéndose esta en procedimientos de insolvencia en Reino Unido o Alemania, entre otros.

481.- En todo caso, ante la opción del prelegislador de no requerir que deudor y acreedores comparezcan con asistencia letrada, procede hacer referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional que en diversas ocasiones ha reiterado que *«el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) se proyecta no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y que su finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el art. 24.1 CE. Del mismo modo se ha destacado que en los supuestos en que la intervención de Letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada que es el de lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilita al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho»*. (STC 174/2009, 16 de julio de 2009 [ECLI:ES:TC:2009:174]).

482.- Reitera también el Tribunal Constitucional que: *«También se ha señalado que en los casos en que la intervención de Letrado no es preceptiva con arreglo a las normas procesales, ello no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada del art. 24.2 CE, ya que no se obliga a las partes a actuar personalmente, sino que se les faculta para elegir entre la*



autodefensa o la defensa técnica. En consecuencia, el derecho de asistencia letrada permanece incólume en tales casos, quedando su ejercicio a la disponibilidad de las partes, lo cual lleva consigo, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, cuando se solicite y resulte necesario. La exigencia de que el interesado solicite formalmente ante el órgano judicial la designación de Letrado de oficio se deriva de que lógicamente sólo a través de la emisión expresa de su voluntad de ser asistido de Letrado podrá el órgano judicial proceder a su designación. Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que la necesidad constitucional de asistencia letrada viene determinada por la finalidad que este derecho cumple. De este modo, será constitucionalmente obligada la asistencia letrada allí donde la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal, lo que se determinará, en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa (por todas, STC 225/2007, de 22 de octubre, FJ 4)». (STC 7/2011, de 14 de febrero de 2001 [ECLI:ES:TC:2011:7]).

483.- En cuanto al régimen de representación y defensa de la administración concursal, de conformidad con el artículo 511 (Libro primero), “[...] cuando intervenga en incidentes o en recursos contra las resoluciones del juez del concurso deberá hacerlo representada por procurador y asistida de letrado. Cuando el nombrado administrador concursal o el auxiliar delegado tengan la condición de letrado, la dirección técnica de estos incidentes y de estos recursos se entenderá incluida en las funciones de la administración concursal o del auxiliar delegado”. Debe entenderse, no obstante, que si el deudor y los acreedores no requieren de dichos profesionales para su participación en el proceso especial, la asistencia letrada y representación técnica tampoco debe ser exigible a la administración concursal, sean cuales sean las circunstancias y el tipo de intervención; en caso contrario debiera preverse explícitamente en la norma.

484.- De otro lado, el procedimiento especial se ha diseñado con una intervención *a priori* limitada y no obligatoria de la figura del administrador concursal, diseño intencionado, para dotar de flexibilidad al sistema y en contraste con la existencia de dicha figura en el concurso de acreedores, en el que se configura como un órgano del concurso necesario y específicamente



creado para la organización y gestión del mismo bajo la supervisión del juez mercantil como juez del concurso.

485.- El APL distingue entre las figuras del administrador concursal y del experto en reestructuraciones -en el Libro segundo, como se ha visto, la figura del experto en reestructuración se separa de la del administrador concursal, al no darle al primero facultades de intervención o sustitución en los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor-, por lo que la intervención de ambos se regula de manera diferenciada, de tal forma que cada figura se reserva, con carácter general, para cada uno de los procedimientos establecidos, de continuación y de liquidación, sin perjuicio de que en varias disposiciones aparece recogida la posibilidad de que el encargado de la actuación concreta regulada pueda ser cualquiera de los dos.

486.- El Anteproyecto parte, según el artículo 694 APL, y de conformidad con el artículo 5.1 DIR, de un mantenimiento por parte del deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero previéndose que las mismas puedan ser sometidas a las limitaciones establecidas en el Capítulo IV del Título II (en caso de procedimiento de continuación, con la solicitud de limitación de facultades o con la solicitud de nombramiento de experto en reestructuración, artículos 703 y 704) o en el Capítulo II del Título III (artículo 714, con el nombramiento de un administrador concursal en el caso de un procedimiento de liquidación), siendo de esa forma la participación de ambos optativa -salvo excepciones- a solicitud de los interesados, ya sea deudor o acreedores, como se ha señalado, dentro del diseño modular que establece el prelegislador.

487.- Concretamente la participación del administrador concursal se contempla en el procedimiento de liquidación, en caso de que sea requerido por el deudor en su solicitud de apertura del proceso (artículo 691 bis 3 5º APL, que permite que el deudor en su solicitud de apertura elija uno de los módulos contenidos en el Capítulo II del Título III, entre los que se encuentra la solicitud de nombramiento de administrador -artículo 714-, y artículo 707.1), previéndose que pueda también solicitarlo en un momento posterior del procedimiento (artículo 714.1), y habilitándose igualmente a los acreedores -cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total- a solicitar su nombramiento para que sustituya el deudor en sus facultades de administración y disposición, porcentaje que queda reducido al diez por ciento en caso de paralización de la actividad empresarial o profesional del deudor (artículo 714.1). En este caso, no se prevé oposición del deudor o de los acreedores mayoritarios.



488.- Procede poner de manifiesto que, aunque no se hace referencia a la figura del administrador concursal en el procedimiento de continuación, parece que su nombramiento debiera ser la lógica consecuencia de la estimación de la solicitud de limitación de facultades que se contempla en el artículo 703, si bien sería adecuado que se especificase, para mayor seguridad jurídica.

489.- El carácter voluntario del nombramiento afecta en primer lugar a la persona en quien puede recaer, puesto que, según el artículo 714.2 será elegida mutuamente por el deudor y la mayoría de los acreedores (entre aquellos que consten inscritos en el Registro público concursal), y solo en caso de falta de acuerdo se aplicará la regla del Libro primero, establecida en el artículo 62.1 APL, aplicación supletoria también recogida en el artículo 690.2. En cuanto a su retribución, puesto que la limitación de la intervención viene motivada por una reducción de los costes del proceso, se vincula la misma a la voluntariedad del nombramiento, debiendo ser el solicitante quien asuma el pago. En caso de solicitud por el deudor se satisface tras los créditos públicos privilegiados (artículo 714.5). En todo caso, no debe olvidarse, como ya se ha puesto de manifiesto en este informe, que los artículos 57 a 63 y 84 a 89 TRLC no están aún en vigor, pues su eficacia aparece vinculada, de conformidad con la disposición transitoria única.1 TRLC, al desarrollo reglamentario al que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Por ello, la disposición transitoria tercera del Anteproyecto establece a su vez que el apartado 2 del artículo 690 APL entrará igualmente en vigor cuando se apruebe dicho reglamento; mientras tanto, el nombramiento del administrador concursal (tanto en el concurso de acreedores como en el procedimiento especial) se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 LC03 en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre.

490.- El nombramiento del administrador concursal sí es obligatorio en la fase de calificación abreviada, regulada en los artículos 717-718 APL, aunque debe tenerse en cuenta que la apertura de dicha fase es voluntaria, a petición de los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y los socios personalmente responsables de las deudas; o de cualquier acreedor si el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos que los acompañen, o cuando hubiera acompañado o presentado documentos falsos (artículo 717). Toda vez que no se regula el nombramiento y la retribución del administrador concursal en este caso, y que, como se ha señalado, su nombramiento es obligatorio, debe suponerse que será de aplicación supletoria la regulación contenida en el Libro primero sobre dichos extremos; y si bien se establece



en el artículo 690.2 AL una cláusula general de aplicación supletoria del régimen de dicho Libro primero en relación con el administrador concursal -siendo de aplicación lo señalado en el párrafo precedente- se sugiere que por parte del prelegislador se incorpore una referencia explícita en la regulación de la calificación abreviada para mayor claridad y seguridad jurídica.

491.- La DIR impone en su artículo 5.3 el nombramiento obligatorio de un experto en reestructuración en determinados supuestos *(a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el artículo 11, o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración)*, lo que se recoge a su vez para el procedimiento preconcursal general en el artículo 674 APL, Libro segundo.

492.- En el procedimiento especial, para determinar la adecuación de la regulación relativa a la obligatoriedad del nombramiento del experto a las exigencias de la DIR, es necesario profundizar en el diseño del proceso. Así, como se ha expuesto en párrafos precedentes, de un lado, la solicitud de apertura del procedimiento especial por el deudor, y de conformidad con el artículo 691 bis3. 5º, puede acompañarse de la elección de algunos de los módulos regulados en el Capítulo IV del Título II o en el Capítulo II del Título III del Libro tercero. Es el Capítulo IV del Título II el que está destinado a las *"Medidas que pueden solicitarse en el procedimiento especial de continuación"*, regulándose concretamente en el artículo 704 la solicitud de nombramiento de un experto de la reestructuración. El nombramiento se configura, por lo tanto, como una medida de carácter voluntario, que podrá ser solicitada con dos variantes, con funciones de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, en cuyo caso la solicitud puede ser realizada tanto por el deudor como por los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total; o con funciones de sustitución de las facultades de administración y disposición del deudor, siempre que el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual, y en este caso, por los acreedores cuyos créditos representen al menos el cuarenta por ciento del pasivo total -alejándose en este punto el procedimiento especial de la diferenciación de funciones entre administrador y experto, al permitir que este sustituya al deudor en sus facultades-. En



ambos supuestos, pueden oponerse los acreedores que representan la mayoría del pasivo (si bien no será rechazado el nombramiento si resulta necesario a efectos de realizar las valoraciones previstas o entablar acciones rescisorias o de responsabilidad), y el deudor, debiendo resolver el juez la cuestión, siendo esta regulación acorde a lo establecido en el artículo 5.3.c) DIR, y con la necesidad de que la participación del deudor en el proceso de continuación sea voluntaria.

493.- También en el marco concreto del procedimiento de continuación, el artículo 698 bis.5 APL contempla la posibilidad de que el juez solicite un informe de un experto de la reestructuración sobre el valor del deudor como empresa en funcionamiento “cuando lo considere necesario, y, en todo caso, cuando una clase de acreedores afectados por el plan haya votado en contra”, contemplando así el supuesto recogido en el artículo 5.3 b) DIR.

494.- El anteproyecto no solo regula la participación del administrador concursal y del experto “en reestructuraciones”, sino que introduce también una figura que denomina “experto en valoración de la empresa” en el marco del procedimiento de liquidación y vinculado a la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas (artículo 715). De esta forma, cuando dicha circunstancia se produce con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación por parte del deudor, el nombramiento del experto es obligatoria (artículo 710.2), remitiéndose a los artículos 224 bis a 224 *quater* APL, que regulan el nombramiento del experto para recabar ofertas de adquisición de unidad productiva en el marco del concurso de acreedores, como se verá en el estudio de las modificaciones introducidas en el Libro primero, y siendo aplicables, por tanto, las consideraciones vertidas en dicho análisis al procedimiento especial. Cabe destacar que dicho nombramiento puede recaer en un administrador concursal. Si la transmisión se incluye en el propio Plan de liquidación (artículo 707.3), se establece la obligatoriedad de incluir una valoración externa de la empresa o de la unidad productiva, bien por el administrador concursal, si ya ha sido nombrado, bien por un experto designado de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 715, en el cual el nombramiento de un experto para “la valoración de la empresa o de establecimientos mercantiles” se contempla como uno de los módulos voluntarios que pueden ser solicitados también con la apertura del procedimiento de liquidación. Finalmente, se prevé la contingencia de una transmisión que hubiese sido considerada inicialmente, por oferta sobrevenida, en cuyo caso se realizará una valoración por el administrador concursal, si ya se ha nombrado, o se podrá solicitar el nombramiento de un experto (DA 5ª 6 segundo párrafo), también mediante aplicación de las reglas establecidas en el artículo 715. La interpretación



conjunta de las cuatro disposiciones, artículos 707.3, 710.2, 715 y DA 5ª 6 segundo párrafo, parece llevar a la conclusión de que si previo a la apertura del proceso se ha obtenido una oferta de adquisición de la empresa o de sus unidades productivas (*pre-pack*) que se quiere presentar junto con la solicitud de apertura del procedimiento especial (artículo 710.2), o la misma se presenta en el propio Plan de liquidación (artículo 707.3), la figura del experto resulta obligatoria -resultando en este último caso suficiente la valoración del administrador concursal, si ya ha sido nombrado-, mientras que, en caso de que no se haya producido una oferta previa, ni se haya incluido dicha posibilidad de enajenación en el Plan de liquidación, si se considera posteriormente necesario u oportuno por parte de deudor o acreedores llevar a cabo dicha valoración, debido, por ejemplo, a una oferta sobrevenida de adquisición de empresa o unidad productiva, estos podrán solicitar el nombramiento del experto para la valoración -que en caso de que exista ya administrador concursal será realizada por este (DA5º 6)-. Debe significarse igualmente que en caso de que aun existiendo administrador concursal se solicite nombramiento de un experto en valoración de la empresa o los establecimientos mercantiles, este no podrá ser retribuido con cargo a la masa (artículo 715.3). La regulación es, por tanto, compleja, pudiendo resultar conveniente una simplificación y agrupación de las disposiciones sobre el nombramiento de este experto que permitan una comprensión rápida de cuando resulta o no obligatorio el mismo.

495.- Lo anteriormente expuesto lleva necesariamente a detenerse en la regulación relativa a la apertura de negociaciones (artículo 691 APL). A la misma se le aplica el régimen jurídico regulado en los Capítulos I y II del Título II del Libro segundo, el cual ha sido ya analizado en el presente informe, estableciéndose sin embargo la especialidad de prohibición del nombramiento de un experto en reestructuración (691.3.2º). Dicha prohibición no viene acompañada de explicación alguna en la MAIN o en la Exposición de motivos. La naturaleza de la negociación la sitúa en un momento previo a la apertura del procedimiento especial en sí (o en su caso del concurso o de la aprobación de los planes de reestructuración); sin embargo, dicha negociación tiene unos determinados efectos de importancia singular desde el momento de su comunicación al Juzgado, como la suspensión de ejecuciones, entre otros, de tal forma que su existencia se contempla como parte consustancial de los marcos de reestructuración preventiva a disposición de los deudores que regula la DIR, pues en definitiva, la negociación, si bien no es necesariamente imprescindible, si puede resultar ineludible para poder alcanzar, en su caso, un plan de continuación (o reestructuración). Pero, además, puede resultar específicamente necesaria para recibir posibles ofertas de enajenación de la empresa o de sus unidades



productivas. No parece por ello justificada la exclusión -prohibición en definitiva- que el anteproyecto establece del nombramiento de un experto en la reestructuración en este periodo, pues ello podría, de un lado, reputarse contrario al artículo 5.2 de la DIR, que señala que “cuando sea necesario, el nombramiento, por una autoridad judicial o administrativa, de un administrador en materia de reestructuración *se decidirá en cada caso concreto*, excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador”, y de otro, eliminaría la posibilidad de *pre-pack* en el procedimiento especial, generando una contradicción con lo establecido en el artículo 710.2 y su remisión a los artículos 224 bis a 224 quater y la obligatoriedad del nombramiento del experto para recabar ofertas, solo salvable mediante la consideración de que la solicitud de nombramiento del experto regulada en dichos artículos se produce de forma aislada, sin que exista una comunicación al Juzgado de apertura de negociaciones, lo que implicaría una incompatibilidad entre la solicitud del experto (artículo 224 ter) y la comunicación al Juzgado de la apertura de negociaciones (artículo 691.3.2º). En todo caso, la norma europea en su conjunto tiene como objetivo la consecución de reestructuraciones exitosas, para lo cual se crea una figura específica que el prelegislador nacional opta por prohibir en un momento clave para la consecución de la reestructuración de las microempresas, sin proporcionar razón para ello, y generando contradicciones en el articulado, por lo que procedería que dicha prohibición o especialización fuese eliminada, extendiéndose la posibilidad de solicitar el nombramiento de un experto para la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas al periodo de negociación comunicado al Juzgado.

496.- Además dicha prohibición aparece como contradictoria con el artículo 5.3 DIR, que establece la obligatoriedad del nombramiento del experto en caso de que “una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes”.

497.- Independientemente del carácter del procedimiento (continuación o liquidación), el artículo 695.3 APL establece que “los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un experto en la reestructuración o un administrador concursal a los efectos del ejercicio de acciones rescisorias. Los acreedores que representen un porcentaje del pasivo mayor al que ha solicitado el nombramiento pueden oponerse al mismo, salvo que los solicitantes asuman íntegramente la retribución del experto en la



reestructuración o del administrador concursal”, régimen que se extiende al ejercicio de acciones de responsabilidad (artículo 696).

498.- En definitiva, en su regulación del procedimiento especial, de un lado, el anteproyecto se ajusta, en líneas generales a las exigencias europeas en lo que a la obligatoriedad de nombramiento de un experto en reestructuraciones se refiere, exceptuando la contradicción señalada. De otro lado, la opción de excluir al administrador concursal de su tramitación, salvo petición expresa de deudor o acreedores (y exceptuando el trámite de calificación donde resulta obligatorio, como se ha indicado) y, en este último caso, a su costa, se configura como una decisión de política legislativa, desvinculada de la regulación europea. En este sentido, no se pone en duda que ello puede facilitar una reducción de costes del proceso, trasladando a los acreedores la carga de la retribución en caso de que estos consideren que podrían verse perjudicados por la actuación del deudor (ya fuese, en su caso, por mala fe o por falta de pericia o conocimiento), y en todo caso, permitiendo que el propio deudor solicite el nombramiento de esta figura, es de suponer, si no se considera capaz de gestionar por sí mismo el proceso. Pero debe tenerse en cuenta, en este punto que, a pesar de la intención del prelegislador, el diseño legal de este procedimiento resulta en general, complejo y demandante de conocimientos profesionales sobre el concurso y las instituciones preconcursales.

499.- Las posibles ventajas que pudiera comportar el sistema de intervención voluntaria del administrador concursal por el que opta el prelegislador nacional deben en todo caso contrastarse con los inconvenientes que también pudiera traer consigo y que parecen apuntar, sobre todo, a una sobrecarga de las oficinas judiciales en la tramitación del proceso, y, en consecuencia, a una menor eficiencia junto con una mayor duración del procedimiento, lo que debe tenerse en cuenta al objeto de determinar si se ha llevado a cabo una adecuada transposición de la DIR en su objetivo de mejorar la eficiencia del proceso. Esta sobrecarga responde al papel preponderante que se otorga al Letrado de la Administración de Justicia, que además de las competencias que ya tenía asignadas en el concurso de acreedores, como la notificación al deudor del concurso presentado por un acreedor (artículo 691 sexies 1, con su equivalente en el artículo 16), asume unas competencias de comprobación e impulso del procedimiento especial como son las de recibir copia de todas las comunicaciones entre deudor y acreedores (artículo 692 bis 2 y 697 bis 2), dar traslado de la solicitud de homologación judicial (698 bis 4), realizar múltiples notificaciones al Registro público concursal (692.4, 701.2), recibir los informes mensuales de liquidación (709.2), etc.; competencias que de



forma equivalente o similar son asumidas por la administración concursal en el concurso de acreedores.

500.- Finalmente no cabe obviar que si bien la norma europea no impone en todos los casos la existencia de un experto en reestructuración y/o de un administrador concursal, sí vincula los objetivos de eficacia y reducción de la duración de los procesos con la existencia de una formación adecuada y unos conocimientos especializados por parte de las autoridades judiciales y administrativas y de la administración concursal, poniendo de manifiesto la necesidad de un adecuado asesoramiento para mantener y aumentar la transparencia [Considerandos (85) y (87)].

a.3 La necesidad del desarrollo reglamentario y de la implantación de los medios electrónicos para la eficacia del procedimiento.

501.- La práctica exclusión de la participación obligatoria de los profesionales del procedimiento especial (abogados, procuradores y administración concursal) anteriormente expuesta se motiva, como también se ha apuntado, en el establecimiento de un diseño procesal, aparentemente simplificado y de gran flexibilidad, basado en los siguientes parámetros (artículo 688): celebración de los actos procesales mediante presencia telemática; realización de los actos de comunicación por medios electrónicos y mediante formularios normalizados, dictado de resoluciones judiciales de forma oral, exclusión de los recursos frente a dichas resoluciones, salvo en los casos establecidos y, en dichos casos, con carácter general con exclusión de los efectos suspensivos, y el empleo de los servicios *webs* de las sedes electrónicas de la AEAT y la Seguridad Social. A ello se suma un papel preponderante del Registro público concursal y la creación de la Plataforma electrónica de liquidación.

502.- La utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas es una exigencia que viene impuesta por la DIR, que en su artículo 28 establece que deben poder llevarse a cabo por dichos medios al menos las siguientes acciones: “*la reclamación de créditos; b) la presentación de planes de reestructuración o reembolso; c) notificaciones a los acreedores; d) la presentación de impugnaciones y recursos*”. Como se ha señalado anteriormente, el artículo 34.1 DIR permite posponer la trasposición de estas disposiciones hasta el 17 de julio de 2024 (en el caso a, b y c) y hasta el 17 de julio de 2026 (en el caso d), mereciendo una valoración positiva que el prelegislador nacional haya optado por introducir en el procedimiento especial este empleo de medios electrónicos a fin de dar un cumplimiento temprano a las exigencias



europeas, lo que a su vez es coherente con la ya existente utilización de la comunicación electrónica en el concurso de acreedores.

503.- La realización de actuaciones telemáticas y la utilización de formularios normalizados y comunicaciones electrónicas pueden efectivamente coadyuvar a una simplificación del proceso y a una mayor rapidez en su tramitación; además de ser, como se acaba de indicar, una exigencia de la norma europea. Concretamente, el uso de formularios *on-line* puede suponer además una ayuda importante para los deudores y acreedores de menor tamaño, al presentar contenidos predeterminados, pudiendo justificar la exclusión de una asistencia letrada de carácter obligatorio. Del mismo modo, la provisión de información relevante a través de comunicaciones telemáticas que quedan almacenadas, disponibles para su uso por las partes, permite un mayor conocimiento en tiempo real de los datos para poder impulsar el proceso. No obstante, y como la propia Directiva pone de manifiesto al permitir posponer la transposición del artículo 28, una implementación adecuada precisa de tiempo, y resulta indispensable para el éxito del sistema, pudiendo provocar su retraso o implementación defectuosa un mayor colapso de los órganos judiciales.

504.- El diseño del procedimiento especial convierte en imprescindible contar con los medios necesarios a disposición de los implicados: concretamente, los formularios normalizados y accesibles en línea, sin coste (disposición adicional séptima) deben estar diseñados, ser viables y comprensibles desde el momento de la entrada en vigor de la ley, siendo igualmente necesario que las sedes electrónicas de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Seguridad Social mantengan un funcionamiento correcto de los servicios web precisos, teniendo en cuenta que, en el marco del procedimiento especial, y de conformidad con el artículo 691 ter: "El incumplimiento de la obligación de comunicación a la TGSS y a la Agencia Tributaria en el plazo y medio establecido, excluirá a los créditos de Seguridad Social de las quitas y esperas que resulten de la aprobación del Plan de Continuación", una consecuencia de extrema gravedad para el deudor, que no tiene lugar en el concurso de acreedores, donde el incumplimiento de la comunicación establecida en el artículo 253.2 TRLC por parte de la administración concursal podría llevar, en su caso, a la responsabilidad del mismo, pero no afecta al deudor.

505.- En este sentido, la disposición transitoria primera, apartado 1.5º establece la aplicación de la ley a los procedimientos especiales solicitados desde su entrada en vigor, pero al mismo tiempo, contempla que "los artículos reguladores de las vistas virtuales, y todas aquellas solicitudes,



notificaciones y trámites procesales que requieran el uso de medios electrónicos entrarán en vigor cuando los Registros, juzgados y tribunales y fiscalías dispongan de los medios técnicos necesarios para el cumplimiento de establecido en el Libro tercero”. Como se viene advirtiendo, toda vez que el nuevo sistema se basa en su desarrollo telemático para lograr su eficacia y eficiencia, la falta de los medios técnicos necesarios provocará una aplicación deficiente y un aumento de la carga de trabajo de los Juzgados, debiendo considerarse por el prelegislador la necesidad de retrasar la entrada en vigor del presente procedimiento a la efectiva implantación de todos los medios tecnológicos precisos.

506.- En relación con ello, el Anteproyecto prevé adecuadamente en su disposición adicional segunda la reforma del Registro público concursal para su adecuada adaptación al nuevo proceso con la antelación suficiente; sin embargo, en el caso de la Plataforma electrónica de liquidación de bienes (disposición adicional quinta) su puesta en marcha se pospone hasta un plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la ley. Teniendo en cuenta que el artículo 708.3 estipula que “La liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través del sistema de plataforma electrónica previsto al efecto, a menos que se justifique debidamente conforme a criterios objetivos”, y que la conclusión del procedimiento de liquidación se establece en cuatro meses como máximo (artículo 791), la demora de hasta seis meses para la instauración del sistema electrónico de liquidación no parece ser la forma más adecuada de iniciar la aplicación del procedimiento especial y lograr su tramitación eficiente, por lo que se sugiere que, en caso de no posponerse la entrada en vigor de la ley, como se ha sugerido anteriormente, la disposición adicional quinta reduzca el plazo legal de puesta en funcionamiento de esta Plataforma.

507.- El régimen del Registro público concursal está pendiente del desarrollo reglamentario a la que hace referencia la Disposición Adicional Segunda. En este sentido, como es sabido, el vigente art. 560.2 TRLC se limita a reproducir en cuanto a la determinación competencial lo que ya se decía en el viejo artículo 198.1 LC, es decir, que el Registro público concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. A tal efecto, dada la posición vertebral en su nueva función publicitaria -el APL contiene hasta 42 referencias al Registro público concursal-, convendría modificar el artículo correspondiente del Texto Refundido para acabar de una vez por todas con su situación de interinidad permanente y dar cumplimiento al Reglamento de insolvencia de la Unión Europea, tal y como ya se hizo constar en el punto 505 bis del Informe de este Consejo sobre el TRLC. En coherencia con lo informado entonces, debe reiterarse la oportunidad de modificar el art. 559.2



del TRLC para sancionar que el Registro público concursal y su interconexión con la plataforma europea –ya materializada a través del Registro Mercantil- se llevará por el Registro Mercantil bajo la dependencia del Ministerio de Justicia en los términos reglamentariamente previstos. Reglamento cuya elaboración la Disposición Adicional Segunda del APL contempla.

508.- De otro lado, y en relación con las comunicaciones electrónicas en las que se basa el impulso del proceso, no puede obviarse que el sistema digital de notificaciones instaurado en la Administración de Justicia (LEXNET) no es aplicable a las comunicaciones con los particulares deudores y acreedores, lo que puede implicar una falta de seguridad en las comunicaciones y en la acreditación de aquellas que obligatoriamente tiene que realizar el deudor, al margen de las dificultades y sobrecarga de trabajo que puede suponer para los Juzgados a la hora de tramitar dichas comunicaciones e integrarlas en el sistema de gestión procesal. El artículo 692 bis 1 establece que “el deudor dirigirá comunicación electrónica de apertura del procedimiento especial a los acreedores incluidos en su solicitud de cuya dirección electrónica tenga constancia, remitiéndoles toda la documentación presentada en el juzgado. En caso de deudor persona casada la comunicación se hará también al cónyuge”, debiendo dirigir simultáneamente toda comunicación al LAJ; y el artículo 697 bis contempla que: “Admitida a trámite la propuesta del plan de continuación, el deudor la comunicará electrónicamente a los acreedores en el plazo de tres días hábiles [...]”. El correo electrónico ha sido excluido en la regulación administrativa, concretamente ha sido eliminado del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, no contemplándose en la actualidad como un posible medio de notificación electrónica válido, debido fundamentalmente a las dificultades que puede conllevar la acreditación de que la comunicación se ha remitido y recibido. Así, si bien en el marco del concurso de acreedores se contempla el empleo de dichas comunicaciones electrónicas a los acreedores por parte de la administración concursal, se especifica en el artículo 67 TRLC que “La dirección electrónica que señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones. La dirección postal y la dirección electrónica señaladas a efectos de comunicaciones serán únicas, cualquiera que sea el número de administradores concursales”. Dicha exigencia no se traslada al deudor en el marco del procedimiento especial.

509.- No cabe olvidar que la comunicación es lo que permite a los acreedores conocer la existencia del procedimiento e intervenir en este mediante la



comunicación de información relevante o, por ejemplo, la solicitud de nombramiento de experto o administrador concursal para el ejercicio de acciones rescisorias (artículo 695), por lo que el deudor podría verse en la situación de que la imposibilidad de acreditar su adecuado desempeño en el cumplimiento de sus obligaciones de comunicación electrónica tuviera consecuencias negativas en la calificación o en la exoneración del pasivo insatisfecho -al vincularse a la mala fe-, o más concretamente, en caso de incumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 697 bis.2, determinar la conversión de manera automática del procedimiento de continuación en uno de liquidación, tal y como dispone el artículo 697 bis.3. Por ello, la salvaguarda introducida en el anteproyecto relativa a la remisión simultánea de copia al LAJ de toda comunicación del deudor a los acreedores resulta adecuada, pues otorga más seguridad al diseño, sin perjuicio de que su incorporación al sistema de gestión procesal puede suponer mayor trabajo para las oficinas judiciales.

510.- Del mismo modo afectan estas dudas de acreditación a las notificaciones que tiene que realizar el LAJ a deudor o acreedores (o a la concesión de plazos de subsanación). Siendo inviable el uso de LEXNET si no hay intervención de letrado, debe entenderse -dados los principios del proceso- que se procederá por correo electrónico, lo que puede dar lugar a importantes problemas de cómputo de plazos. El artículo 691 sexies establece que la solicitud del procedimiento por parte de los acreedores u otros legitimados se notificará por el LAJ al deudor "por medios electrónicos en los términos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil". Olvida el prelegislador la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el primer emplazamiento del demandado en la jurisdicción civil, que establece que «*el régimen jurídico específicamente aplicable al primer emplazamiento es el del art. 155.1, 2 y 3 LEC y del art. 273.4, párrafo 2, LEC, que exigen la 'remisión al domicilio de los litigantes' (art. 155.1 LEC), estableciendo de forma específica, tanto la obligación de hacer constar en la demanda o en la petición o solicitud con la que se inicie el proceso 'el domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de este' (art. 155.2 LEC) [...] Además, ha declarado que la ignorancia de esta excepción legal a la regla general de utilización de medios electrónicos puede producir la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de acceso al proceso, cuando, en los términos generales de nuestra doctrina, impide la adecuada constitución de la relación jurídica procesal, dando lugar a la tramitación del procedimiento inaudita parte*» (STC 48/2021, de 3 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TC:2021:48] y las en ella citadas).



511.- Ciertamente es que, al margen de lo anteriormente señalado, el sistema de comunicaciones diseñado para el procedimiento especial, al situar la obligatoriedad de la realización de las mismas, y así, el impulso del proceso, en los propios interesados, supone, de un lado, una importante reducción de la carga de trabajo de las oficinas judiciales, que simplemente recibirán copia de cada comunicación, para que quede constancia oficial de que se ha producido, sin tener que invertir tiempo y personal en su preparación y envío. No obstante, el hecho de que estas comunicaciones no estén integradas en un sistema de gestión procesal, pues, se reitera, no es utilizable LEXNET con los particulares, puede conllevar al mismo tiempo la necesidad de invertir tiempo y recursos en el volcado de dichas comunicaciones, que, además, adolecen de los problemas de acreditación señalados.

512.- Debe valorarse positivamente la concentración de la publicidad en el Registro público concursal, con la eliminación de la publicidad en medios adicionales y publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículo 692 bis.3), permitiendo que los acreedores y otros interesados puedan acceder sin coste y de forma sencilla a la información necesaria.

513.- En relación con las vistas virtuales, el apartado 1 del artículo 688 establece que "las comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales del procedimiento especial se realizarán mediante presencia telemática". Este órgano constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la extensión o potenciación de las vistas telemáticas en los diversos procesos judiciales, concretamente en el marco del informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal para el Servicio Público de la Justicia (aprobado por el Pleno de 22 de julio de 2021, párrafos 287-305), al hilo del análisis de la introducción de un nuevo apartado 4 del artículo 129 LEC ("Las actuaciones judiciales también se podrán realizar a través de videoconferencia, en los términos establecidos en el artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial"). En dicho informe se ponía de manifiesto la indudable existencia del marco legal habilitante para la práctica de actuaciones procesales mediante el uso de cualquier tecnología en los artículos 229.2 y 3 y 230 LOPJ, y por tanto, la validez procesal de la práctica de pruebas personales por medios electrónicos, como ha sido declarado expresamente por la jurisprudencia (cfr. STS, Sala Segunda, de 27 de febrero de 2007, ECLI:ES:TS:2007:172; también, SSTS, Sala Segunda, 22 de octubre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:779, o 31 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:249). En el proceso civil, su validez deriva de la amplitud con que el artículo 299.3 LEC contempla los medios de prueba. Más concretamente, el artículo 177 LEC, sobre cooperación judicial internacional, remite a las normas comunitarias y a los tratados internacionales en que



España sea parte, lo que conduce, bien al Reglamento (CE) nº 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil¹⁸, cuyos artículos 10.4 y 17.4 autorizan explícitamente la práctica de pruebas mediante videoconferencia, bien al Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (artículos 3 y 9)¹⁹, bien, en fin, a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica en materia civil (artículo 30.c). Se consideraba en dicho informe que la reforma podría llevar a la indeseable consecuencia de convertir en regla general aquello que en rigor debería constituir una excepción. En el caso que nos ocupa, no existe duda de que el prelegislador opta sin ambages por el establecimiento de un régimen general de celebración de las vistas mediante presencia telemática, siendo la excepción la presencia física. Es indudable, y así lo manifiesta la MAIN y la exposición de motivos, que la razón de tal elección es la reducción de trámites y de costes, toda vez que la celebración de múltiples vistas presenciales provoca importantes retrasos en el procedimiento concursal, por lo que se conjuga la disminución del número de vistas que podrían tener lugar con su carácter optativo por decisión del juez (691.2, 693.5, 697 quáter.7, 698 bis.4, 699 bis.6, 699 ter.3, 701.5, 706.5, 707.5, 717.5, 719.4) -salvo la relativa a la resolución del recurso de reposición regulado en el artículo 703.4- y con su celebración telemática, siendo una generalidad que se aplica dentro de la especialidad que supone este procedimiento, sin perjuicio de que, como se ha venido señalando, sea un proceso llamado a convertirse en el de mayor aplicación.

514.- En todo caso, y como se incidía en el informe referido, *"el uso de los medios telemáticos para la celebración de actuaciones procesales debería permitir, en su aspecto técnico, satisfacer todas las garantías del proceso judicial, incluyendo el derecho de defensa, el respeto a la igualdad de partes, y especialmente asegurar los principios de contradicción, oralidad, inmediación (cfr. artículos 229.2 LOPJ y 137 LEC), publicidad y protección de la privacidad, al tiempo que ha de asegurar una correcta identificación de los intervinientes y la imparcialidad de testigos y peritos, permitiendo que la actuación sea dirigida de forma efectiva por el juzgador, y la obtención por*

¹⁸ Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. DOCE L 174, de 27.06.2001

¹⁹ La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha publicado el pasado 16 de abril de 2020 la Guía sobre el uso de las videoconferencias bajo la Convención de 1970 (<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=728>)



este de los elementos necesarios -alegaciones y pruebas- para adoptar sus decisiones de forma fundada”.

a.4 De otras novedades procesales.

515.- Con el declarado objetivo de reducir la complejidad y duración de los procedimientos, tal y como se recoge en la exposición de motivos, el anteproyecto establece el dictado oral de las resoluciones, incluidas las sentencias (artículo 688.3), así como la regla general de exclusión de los recursos, salvo que se contemple expresamente (artículo 688.4), y la determinación de efectos no suspensivos de aquellos recursos que sí se contemplen (artículo 688.5).

516.- En cuanto al dictado oral de las resoluciones, de un lado el artículo 210.1, LEC establece la obligatoriedad del dictado de resoluciones orales, y de otro, su apartado 3 prohíbe el dictado oral de las sentencias. Sin embargo, dicha posibilidad del dictado de sentencias *in voce* sí se recoge genéricamente en el artículo 245.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial al señalar que “[l]as sentencias podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la Ley”, complementando esta previsión el artículo 247 LOPJ, conforme al cual: “Las resoluciones judiciales que se dicten oralmente y deban ser documentadas en acta en los juicios verbales, vistas de los pleitos o causas y demás actos solemnes incluirán la fundamentación que proceda.” A su vez, el Anteproyecto de Ley sobre Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia contemplaba como una de sus modificaciones más relevantes la del apartado 3 del artículo 210 LEC, que quedaría redactado con el siguiente tenor: “3. Salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2, podrán dictarse sentencias oralmente en el ámbito del juicio verbal, haciéndose expresión de las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, de los hechos probados a resultados de las mismas, haciendo constar las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso. El fallo se ajustará a las previsiones de la regla cuarta del artículo 209 de esta ley. La sentencia se dictará al concluir el mismo acto de la vista en presencia de las partes, quedando documentada en el soporte audiovisual del acto, sin perjuicio de la ulterior redacción por el juez o magistrado del encabezamiento, la mera referencia a la motivación pronunciada oralmente dándose por reproducida y el fallo íntegro, con expresa indicación de su firmeza o, en su caso, de los recursos que procedan, órgano ante el que deben imponerse y plazo para ello.”



517.- También debe recordarse que el Plan de Choque para la Administración de Justicia tras el estado de alarma aprobado por el Pleno de este órgano constitucional incluía la medida del dictado de sentencias orales en la jurisdicción civil, con la propuesta de modificación de los artículos 206, 208, 209 y 210 LEC.

518.- Así, si bien la reforma del artículo 210 LEC propuesta en el Anteproyecto Ley sobre Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia fue valorada positivamente por este órgano constitucional en su informe ya citado sobre dicho Anteproyecto, también se puso de manifiesto lo siguiente: *«sin poner en cuestión la utilidad de esta herramienta, no puede soslayarse, empero, el esfuerzo intelectual y argumentativo que supone exponer oralmente la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia y decidir sobre todas las pretensiones deducidas en el proceso tras la celebración de la vista, tanto más cuanto, como preceptúa el último inciso del apartado 3 del artículo 210, el fallo se ha de ajustar a las previsiones de la regla cuarta del artículo 209, la cual impone que el fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes -justicia rogada, carga de la prueba, exhaustividad, congruencia y deber de motivación-, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas.»*

519.- De otro lado, la reforma del artículo 210.3 excluía del dictado de sentencias *in voce* en los procesos en los que no resultaba preceptiva la intervención de abogado, una limitación claramente establecida en garantía del derecho de defensa de los litigantes, que aparecía directamente conectada con la previsión establecida en el nuevo apartado 4 del artículo 210: “[P]ronunciada oralmente una sentencia, si todas las personas que fueren parte en el proceso estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución”. En el caso del Anteproyecto que nos ocupa, no se contempla la posibilidad de recurrir en el mismo acto la sentencia, a lo que el apartado 4 del artículo 688 añade la previsión general de que los actos y sentencias no son recurribles, por lo que el derecho de defensa de las partes en el procedimiento especial no tendría por qué verse afectado por el dictado de sentencias orales.

520.- No obstante, y en relación con ello, toda vez que el artículo 688.3 *in fine* del anteproyecto que se informa establece que la sentencia dictada oralmente se documentará en el soporte audiovisual del acto, sin perjuicio de



la ulterior redacción del encabezamiento y la mera referencia a la motivación pronunciada oralmente y el fallo íntegro, se sugiere al prelegislador que, reproduciendo la redacción elegida para la reforma de la LEC, se contemple el adecuado traslado del soporte audiovisual a la parte al notificar la resolución así dictada, junto con el testimonio del texto redactado sucintamente, precisamente en garantía del derecho de defensa en aquellos casos en que la resolución judicial sí sea recurrible.

521.- En relación con la supresión general de los recursos realizada en el artículo 688.4 AL, debe recordarse que no existe un mandato constitucional de establecimiento de una segunda instancia incluso cuando, en el objeto del litigio, tenga protagonismo la posible vulneración de derechos fundamentales (STC 149/2016, de 19 de septiembre de 2016, ECLI:ES:TC:2016:149), siendo el derecho a los recursos un derecho de configuración legal, de tal forma que su establecimiento y regulación pertenece al ámbito de libertad del legislador, no suponiendo su falta de previsión una vulneración de la Constitución: « [...] *porque estamos en presencia de un derecho de absoluta configuración legal, pues mientras el derecho a poder dirigirse a un juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada cual tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia ley suprema, en cambio, el que se revise la respuesta judicial por la vía del recurso es un derecho cuya configuración se defiende a las leyes (STC de 10 de diciembre de 2007-241)*» Ahora bien, tampoco debe olvidarse que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que «aunque (...) el legislador no viene obligado por la Constitución a establecer un determinado sistema de recursos (...) una vez que por aquél se ha previsto el derecho a los recursos, en los términos y con los requisitos legalmente establecidos, tal pasa a incorporarse, en principio, al contenido del art. 24 núm. 1 de la CE.». (SSTC 18/1996, de 29 de enero de 1996 [ECLI:ES:TC:1996:18], y 255/1993, de 20 de julio de 1993, [ECLI:ES:TC:1993:255], entre otras).

522.- El APL que se informa prevé en primer lugar la existencia de recurso frente al auto de homologación del plan de continuación, el cual, de conformidad con el artículo 698 quater, “podrá ser impugnado ante la Audiencia Provincial dentro de los quince días siguientes a la publicación del auto en el Registro público concursal, por los titulares de créditos afectados que hayan votado en contra del plan y por los acreedores públicos”. Según el apartado 2 de dicho artículo, carecerá de efectos suspensivos, en línea, a su vez con lo recogido en el apartado 5 del artículo 688. Dichas disposiciones se ajustan a lo estipulado en el artículo 16 DIR en relación con la impugnación de los planes de reestructuración. Se contempla también el recurso de reposición frente al auto estimatorio o desestimatorio de la solicitud de las



facultades de limitación y disposición del deudor en el marco del proceso de continuación (artículo 703), que se resolverá, previa celebración de una vista, dentro del plazo de los tres días hábiles siguientes a la misma, lo que se cohonesta adecuadamente con el artículo 5 de la DIR; también pueden recurrir el deudor o cualquier acreedor el auto que declara la apertura del procedimiento de liquidación, pero solo por declinatoria por falta de competencia judicial internacional o territorial (artículo 692.3), así como podrá recurrir el deudor los correspondientes autos de apertura de la liquidación tras la frustración del Plan de continuación (artículo 699 bis.6), si bien en este caso no se especifica el tipo de recurso; finalmente, y por aplicación del régimen general, será recurrible la sentencia dictada en la calificación abreviada (artículo 718.1).

523.- El apartado 5 del artículo 688 establece que: “En aquellos casos en los que se permita recurso, éste no tendrá efectos suspensivos, *sin perjuicio de la facultad del juez de acordar la suspensión de actuaciones que puedan ser afectadas por su resolución conforme a lo previsto en la legislación procesal civil*”. La disposición debe ser objeto de crítica desde diversos puntos de vista. En primer lugar, procedería que se hiciera referencia a los efectos de cada recurso en el artículo correspondiente, para mayor especificidad y seguridad jurídica, lo que se realiza en relación con la impugnación del auto de homologación (artículo 698 quater.2), pero no en relación con el resto de los recursos previstos. En segundo lugar, pareciera que cuando el prelegislador otorga al juez la facultad de suspender actuaciones afectadas por la resolución, a pesar de la exclusión general de los efectos suspensivos del recurso, estuviera pensando en la impugnación del auto de homologación del plan de continuación, de tal forma que, aunque el mismo deberá ejecutarse, aún habiendo sido impugnado, el juez podría acordar de oficio -así se desprende del uso del sustantivo “*facultad*”- la suspensión de alguna de las actuaciones en él contenidas. Olvida el prelegislador que la característica consustancial al proceso civil es que se trata de un proceso de justicia rogada -lo que es plenamente aplicable al procedimiento especial de continuación, cuya apertura el deudor no tiene obligación de solicitar, y que, en todo caso, precisa de su consentimiento- y, por tanto, que deben ser las partes las que soliciten, en su caso, alguna medida cautelar como podría ser la suspensión parcial de la ejecución del plan de continuación. El APL hace referencia a “la legislación procesal civil”, sin embargo, no es posible encontrar en la LEC ninguna manifestación de dicha facultad judicial de suspender de oficio lo que no es susceptible de suspensión por imperio de la ley, por lo que procede eliminar dicho apartado, que no se contempla en la regulación del auto de impugnación de la homologación en el Libro segundo (artículo 663 APL). A mayor abundamiento, el artículo 16.3 DIR estipula que «*Un recurso contra*



una decisión confirmatoria de un plan de reestructuración no tendrá efectos suspensivos sobre la ejecución de dicho plan», lo que parece difícilmente conciliable con la facultad otorgada al juez para suspender alguna actuación concreta. Finalmente, si con la previsión del artículo 688.5 APL el prelegislador no se refiere a la suspensión de oficio de parte del contenido de la resolución impugnada, sino a la posible suspensión de actuaciones no incluidas en la resolución que se trate, pero afectadas de alguna manera por ella, procedería que se llevase a cabo una especificación de a qué actuaciones pudiera referirse, así como concretar la normativa procesal civil que contiene iguales previsiones. No obstante, no parece ser esta última la voluntad del prelegislador, a tenor de lo señalado en la MAIN: *«Los incidentes y los recursos no tendrán efectos suspensivos, aunque el juez podrá adoptar medidas cautelares o suspender determinados efectos»*, que confirma el otorgamiento al juez de una facultad contraria a los principios del proceso y a la DIR.

524.- En cuanto a los Decretos del LAJ, se prevé que estos sean recurribles directamente en revisión, de conformidad con los artículo 451.1 y 454.1 *in fine* LEC, por lo que estos no tendrán efectos suspensivos (artículo 454.1 LEC). La especificación de la recurribilidad de los Decretos del LAJ está en línea con las recientes Sentencias -ya citadas- del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 2020, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 454 bis.1, párrafo primero, de la LEC, y de 22 de octubre de 2020 [ECLI:ES:TC:2020:15], que anula el último párrafo del artículo 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva el impedir la revisión judicial de las resoluciones del LAJ.

525.- En relación con los aspectos procesales, es necesario también detenerse en el artículo 689.2 APL que establece “Si el juez, las partes o, en su caso, la administración concursal, apreciaran la posible existencia de un hecho que ofrezca apariencia de delito no perseguible únicamente a 191 instancia de persona agraviada, se podrá acordar la remisión al Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal”. Toda vez que se ha eliminado la intervención del Ministerio Fiscal del proceso concursal (supresión del artículo 4), este no podrá tener conocimiento de la posible existencia de un delito salvo que medie dicha comunicación, la cual parece tener carácter de ineludible en la exposición de motivos “*se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal*”, y obligatorio -adecuadamente- en el marco del concurso de acreedores (artículo 450 bis “lo pondrá en conocimiento”), perdiéndolo en el marco del procedimiento especial, donde se emplea la expresión “se podrá acordar”, debiendo, en definitiva, corregirse tal tiempo verbal.



b. El procedimiento especial como una doble vía para la reestructuración o la liquidación de las microempresas y la adecuación de su regulación a la DIR.

526.- El procedimiento especial es, como se ha indicado, exclusivo y excluyente para las microempresas, y se fundamenta no solo en la tramitación telemática y en la simplificación de trámites, sino también en el establecimiento de dos posibles itinerarios, de un lado, una solución acordada, que combina los aspectos del convenio del concurso de acreedores y de los planes de reestructuración, denominado proceso de continuación, y de otro, la liquidación del patrimonio del deudor, sea de forma agregada a través de la venta de la empresa (en sentido objetivo) o por medio de la liquidación individualizada de los activos. El procedimiento no se desarrolla en fases, sino que se establece una estructura de trámites en paralelo, exceptuando el posible periodo de negociación con una duración máxima de cuatro meses. Del mismo modo, como se ha venido apuntando, se plantea un diseño modular, que permite a las partes la elección de determinados efectos. Con carácter general, y sin perjuicio de las matizaciones que se introducen a continuación en el análisis de la regulación de la negociación y los procedimientos de continuación y liquidación, esta estructura en paralelo y modular podría efectivamente lograr una tramitación eficiente, con reducción del tiempo y los costes del proceso.

b.1 El sistema de negociación y apertura del procedimiento especial

527.- El Capítulo II del Título I de este Libro tercero se destina a la negociación y a la apertura del procedimiento especial, donde procede detenerse en el estudio de algunas disposiciones, a fin de determinar su coherencia interna y su adecuación a la DIR.

528.- Analizadas ya con anterioridad las dudas que suscita la prohibición de nombramiento del experto en reestructuraciones establecido en el artículo 691.3.2º, resulta necesario analizar el apartado 4 de este mismo artículo 691, que excluye a los acreedores públicos de la suspensión de ejecuciones durante la negociación (que también quedan excluidos de la suspensión por apertura del procedimiento especial, artículo 694.4 y 701.1 *in fine*). El artículo 6.4 DIR autoriza a excluir de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando: a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa, o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos. Sin embargo, como ya se tuvo ocasión de poner de manifiesto en el



análisis del Libro segundo (artículo 607 APL), la exclusión de los créditos de derecho público de la suspensión de ejecuciones se justifica muy someramente en la exposición de motivos y en la MAIN que acompaña al anteproyecto: su excepcionalidad reside en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria asentada en el Estado de Derecho. No obstante, esta justificación no parece suficiente, atendido el rigor de la Directiva en punto a expresar las razones que legitiman la exclusión. Esta exigencia de justificación se muestra tanto más necesaria cuanto mayor es la probabilidad de que la ejecución del crédito público ponga en peligro la reestructuración de la empresa. Ello depende en gran medida del grado de incidencia del crédito público en el conjunto del pasivo del deudor, siendo dicha incidencia, con carácter general, elevada en el caso de las microempresas, y reputándose por tanto necesaria una justificación razonada y extensa de la exclusión del crédito público de la suspensión de ejecuciones en dicho ámbito, pues *a priori* tal exclusión injustificada debería reputarse contraria al artículo 6.4 DIR, al resultar probable que ponga en peligro la reestructuración de las microempresas.

529.- El artículo 691.7 establece la obligación del deudor en situación de insolvencia actual de solicitar la apertura del procedimiento en el plazo de los cinco días hábiles siguientes, transcurridos los tres meses del periodo de negociaciones. Del mismo modo, las solicitudes de apertura del procedimiento por otros legitimados distintos al deudor que se hubieran presentado y hubieran quedado suspendidas deberán ser proveídas también en dicho plazo de cinco días hábiles (artículo 691.6). Estas disposiciones presentan la particularidad de reducir drásticamente el plazo general, toda vez que en el concurso de acreedores este es de un mes. Si bien se hace evidente la voluntad del prelegislador de acelerar la tramitación de este proceso, se sugiere el establecimiento de un plazo más amplio que, sin alcanzar la extensión de un mes, permita un mayor margen de tiempo al deudor para proceder a la solicitud de apertura del procedimiento y a la recopilación de toda la información necesaria, más teniendo en cuenta la falta de intervención de abogado en el proceso.

530.- En el artículo 691 ter debería sustituirse la referencia a la “presentación de solicitud de Plan de Continuación” por “presentación de solicitud de apertura de procedimiento especial de continuación”, por ajustarse más adecuadamente a la situación que se contempla.

531.- Al igual que en el Libro primero se recoge la solicitud de concurso tanto por el deudor como por el acreedor y otras personas legitimadas, el Libro tercero regula en los artículos 691 bis y 691 quater la solicitud de apertura



de este procedimiento especial para microempresas por deudor y acreedor respectivamente, debiéndose señalar en primer lugar que, dado que los socios personalmente responsables de las deudas también están legitimados para solicitar la apertura del proceso en caso de insolvencia actual del deudor, procedería que la rúbrica del artículo 691 quater incluyese a "otros legitimados". Al margen de ello, la regulación se limita a adaptar la presentación de la solicitud a las particularidades del procedimiento especial, mediante la simplificación del trámite, con la presentación de formulario normalizado. Se opta igualmente por reducir la información que debe proporcionar el deudor, en relación con la solicitud de apertura del concurso (artículo 7 TRLC), debiéndose señalar la existencia de una errata en el apartado 3.4º, donde deberá sustituirse "si se prevé la liquidación de la empresa en funcionamiento" por "si se prevé la transmisión de la empresa en funcionamiento".

532.- Puesto que se diseñan dos procesos, de continuación y de liquidación, y este último a su vez con transmisión o no de empresa en funcionamiento, el artículo 691 bis 1 amplía para el deudor la posibilidad de solicitar la apertura a la situación de probabilidad de insolvencia, lo que se coherente con la regulación contenida en el artículo 584.1 APL que establece el presupuesto objetivo para la homologación de un plan de reestructuración, así como con la DIR (artículo 4). Por otro lado, para el acreedor y los socios responsables de las deudas solo se habilita la posibilidad en caso de insolvencia actual del deudor, sin perjuicio de que, aún en dicha situación, el acreedor o socio pueda optar inicialmente por un procedimiento de continuación (Artículo 691 quater), si bien, de conformidad con el artículo 693, apartados 2 y 3, "los acreedores cuyos créditos representen más de la mitad del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión del procedimiento de continuación en uno de liquidación sin necesidad de justificación adicional, siempre que el deudor se encuentre en insolvencia actual" y "los acreedores cuyos créditos representen un veinticinco por ciento del pasivo podrán, en cualquier momento, solicitar la conversión de un procedimiento de continuación en una liquidación cuando, objetivamente, no exista la posibilidad de continuación de la actividad en el corto y medio plazo". Es decir, tal y como señala la exposición de motivos, cuando la mayoría de los acreedores no crea en una solución concordataria, se les habilita para forzar la liquidación, a fin de evitar que el proceso de prolongue innecesariamente, lo que resulta coherente, con carácter general, con la aplicación de la regla de la mayoría para la aprobación del plan de continuación, si bien las mayorías para la aprobación de un plan de continuación son en varios casos distintas a más de la mitad del pasivo (art. 697 quater APL).



533.- En este sentido, cabe precisar que el deudor puede oponerse a la solicitud de apertura de un procedimiento de continuación por parte del acreedor o del socio personalmente responsable y solicitar la apertura del proceso de liquidación, tal y como se establece en el artículo 691 sexies 1.2º, lo que se ajusta al requisito obligatorio de obtener el consentimiento del deudor en caso de que se trata de una PYME, establecido en el artículo 4.8 DIR.

534.- Se sugiere que en el apartado 5 del artículo 691 bis se incluya la presentación de la solicitud en notarías u oficinas del registro mercantil, como se establece de forma general en el apartado 2 de dicho artículo, pues no aparece justificado que en el caso de incumplimiento del pago al que se refiere el artículo 2.4.5º solo sea válida la presentación ante el Juzgado. Al margen de ello, cabe destacar que este precepto modifica el régimen general de obligación de solicitud de apertura del proceso, que, como se señaló anteriormente, es de dos meses desde la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (artículo 687 bis.2), reduciéndolo a un mes, con la grave consecuencia de que el incumplimiento del plazo provoca que los créditos públicos queden fuera de los efectos vinculantes del plan de continuación. No aparece justificada tal significativa reducción del plazo, salvo el siempre presente privilegio del acreedor público, por lo que procedería la eliminación del precepto, sin perjuicio de que, en todo caso, proceda entender que el plazo queda en suspenso durante el periodo de negociación.

535.- La tramitación de la solicitud se regula en los artículos 691 quinquies y sexies, estableciéndose en primer lugar cuál es el juez competente para conocer del procedimiento especial, realizándose una referencia genérica a que será el mismo que correspondería en caso de concurso de acreedores. Si bien el precepto no suscita dudas, se sugiere que se complete mediante la remisión al Capítulo I, del Título II, del Libro Primero, donde se regula la competencia y jurisdicción del juez del concurso.

536.- Se observa la existencia de una errata en el numeral 3º del apartado 1 del artículo 691 sexies, relativo a la oposición del deudor, debiendo sustituirse "liquidación" por "continuación" en la última frase. Del mismo modo, procedería que en el apartado 2 de este artículo se introdujese el plazo en el que debiera celebrarse la vista a la que el juez puede convocar a deudor y acreedor en caso de oposición, a fin de lograr el repetido objetivo del anteproyecto de controlar y reducir la duración del proceso.



537.- Para una mejor adecuación a los plazos establecidos en el artículo 691 quinquies 3, resultaría conveniente que se modificara el artículo 692 en el sentido de fijar el plazo para el dictado del auto de apertura del procedimiento especial en dos días desde el decreto del LAJ de admisión a trámite y no desde la recepción de la solicitud.

538.- Se establece en el artículo 692.3 APL que se podrá impugnar la apertura del procedimiento por falta de competencia judicial internacional o territorial mediante declinatoria, siendo preciso que se establezcan los plazos para su presentación, con el correspondiente *dies a quo*, y los efectos de la presentación y, en su caso, estimación, sobre la tramitación y el valor de lo actuado respectivamente.

539.- Se sugiere que el apartado 4 del artículo 692 se integre en el artículo 692 bis, específicamente destinado a la publicidad registral, y cuyo apartado 3 recoge también que la apertura del procedimiento especial será publicada en el Registro público concursal.

540.- Sin perjuicio de las consideraciones realizadas anteriormente en relación con las comunicaciones mediante correo electrónico, se establece en el artículo 692 bis que el deudor debe comunicar la apertura a los acreedores y, en su caso, al cónyuge. Incluso cuando se haya abierto a solicitud de un acreedor o de un socio responsable, debe ser él quien se lo comunique al propio solicitante, según el párrafo segundo. Procede detenerse, en primer lugar, en el hecho de que no se contempla cómo podrá tener constancia el deudor del dictado de la resolución judicial de apertura para poder proceder a su vez a comunicarla a los acreedores, por lo que resulta necesario que, como apartado 1 de este artículo, se incluya, bajo la redacción que se considere oportuna, la obligación del LAJ de notificar al deudor el citado auto de apertura. En segundo lugar, resulta falto de lógica que el deudor tenga la carga de comunicar la apertura del proceso a los propios solicitantes de la misma, siendo más adecuado que sea igualmente el Juzgado quien realice dicha notificación tanto a los solicitantes como al propio deudor, con el fin de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos, según consolidada jurisprudencia constitucional (entre muchas otras SSTC 219/1999, de 29 de noviembre de 1999 [ECLI:ES:TC:1999:219], 128/2000, de 16 de mayo de 2000, [ECLI:ES:TC:2000:128], y 122/2013, de 18 de junio de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:122]), que vincula dicho derecho constitucional a un adecuado ejercicio de sus obligaciones en materia de notificación por parte de los Juzgados. Ello sin perjuicio de que, como señala el apartado 3, en caso de que no se tenga constancia de la dirección electrónica de deudor y acreedores, la publicación en el Registro público



concursal (donde el LAJ debe remitir el auto ex artículo 692.4) sea la que surta los efectos de notificación respecto a estos, al igual que en caso de incomparecencia del deudor en el concurso de acreedores la publicación de la declaración de concurso en el «Boletín Oficial del Estado» produce respecto de él los efectos de notificación del auto (artículo 33.1 TRLC).

541.- Se sugiere que en el apartado 7 del artículo 697 se sustituya “apertura” por “conversión”, por resultar más adecuado al contenido resolutorio del auto al que se hace referencia.

542.- El Capítulo III está destinado a los efectos de la apertura del procedimiento, tanto a aquellos de carácter general, como a los específicos de cada itinerario. Como recoge la exposición de motivos, esta apertura *«trae consigo los mismos efectos sobre los contratos y las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado previstas en el Libro segundo, y, de modo similar, como regla general, se produce la suspensión de las ejecuciones sobre el patrimonio de la microempresa, con la finalidad de preservar el valor de la empresa en funcionamiento hasta que se alcance un plan de continuación o la venta de la unidad productiva. En el caso de bienes y derechos sometidos a garantía real solo se produce cuando así se solicita expresamente por el deudor y se reúnen los requisitos legales para ello»*. En este último caso, los supuestos que permiten la solicitud de suspensión de los créditos con garantía real se recogen en el artículo 713, como una de las medidas que pueden solicitarse en el procedimiento de liquidación, limitada a la posibilidad objetiva de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento.

543.- Se excluyen de la suspensión de ejecuciones, de conformidad con el apartado 4 del artículo 694, la ejecución de los créditos públicos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales y, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional, siendo extensibles a esta exclusión las mismas consideraciones realizadas anteriormente en relación con los artículos 607 y 691.4 APL.

544.- En cuanto a las acciones rescisorias y de responsabilidad, reguladas en los artículos 695 y 696 APL, procedería que se clarificase si en caso de que no se nombre un experto en reestructuración o un administrador concursal para el ejercicio de las mismas por oposición de un porcentaje de pasivo mayor de acreedores, los acreedores que lo deseen tienen también legitimación



subsidiaria para entablar la acción, como ocurre en el caso de negativa o silencio del experto/administrador (apartado 2, artículo 695). En todo caso, debe significarse que las acciones rescisorias solo procederán en caso de que el deudor se encuentre en insolvencia actual (art. 695.6), pues podría no estar justificada si el deudor está en situación de satisfacer la totalidad de sus deudas.

b.2 El procedimiento especial de continuación

545.- En su estudio del nuevo Libro segundo, el presente informe ha analizado con detenimiento las opciones elegidas por el prelegislador dentro del amplio marco que la Directiva otorga a los Estados miembros para su transposición, especialmente en lo que a la regulación de los marcos de reestructuración preventiva se refiere. En el ámbito de las microempresas, el prelegislador diseña un proceso de reestructuración específico, denominado proceso de continuación (artículos 697-704), y al que, como se ha señalado, y de conformidad con el artículo 2 DIR, tienen acceso los deudores que se hallen en un estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual, si bien con la exclusión de aquellos con más del 75% de su deuda en manos de acreedores públicos. La norma europea permite la existencia de varios procedimientos de reestructuración (artículo 4.5), por lo que nada hay que objetar al establecimiento de un proceso singular para las microempresas, toda vez que se respeta el requisito de obtención del consentimiento del deudor (artículo 691 sexies.1.2º y 697.2 *in fine*). Debiera preverse, en todo caso, la posibilidad explícita de que el deudor presente su propio Plan de continuación a pesar de que el proceso se haya abierto a solicitud de los acreedores y con presentación por estos de su propio Plan, para dar cumplimiento al artículo 9.1 DIR.

546.- Una de las particularidades del proceso de continuación es que, a diferencia de los planes de reestructuración regulados en el Libro segundo, y dado que comparte características con el convenio del concurso de acreedores, se configura en todo caso como un proceso judicial, es decir, requiere de la solicitud de apertura del procedimiento especial, y en su marco, de la elección de esta vía. Ello tiene varias consecuencias: en primer lugar, con independencia de que el Plan de continuación prevea o no una extensión de efectos o proteger la financiación nueva o interina (artículo 10.1 DIR y 618 APL), queda en todo caso sometido a la tramitación judicial (artículos 697 bis, quater y quinquies); en segundo lugar, transcurre conjuntamente con los trámites necesarios para determinar las partes y la masa, lo que, *a priori*, presupone una mayor rapidez y flexibilidad del sistema; en tercer lugar, conduce a una reducción de los datos que deben contenerse en el Plan de



continuación establecidos en el artículo 697 ter, ya que parte del contenido impuesto por la DIR en su artículo 8 ya ha sido proporcionado por parte del deudor en su solicitud de apertura (artículo 691 bis). No obstante, y dado que la apertura del proceso puede realizarse también a solicitud de otros legitimados, en cuyo caso no se incluye entre la documentación a aportar cuestiones como el activo, con su valoración (artículo 691 quater), cuya inclusión en el Plan de reestructuración es obligatoria de conformidad con el citado artículo 8 DIR (apartado 1.b), se sugiere al prelegislador una revisión del artículo 697 ter a fin de incluir adecuadamente en él la información mínima requerida por la norma europea.

547.- Entre los contenidos obligatorios del plan se incluye la agrupación de los acreedores en clases según el valor económico de los créditos, con aplicación de las reglas del Libro primero. En este sentido, si bien la DIR permite que las PYMEs no traten a las partes afectadas como categorías separadas (Artículo 9.4 y Considerando 45), debe entenderse que, en caso de que sí se exija esa categorización, la misma debiera respetar las reglas establecidas en la norma europea y que son la división mínima en crédito garantizado y no garantizado y los créditos de los trabajadores. Puesto que el Libro primero contempla dichas categorías, la regulación contenida en el artículo 697 ter resulta ajustada a la norma europea.

548.- Si bien situándolos fuera de la regulación del procedimiento de continuación, en una sistemática que puede resultar confusa, el anteproyecto también contempla los efectos particulares de la apertura de este marco de reestructuración, tanto los que comparte con la vía de liquidación, como aquellos circunscritos a la continuación y al proceso de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento (artículos 694 y 694 bis). Así, además del ya comentado efecto de mantenimiento con carácter general de las facultades de administración y disposición del deudor establecidas en el artículo 694.1, en línea con el artículo 5.1 DIR, y la posibilidad de limitación de las mismas recogida en el apartado 2 del artículo 694, tal y como se ha analizado detenidamente en párrafos anteriores, el anteproyecto regula la suspensión de las ejecuciones en el apartado 4 del artículo 694, con aplicación de las disposiciones previstas en el Capítulo II del Título II del Libro segundo (procede que se sustituta la numeración ordinal que aparece en el artículo por la correspondiente numeración romana) -siendo por tanto de aplicación lo expuesto al respecto en el presente informe- y excluyendo la suspensión de las ejecuciones de los créditos públicos que tengan la calificación de privilegiados de acuerdo con las reglas generales y, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los



porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional, siendo igualmente aplicables las reflexiones anteriormente realizadas sobre dicha exclusión; exclusión que también se establece en caso de solicitud voluntaria de suspensión de ejecuciones de bienes y derechos sometidos a garantía real (artículo 701.1 *in fine*). Ambas suponen una extensión de la protección que se dispensa a los créditos públicos afectados por el plan (artículo 698.3) a aquellos que no lo están.

549.- El artículo 694 bis, por su parte, regula los efectos sobre los contratos, siendo de aplicación la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro segundo (el texto refiere la Sección 3ª del Capítulo II del Libro segundo, siendo preciso que se incluya la referencia al Título II), y, por tanto, las consideraciones realizadas al respecto de dicho Capítulo en este informe. El artículo 694 bis además especifica la consecuencia de desactivación de las cláusulas de modificación, suspensión, resolución o terminación anticipada de los contratos, ajustadas las circunstancias del procedimiento especial, y de acuerdo con lo estipulado en el artículo 7.4 DIR.

550.- El trámite de admisión del Plan se centra en el caso de presentación del mismo por parte del deudor, obligándole a comunicar a los acreedores el plan admitido -admisión que puede ser expresa o tácita (artículo 697 bis.1 *in fine* y 2)-, pero olvida regular adecuadamente el trámite a seguir en caso de que se haya presentado propuesta de plan de continuación exclusivamente por los acreedores, pues en dicha circunstancia, su admisión a trámite por el Letrado de la Administración de Justicia debe ineludiblemente notificarse al deudor para que tenga conocimiento del mismo y pueda cumplir con la obligación de comunicación al resto de acreedores, no siendo en este caso aplicable la disposición relativa a "o desde que hayan transcurrido los tres días sin notificación alguna por el letrado de la Administración de Justicia". Ello presenta una importancia capital pues el incumplimiento de la obligación de comunicación por parte del deudor conlleva la conversión de manera automática del proceso en un procedimiento de liquidación (artículo 697.3), si bien debiera entenderse que dicha conversión automática en ningún caso podrá tener lugar si el deudor se opone y no está en situación de insolvencia actual (artículo 697.2 *in fine*), tal y como señala además la exposición de motivos ("*La inacción del deudor se trata como una muestra de desinterés que arroja suficiente duda sobre las posibilidades de éxito del plan lo que tiene como consecuencia el cierre del procedimiento, si el deudor es solvente, o la apertura de la liquidación, cuando se encuentra en insolvencia actual*").



551.- Se sugiere la modificación de la redacción del apartado 4 del artículo 697 bis, sustituyendo "atendiendo" por "se atenderá".

552.- El anteproyecto regula en un trámite conjunto las alegaciones al plan de continuación y aquellas referidas a la cuantía, características, y naturaleza de los créditos afectados por este, de conformidad con la lista de créditos aportada, así como la solicitud de inclusión de créditos, de tal forma que la existencia de dichas alegaciones o solicitudes condiciona el inicio de la votación sobre los mismos, que se retrasará hasta la resolución por auto judicial (697 quater.8), sin perjuicio de que pueda producirse la aprobación provisional del plan aunque dichas alegaciones no hayan sido resueltas (artículo 697 quinquies, apartado 1), salvo que ello impida alcanzar la mayoría suficiente (apartado 3). El sistema permite que se vuelque toda la información potencialmente relevante para la emisión del voto. La sistemática debe reputarse algo confusa, pues si bien nada hay que objetar a la tramitación simultánea de todas las alegaciones, sería más adecuado que se regulase de forma separada la votación y sus plazos, toda vez que las referencias a los derechos de voto, la forma de votación con división por clases o las presunciones de voto favorable se regulan en el artículo 698. Del mismo modo, no se recoge en el articulado la referencia de la exposición de motivos a la notificación electrónica de la certificación del plan, que debiera incluirse en el articulado.

553.- El artículo 697 quater.3 establece que "La no presentación de alegaciones por parte de un acreedor en relación con la cuantía, características y naturaleza de su crédito, o con la clase aquí ha sido asignado se entenderá como aceptación tácita e impedirá la impugnación posterior", lo que responde al objetivo recogido en la exposición de motivos de fomentar la proactividad de las partes interesadas, en este caso de los acreedores, permitiendo que el proceso no quede estancado.

554.- Por imposición de la Directiva, el consentimiento del deudor resulta imprescindible para la aplicación de un marco de reestructuración (artículo 11.1DIR), lo que se recoge en el artículo 698.1 APL, en relación con la aprobación del Plan de continuación, disposición que además remite a la regulación del Libro segundo en relación con el acuerdo de los socios, cuestión anteriormente expuesta. También recoge el artículo 698, apartado 3, la misma exclusión de créditos que el Libro segundo, reproduciendo, por tanto, el privilegio procesal de los créditos públicos.

555.- El artículo 698 resulta acorde con las disposiciones de la DIR en materia de derecho de voto y de aplicación de mayorías (apartados 4 y 6 del artículo



9), reduciéndose los porcentajes establecidos en el Libro segundo (*"para favorecer este tipo de acuerdos"*, según la exposición de motivos), y se cohonestaba con la regulación de dicho Libro segundo. Se introduce, no obstante, una cuestión de gran relevancia, cual es la presunción de voto a favor del acreedor que no lo emita (apartado 8, artículo 698), reiterando así el anteproyecto su objetivo de fomentar la proactividad de las partes y evitar dilaciones innecesarias. Se considera que una clase de créditos ha aprobado el Plan si ha votado a favor la mayoría, o, en el caso de créditos con garantía real, una mayoría de dos tercios. A su vez, el Plan será aprobado, al menos si lo ha aprobado una mayoría simple de las clases -en cuyo caso es necesario que una de ellas sea de privilegio especial o general-, o al menos una clase que presumiblemente hubiera recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento, es decir, que estén conforme con el Plan aquellos acreedores que están, como se denomina en derecho anglosajón, *in the money*.

556.- Una de las principales novedades de la DIR, anteriormente analizada en este informe, es la posibilidad de arrastre de los acreedores disidentes en los planes de reestructuración, a condición de que el plan sea confirmado por una autoridad judicial o administrativa (artículo 10.1ª DIR). En este sentido, también se siguen de cerca las disposiciones relativas a la homologación judicial de los planes de reestructuraciones del Libro segundo, ajustándose el artículo 698 bis a los artículos 10 y 11 DIR. Se introduce la novedad de una homologación tácita -si la misma no es solicitada en un plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la certificación de su aprobación- y justificada en el control judicial previo durante el proceso de determinación de créditos (artículos 607 quater y quinquies, en relación con el artículo 9.5 DIR); homologación tácita que no resulta posible si se ha conseguido dicha aprobación con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto, según la exposición de motivos, porque *«no parece adecuado que un plan de continuación se apruebe por una minoría de acreedores ante el desinterés de la mayoría sin que el juez entre a realizar un control adicional sobre el fondo»*, de tal forma que la inactividad de los acreedores lleva aparejada la homologación expresa.

557.- La obligación de homologación judicial de aquel Plan que conlleva una reestructuración forzosa a todas las categorías (lo que se denomina, como ya se ha señalado, *cross-class-cramdown*), de conformidad con el artículo 11 DIR, impone a su vez la obligatoriedad del nombrar un experto en reestructuración (artículo 5.3b) DIR), pues se hace imprescindible la emisión de un informe sobre el valor de la empresa -ya que solo así puede saberse si el plan cumple efectivamente con el principio según el cual todo acreedor,



individualmente considerado, tiene derecho a percibir en el plan de continuación al menos lo mismo que recibiría en caso de liquidación (artículo 10.2d) DIR)-, y así se establece en el artículo 698 bis.5 APL.

558.- A su vez, el apartado 6 de este artículo 698 bis recoge los requisitos que el Plan debe cumplir, cumulativamente, para poder ser aprobado por el juez, acordes con los estipulados en el artículo 10.2 DIR (no se recoge explícitamente la obligación de notificación a todos los acreedores en este apartado, pero dicha obligación aparece contemplada en el artículo 697 bis.3 APL, de tal forma que, en caso de incumplimiento, el proceso de continuación no habría podido proseguir). Entre ellos (5º) se incluye la regla de la "prioridad relativa" *-relative priority rule-* que la DIR recoge en el artículo 11.2 como excepción a la regla de la prioridad absoluta *-absolute priority rule-* establecida con carácter general en su artículo 11.1c).

559.- Como ya se ha expuesto, el Plan podrá ser recurrido ante la Audiencia Provincial, sin efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 16, apartados 1 y 3 DIR.

560.- Lo que el APL denomina "frustración del plan de continuación" (artículo 699 bis), puede producirse por el rechazo de la homologación, la estimación de la impugnación, o el incumplimiento, circunstancias que, en caso de que el deudor se encuentre en insolvencia actual determinarán la apertura del procedimiento de liquidación, si bien se opta por una apertura inmediata por parte del órgano judicial en todo caso y mediante el correspondiente auto (apartados 3, 4 y 5) que podrá ser impugnada por el deudor, alegando solvencia (apartado 6). Se contempla la facultad del juez de convocar una vista, sugiriéndose que se contemple en plazo en el cual debiera celebrarse, a fin de evitar dilaciones. Este auto, como se ha señalado, es también recurrible, si bien no se especifica si se trata de un recurso devolutivo o no devolutivo, por lo que resulta preciso, como también se ha indicado, que se aclare dicho extremo.

561.- En cuanto al incumplimiento en sí, que puede ser alegado mediante formulario normalizado por cualquier acreedor afectado, produce los mismos efectos establecidos en el Libro primero en relación con el incumplimiento del Convenio (artículos 404 y 405, modificados por el APL).

562.- También determina la apertura del procedimiento de liquidación el incumplimiento de la obligación de estar al corriente de las deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social devengadas con posterioridad a apertura del proceso (artículo 699 quater). Se determina que dicha apertura



se producirá “en todo caso”, pues dicha falta de pago se contempla como un presupuesto objetivo del estado de insolvencia del deudor.

b.3 El procedimiento especial de liquidación

563.- Como se viene indicando, el Anteproyecto establece una segunda vía dentro del procedimiento especial, la liquidación, ya sea de forma agregada, ya mediante la liquidación individual de activos. El proceso introduce importantes novedades para lograr una tramitación rápida y sencilla o, como señala la Exposición de motivos *“para dotar a las microempresas de un instrumento sencillo, rápido y flexible, que les permita terminar ordenadamente un proyecto empresarial, que por un motivo u otro no ha resultado exitoso”*.

564.- Encabezando este Título III, el artículo 705 APL reúne las circunstancias de apertura del procedimiento especial de liquidación que ya aparecían contempladas en el resto del Libro tercero de forma dispersa, si bien se sugiere que se reitere lo estipulado en el artículo 687 bis.3, esto es que el procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento requiere de la existencia de insolvencia inminente o actual si lo solicita el deudor, o actual, si lo requieren otros legitimados, y que, por tanto, queda excluida la situación de probabilidad de insolvencia. Procedería igualmente, en orden a una mejor sistemática de la regulación, que el apartado segundo se reubicara en el artículo 691 quater, o, en todo caso, se ubicase como apartado tercero de este artículo 705.

565.- Señaladas estas cuestiones formales, el Título III introduce importantes novedades en este proceso especial si se establece una comparación con la fase de liquidación del concurso de acreedores, la primera de ellas, el mantenimiento, *a priori*, por parte del deudor de sus facultades de administración y disposición del patrimonio (artículo 694), incluida específicamente la de liquidación del mismo (artículo 707.1), salvo que se solicite el nombramiento de un administrador concursal, tal y como se contempla tanto en el propio artículo 707.1, como en el artículo 714, cuestión que ya ha sido analizada en el presente informe, y que, como también se ha indicado, y como señala la exposición de motivos *«se justifica, en primer lugar, por la previsibilidad de que, en una buena parte de los casos, la masa activa, en el momento de apertura del procedimiento, incluirá pocos activos y su liquidación debería resultar sencilla, sobre todo teniendo en cuenta los mecanismos de liquidación a través de venta por plataforma previstos en este Libro tercero; y en segundo lugar, también previsiblemente, algunos de esos*



activos -los más valiosos- estarán sometidos a garantía real o algún tipo de preferencia específica».

566.- En su objetivo de simplificación del proceso de liquidación de activos, el artículo 706 establece un sistema abreviado de determinación de la masa activa y pasiva, si bien se mantienen inalteradas las normas de reconocimiento de créditos de carácter sustantivo incluidas en el Libro primero. Se parte así de la determinación de la lista de acreedores y del inventario por el deudor en su solicitud de apertura del procedimiento especial de liquidación (art. 691bis.3), o tras la apertura del procedimiento a solicitud de un acreedor (art. 691 *sexies*), como parte del correspondiente formulario normalizado, y se permite insinuar créditos a aquellos acreedores que no hayan sido incluidos inicialmente por el deudor en la lista que debe acompañar la solicitud de apertura (artículo 691 bis 3.6º). Según la exposición de motivos, *«la omisión deliberada de créditos, incluidos los litigiosos, así como la inclusión de créditos no reales reciben una severa sanción en el marco del sistema creado por el procedimiento especial»*. Dicha “severa sanción” aparece recogida en el artículo 689.1, en el marco de las disposiciones generales y consiste en la calificación del procedimiento especial como culpable. También en este caso se fomenta la proactividad de los acreedores, de tal forma que, transcurrido el plazo, sin formular las mismas, las partidas no impugnadas se consideran definitivas (artículo 706.1 *in fine*).

567.- Se observa una errata en la redacción del apartado 3 del artículo 706, donde tras “formulario normalizado” se añade sin solución de continuidad la frase “el juez podrá convocar a una vista..:”, frase que pertenece al apartado 5 (erróneamente numerado como tal, correspondiéndole el numeral 4), y que, por tanto, debe ser eliminada de dicho apartado 3.

568.- El mantenimiento de las facultades por el deudor implica que él será el obligado a presentar el plan de liquidación mediante formulario normalizado en el plazo de veinte días hábiles. No se contemplan las consecuencias para el deudor de la falta de presentación del Plan en dicho plazo, mientras que, en caso de incumplimiento por parte de la administración concursal, deberá entenderse que ello puede ser causa de su separación (artículo 100 TRLC) por concurrir justa causa (incumplimiento de sus funciones), pudiendo generar su responsabilidad sobre la base de los artículos 94 a 98 TRLC.

569.- La tramitación del Plan de liquidación, contenida en el artículo 707, no introduce modificaciones sustanciales en relación con la regulación que se establecía en el Libro primero del TRLC -y ahora eliminada por el



anteproyecto, que suprime el Plan de liquidación del concurso de acreedores- si bien el objetivo simplificador del legislador lleva a una excesiva parquedad respecto a la regulación de la aprobación judicial del Plan, la cual no aparece contemplada en caso de que no haya observaciones o propuestas de modificación por parte de deudor, acreedores o representantes de los trabajadores; tampoco se hace referencia a la posibilidad de que el juez introduzca las modificaciones que estime necesarias u oportunas -facultad que ostentaba actualmente en el concurso de acreedores (artículo 419.1 TRLC)- ni a la propia resolución de aprobación (auto judicial) y los efectos del mismo (valor de autorización para enajenar los bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago o de autorización para enajenar las unidades productivas cuando así conste expresamente en el propio plan aprobado, 419.2 TRLC). Puesto que la regulación del plan de liquidación ha sido suprimida del Libro primero y no cabe su aplicación supletoria, debe indicarse la necesidad de una clarificación específica de estos extremos.

570.- En el mismo sentido, tampoco se hace referencia a la posibilidad de solicitud al juez -por parte del deudor o del administrador concursal- de la modificación del plan aprobado si se estima conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores -toda vez que dichos objetivos son los que determinan la elaboración de todo plan de liquidación, tal y como señalaba el vigente artículo 417.1 TRLC-, en cualquier momento tras su aprobación (como prevé el aún en vigor artículo 420 TRLC), posibilidad que debería ser específicamente contemplada dado el objetivo de eficiencia que marca la DIR, y al que una modificación del Plan posterior a la aprobación podría dar una adecuada respuesta.

571.- Todo Plan de liquidación tiene por objeto la determinación de las actuaciones necesarias para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, mediante la fijación de los concretos mecanismos liquidatorios que potencian la transmisión de unidades productivas que permiten la continuación de la actividad empresarial. La realización de los bienes puede llevarse a cabo de diversas maneras, de forma conjunta o individual, por medio de subasta, por persona o entidad especializada, o por medio de su venta directa, salvo en el caso de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, en cuyo caso se aplican las reglas contenidas en los artículos 209 y 210 TRLC (subasta y, en su caso, autorización judicial para venta directa). Con la aprobación de un plan de liquidación se consigue la fijación de un procedimiento de liquidación *ad hoc* considerando las características específicas del concursado en concreto y



sin tener que caer en la dificultad de aplicación de reglas generales que no encajan en todos los supuestos particulares.

572.- El anteproyecto que se informa incorpora una novedad fundamental cual es unificar el medio de realización de los bienes que, como se ha indicado anteriormente, será la Plataforma electrónica de liquidación (artículo 708.3). Se añade la salvaguarda “a menos que se justifique debidamente conforme a criterios objetivos”, la cual, no obstante, se revela falta de concreción, procediendo que por el prelegislador se regulen los modos de presentación de dicha justificación, mediante, en su caso, formulario normalizado, la tramitación de la misma y la resolución judicial al respecto. La futura Plataforma de liquidación aparece parcialmente regulada en la DA 5ª del Anteproyecto (que a su vez remite a una futura Orden Ministerial que definirá las especificaciones relativas a la operación y uso de los servicios prestados) y deberá llevar a cabo la venta de los bienes mediante subastas periódicas y, justificadamente, mediante venta directa (apartado 5). Como se ha señalado anteriormente, la creación de esta Plataforma tiene como objetivo, según la exposición de motivos, *«agilizar la venta de activos, permitir reducir el coste de la liquidación, incrementar notablemente la transparencia, y coadyuvar a descargar de trabajo al sistema judicial»*, siendo un instrumento destacado del procedimiento especial de liquidación sobre el que se apoya la opción de eliminar, *a priori*, la figura del administrador concursal. En este sentido, la liquidación material de los activos no recae *strictu sensu* en el deudor, sino en la Plataforma, sin perjuicio de la obligación de este de cumplir con diligencia el volcado de la información de los activos en la Plataforma.

573.- Sobre el procedimiento especial de liquidación también se proyecta la preferencia legislativa establecida en el concurso de acreedores por una enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de la masa activa o de algunos de ellos (artículo 417.2 TRLC), si bien la venta conjunta no resulta obligada por la Ley. Así, como se apuntó en su momento en relación con el nombramiento del experto, la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas podrá producirse con la propia presentación de solicitud de apertura de un procedimiento especial de liquidación, en cuyo caso el nombramiento de experto o administrador concursal es obligatoria (artículo 710.2); puede incluirse en el plan de liquidación, estableciéndose también una valoración externa de la empresa o de la unidad productiva, bien por el administrador concursal, si ya ha sido nombrado, bien por un experto designado de conformidad con el artículo 715 (artículo 707.3); y finalmente, sin inclusión previa en el plan de liquidación, se prevé la posibilidad de transmisión por oferta sobrevenida que no se había considerado inicialmente como una



posibilidad, en cuyo caso se realizará una valoración por el administrador concursal, si se ha nombrado o se podrá solicitar el nombramiento de un experto (DA 5ª 6 segundo párrafo). En este último caso, la Plataforma de Liquidación se concibe para facilitar dicha posibilidad, sin perjuicio de la obligatoriedad de la empresa de anunciarse en la Plataforma tanto en caso de presentación junto con la solicitud de apertura, como en el caso de oferta sobrevenida en caso de que presentación de ofertas por persona especialmente relacionada con el deudor.

574.- Parece existir una contradicción entre la exposición de motivos y el articulado del APL, toda vez que el primero señala que *«Entre las alegaciones que los acreedores pueden realizar al plan se prevé en este caso expresamente la posibilidad de que requieran de manera vinculante la publicidad a través de la plataforma de liquidación. Incluso cuando la oferta se presente junto con la solicitud, el procedimiento especial de liquidación prevé la posibilidad de que se presenten ofertas adicionales. Estas ofertas adicionales serán igualmente sometidas a informe y se creará una especie de proceso abreviado de negociación. El sistema crea una suerte de subasta dinámica y transparente de manera informal»*, puesto que dichas cuestiones no se encuentran recogidas en el articulado del Libro tercero, contemplándose únicamente las alegaciones específicas por parte de los acreedores a la valoración de la empresa o de sus unidades realizada con carácter sobrevenido (DA 5ª.7), y no cuando se presenta en el plan de liquidación (si bien procede entenderlas incluidas en las observaciones que pueden realizar (artículo 707.4). Sin embargo, el sistema que refiere la exposición de motivos, incluida la posibilidad de presentación de ofertas adicionales junto con la solicitud de apertura del proceso, el sometimiento de estas a informe de la administración concursal, y la posibilidad de los oferentes de mejorar las ofertas que hubieran presentado, sí aparece regulado en el artículo 224 bis (introducido por el APL en el Libro primero), al que remite el apartado 2 del artículo 710 APL, por lo que la contradicción señalada es solo aparente.

575.- Procede en este punto señalar que la sistemática elegida para la regulación de la Plataforma resulta confusa, ya que se recoge en la DA 5ª del APL, pero, además de la descripción de la misma como “un portal público electrónico para la venta de los activos de las empresas en liquidación” (apartado 2), y la regulación de su funcionamiento general (apartados 3 a 5 y primer párrafo del apartado 6), esta Disposición Adicional se destina a regular la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en momento posterior a la elaboración del plan de liquidación (segundo párrafo apartado 6 al apartado 11), cuestión que resultaría más adecuado ubicar en el texto de la ley, con anterioridad al artículo 710, a efectos de unificación



temática y claridad expositiva, más aun teniendo en cuenta que el propio apartado 11 de la disposición adicional que se aborda hace referencia al “sistema de enajenación previsto en el artículo siguiente”, sentencia que parece provenir de una redacción anterior del Anteproyecto en la que dicha cuestión estaba regulada en el Título III del Libro tercero, pues el sistema de enajenación de la empresa o de las unidades productivas no se contempla en el DA 6ª sino en el artículo 710.

576.- En cuanto a las operaciones de liquidación en sí, el apartado 4 del artículo 708 reproduce la misma limitación temporal que establece el artículo 528 del vigente TRLC para la realización de estas en el marco del procedimiento abreviado, tres meses, prorrogables un mes más a petición del administrador concursal -y en este caso del deudor-. En el concurso de acreedores, en el cual, como procedimiento ordinario, el plazo de la fase de liquidación es de un año, la consecuencia del incumplimiento de dicho plazo se establece en el artículo 427, siendo que “transcurrido un año desde la firmeza de la resolución judicial por la que se hubiera procedido a la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, cualquier interesado podrá solicitar al juez del concurso la separación de la administración concursal y el nombramiento de otra nueva”. En el procedimiento especial, no obstante, el transcurso del plazo lleva, hayan finalizado o no las operaciones de liquidación, a la presentación del informe final de liquidación y a la conclusión del proceso, salvo que se encuentre en tramitación la calificación o una acción rescisoria o de responsabilidad (artículo 719.1 APL), al igual que se establece en el concurso de acreedores (artículo 473.3 TRLC), toda vez que para determinar la insuficiencia de activo para satisfacer los créditos contra la masa, debe tenerse en cuenta la totalidad del activo del concursado, incluyendo los saldos pendientes de cobro y las eventuales acciones a plantear contra terceros, de tal forma que la conclusión no procede en tanto que esté pendiente la calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de responsabilidad dirigidas contra terceros; esto es, cuando existe la posibilidad de que ingresen en la masa activa nuevos bienes o derechos, por cualquiera de estas vías. Todo ello sin perjuicio de que el ejercicio de la acción rescisoria no suspende el normal desarrollo del proceso (artículo 695.5).

577.- Así, en el procedimiento especial, transcurrido el plazo, el proceso concluye, y se mantienen los bienes no liquidados en la Plataforma para la realización de pagos periódicos a los acreedores a medida que se produzca la venta de activos (artículo 720.1.3º y DA 5ª 6), no siendo de aplicación el artículo 427 TRLC, al no ser posible que se produzca una dilación indebida. No obstante, procede tomar de dicho artículo el *dies a quo* para el cómputo



del plazo para la presentación del informe final y la solicitud de conclusión del proceso, que será el día en que adquiera firmeza la resolución judicial por la que se apertura el proceso de liquidación, toda vez que el artículo 719.1 estipula “transcurridos tres meses desde su comienzo”, sin que aparezca clarificado si dicho comienzo viene referido al procedimiento o a las operaciones de liquidación. Así, si bien con anterioridad a la entrada en vigor del Texto refundido, parte de la doctrina consideraba necesario que se tomase como *dies a quo* aquél en el que se verificase la aprobación judicial del plan de liquidación o en su defecto, cuando recayese el auto judicial que acuerda la liquidación concursal, dicha polémica fue zanjada por el legislador en el artículo 427.1 TRLC.

578.- Resulta ciertamente inusitado que el procedimiento judicial se concluya sin haber finalizado la liquidación de los bienes, si bien el hecho de que la liquidación de activos pueda continuar es a su vez lo que puede justificar un plazo tan exiguo de difícil cumplimiento real. Desde un punto de vista eminentemente práctico, aparece como una solución sencilla para la mera ejecución de operaciones mecánicas, con una reducción de costes del proceso y una liberación de los Juzgados, pero también implica una conclusión anticipada en la que la “ejecución” de la resolución judicial (confirmación o modificación del Plan de liquidación, artículo 707.5) se extrae del control jurisdiccional, trasladándose a una Plataforma electrónica y, en definitiva, al órgano administrativo encargado de su funcionamiento, con posible afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del proceso, y concretamente de los acreedores. Si bien la DIR impone, como se viene repitiendo, la obligación de los Estados miembros de reducir la duración de los procesos, establecer su conclusión formal adelantada, sin que materialmente pueda determinarse que se ha producido su finalización, al situar fuera del propio proceso, y del control judicial, partes del mismo, puede reputarse una fórmula de eficacia puramente aparente.

579.- En esta misma línea de reducción del tiempo durante el cual el proceso judicial se encuentra abierto, el artículo 711, incluye, como señala la exposición de motivos *«un sistema de monetización de los créditos que tiene una doble vertiente: por un lado un sistema de enajenación de los créditos, y, por otro, un mecanismo de cesión de los créditos con gestión de cobro, cuya finalidad consiste en que el cesionario litigue en nombre y por cuenta del deudor»*, introduciéndose igualmente un límite temporal, bien para la monetización de los créditos (apartado 1), bien para su liquidación (apartado 2), de seis meses desde la apertura de la liquidación, o en su caso, hasta la finalización de la calificación. El establecimiento de una limitación temporal resulta coherente con el diseño del procedimiento especial y el objetivo del



prelegislador de reducir su duración; se produce, sin embargo, una contradicción interna del sistema: no debe olvidarse que las operaciones de liquidación deben realizarse en tres meses (artículo 708.4), salvo que se encuentre en tramitación la calificación o una acción rescisoria o de responsabilidad. Pareciera, por tanto, que el límite establecido en el artículo 711 debiera ser solo de tres meses, a fin de que quedara integrado en la masa activa el crédito ya liquidado antes de que se concluyese el proceso (puesto que subsiste la posibilidad de que ingresen en la masa activa nuevos bienes o derechos). El que las operaciones de liquidación de la masa activa puedan prolongarse tras la conclusión del procedimiento no justifica que la obligación que se impone al deudor -o en su caso al administrador concursal- de cobro o liquidación del crédito para su integración en la masa activa puede prolongarse por otros tres meses más, ni que el incumplimiento de dicha obligación no tenga ninguna consecuencia, más que, podría entenderse, la subrogación de los acreedores establecida en el artículo 122 TRLC.

580.- De otro lado, el sistema de cesión de crédito establecido en el ordinal 2º del apartado 2 presenta la ventaja declarada de permitir cerrar el procedimiento, dejando para un momento posterior la gestión del cobro y la distribución entre los acreedores de lo recaudado, dando solución al problema de mantenimiento del proceso solo para el posible cobre de créditos inciertos. Debe añadirse que el APL no determina el porcentaje de remuneración del cesionario, ni la cuantía de la comisión de cobro, debiendo entenderse, por tanto, que queda al arbitrio de cedente (deudor) y cesionario. Asimismo, se establece que “[L]a diferencia entre la cuantía cobrada y la retribución del cesionario se distribuirá entre los acreedores *según quedará establecido en el procedimiento especial de liquidación*”, sugiriéndose se sustituya por “*según quedará establecido en el plan de liquidación*”.

581.- En cuanto a la conclusión en sí, el apartado 5 del artículo 719 establece que la resolución de la posible oposición de deudor o acreedores a la conclusión por parte del juez será mediante sentencia, contra la que no cabe recurso. No se hace referencia, sin embargo, a la resolución judicial que debe adoptarse en caso de que no exista oposición al informe final o a la solicitud de conclusión, ni en caso de que la conclusión y archivo se deba a los motivos establecidos en los apartados 2º y 3º *ab initio* del artículo 720.1, siendo procedente que, si bien parece deducirse de la regulación del concurso de acreedores, que se concluirá mediante auto, que por el prelegislador se incluya explícitamente la referencia al dictado de la correspondiente resolución judicial y al régimen de recursos frente a la misma, en su caso, cuestión que sí aparece recogida en el artículo 699 en relación con la conclusión del procedimiento especial de continuación por cumplimiento del



plan (artículo 720.1.1º), que se hará mediante auto, el cual, a tenor de lo estipulado en el artículo 688.4, no es susceptible de recurso.

582.- Los motivos consignados en el artículo 720.1 APL para la conclusión del proceso no incluyen todos los supuestos de conclusión del concurso, contemplados en el artículo 465 TRLC. En este sentido, cierto es que puesto que el único motivo por el cual se puede impugnar la apertura del procedimiento especial es la falta de competencia territorial o internacional (artículo 692.3 APL), no cabe una revocación del auto de apertura del procedimiento especial que lleve a su conclusión (456.1º). Parece, no obstante, que resulta posible un pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (456. 6º TRLC, 5º en el APL), o una aceptación firme del desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (456.7º TRLC, 3º en el APL), sin que por parte del prelegislador se explique la razón de la exclusión de tales motivos para la conclusión del proceso especial. Finalmente, no debe obviarse que el concurso de acreedores puede concluir por la desaparición sobrevenida de la situación de insolvencia (artículo 521 TRLC en relación con el artículo 22 LEC), motivo que, dada su naturaleza, procede considerar igualmente aplicable a la conclusión del proceso especial.

583.- Adolece el artículo 719 de la misma parquedad que se indicaba en relación con el artículo 707, de tal forma que la simplificación del trámite presenta lagunas importantes, cual es la especificación de a quién debe comunicarse electrónicamente el informe final mediante formulario. Si bien, por aplicación supletoria del artículo 468 apartados 4 y 5 TRLC, debiera entenderse que la comunicación se realizará a los acreedores y a la oficina judicial, sería conveniente que se incluyese explícitamente en el artículo 719.1. No debe olvidarse que el objetivo del prelegislador es que el procedimiento especial sea dirigido por el propio deudor, y, no por un profesional del concurso, por lo que en el texto de la ley debiera ser lo más explícito posible.

584.- Es conveniente que se establezca en el apartado 4 del artículo 719 el plazo en el que debiera realizarse la vista virtual que puede convocar el juez del concurso.

585.- En el concurso de acreedores, en la resolución judicial por la que se declara la apertura de la fase de liquidación (sea ésta acordada directamente o como consecuencia del fracaso de un convenio intentado) se ha de ordenar la formación de la sección de calificación del concurso (art.446.1 TRLC) si



ésta no hubiera sido abierta anteriormente por las características del convenio que se había aprobado (art.446.2 -quita superior a un tercio de la deuda o espera superior a tres años-). En el procedimiento especial de liquidación, y bajo la siempre presente premisa de reducción y simplificación de trámites, se diseña una calificación abreviada (Capítulo IV del Título III, artículos 717 y 718) que corre igualmente en paralelo a la liquidación, pero cuya apertura es, con carácter general, voluntaria. Además, debe significarse, solo es posible en el proceso de liquidación, y no en el de continuación, lo que resulta coherente con el consentimiento de los acreedores a una solución acordada -sin perjuicio de su mantenimiento obligatorio en el concurso de acreedores).

586.- La calificación puede solicitarse, en primer lugar, por los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo y los socios personalmente responsables de la empresa (artículo 717.1), y por cualquier acreedor en caso de inexactitud grave o falsedad. En todo caso, y del tenor literal del texto, cabe deducir que, incluso a pesar de la existencia de dicha inexactitud grave, o de la existencia de otras presunciones de culpabilidad (artículo 444 TRLC), si no se produce la solicitud de apertura por parte de los acreedores, esta no se llevará a cabo. El APL por tanto hace descansar sobre la voluntad de los presuntos perjudicados de la posible actuación dolosa o de culpa grave del deudor una de las cuestiones más determinantes sobre la futura capacidad de administración del deudor. Ello se cohonestaba con las modificaciones del Libro primero en las cuales, si bien se mantiene la apertura de oficio de la sección de calificación (artículo 446 TRLC) se suprime el dictamen del Ministerio Fiscal y se establece el reconocimiento de la legitimación los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable (artículo 449 APL). No obstante, se observa cierta incoherencia en la regulación, toda vez que, si bien en el procedimiento especial no se hace referencia a ese nuevo informe de los acreedores que ahora recoge el Libro primero, sí se habla del informe de los acreedores públicos como un motivo para no proceder al archivo en caso de que la administración concursal califique el procedimiento de fortuito (artículo 717.3). Se sugiere al prelegislador que clarifique dicho extremo, mediante la oportuna referencia previa a la posibilidad y modo de presentación de un informe de calificación ya sea por cualquier acreedor o solo (y en dicho caso, bajo qué justificación de exclusión del resto) de los acreedores públicos, que, en la nueva regulación, parecen tomar el papel del Ministerio Público. Del mismo modo, y dado que ese "informe de los acreedores públicos" puede evitar el archivo de las actuaciones, procedería que se clarificara cuál es el



procedimiento que debe seguirse a continuación, y que en el apartado 4 del artículo 717 *in fine* se añadiese la referencia a dicho informe en relación con el escrito de impugnación.

587.- Es conveniente incluir en el apartado 5 del artículo 717 el plazo en el que debiera celebrarse la posible vista de oposición.

588.- Si bien se aplican las disposiciones generales sobre calificación, presunciones y sentencia contenidas en el libro primero (artículo 718), se añade la presunción sin prueba en contrario de la inexactitud grave o provisión de información o documentación falsa, falseada, incompleta o inveraz (artículo 718.2), como ya se adelantaba en el artículo 689 APL, si bien en este último se habla únicamente de inexactitud grave, definiendo tal concepto, y de documentos falsos, y no de documentación incompleta, discrepancia que procedería subsanar para mayor seguridad jurídica.

589.- De otro lado, la calificación, como es sabido, valora las circunstancias que llevaron al deudor a su estado de insolvencia, de tal forma que si el concurso es calificado como culpable, se producen una serie de consecuencias graves y negativas para el deudor, entre las que se encuentra la inhabilitación para administrar los bienes propios o ajenos y para actuar en representación de personas o entidades, durante un período de dos a quince años, o la pérdida, con carácter general, del beneficio de la exclusión del pasivo insatisfecho (artículo 487. 3º APL). Dicha trascendencia para los derechos del deudor motiva la existencia de los recursos de apelación y casación contemplados en el Libro primero (artículos 460 y 550 TRLC) y, del mismo modo, debe entenderse que, a pesar de lo establecido en el artículo 688.4 APL, los mismos subsisten en el procedimiento especial por la aplicación supletoria señalada y recogida en el artículo 718.1, a pesar de lo cual, se sugiere la inclusión de una referencia explícita a fin de evitar inseguridad jurídica.

c. La exoneración del pasivo insatisfecho.

590.- Resulta imprescindible finalizar el estudio del procedimiento especial para microempresas con la oportuna referencia a la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho que se realiza en el marco del Libro tercero, la cual no presenta ninguna particularidad en relación con las disposiciones del Libro segundo, de tal forma que podrán solicitar dicha exoneración los deudores personas físicas, tanto en los casos de frustración del plan de continuación (artículo 700), como una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente (artículo 716). Puesto que la frustración del



procedimiento de continuación (falta de aprobación del plan, rechazo de su homologación por el juez, estimación de la impugnación o incumplimiento) en caso de insolvencia actual determina ineludiblemente la apertura del procedimiento de liquidación (artículo 699 bis.1), debe entenderse que la exoneración en este supuesto (artículo 700) es en realidad la misma que la establecida en el artículo 716, es decir, el deudor podrá solicitarla una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente, salvo que quiera sujetarse a una exoneración con plan de pagos, en cuyo caso parece que deberá solicitarlo dentro de los diez días siguientes a la apertura del proceso (artículo 413.1.3º). En caso contrario, surge la dificultad de determinar el plazo con el que cuenta el deudor para presentar la solicitud, ya que el artículo 501, intitulado "solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa", establece en su apartado segundo que se podrá presentar dentro del plazo de audiencia concedido para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso. No obstante, ello no es aplicable al procedimiento especial de liquidación, que, como hemos visto, puede continuar con la liquidación de activos a pesar de su conclusión. Es por ello que procedería que por parte del prelegislador se estableciese explícitamente un plazo para la presentación de la solicitud tras "la terminación de la liquidación y distribuido el remanente".

591.- La frustración del plan de continuación en una situación de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente permitiría al deudor solicitar la exoneración mediante la sujeción a un plan de pagos (además, en caso de insolvencia inminente, puesto que el deudor puede solicitar la apertura del proceso de liquidación, también llevaría, en su caso, a la solicitud de exoneración tras la terminación de dicho proceso), toda vez que la DIR sujeta el acceso a la plena exoneración de deudas a un concepto de "insolvencia" definido por el derecho nacional (Considerando 73).

III

Las modificaciones en el Libro I TRLC

592.- Entre sus objetivos, la DIR establece que los Estados Miembros deben instaurar «*medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*» [Considerando (1) y Artículo 1.1 c), aludiendo para ello a una tramitación rápida y eficiente de los procedimientos [Considerando (86), Título IV en su conjunto y concretamente artículo 25 b)]. No estipula, sin embargo, medidas concretas que los Estados miembros deben implementar para conseguir la eficiencia y la eficacia de los procesos, más allá de las contenidas en el Título IV, artículos 25 a 28, destinados respectivamente a las autoridades judiciales y administrativas



(art. 25), a los administradores concursales (art. 26) y su supervisión y remuneración (art. 27), y a la utilización de los medios electrónicos (art. 28), si bien el artículo 34.1 permite que la trasposición del artículo 28 letras a), b) y c) se retrase hasta el 17 de julio de 2024 y la letra d) hasta el 17 de julio de 2026, es decir, se da un mayor margen de tiempo a los Estados Miembros para la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

593.- Dentro de la libertad que otorga la DIR a los Estados miembros para dar cumplimiento al objetivo de mejorar la rapidez y eficiencia de los procesos de insolvencia, el prelegislador nacional opta por introducir una serie de modificaciones en el concurso de acreedores regulado en el Libro primero del Texto refundido de la Ley Concursal, así como diseñar el nuevo procedimiento especial para microempresas, las cuales, como señala la exposición de motivos del APL constituyen el 93,82% del tejido empresarial español, que se regula en el Libro tercero y que es objeto de análisis posteriormente.

594.- Así, las modificaciones introducidas en el Libro primero abarcan diversos aspectos del concurso de acreedores, resultando merecedoras de una valoración desigual, tanto en su pretendida eficiencia como en su cumplimiento de las disposiciones de la norma europea.

a. De la agilización procesal:

595.- El prelegislador aboga, y así lo señala en la Exposición de motivos, por una agilización del concurso mediante la reducción de plazos en su declaración, para lo cual se modifican en primer lugar los artículos 10, 11 y 14, estableciéndose un reparto de la solicitud de concurso al juez competente el mismo día de la presentación o al día siguiente hábil, y reduciendo el plazo de subsanación de la solicitud de cinco a tres días. No es difícil aventurar que las previsiones sobre el reparto adolecen de un voluntarismo que no siempre será posible cumplir, sobre todo en aquellas poblaciones con mayor volumen de trabajo en los Juzgados de lo mercantil, por lo que la medida estipulada, sin ser errónea, no parece destinada a tener un efectivo impacto en la reducción de la duración de los concursos, quedándose en una mera propuesta formal.

596.- El objetivo de agilización del proceso se introduce también mediante el establecimiento de los medios electrónicos como forma de notificación a los organismos y administraciones públicas (artículo 14.4 APL), precisión acertada y coherente tanto con la DIR como con la LEC; mediante la reducción de plazos para la práctica de pruebas a 10 días (artículo 23.2 APL);



así como a través de la estipulación de la formación de las secciones correspondientes por el LAJ el mismo día de la declaración del concurso (artículo 31 APL), y el envío del edicto relativo a tal declaración al Registro público concursal el mismo día de la aceptación del cargo por el administrador concursal (artículo 35.1 APL).

597.- Como señala la exposición de motivos, hasta ahora el concurso de acreedores se desarrolla primeramente en una fase común, que no finaliza hasta la consolidación de los textos definitivos de inventario y lista de acreedores (306 y 307 TRLC). El texto proyectado opta por permitir una continuación del proceso, partiendo de un inventario y lista provisional de acreedores, mediante a modificación del Título VI ("Del informe de la administración concursal"). De esta forma, se crea una nueva Sección 3ª en el Capítulo I de dicho Título, integrado por el artículo 296 bis, de conformidad con el cual el Letrado de la Administración de Justicia pondrá fin a la fase común dentro de los quince días siguientes a la presentación de los textos provisionales, suprimiéndose los artículos 306 y 307. Cabe añadir que se modifica también el artículo 294 TRLC relativo a la publicidad de la presentación de estos informes, de tal forma que se establece de un lado que la remisión de los mismos al Registro público concursal debe ser realizada por el LAJ, siendo conveniente que dicha función sea una obligación de la administración concursal, evitando aumentar la carga de trabajo de la oficina judicial, y de otro, se traslada a la administración concursal la obligación de notificación del informe al deudor y a los personados en el concurso, lo que a su vez conlleva la modificación del apartado 2 del artículo 297, introduciendo la dificultad de llevar a cabo un adecuado cómputo de plazos por parte del Juzgado, que es desconocedor de las diversas fechas de remisión del informe por parte de la administración concursal. Se sugiere, en consecuencia, que bien se mantenga la redacción actual de los artículos 294.1 y 297.2 TRLC, con la notificación a las partes personadas por parte del Letrado de la Administración de Justicia, bien se añada la obligación de la administración concursal de remitir copia de las comunicaciones al juzgado, a fin de que este puede realizar el cómputo de plazos para la impugnación.

598.- La introducción del artículo 296 bis afecta también a la tramitación del convenio, de tal forma que ya no es el carácter definitivo del inventario y de la lista de acreedores el presupuesto necesario para que el deudor opte por convenio o liquidación -salvo en caso de convenio anticipado-, sino que la presentación del informe provisional abre automáticamente el plazo para la presentación del convenio por deudor o acreedores (artículo 337 APL, sin perjuicio de que pueda presentarse junto con la solicitud de concurso). Del mismo modo, la presentación del informe provisional también abre el plazo



para que la administración concursal y los acreedores presenten informe de calificación (448 y 449 APL). Estas modificaciones merecen una valoración positiva, toda vez que permiten simultanear trámites, reduciendo la duración del proceso.

599.- Del mismo modo, más allá de la tramitación preferente de los recursos de apelación contra las sentencias, y en su caso, autos dictados por el juez del concurso, que ya se encontraba establecida en el actual TRLC, se fija un plazo de dos meses para su resolución por la Audiencia Provincial (artículo 548 APL), plazo procesal cuyo cumplimiento real está vinculado al efecto de la reforma de los procedimientos sobre la carga de trabajo de estos órganos judiciales, especialmente con la creación de un procedimiento especial para microempresas en el que se eliminan con carácter general los recursos de apelación y con las modificaciones competenciales de los órganos especializados.

600.- Se introducen también modificaciones en el Título XIII, destinado a la publicidad del concurso, mediante el establecimiento de la norma general de notificación y comunicación por medios electrónicos (artículo 552) y la fijación de un plazo mínimo para el traslado o entrega de documentos (artículo 553.2). Debe ser objeto de crítica, no obstante, la supresión de la disposición relativa a la habilitación legal para reglamentar la coordinación de registros públicos (artículo 559 TRLC), pues dicha coordinación es una medida adecuada para el incremento de la eficiencia de los procedimientos y sus efectos jurídicos, más cuando hasta el momento, no se ha procedido a elaborar dicha norma reglamentaria.

b. Del concurso sin masa

601.- Los artículos 470 a 472 del vigente TRLC regulan la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso, momento de conclusión establecido sin perjuicio de que la insuficiencia de masa activa sea causa de conclusión en cualquier estado del procedimiento. En la MAIN del Anteproyecto del Texto Refundido de la Ley Concursal se recogía que esta modalidad de conclusión del concurso ha resultado ser el modo más habitual de conclusión de los concursos de acreedores en España. El artículo 470 TRLC prevé concretamente la posibilidad de que el juez acuerde la conclusión del concurso por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración "cuando aprecie de manera evidente que la masa activa presumiblemente será insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del procedimiento, y, además, que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de



terceros ni la calificación del concurso como culpable" (el denominado "concurso exprés"). El presupuesto o requisito de este motivo de conclusión del concurso se contenía originariamente en el artículo 176 bis LC, añadido por Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal de 2003, no siendo la "inexistencia" de bienes y derechos del concursado y de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores, como se exigía en el antiguo artículo 176.4º de la LC en su redacción original, sino la mera "insuficiencia" de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (nueva redacción del art. 176.1.3º LC, artículo 465.5º TRLC). La ley no autoriza a una inadmisión de la solicitud del concurso, sino a una conclusión en el propio auto de declaración, ya que la insuficiencia de la masa no aparece entre los presupuestos y requisitos, tanto objetivos como subjetivos de inadmisión, sino como la causa de conclusión de un concurso ya declarado.

602.- Este auto de declaración y conclusión de concurso es susceptible de recurso de apelación (artículo 471 TRLC), siendo un supuesto de carácter excepcional, pues es el único caso en el que se puede interponer recurso contra el auto de conclusión del concurso. A propósito de la legitimación para interponer tal recurso de apelación, un sector de la jurisprudencia ya ha reconocido la misma a cualquier acreedor que no se hubiese personado antes del auto de declaración y conclusión del concurso, por entender que tiene interés legítimo -aplicable solo a los concursos declarados a partir del uno de enero de 2012, conforme a las disposiciones transitorias 1ª y 11ª de la LC03 (por ejemplo, auto de 29 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona y auto de 26 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Baleares). Otro sector de la jurisprudencia, por el contrario, niega legitimación a los acreedores que no hayan instado el concurso y también a los socios de la sociedad deudora para recurrir en apelación el concurso exprés, por no haber sido parte en la instancia, remitiendo su tutela a la vía de la reapertura del concurso, en el plazo de un año, conforme a art.179.3 LC, actual art.505.2 TRLC (Autos de 22 de junio de 2018 y 16 de enero de 2019 de la Audiencia Provincial de Valencia).

603.- Frente a este sistema, el Anteproyecto que se informa, como señala su Exposición de motivos, *"sustituye los concursos que nacen y fenecen al mismo tiempo por un sistema más abierto al control de los acreedores"*. Se introduce así una nueva Sección 4ª en el Título I, artículos 37 bis a 37 quinquies, suprimiéndose paralelamente los artículos 470 a 472, y modificándose otros aspectos vinculados como el pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de masa activa (artículo 250) o el informe de la administración concursal sobre la insuficiencia sobrevenida (artículo 473).



604.- De esta forma, el texto proyectado parte de una definición del concurso sin masa en el artículo 37 bis, y articula el referido control de los acreedores en el artículo 37 ter. Así, no es el juez quien determina la previsibilidad o no de la existencia de acciones de reintegración o responsabilidad, o de que el concurso pudiera ser declarado como culpable, sino que son los acreedores que representen al menos el cinco por ciento del pasivo -debe entenderse que de aquel pasivo "que resulte de la documentación", por lo que el porcentaje puede no estar ajustado- los que pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que informe sobre (i) la existencia de indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley; (ii) la existencia de indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados; y (iii) sobre la existencia de indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable. Para que los acreedores puedan intervenir, previamente el juez, atendida la definición contenida en el artículo 37 bis, debe dictar auto declarando el concurso, sin más pronunciamientos, y ordenar su publicación en el BOE y el Registro público concursal a fin de otorgarle la publicidad necesaria. Debe ponerse de manifiesto que el mayor control otorgado a los acreedores tiene un precio, cual es la retribución del administrador concursal, que corre a su cargo (artículo 37 quater, *in fine*). La apreciación de indicios por parte de la administración concursal implica la continuación del procedimiento y la apertura de la fase de liquidación (artículo 37 quinquies), así como el inicio del plazo para ejercitar las acciones rescisorias y de responsabilidad por parte de la administración concursal, transcurrido el cual, se otorga legitimación subsidiaria a los acreedores (artículo 37 quiquies.2). De ello se deduce que, en caso de que el informe de la administración concursal no aprecie indicios, el juez deberá dictar auto de conclusión del concurso, sugiriéndose al prelegislador que se especifique tal extremo en esta nueva Sección.

605.- En caso de que no haya ninguna solicitud de nombramiento de administración concursal, el apartado 2 del artículo 37 ter habilita al deudor persona natural para presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. El artículo 472 del vigente TRLC establece que "1. Si el



concurado fuera persona natural, el juez, en el mismo auto que acuerde la conclusión, designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden establecido en esta ley para el supuesto de insuficiencia de masa. 2. Una vez comunicada al juzgado la finalización de la liquidación, el deudor, dentro de los quince días siguientes, podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso, siendo de aplicación la tramitación, los requisitos y los efectos establecidos en esta ley". Es decir, en la vigente regulación para que el deudor persona natural pueda acceder a la exoneración, es necesario, en primer lugar, que haya un auto de conclusión del concurso (que será el mismo que el de declaración) y que en él se nombre un administrador concursal. En el texto proyectado, puesto que se modifica el régimen legal de la exoneración del pasivo insatisfecho en trasposición de la DIR, tal y como se analiza en el presente informe, permitiendo a la persona natural tanto la exoneración sin liquidación de masa activa con sujeción a un plan de pagos como con liquidación, si la causa de la conclusión es la finalización de la liquidación o la insuficiencia de masa activa (artículo 486 APL), procede poner en relación el citado artículo 37 ter.2 con el nuevo artículo 501.1 APL, que establece: "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 10 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 apreciarse indicios suficientes para la continuación del procedimiento". Se sugiere para mayor claridad expositiva que se incluya en el artículo 37 ter.2 la oportuna remisión a los plazos de solicitud estipulados en el artículo 501.1 APL, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en relación con este último. Al margen de lo anterior, pareciera igualmente necesario que se contemplase el dictado de una resolución judicial de conclusión del concurso en caso de que, transcurrido el plazo estipulado, no se solicitase el nombramiento de administrador concursal.

606.- Debe significarse que al contemplar en el artículo 37 ter.1 el dictado de un auto de declaración del concurso "sin más pronunciamientos", se corre el riesgo de que el deudor lleve a cabo acciones patrimoniales perjudiciales para la masa activa durante el plazo en el que se realizan las acciones necesarias para determinar si efectivamente se dispone o no de activos suficientes y debe declararse el concurso con todos sus efectos (de partida, quince días para la presentación de solicitud de nombramiento de administrador concursal, y, en caso de que se nombre, un mes desde la aceptación para



emitir el informe, artículos 37 ter.1 y 37 quater). Se sugiere por ello al prelegislador que, en aras de una mayor seguridad jurídica, se establezca la obligación del deudor de comunicar al juzgado la adopción de disposiciones patrimoniales que puedan afectar a la masa activa, puesto que estos actos de disposición patrimonial no serían reintegrables (el régimen de la reintegración se aplica a los actos anteriores a la declaración de concurso, artículo 226 TRLC), pudiendo resultar igualmente inviable su anulación.

607.- La modificación relativa al concurso sin masa se completa en primer lugar con la reforma del artículo 250, que ubicado en el Capítulo IV del Título IV del Libro primero ("De los créditos contra la masa"), regula las especialidades en caso de insuficiencia de la masa activa. El precepto vigente establece unas reglas de prelación especial que deben de operar a partir del momento en que la administración concursal comunica expresamente la insuficiencia de la masa activa, y afectan a los créditos vencidos antes de la comunicación y que puedan vencer con posterioridad a ella, prelación de la que se exceptúan los créditos imprescindibles para la liquidación (apartado 2, artículo 250 TRLC).

608.- El texto proyectado modifica de forma significativa este precepto, estableciendo en su apartado 2 una lista cerrada de créditos imprescindibles para la liquidación, para, de acuerdo con la Exposición de motivos «*evitar pronunciamientos judiciales en materias tradicionalmente conflictivas*». Efectivamente, la estipulación cerrada por parte del prelegislador de cuáles son los créditos imprescindibles para la liquidación elimina las controversias para su determinación, así como el tiempo invertido en la solución judicial de las mismas. Se enumeran concretamente los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios; la retribución de la administración concursal y de los auxiliares delegados durante los doce primeros meses desde la declaración del concurso; y las cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa. Esta modificación se coherente con la eliminación del orden especial de prelación de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de esta que se recoge en el vigente apartado 1 del artículo 250 TRLC, estableciéndose en el nuevo apartado 3 que el resto de los créditos no imprescindibles se satisfarán por el orden general "si bien los créditos por alimentos del deudor y las personas respecto de las cuales tuviere el deber legal de prestarlos se satisfarán inmediatamente después de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso". En relación con ello, se modifica el artículo 242,



que establece el orden general de los créditos contra la masa, recogiendo en primer lugar los créditos anteriores a la declaración de concurso por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, seguidos de los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. La reforma del precepto debe valorarse positivamente pues introduce claridad y seguridad jurídica.

609.- En segundo lugar, la introducción del concurso sin masa se acompaña, como se ha señalado anteriormente, de la supresión de los artículos 470 a 472 (conclusión por insuficiencia de la masa activa), y de la reforma del artículo 473, relativo al informe de la administración concursal sobre la insuficiencia sobrevenida, que aparece adecuadamente cohonestado con el informe contemplado en el artículo 37 ter y con las modificaciones introducidas.

c. De la competencia

610.- La atribución a los Juzgados de lo mercantil de competencia sobre el concurso del deudor persona natural no empresario se cohonesta adecuadamente con la reforma que se introduce en el Anteproyecto de Ley orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en trámite de informe de este Consejo.

611.- Este órgano constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse en su informe sobre el Anteproyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal sobre la redacción del artículo 221 TRLC y la atribución de la competencia exclusiva al juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa y para determinar los efectos de la sucesión sobre los créditos pendientes de pago, en caso de enajenación de una unidad productiva, señalando que se trataba de una integración de una laguna que había dado lugar a posiciones encontradas en el orden civil y en el orden social, atendiendo a las reglas de competencia generales del juez del concurso (art. 86 ter LOPJ y art. 8 LC). Se indicaba además que *«[c]abe sostener que le corresponde al juez del concurso fijar el perímetro de los efectos de la transmisión de unidades productivas, y de ese modo concretar hasta dónde alcanza el efecto de la sucesión [...] Es cierto –no puede obviarse– que la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5222) contiene un escueto argumento (FJ 5º) conforme al cual parece atribuirse la competencia para determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial corresponde al orden jurisdiccional social. Con*



posterioridad se han pronunciado en el mismo sentido las SSTS de 26 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1777), y 12 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3295). No obstante tales pronunciamientos, la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada.»

612.- Dichas consideraciones no han sido compartidas por algunos órganos jurisdiccionales, que han estimado que el Gobierno incurría en una extralimitación en las facultades conferidas en la delegación legislativa (*ultra vires*). Cabe hacer mención del Auto del Juzgado de lo Social Núm.5 de Barcelona de 13 de enero de 2021, según el cual, el artículo 221.2 TRLC, al atribuir la competencia al juez del concurso para declarar la existencia de sucesión de empresa «*ha introducido un cambio competencial y una modificación de normas de carácter procesal vigentes, como la de los artículos 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 de la LRJS, no contemplados ni autorizados por la norma habilitante de la delegación legislativa propia de un texto refundido*».

613.- Pues bien, el mantenimiento del apartado 2 del artículo 221 en el Anteproyecto -acompañado de la clarificación de facultad de recabar informe de la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social (apartado 3)-, junto con la introducción específica en el artículo 52. 4º de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en la declaración de la sucesión de empresa -limitada a los casos de transmisión de unidad o unidades productivas-, zanja en todo caso las dudas que pudieran presentarse al respecto, pues el prelegislador, dentro de sus competencias, y de forma justificada y coherente con la regulación señalada -artículo 86 ter LOPJ, concretamente, además, en la modificación introducida en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ, objeto de estudio en el presente informe -artículo 52.4º APL y artículo 57 Estatuto de los Trabajadores- establece dicha competencia exclusiva de forma indubitada.

614.- Ahora bien, debe ponerse de manifiesto que en el apartado 4º del artículo 52 del Anteproyecto que se informa presenta una diferencia de redacción con el artículo 86 ter del Anteproyecto de Ley orgánica de modificación de la LOPJ, cual es la falta de referencia a que la jurisdicción del juez del concurso se circunscribe a los efectos laborales y de seguridad social, tal y como sí se dispone paralelamente en el apartado 2 del artículo 221. Resulta, por tanto, necesario que tal discrepancia entre ambos textos sea



subsana mediante la adición de tal especificación en el apartado 4º del artículo 52 del Anteproyecto de reforma del TRLC.

d. De la administración concursal

615.- La DIR establece una serie de disposiciones genéricas en relación con los administradores concursales, su supervisión y retribución (artículos 26 y 27), haciendo especial hincapié en su formación, nombramiento transparente y responsabilidad (Considerandos 87, 88 y 89). En este sentido, el APL introduce diversas modificaciones en la regulación de la administración concursal como órgano necesario del concurso. Sin perjuicio de las consideraciones que se realizarán a continuación, procede incidir en el hecho de que resulta imprescindible para la entrada en vigor de las disposiciones proyectadas la aprobación del Reglamento de la administración concursal, aún pendiente, aprobación que la Disposición adicional primera del Anteproyecto estipula deberá producirse antes del 17 de julio de 2022, fecha límite para la transposición de la DIR por los Estados miembros, así como la reforma del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro público concursal, la cual el anteproyecto también dispone en su disposición adicional segunda que deberá realizarse antes de dicha fecha, dado que según establece la disposición transitoria única.1 del texto refundido los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 TRLC entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, permaneciendo entretanto en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014.

616.- La forma de nombramiento de los administradores concursales se mantiene en esencia inalterada, introduciéndose la necesidad de superación del examen de aptitud profesional (artículo 61.2) y la exigencia de que en los concursos transfronterizos la designación recaiga en persona que acredite el conocimiento suficiente de la lengua del país, o al menos de la lengua inglesa (artículo 62.3). Tanto la forma de nombramiento como la especificación del requisito de la lengua son acordes a lo estipulado en la DIR, cuyo Considerando (88) señala «[...]En los casos con elementos transfronterizos, el nombramiento del administrador concursal debe tener en cuenta, entre otros factores, la capacidad de los administradores concursales para cumplir las obligaciones, con arreglo al Reglamento (UE) 2015/848, de comunicarse y cooperar con administradores concursales en procedimientos de insolvencia y autoridades judiciales o administrativas de otros Estados miembros, así como los recursos humanos y administrativos de que disponen para tratar



posibles casos complejos. No se debe impedir a los Estados miembros que regulen la posibilidad de que se seleccione a un administrador concursal por otros métodos, como la selección aleatoria mediante un programa informático, siempre que se garantice que al recurrir a dichos métodos, los conocimientos y la experiencia del administrador concursal se tengan debidamente en cuenta [...]». Resulta además adecuado que el establecimiento de las condiciones esenciales de acceso a la profesión esté determinado en una norma con rango de ley, en la medida en que se trata de requisitos que afectan al ejercicio de la libertad individual de las personas. En este sentido, cabe señalar que no se introducen modificaciones en el apartado 2 del artículo 61, dejando para el posterior desarrollo reglamentario la clasificación de los concursos en clases y la precisión de los requisitos del administrador concursal para poder ser inscrito en cada clase. A dicho respecto, este órgano constitucional ya tuvo ocasión de señalar en su informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, que fue aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 22 de septiembre de 2015, que dichas cuestiones debían haberse incorporado a la Ley, y que *«[a]l no haberse hecho así, la norma reglamentaria proyectada que se informaba arrastraba un vicio que se encontraba en su origen, en la propia norma que trataba de desarrollar, y que se trasladaba a su propio contenido, en la medida en que abordaba aspectos que deberían haber sido regulados por la ley, incurriendo en lo que cabría calificar como un exceso teórico de habilitación reglamentaria y una inadecuada deslegalización, o, desde otra perspectiva, una dejación de las competencias de la ley con el subsiguiente efecto que conlleva tal deslegalización, puntualmente en orden a permitir ulteriores modificaciones del régimen de condiciones y limitaciones para el acceso a la condición de administrador concursal por vía de real decreto.»* Por tanto, en el anteproyecto que se informa el prelegislador deja pasar la oportunidad de regular en una norma con rango de ley aspectos esenciales de la administración concursal, manteniendo una remisión inadecuada a un desarrollo reglamentario posterior.

617.- Con el que parece ser el objetivo de mejorar el desempeño de los administradores concursales y adoptar medidas efectivas en relación con la responsabilidad de estos profesionales, el APL modifica el apartado 3 del artículo 65, estableciendo la prohibición de nombramiento de aquellos administradores concursales que hubiesen sido nombrados en más de veinte concursos en tramitación en la fecha de nombramiento. Paralelamente, el artículo 67.5 introduce la obligación de los administradores concursales de aportar en los concursos de mayor complejidad declaración firmada de los concursos en que han sido nombrados. Respecto a la primera cuestión, cierto



es que la recopilación de la información sobre el número de concursos en los que ha sido nombrado el administrador concursal puede resultar complicada y tal vez dilatoria (procediendo su consulta en el Registro público concursal, donde debe figurar la misma, de conformidad con los artículos 561 y 563 APL), pudiendo resultar en la práctica más habitual que ante el nombramiento, el administrador deba rechazar el cargo alegando dicha prohibición, pero la medida no deja de ser una opción válida del prelegislador para la supervisión de las funciones de esta figura. Del mismo modo, no debe olvidarse que, dada la eliminación de la participación del administrador concursal del procedimiento especial para microempresas, salvo en casos determinados, tal y como se ha analizado con anterioridad, y que dicho proceso especial tiene visos de convertirse en el procedimiento de aplicación mayoritaria, es probable que el número de concursos en los que puede estar nombrado un administrador se reduzca sensiblemente. En este sentido, procedería en todo caso que se clarificase si en el cómputo deben incluirse los nombramientos en procedimientos especiales o únicamente en concursos de acreedores.

618.- El APL añade una nueva prohibición en el apartado 5 del artículo 67: "No podrá ser nombrado administrador concursal quien en la negociación de un plan de reestructuración hubiera sido nombrado experto en la reestructuración", lo que se cohonesta con la regulación contenida en el Libro segundo, en la que la figura del experto en reestructuración se separa de la del administrador concursal, al no darle en ningún caso facultades de intervención o sustitución en los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor. Como más arriba ha quedado expuesto, en su versión inglesa la DIR utiliza el término "*practitioner in the field of restructuring*", y si bien en la versión española se ha optado por traducir el término como "administrador concursal", la norma europea no impone dicha figura en el sentido legislativo español, siendo viable el nombramiento de otros expertos. Así, la prohibición introducida en el artículo 65.5 APL resulta coherente con el estatuto del experto contenido en el Capítulo II, del Título IV del Libro segundo.

619.- Se introduce un nuevo apartado en el artículo 80, relativo al deber de imparcialidad e independencia del administrador concursal, que se cohonesta con la introducción de la causa de separación por incumplimiento del deber de imparcialidad e independencia en el artículo 100.2 *ab initio*, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 27.1DIR.

620.- Este mismo artículo 27 DIR, en su apartado 3, en relación con el apartado 1, establece la obligación de que los Estados miembros velen



“porque la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos”. Dentro del margen de actuación permitido, el prelegislador nacional ha optado por la modificación del artículo 86 TRLC, relativa a la retribución de los administradores concursales, donde cabe destacar la introducción de una nueva regla 3ª, “de la duración del concurso”, en la que se establecen límites específicos de duración máxima de la fase común, de convenio y de liquidación, así como un porcentaje concreto de reducción (50%), tipificación que aporta seguridad jurídica. No se permite excepcionar la reducción de la retribución del administrador en caso de incumplimiento del plazo estipulado para la fase de liquidación, en consonancia con lo establecido en los artículos 427 y 428 TRLC relativos a las consecuencias para la administración concursal de la prolongación indebida de la liquidación. Dichas reducciones se establecen sin perjuicio de la recogida en la Regla de la eficiencia (regla 4ª) en caso de incumplimiento de sus obligaciones u otros retrasos. Debe ponerse de manifiesto que esta regla 4ª incorpora además la posibilidad de incentivos, entre los que se incluyen la pronta ejecución del plan de liquidación, siendo que el mismo ha sido eliminado en el Anteproyecto, por lo que procede que por parte del prelegislador se corrija dicha discrepancia.

e. Del pre-pack

621.- Tanto en su Considerando (2) como en su artículo 2.1, la DIR establece que *«La reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos»*. Por tanto, la venta de unidades productivas o de la empresa en su conjunto, puede formar parte de un plan de reestructuración, y así se recoge en el artículo 617 APL.

622.- Pero la venta de unidades productivas no solo puede ser útil para asegurar la viabilidad de una empresa a través de un proceso de reestructuración, sino que también guarda relación con una eficiente liquidación de activos en los casos de concurso. El prelegislador opta así por introducir en el Libro primero un nuevo artículo 224 bis, intitulado *“solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas”*, que establece la posibilidad de que el deudor acompañe la solicitud de concurso con una propuesta escrita vinculante de



un acreedor o de un tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas (apartado 1), dando carta de naturaleza, como señala la propia exposición de motivos, al denominado *pre-pack*, que venía aplicándose en la práctica en nuestro país, incluso a través de protocolos normalizados como el establecido por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona en su Acuerdo de 20 de enero de 2021. Dicha posibilidad requiere, de conformidad con el apartado 8 del mismo artículo, una publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal.

623.- Es indudable que para poder presentar una oferta de adquisición se hace imprescindible un proceso previo para poder recabar ofertas. Para dicho proceso, el APL establece también la posibilidad de que los deudores, tanto en situaciones previas a la insolvencia, como en caso de insolvencia actual, soliciten al juzgado competente para la declaración del concurso el nombramiento de un experto para recabar dichas ofertas (artículo 224 ter). La solicitud de nombramiento, por tanto, es voluntaria, y en este sentido, el APL adolece de imprecisión sobre las concretas funciones del mismo. Si bien el tenor literal del artículo 224 ter hace evidente que su función principal es la de “recabar ofertas de terceros para la adquisición”, surge la duda de si debe liderar el proceso de venta, o, en todo caso, y dado que las facultades de administración y disposición del deudor no están intervenidas, si debería sustituir a este en todo caso, cuestión que parece cuestionable. Por ello, resulta oportuno prever en el articulado que el experto deberá respetar las facultades de administración y disposición del deudor, sin injerencias, pero pudiendo dejar constancia escrita de los reparos u objeciones a su ejercicio que considere oportunos. Del mismo modo, se sugiere que se especifiquen de forma clara el compendio de funciones del experto que deben entenderse incluidas en la expresión “recabar ofertas”, de forma similar a como se realiza en el citado Acuerdo de 20 de enero de 2021 de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona (asistir y supervisar al deudor en la preparación de las operaciones, familiarizarse con el negocio del deudor, informar a los acreedores del proceso, verificar y supervisar la publicidad y transparencia en la preparación de operaciones de venta y emitir un informe final de su gestión con detalle de las ventas de activos preparadas, informe que contendrá una valoración imparcial e independiente respecto a la publicidad del proceso; al grado de libre competencia obtenido; al precio, garantías y condiciones de desembolso; al valor de los activos y a la previsión de la evolución del proceso una vez declarado el concurso, proponiendo en fin la implementación de las ofertas de adquisición).

624.- El experto puede ser tanto aquel que reúna las condiciones para ser nombrado experto en reestructuraciones, como un administrador concursal



(artículo 224 quater.1), si bien en caso de concurso posterior, si se ratifica su nombramiento tendrá la consideración de administrador concursal (artículo 224 sexies.2); se establece que su retribución se fijará atendiendo el valor de la unidad o unidades productivas, pudiendo vincular el derecho a percibirla total o parcialmente en función del resultado (artículo 224 quater.2), partiendo de que la aceptación siempre es voluntaria (artículo 224 quater.1). En este punto resulta oportuno recordar que el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, señalaba en su preámbulo que *«[c]on este arancel se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento y, al mismo tiempo, que profesionales de calidad tengan suficientes incentivos para desempeñar el cargo de administradores concursales y añadir así unos rendimientos adecuados por el ejercicio de estas actividades profesionales a los que obtengan por las demás actividades compatibles a las que se dediquen o puedan dedicarse»*. Sin perjuicio de las consideraciones realizadas al examinar el estatuto del experto en reestructuración, y en línea con las mismas, se sugiere al prelegislador que valore la conveniencia de que la retribución del experto se acomode a las normas de arancel de los administradores concursales.

625.- Por último, y tal y como se recoge en el artículo 224 quinquies, el nombramiento del experto no supone una suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso, suspensión que solo se producirá si se produce una comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado.

f. Del convenio

626.- En primer lugar, resulta necesario detenerse en la modificación del artículo 318, que introduce los nuevos apartados 2 y 3, ampliando las prohibiciones del contenido de la propuesta de convenio, introduciendo dos medidas de protección adicionales del crédito público. Así, el nuevo apartado 2 establece que: "La propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos de derecho público ni para los créditos laborales el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asume sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario". Esta disposición recoge un contenido análogo al establecido en el artículo 619.1 APL al ejemplificar los créditos que se



considerarán afectados por el plan de reestructuración y supone la aplicación del mismo privilegio establecido en el apartado 2 de dicho artículo 619, al excluir los créditos laborales y de derecho público de dicha afectación. En este sentido, y puesto que el fin del convenio con los acreedores es también asegurar la viabilidad de la empresa, si bien ya en fase concursal, el privilegio establecido debe ser objeto de crítica, debido a la relevancia que tiene la afectación del crédito público para aquellas empresas que tienen un elevado porcentaje de deuda pública como son las PYMEs.

627.- Esta prohibición se completa con la introducida en el apartado 3: “La propuesta de convenio no podrá suponer quita ni espera respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de Seguridad Social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, lo que supone dotar a estos créditos de un privilegio absoluto, al margen de las propias reglas generales de privilegios concursales y de orden de pago en su liquidación, al obligar a su pago inmediato, sin quita ni espera, una vez aprobado el Convenio. Esta opción del prelegislador no aparece fundamentada en la exposición de motivos ni en la MAIn y conlleva la introducción de importantes dificultades a la hora de elaborar un convenio eficaz para mantener la viabilidad de las empresas, pudiendo abocar a las mismas a la liquidación.

628.- De otro lado, apoyado en la articulación de los planes de reestructuración del nuevo Libro segundo y en el objetivo de tramitación eficiente de los procedimientos establecido en la DIR, el anteproyecto modifica la regulación del convenio, eliminando en primer lugar los artículos 333 a 336 TRLC, destinados a la presentación anticipada de la propuesta de convenio, así como el sistema de aceptación de dicha propuesta (artículo 359 TRLC), y modificando los artículos relativos a la presentación ordinaria (artículos 337, 338 y 339 TRLC) y otros que hacían referencia a la misma, como el apartado 3 del artículo 293 o el artículo 347. Toda vez que la propuesta anticipada de convenio se configura como un modo de tramitación de la solución convenida del concurso de acreedores, que anticipa en el tiempo la posibilidad de proponer modos acordados de arreglo del pasivo, sin necesidad de abrir la fase estricta de convenio, parece razonable y eficiente su eliminación paralela a la trasposición de la DIR y la regulación de los planes de reestructuración en la fase preconcursal. Así, el prelegislador opta por permitir una presentación de la propuesta de Convenio desde el momento de la propia solicitud de declaración del concurso (artículo 337 APL), de tal forma que su tramitación puede correr en paralelo a la fase común, no siendo



necesario que se hayan comunicado los créditos y la lista de acreedores. Dicha posibilidad se extiende a los acreedores -cuyos créditos superan una quinta parte del total del pasivo, requisito que no se modifica, si bien se sugiere que se incluya el adjetivo "total" en el artículo 315, para mayor seguridad jurídica-, que pueden presentar propuesta desde la declaración de concurso (artículo 338.1 APL). El límite del plazo son 15 días desde la presentación del informe por la administración concursal, transcurrido el cual sin presentación de propuesta, se acordará la apertura de la liquidación de la masa activa (artículo 339.1 APL). Si bien de las modificaciones introducidas en el Título VI ("del informe de la administración concursal) y del apartado 2 del artículo 338 APL parece deducirse que el plazo se refiere a la presentación del informe provisional y no al definitivo, tal y como se ha indicado en el apartado destinado al análisis de las medidas de agilización procesal, sería conveniente que se especificase tal extremo en el artículo 337.1 ; sugiriéndose igualmente al prelegislador el establecimiento de un plazo más amplio, sin ser excesivo, toda vez que es habitual que los convenios se elaboren a partir de los datos que la administración concursal proporciona en su informe.

629.- La eliminación del convenio anticipado lleva a la modificación concordante de los artículos 344, 345 y 347, para eliminar las referencias a este y sin que se produzca una alteración sustancial del contenido. En este sentido, se sugiere al prelegislador la conveniencia de introducir las modificaciones precisas en los artículos 341, 343, 345 y 350 TRLC, los cuales recogen referencias la propuesta anticipada de convenio, para su adecuación a la nueva regulación, con el objetivo de evitar problemas de concordancia e interpretación.

630.- El Anteproyecto introduce una nueva regulación de la aceptación y adhesión del convenio (artículos 351 y ss. TRLC), cuya novedad más significativa es la eliminación de la junta de acreedores para la formalización de la adhesión y la votación de las propuestas ordinarias del Convenio (eliminación de la Sección 4ª del Capítulo IV del Título VII del Libro primero, y de forma coordinada modificaciones de la Sección 5ª, que pasa a ser una nueva Sección 2ª y la eliminación de las secciones 6ª y 7ª, cuyos artículos - 379 y 380- se reformulan y pasan a integrar una nueva Sección 3ª), de tal forma que se prescinde del trámite de deliberación entre los acreedores, simplificando el proceso mediante el diseño de una adhesión escrita con firma indubitada que se entrega o remite al administrador concursal (liberando al Letrado de la Administración de Justicia de tal labor, artículo 355 TRLC) y permitiendo en conjunto una importante reducción de los plazos y los costes (se reduce además específicamente el plazo para proclamar el resultado, de



diez a tres días, artículo 380 APL). Cabe destacar que en la nueva regulación se exige la aceptación expresa del concursado de un convenio propuesto por los acreedores para que pueda ser aprobado judicialmente (artículo 359.2 APL), eliminándose la posibilidad de aceptación tácita recogida en el actual apartado 2 del artículo 380, lo que implica la coherente modificación del artículo 382, relativo a la legitimación para formular oposición a la aprobación judicial, y la inclusión como motivo de oposición a la falta de adhesión del deudor (apartado 5ª, artículo 383), que puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 392).

631.- La eliminación de la junta de acreedores y también de una tramitación escrita rígida (artículos 374 y 375 TRLC) conllevan coherentemente la supresión del incumplimiento de las normas que regulan ambas cuestiones como motivo de oposición a la aprobación judicial del convenio (artículo 383.1.4ª TRLC), así como de los artículos 391 y 392 relativos a la sentencia estimatoria y el rechazo de oficio. Del mismo modo, aparece adecuadamente cohonestada la modificación de otros artículos como el 409 TRLC, relativo a la apertura de oficio de la liquidación, con la eliminación de las referencias a la junta de acreedores.

632.- Procede detenerse en la modificación del artículo 399 bis. De conformidad con la normativa vigente, si la ejecución de un convenio requiere de la decisión de los socios, esta decisión debe adoptarse en los términos previstos en el Derecho de Sociedades, y en caso de que no se produzca el necesario acuerdo social, ello será causa de incumplimiento del convenio. El nuevo artículo 399 bis excepciona de este régimen la ampliación de capital por compensación de créditos, de tal forma que: "Si el convenio fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad deudora estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios". En este sentido, otras modificaciones estatutarias o la reducción de capital deben entenderse excluidas de la excepción, de tal forma que seguirá siendo necesario el acuerdo de la junta general de socios. Al mismo tiempo, la modificación del régimen de transmisión de las nuevas acciones y participaciones creadas (apartado 2, artículo 399 bis: "Aunque los estatutos sociales contengan cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones, las nuevas que se emitan en ejecución del convenio serán libremente transmisibles por actos *inter vivos* hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el en el registro mercantil. Las nuevas participaciones sociales que se creen en ejecución del convenio serán libremente transmisibles hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil"),



cuestión que opera *ope legis* y al margen de cualquier modificación de los estatutos sociales. En definitiva, la ampliación de capital puede ser acordada judicialmente e impuesta a los socios, opción que debe entenderse alineada con el objetivo de la DIR de asegurar la viabilidad de las empresas, evitando que en los procesos preconcursales los socios puedan impedir injustificadamente la adopción de planes de reestructuración que permitan que deudor recuperase su viabilidad [Considerando (57)], y que el prelegislador extiende limitadamente al ámbito del convenio concursal, cuya existencia en nuestro ordenamiento responde igualmente al objetivo de asegurar la continuidad empresarial.

633.- En la legislación concursal vigente no se admite la modificación del convenio aprobado judicialmente, aunque existan causas que impidan el cumplimiento. El incumplimiento del convenio tiene como efecto principal la apertura de la liquidación concursal. La posibilidad de modificación de un convenio se introdujo en la normativa concursal por la disposición transitoria tercera del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, y posteriormente por la disposición transitoria tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, mediante la introducción de un régimen jurídico específico, limitado a dos años. Con posterioridad, como una de las medidas más importantes de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que entró en vigor el 20 de septiembre de 2020 - y que ya recogía previamente el Real Decreto Legislativo 16/2020-, se permite la modificación y actualización de los convenios que estuvieran en fase de cumplimiento (artículo 3). El objetivo de la medida, de conformidad con la exposición de motivos de dicha Ley, es evitar que aquellos concursados que habían alcanzado convenios que, en el momento de la declaración del estado de alarma consecuencia de la pandemia, se estaban cumpliendo de forma regular, se vean abocados a la liquidación por no poder continuar cumpliendo los compromisos asumidos por razón de la compleja situación económica derivada de la pandemia. Si bien nada se dice al respecto en la exposición de motivos del Anteproyecto que se informa, el prelegislador ha optado por convertir en permanente esta medida temporal e introduce un nuevo artículo 401 bis, que permite la presentación de una propuesta de modificación del Convenio que se encuentra en riesgo de incumplimiento por parte del deudor, siempre que dicho incumplimiento no le sea imputable. El plazo mínimo de vigencia del convenio para proponer su modificación es de dos años, y se establece como requisito que esta sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. El precepto merece una valoración positiva toda vez que se alinea con el objetivo de la DIR de permitir la



continuidad de empresas viables, facilitando una “renegociación” de los términos de un convenio cumplido durante un periodo de dos años.

634.- En el artículo 405 APL debe corregirse la referencia al “Capítulo IV del Título IV de esta ley” por “Capítulo IV de Título IV del Libro primero de esta Ley”. En su nuevo apartado 2 este artículo elimina el requisito de concurrencia de fraude para la rescisión de los actos perjudiciales, lo que entra en contradicción con el artículo 439.1 y con los plenos efectos estipulados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 404 APL.

635.- El nuevo artículo 414 bis recalifica los créditos contraídos durante el periodo de incumplimiento del convenio, de tal forma que en caso de incumplimiento pasan a ser créditos concursales y no créditos contra la masa. Esta recalificación, cuya razón de ser no aparece explicada en la exposición de motivos ni en la MAIn, puede suponer un obstáculo para la financiación de las empresas y dificultar la utilización y cumplimiento del Convenio.

g. De la liquidación de la masa activa

636.- Con el objetivo de evitar “momentos retardatarios”, como lo denomina la Exposición de Motivos, el prelegislador introduce también una importante modificación en la fase de liquidación consistente en eliminar el Plan de liquidación y su aprobación por el juez (supresión de los artículos 416 a 420 TRLC). El plan de liquidación se sustituye, en una sistemática que debe ser objeto de crítica, por unas reglas especiales de liquidación, que se recogen en el artículo 415 APL, y unas reglas generales que aparecen en los artículos 421 a 423 bis, y que reciben la denominación de “supletorias”. Se parte, por tanto, de que la “habitualidad” sería el establecimiento de reglas especiales por parte del juez del concurso, y “de no haber establecido el juez reglas especiales de liquidación, el administrador concursal realizará los bienes y derechos de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso, sin más limitaciones que las establecidas en los artículos siguientes y en el Capítulo I del Título III del Libro cuarto de esta ley” (artículo 421 APL). Como se indicaba, la sistemática es mejorable, y parece derivar de la sustitución del “plan de liquidación” por las “reglas especiales”, ubicándolas, en consecuencia, en el mismo lugar. Se sugiere, sin embargo, para una mayor claridad expositiva, que se regulen en primer lugar las reglas generales, y a continuación las reglas especiales. De otro lado, resultaría conveniente que por parte del prelegislador se especificase si la decisión judicial debe adoptarse con audiencia previa de las partes -toda vez que frente a esta solo cabe recurso de reposición, artículo 415.3 APL)-, y si cabe solicitud de la administración concursal y/o de los acreedores para su establecimiento, ya



que el anteproyecto solo contempla que la solicitud de la administración concursal lo sea para la modificación o eliminación de tales reglas (415.1 APL) y que los acreedores solo puedan solicitar dejarlas sin efecto, para lo cual sus créditos deben representar más del cincuenta por ciento del pasivo ordinario (415.4 APL), debiendo ponerse de manifiesto que es la administración concursal la que ostenta un mayor conocimiento de "la composición de la masa activa, y las previsibles dificultades de su liquidación o cualesquiera otras circunstancias concurrentes", razones a las que debe atender el juez para establecer las reglas especiales.

637.- El apartado 5 del artículo 415 puede determinar una exégesis alternativa de su literalidad que aconseja su supresión. Literalmente expresa que el Registrador deberá comprobar, ante un acto de enajenación de bienes de la masa activa, si el Juez ha fijado reglas especiales de liquidación diciéndose, a continuación, que no podrá exigirse al Administrador que le acredite la existencia de tales reglas.

Como primera prevención debe destacarse la imprecisión que deriva de que tan solo se contempla al Administrador concursal como solicitante de la inscripción cuando frecuentemente será el adquirente quien la propicia, adquirente a quien parece no alcanzaría el precepto.

Aparentemente el precepto sanciona que no puede obligarse al Administrador a acreditar la existencia de tales reglas cuando se haya tomado razón de ellas en el Registro público concursal, sino que, como es obvio aún sin decirlo, el Registrador debe consultar el Registro Concursal. Desde esta perspectiva hermenéutica, la norma, en su literalidad, es por innecesaria absolutamente ociosa y debiera suprimirse.

La alternativa de considerar que caso de existir las reglas y no haberse propiciado su inscripción pueden ocultarse por el Administrador tampoco parece asumible por contraria a principios básicos y a lo que ya dijo la STS 319/2019, de 4 de junio. Es evidente que el registrador de la propiedad tiene necesariamente que tener conocimiento del contenido de las reglas especiales de liquidación cuando éstas constituyan presupuesto de la transmisión de bienes concursales presentada a inscripción, por lo que, de no haberse tomado razón de ellas en el Registro público concursal o de haberse modificado con posterioridad sin reflejo en el mismo, deben necesariamente insertarse en el título inscribible o acompañarse al mismo.

638.- En cuanto a las reglas generales de liquidación, se sugiere que en el apartado 2 del artículo 423 APL se elimine la expresión " o no", en relación



con la inclusión de los bienes y derechos en un portal electrónico para su liquidación, pues la eficiencia y efectividad de la subasta judicial o extrajudicial electrónica debe asegurarse mediante la especialización de los portales electrónicos, especialización que la DIR exige en el caso de las autoridades judiciales y administrativas y de la administración concursal (así como de los expertos en reestructuraciones) y que sería conveniente considerar extensible a otros actores implicados en ellos procedimientos de insolvencia.

639.- Finalmente, sería procedente que por parte del prelegislador se especificase que la regla contenida en el artículo 423 bis viene referida a aquellos bienes hipotecados o pignorados necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado, en relación con los artículos 145 y siguientes del TRLC.

h. De la calificación del concurso

640.- El TRLC excepcionaba en su artículo 446 de la formación de la sección de calificación (sección sexta) el caso de aprobación de un convenio "en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido". El texto proyectado elimina dicha excepción, estableciéndose la apertura en todo caso en el mismo decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se pone fin a la fase común (artículo 446.1 en relación con el artículo 296 bis). No aparece justificada ni en la MAIn ni en la exposición de motivos la razón de esta reforma que introduce mayor carga de trabajo en los Juzgados de lo mercantil, y que se aparta de la concepción de la calificación como una fase necesaria en aquellos casos en los que, a través del convenio, se exige a los acreedores un mayor sacrificio. Tampoco parece cohonestarse adecuadamente con la articulación de una calificación abreviada de carácter voluntario (con carácter general, en caso de que lo soliciten acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo) en el procedimiento especial para microempresas.

641.- El anteproyecto suprime el artículo 4 TRLC, que establece la intervención del Ministerio Fiscal en el concurso de acreedores. En este sentido, una de las principales funciones del Ministerio Público es la emisión del correspondiente dictamen en la fase de liquidación (artículo 449 TRLC), que en el texto proyectado, consecuentemente con dicha supresión del artículo 4, es sustituido por el informe de calificación de los acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo, lo que no obsta para que



la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de parte sea puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 450 bis).

642.- Procede destacar también la introducción del artículo 445 bis que completa las presunciones de culpabilidad con presunciones de incumplimiento culpable del Convenio, lo que aporta seguridad jurídica.

i. Otras cuestiones

643.- Los artículos 209 y 215 APL, relativos a la realización de bienes y unidades productivas, sustituyen la referencia a la "subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica", por el concepto "subasta electrónica", lo que introduce indeterminación e inseguridad jurídica, ya que nuestro ordenamiento regula las "subastas electrónicas públicas, judiciales o administrativas" (Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y en el Registro Civil). En la medida en que el objetivo del prelegislador sea obligar a la realización de las subastas por medios telemáticos en todo caso, y no únicamente una posibilidad, tal y como figura en el vigente TRLC, resultaría conveniente que se reformulasen ambos preceptos y se hiciera referencia bien a la "subastas judiciales electrónicas" -si se pretende eliminar la realización por medio de subastas extrajudiciales, eliminación que no aparece justificada- bien a las "subastas judiciales o extrajudiciales electrónicas".

644.- El APL introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 242, en virtud del cual: "Cualquier acreedor de la masa podrá en cualquier momento requerir a la administración concursal para que se pronuncie sobre si la masa es insuficiente o es previsible que lo sea para el pago de estos créditos. Si el administrador concursal no contestara al requerimiento o lo hiciera en términos genéricos o imprecisos, el acreedor de la masa podrá solicitar auxilio al juez del concurso". La disposición debe reputarse, cuanto menos, indeterminada, trasladando al Juzgado de forma genérica una responsabilidad del administrador concursal (establecida a su vez en el artículo 249), de tal forma que procedería que se acotase el tipo de auxilio que el Juzgado debe prestar al acreedor, el cual debería limitarse a apremiar al administrador concursal para que facilite la información en términos claros y precisos y, en su caso, a reducir su retribución si se considera que ha habido un desempeño falto de diligencia (artículo 86).



645.- Se observa una errata en el ordinal 3 del artículo 465 que debería decir “se estará a lo dispuesto en el ordinal anterior” y no en el “ordinal siguiente”, pues es el ordinal 2º el que viene referido a la existencia de un único acreedor.

646.- El Anteproyecto suprime el Capítulo II del Título XII del Libro primero relativo al procedimiento abreviado (artículos 522-531 TRLC), supresión que resulta coherente y cohonestada con la introducción del procedimiento especial para microempresas en el nuevo Libro tercero.

647.- El texto que se informa modifica varios artículos del Capítulo IV del Título XIII, relativos al Registro público concursal. Los artículos correspondientes del vigente TRLC (560-566) no se encuentran en vigor, pues, según la disposición transitoria primera del Texto Refundido, lo harán cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. En relación con ello, y como ya se ha señalado, la disposición adicional segunda del anteproyecto establece que antes del 17 de julio de 2022 deberá aprobarse la reforma del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro público concursal.

648.- El texto proyectado introduce un segundo párrafo en el artículo 579, intitulado “*concurso de concesionarias de obras y servicios públicos, de contratistas de las administraciones públicas y de titulares de concesiones sobre el dominio público*”, párrafo en el cual se establece que: “En el caso de concesiones sobre el dominio público portuario de titularidad de personas jurídicas, la disolución o extinción de dichas entidades por Resoluciones acordadas en el seno del concurso será causa automática de extinción de la concesión, sin que ésta pueda ser objeto de enajenación o liquidación en el concurso desde que aquéllas se dicte”. Dicha disposición se encuentra cohonestada con el artículo 121 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, y el artículo 34 de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, normas que recogen como causa de extinción de la concesión la Disolución o extinción de la sociedad titular de la concesión, salvo en los supuestos de fusión o escisión.



VI. CONCLUSIONES

Con carácter general

PRIMERA.- En términos generales, cabe afirmar que el prelegislador ha incorporado adecuadamente las disposiciones de la Directiva 2019/1023 y ha configurado un marco de reestructuración preventiva dentro del margen de actuación que ofrece la Directiva y acorde con su finalidad, que no es sino mantener la viabilidad de la empresa y evitar el concurso. El tratamiento de la exoneración del pasivo insatisfecho, extendido también al deudor persona natural no empresario, responde igualmente a las exigencias de la Directiva y las decisiones del prelegislador, dentro del margen que le ofrece la norma europea, se orientan también a la consecución de la finalidad propia de este instituto -con algunas reservas-, como también se acomoda a la Directiva y a su finalidad el tratamiento de la financiación interina y la nueva financiación. Las previsiones relativas a los mecanismos de alerta temprana, si bien tienen una proyección de futuro, se ajustan en general a las líneas establecidas en el artículo 3 de la Directiva. Y el ordenamiento vigente es asimismo respetuoso con los dictados de la misma, en particular en lo que se refiere a las obligaciones de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia.

SEGUNDA.- El modelo diseñado por el prelegislador para las microempresas es, de momento, un modelo teórico, completamente nuevo, cuya eficiencia y eficacia real solo podrán ser constadas tras su aplicación práctica. De partida, debe valorarse positivamente su estructura, en paralelo y modular, que podría lograr una tramitación eficiente del proceso, con reducción del tiempo y los costes, optándose además por un enfoque unitario destinado a conseguir simplificar y flexibilizar el procedimiento concursal y dotarlo de mayor claridad jurídica.

Sus singularidades principales son la no obligatoriedad de actuación en el proceso mediante asistencia de abogado y representación por procurador, la eliminación, salvo excepciones, de la intervención del administrador concursal, el establecimiento de las comparecencias, declaraciones y vistas mediante presencia telemática, la práctica de actos de comunicación por medios electrónicos con formularios normalizados, la responsabilidad del deudor en la propia gestión e impulso del proceso, y el desarrollo reglamentario de elementos imprescindibles para su puesta en práctica como la Plataforma de Liquidación. Con ello, el modelo articula una estructura procesal más flexible, que presumiblemente reducirá los costes, fomentando el uso de la tecnología.



Es precisamente este punto, la tecnología, la piedra angular del sistema y la justificación de la eliminación o limitación de la participación de abogados, procuradores y administración concursal en el proceso. Por ello, sin una adecuada implementación de todos los medios electrónicos en juzgados, notarías y registros que permita una gestión procesal eficaz de todas las comunicaciones y la celebración telemática de las actuaciones, sin un correcto desarrollo y puesta a disposición de formularios normalizados claros y comprensibles, sin un funcionamiento rápido, eficiente y sencillo de las webs del Registro público concursal, de la Seguridad Social y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y sin un desarrollo apropiado y en un plazo inminente de la Plataforma Electrónica de Liquidación, el procedimiento especial no podrá funcionar correctamente y generará, muy probablemente, confusiones y retrasos. A pesar de ello, de forma que resulta difícilmente comprensible y conciliable con la realidad, se establece que el procedimiento se aplicará en el momento de entrada en vigor de la ley, al tiempo que se dispone que los artículos relativos a vistas virtuales y medios electrónicos entrarán en vigor cuando se disponga de los medios técnicos (Disposición transitoria primera 1.5º), cuando en modo alguno debiera procederse a iniciar la tramitación de un modelo nuevo y teórico sin que toda la estructura de medios tecnológicos sobre los que se asienta su aplicación práctica esté en correcto funcionamiento en todos sus aspectos.

TERCERA.- Debe ponerse de manifiesto que, a pesar de los encomiables esfuerzos del prelegislador por desarrollar un modelo simplificado, de tramitación paralela y rápida, su concreta plasmación en el Libro tercero adolece de ciertas incongruencias y debe calificarse, en ocasiones, de confusa, de tal forma que una adecuada comprensión del mismo, de sus itinerarios, módulos, obligaciones y consecuencias precisa de un estudio detenido y de unos conocimientos especializados, no siempre al alcance de los pequeños deudores a los que está destinado, siendo previsible que se dirijan a los juzgados de lo mercantil con dudas y preguntas en cada fase del proceso, incrementando la carga de trabajo de los órganos judiciales.

CUARTA.- Desde la perspectiva del principio de eficiencia que orienta a la Directiva y, con ella, a la ley anteproyectada, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que la configuración del procedimiento especial sitúa bajo la responsabilidad del deudor la gestión de la situación de insolvencia en que se encuentra y la práctica de comunicaciones y de relevantes actuaciones en el seno del procedimiento, así como la gestión de la tramitación documental del concurso, sin que esté contemplada la asistencia jurídica y la representación procesal más que de manera voluntaria, y con una intervención limitada del



administrador concursal; y de otro lado, que esta intervención restringida, y el carácter voluntario de la asistencia letrada y de la representación procesal pueden desplazar hacia el órgano judicial, y en particular hacia el Letrado de la Administración de Justicia, una mayor carga de trabajo.

Relativas a las modificaciones en el TRLC para la transposición de la Directiva 2019/1023

QUINTA.- El anteproyecto modifica el capítulo II del Título XI del libro primero del TRLC, sobre la exoneración del pasivo insatisfecho, al que da nueva redacción.

SEXTA.- El prelegislador ha optado por prescindir del sustantivo “beneficio” en el enunciado del capítulo, en consonancia con la Directiva, que parte de considerar la exoneración de deudas como un derecho del deudor, bajo determinadas condiciones, orientado a lograr su recuperación para la vida económica tras el fracaso que le ha abocado a la vía concursal. No obstante, este derecho no desplaza el principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 484 TRLC -que no se prevé modificar- y con carácter general en el artículo 1911 CC, por lo que, en realidad, la exoneración de deudas constituye una medida subsidiaria prevista para el deudor insolvente que no puede hacer frente al pago de todas sus deudas.

SÉPTIMA.- El artículo 486 regula el ámbito de aplicación de este instrumento. El prelegislador ha optado, en línea con la Recomendación de 12 de marzo de 2014, de los organismos internacionales y de la propia Directiva [Considerando (21) y artículo 1.4], por mantener la extensión de la exoneración a toda persona natural, sea o no empresario, y con independencia del origen empresarial o no de la deuda, lo que se valora positivamente. De este modo, se orilla la dificultad de determinar la naturaleza de la deuda y se evita incurrir en discriminaciones injustificadas. Al mismo tiempo, al no separar el pasivo doméstico del empresarial, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Directiva, que impone un procedimiento único de exoneración de deudas.

OCTAVA.- La exoneración está vinculada a la insolvencia del deudor de buena fe. El artículo 486 mantiene este requisito que delimita subjetivamente este instrumento y, si bien no define a estos efectos qué debe entenderse por deudor de buena fe, no deja de construir este concepto bajo un modelo normativo, no valorativo. Como se ha visto, la Directiva abre el paso a un sistema valorativo para apreciar la buena fe del deudor, apreciación que podrá ayudarse de determinados parámetros de conducta, tal y como



aparecen recogidos en el Considerando (79). En el anteproyecto no solo se mantiene un modelo normativo para determinar la buena fe del deudor, sino que este concepto se restringe aún más, pues a los casos establecidos en el vigente artículo 487 (que el concurso no haya sido declarado culpable y que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por determinados delitos en los diez años anteriores a la declaración del concurso) se unen ahora otros supuestos que, como demostrativos de la ausencia de buena fe, operan como excepción a la exoneración (artículo 487 del anteproyecto).

NOVENA.- A diferencia, de lo que sucede en el Derecho vigente, donde el deudor debe acreditar la concurrencia del presupuesto subjetivo de la buena fe (artículo 489.2 TRLC), en el anteproyecto se parte de la buena fe del deudor insolvente, pues las conductas con arreglo a las cuales no cabrá apreciarla -es decir, las demostrativas de la ausencia de buena fe- operan como excepción a la obtención de la exoneración. Por tanto, corresponderá a los acreedores acreditar su concurrencia, sin que el deudor tenga que acreditar el hecho contrario al supuesto contemplado más que, en su caso, en la medida en que sea necesario para desvirtuar el hecho o la circunstancia enervante de la buena fe alegada por los acreedores.

DÉCIMA.- En relación con el requisito de la buena fe, cabe hacer las siguientes observaciones:

1º Al incorporar nuevos requisitos referidos al ámbito subjetivo de la exoneración se restringe el concepto de buena fe y, con ello, el ámbito material y aplicativo de la exoneración de deudas. Adviértase, en esta línea, que determinados comportamientos, como el incumplimiento de los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal, pueden determinar la calificación del concurso como culpable, lo que en sí mismo exceptúa la exoneración del pasivo insatisfecho de conformidad con el artículo 487.1.3º del anteproyecto, pero puede excepcionar también la exoneración incluso cuando el concurso fuera calificado de fortuito, cuando en el procedimiento de exoneración se constate tal incumplimiento. Y adviértase que, junto con la comisión de determinados delitos, se contempla también como excepción la comisión -dolosa- de infracciones tributarias, de seguridad social o del orden social.

2ª. Resulta acertado incluir la excepción de la excepción consistente en haberse extinguido la responsabilidad criminal y haberse cancelado los antecedentes penales derivados de la condena en sentencia firme por



la comisión de los delitos a que se refiere el ordinal primero del artículo 487.1 del AL.

3ª. La previsión relativa a la derivación de la responsabilidad permite salvar la disfunción que supone la posibilidad de que el administrador social de la sociedad cuyo concurso hubiera sido declarado culpable pudiera alcanzar la exoneración de deudas y la sociedad, en cambio, no. Es adecuado limitar esta excepción a los casos en los que el hecho generador de la responsabilidad que se deriva sea calificado como doloso. En la misma línea se encuentra la previsión de la declaración como persona afectada en la sentencia de calificación del concurso de un tercero calificado como culpable, y la excepción de la excepción consistente en haber satisfecho íntegramente la responsabilidad.

4ª. La opción por configurar un concepto normativo de la buena fe tiene la ventaja de que con la predeterminación objetiva de los supuestos que la excluyen se facilita la labor del juez del concurso. Este beneficioso efecto, sin embargo, no se produce en toda su dimensión en el texto anteproyectado, donde se mantienen esferas en las que ha de operar la valoración judicial, como en la calificación como doloso del presupuesto fáctico de la responsabilidad que se deriva, y especialmente a la hora de apreciar la temeridad o negligencia al tiempo de contraer endeudamiento o de cumplir las obligaciones del deudor, así como a la hora de comprobar el incumplimiento del deudor de sus obligaciones de colaboración e información respecto del juez del concurso y la administración concursal (artículo 487.2 AL).

5ª. El prelegislador, acaso conscientemente, ha prescindido de considerar, en la comprobación del requisito de la buena fe y las excepciones de la exoneración, la conducta del acreedor financiador. Como se ha tenido oportunidad de señalar, la valoración de la conducta del acreedor a la hora de verificar el requisito de la buena fe del deudor viene exigiéndose desde los organismos internacionales, y se muestra coherente con las obligaciones que imponen las normas del Derecho de la Unión a los financiadores en punto a comprobar la solvencia del deudor, por lo que se sugiere al prelegislador la conveniencia de tomarla en consideración, junto con las demás circunstancias contempladas en el ordinal sexto del artículo 487.1 del anteproyecto.

DÉCIMO PRIMERA.- El prelegislador ha optado por exigir el requisito de la buena fe del deudor como presupuesto para obtener la exoneración. Por tanto, no ha hecho uso de la facultad que se desprende del artículo 23.1 de la Directiva, que en su literalidad autoriza a que, respecto del deudor de mala fe o deshonesto, se someta la exoneración a plazos más largos. Sin embargo, como se ha expuesto, en la Directiva, entendida en su completitud, parece



residir la idea de que es consustancial al régimen de exoneración de deudas la buena fe del deudor, o, en otros términos, que este mecanismo está pensado para el deudor honesto, pero desafortunado, en expresión acuñada por los ordenamientos anglosajones.

DÉCIMO SEGUNDA.- La Directiva no impone un periodo de tiempo determinado entre la obtención de la exoneración y la presentación de una nueva solicitud de exoneración de deudas. No obstante, al articular las excepciones a la exoneración que los Estados miembros podrán incluir en sus ordenamientos, el artículo 23.2 contiene un catálogo de ellas, enunciado a título ejemplificativo, entre las que se incluyen las solicitudes abusivas de exoneración y la presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo a partir del momento en que el empresario haya obtenido la plena exoneración o del momento en que se haya denegado debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información y cooperación (letras c y d del artículo 23.2).

La prohibición establecida en el proyectado artículo 486 debe entenderse en el marco de las facultades que confiere al Directiva al respecto, si bien el prelegislador ha optado por dotar de carácter interdictal a las circunstancias que en la Directiva se contemplan como excepción. La consecuencia de la infracción de la prohibición ha de ser la inadmisión de la solicitud.

Estos plazos de “*vacatio*” son distintos en función de la vía seguida para la obtención de la exoneración anterior. El vigente artículo 493.3º TRLC establece, como presupuesto objetivo especial para el régimen del plan de pagos, no haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años. Este plazo se aminora, como se ve, sensiblemente, lo que facilitará la obtención de sucesivas exoneraciones. El distinto plazo, que no se explica ni en la exposición de motivos ni en la MAIN, podría encontrar su justificación en atención a la situación patrimonial del deudor en los casos de exoneración con liquidación.

DÉCIMO TERCERA.- El anteproyecto abandona el criterio de identificación del pasivo no exonerable que se establece en los artículos 488 y 491 TRLC. Deja el sistema de umbrales y ya no exige el pago de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados, y en su caso, de un porcentaje de los créditos ordinarios, además de los créditos de derecho público y por alimentos. El carácter no exonerable de los créditos se establece en el anteproyecto por razón de su naturaleza, no en atención a su calificación concursal.



DÉCIMO CUARTA.- El elenco de deudas no exonerables se acomoda al que, de forma no cerrada, y con carácter de mínimos, se establece en el artículo 23.4 de la Directiva. El sistema propuesto por el prelegislador es más claro que el actualmente vigente, al identificar categorías de créditos no exonerables al margen de su clasificación concursal, de manera que habrá créditos contra la masa exonerables y no todos los créditos privilegiados estarán protegidos, y se consideran no exonerables créditos que en el concurso tienen la condición de subordinados, como las multas y sanciones. Por otra parte, las deudas con garantía real se protegen solo en la parte cubierta por el privilegio especial, en sintonía con lo dispuesto en el Considerando (81).

DÉCIMO QUINTA.- Los créditos no exonerables deben pagarse en cualquier caso, ya dentro de la liquidación, ya fuera de la liquidación, y sin perjuicio de una posible interpretación finalista de la Directiva correctora de lo que seguidamente se va a afirmar, no solo no se someten al plan de pagos, sino que, como se verá, son inmediatamente exigibles y ejecutables una vez aprobado el plan o en su caso concluido el concurso (cfr. artículos 490, 496.1 y 499.2 del anteproyecto). Esta exigibilidad y ejecutoriedad de las deudas no exonerables puede, sin embargo, en ciertos casos, comprometer la viabilidad del plan, de ahí la importancia de que deban ser tenidas en cuenta en su elaboración, tal y como se desprende del artículo 496.2 del AL, conforme al cual la propuesta del plan de pagos deberá relacionar con detalle los recursos previstos para su cumplimiento “así como para la satisfacción de las deudas no exonerables (...)”.

DÉCIMO SEXTA.- Sin perjuicio de admitir, con la exposición de motivos y la MAIN, la especial relevancia que la satisfacción de los créditos de derecho público tiene para una sociedad justa y solidaria, asentada en el Estado de Derecho, cabría considerar, sin que el prelegislador se vea ya constreñido por los límites derivados de habilitación alguna, la restricción de la no exoneración a un determinado porcentaje o categoría de los créditos de derecho público, lo que pondría a la regulación nacional en sintonía con las recomendaciones internacionales, con lo expuesto en el Considerando (52) de la Directiva y, en fin, con la propia jurisprudencia (cfr. STS de 2 de julio de 2019), que se ha mostrado proclive a la inclusión del crédito público en el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Debe incidirse, por otra parte, en el hecho de que el tratamiento de los créditos de derecho público es más riguroso en la regulación anteproyectada que en la actualmente vigente, pues en esta, en el régimen general con satisfacción del umbral mínimo, se permite la exoneración de un porcentaje



-el 75%- de los créditos de derecho público ordinarios y subordinados (como las multas y sanciones) cuando no se ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos (cfr. artículo 488.2 TRLC), lo que sin embargo no será posible bajo el régimen anteproyectado, donde se excluyen las multas impuestas en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El anteproyecto mantiene la regulación de los efectos de la exoneración respecto de los acreedores, respecto de los bienes conyugales comunes y sobre los obligados solidarios y fiadores actualmente contenida en los artículos 500, 501 y 502 del TRLC, si bien introduce algunas modificaciones que mejoran técnicamente la regulación vigente.

DÉCIMO OCTAVA. El artículo 490 del anteproyecto, al regular los efectos de la exoneración sobre los acreedores, y después de disponer que aquellos cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos, deja a salvo, como no podía ser de otra manera, la acción encaminada a la revocación de la exoneración. Y añade un segundo párrafo en el cual se precisa que los acreedores de créditos no exonerables podrán iniciar ejecución judicial o extrajudicial contra el deudor.

Esta última precisión pone de manifiesto que el sistema anteproyectado se aparta del vigente, donde el crédito no exonerable queda sometido también al plan de pagos (cfr. artículo 493, primer inciso, TRLC), mientras que el anteproyecto somete al plan de pagos los créditos exonerables, y deja al margen del mismo a los créditos no exonerables, que podrán ser exigidos por los acreedores, tal y como más arriba se ha expuesto. El sistema previsto por el prelegislador responde, por tanto, a una opción legislativa en la que subyace un criterio tendente a la protección y el blindaje de la deuda no exonerable, y en especial la de derecho público. Debe retenerse que la Directiva no impone un modelo que permita la ejecución separada de los créditos no exonerables. Pero el hecho de que no imponga un modelo de ejecución separada de los créditos no exonerables no quiere decir que no lo autorice, quedando en manos del legislador nacional articularlo, en función de sus criterios de política legislativa. Otra cosa es que, sobre la base de un examen de conjunto de la norma comunitaria y en atención a su finalidad, pueda considerarse, en un plano hipotético que es más ajustado a los objetivos de la Directiva el modelo actualmente vigente, en el que se someten al plan de pagos los créditos no exonerables.

DÉCIMO NOVENA.- El artículo 491 AL clarifica los efectos de la exoneración respecto de los bienes conyugales comunes: en sintonía con la regla de la



responsabilidad del cónyuge contratante respecto de las deudas conyugales bajo el régimen de gananciales (artículo 1365 del Código Civil, CC) o de otro tipo de comunidad no liquidado, se aclara que la exoneración de deudas conyugales comunes contratadas por ambos cónyuges o por el cónyuge del concursado no beneficia a este, salvo que él mismo obtenga el beneficio de la exoneración.

La disposición final segunda del anteproyecto modifica el artículo 1365 del CC, suprimiendo el último inciso de su ordinal segundo, que reza: "Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio"; el cual, a su vez reenvía a los artículos 6 y 7 del referido Código, el primero de los cuales establece: "En caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges"; y el art. 7 del propio Código establece que: "Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo". La supresión de este último inciso del artículo 1365 CC es coherente con la supresión de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio por virtud de la disposición final primera del anteproyecto. Adviértase que con la supresión del último inciso del artículo 1365 CC y de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio se amplía la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas contraídas en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, y de ese modo se dota de mayor amplitud al ámbito de aplicación del artículo 491 AL.

VIGÉSIMA.- El artículo 492 AL regula como novedad los efectos de la exoneración sobre los aseguradores y quienes, por disposición legal o contractual, tengan obligación de satisfacer todo o parte de la deuda afectada, sin que puedan invocar la exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el deudor, y extiende la exoneración a los créditos por acciones de repetición o de regreso, que quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal, y si gozasen de garantía real serán tratados como crédito garantizado.

Este precepto se complementa con el artículo 494 AL, que regula los efectos del pago por terceros de la deuda no exonerable o no exonerada.

Estas disposiciones no son sino la aplicación del régimen general relativo a la subrogación en la posición del deudor y a las acciones de repetición y regreso frente al mismo, bien en los casos en los que exista obligación legal o



contractual del pago por tercero de la deuda no exonerable o no exonerada, bien en los casos de pago voluntario por tercero. En particular, en el caso de pago voluntario por tercero de deuda no exonerada o no exonerable se habrá de estar a lo dispuesto en los artículos 1158, 1205, 1210 y 1212 CC, y en su caso, fuera de los supuestos en los que cabe la subrogación del tercero y la acción del subrogado frente al deudor para reclamar lo pagado, a la concurrencia de los presupuestos del enriquecimiento injusto. Con todo, no se comprende bien el sentido de la sedicente excepción que se introduce en el apartado 3 de este artículo 494 referida al pago -por tercero- de la deuda no exonerable por responsabilidad extracontractual y por los créditos laborales, pues la regla que contiene -la conservación de los derechos de repetición, regreso y subrogación respecto del deudor, y el mantenimiento de los derechos respecto de los obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores, avalistas, aseguradores y demás obligados legal o contractualmente-, es subsumible en los apartados anteriores del mismo artículo, y no constituye, en puridad, una excepción a las reglas que en ellos se establecen.

VIGÉSIMO PRIMERA.- El nuevo artículo 492 bis AL regula los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real.

La inclusión de este precepto, por una parte, responde al carácter no exonerable de las deudas con garantía real en la parte cubierta por el privilegio especial (artículo 489.1.7º AL) y al modelo de no sujeción de las deudas no exonerables al plan de pagos, con su ejecutoriedad separada, que adopta el anteproyecto (artículos 490, 496 y 499 AL); y por otra parte, se muestra coherente con lo establecido en el Considerando (77) y con el artículo 21.3 de la Directiva, en los términos ya vistos.

En este sentido, el apartado 1 de este artículo dispone que cuando se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará el crédito remanente.

El precepto proyectado establece, sin embargo, unas reglas para el caso de deudas con garantía real cuya cuantía pendiente de pago cuando se presenta el plan de pagos exceda el valor de la garantía -calculado conforme a lo previsto en el título VI del Libro primero del TRLC-. El régimen que establece el anteproyecto respecto de los efectos de la exoneración sobre las deudas con garantía real puede sintetizarse del siguiente modo: i) la deuda garantizada no es exonerable hasta donde alcanza el valor del privilegio especial; ii) puede ejecutarse separadamente antes de la aprobación



provisional del plan o antes de la exoneración en caso de liquidación, y no impide la exoneración provisional o definitiva; iii) en caso de ejecución separada, solo se exonerará el crédito remanente; iv) en las deudas garantizadas cuya cuantía pendiente de pago exceda el valor de la garantía se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas recalculándose la cuantía de las cuotas del principal e intereses, tomando la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía; la parte de la deuda que exceda el valor de la garantía quedará afectada por la exoneración, y se entenderá vencida, y no devengarán intereses por la parte que exceda el valor de la garantía.

Este régimen se completa con una cláusula de cierre (apartado 3 del artículo 492 bis) conforme a la cual cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada por ministerio de la ley si, ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada. Esta previsión, sin embargo, encontraría una mejor ubicación sistemática en la subsección cuarta, relativa a la revocación de la exoneración.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La subsección cuarta de este capítulo II regula la revocación de la exoneración, que en el texto refundido vigente se contiene en los artículos 492 y 498 para los regímenes, respectivamente, general y especial.

El anteproyecto establece un único catálogo de supuestos de revocación, en coherencia con la regulación de un único régimen de exoneración, sin sujeción a umbrales mínimos y sin previo intento de acuerdo extrajudicial de pagos, con independencia de que en este régimen único se contemple una doble vía para acceder a la exoneración.

VIGÉSIMO TERCERA.- Se mantiene el supuesto de revocación consistente en la ocultación de la existencia de bienes, derechos o ingresos que se prevé en el artículo 492.1 TRLC. Se ha suprimido la salvedad consistente en su carácter inembargable conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), lo que se explica porque dicha salvedad estaba incorporada en el régimen general del TRLC, y no en el especial de plan de pagos, que en el régimen anteproyectado se contempla sin liquidación, y en el cual deberá constar todos los recursos de que dispone el deudor para hacer frente a las deudas no exonerables y a las nuevas obligaciones en los términos previstos en el artículo 496 del anteproyecto.



VIGÉSIMO CUARTA.- Se mantiene asimismo el supuesto de la mejora sustancial de la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar la totalidad o al menos una parte de los créditos exonerados; y en el caso de que la posibilidad de pago fuera parcial, la revocación de la exoneración solo afectará a esa parte.

VIGÉSIMO QUINTA.- Esta causa de revocación está condicionada a que el advenimiento a mejor fortuna por las indicadas razones haya tenido lugar dentro de los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de la masa activa o de la exoneración provisional, en caso de plan de pagos, plazo que es coherente con la duración general del plan de pagos (artículo 497.2 AL) y con la interdicción de instar la revocación una vez transcurridos tres años a contar desde la exoneración con liquidación de la masa activa o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos (artículo 493.2 AL). Esta causa de revocación se considera compatible con el objetivo macroeconómico básico de la segunda oportunidad, ya que la mejora de fortuna se acota temporalmente y por referencia solo a circunstancias de azar o con causa gratuita y adicionalmente, y al contrario que en el Derecho hasta ahora vigente, la revocación de la exoneración se produce únicamente respecto de la deuda exonerada que pueda satisfacerse con esa mejora de fortuna. Esta última previsión se debe valorar positivamente, pues se acomoda mejor a los objetivos y a los fines de la exoneración, y permite evitar la indeseable consecuencia de ver revocada la exoneración por el advenimiento a mejor fortuna por causa de azar o gratuita que, sin embargo, no sea capaz de sufragar la totalidad del pasivo exonerable.

VIGÉSIMO SEXTA.- Se incluye una nueva causa de revocación (artículo 493.1.3º AL) consistente en que, cuando al momento de la solicitud de exoneración estuviera en tramitación un procedimiento penal o administrativo de los previstos en los ordinales 1º y 2º del apartado 1 del proyectado artículo 487, y dentro de los tres años siguientes a la exoneración o a la exoneración provisional recaiga sentencia condenatoria firme o resolución administrativa firme. Esta causa, similar a la prevista en el ordinal 3º del vigente artículo 498 TRLC ("si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de los requisitos para ser considerado deudor de buena fe"), no debe ser considerada como contraventora del principio de irretroactividad de las sanciones penales o administrativas (artículo 25 CE) ni del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (artículo 9.3 CE), sino que, rectamente, ha de ser entendida desde la perspectiva de la configuración de una causa de revocación de la exoneración, definitiva o



provisional, cuyo supuesto de hecho se integra a partir de una circunstancia sobrevenida que, de darse al tiempo de la solicitud, habría constituido causa impositiva para la obtención de la exoneración. Se trata, por tanto, de garantizar la concurrencia del requisito de la buena fe no solo al tiempo de la solicitud, sino después, ya obtenida la exoneración -provisional o definitiva-, como *conditio* para mantener el beneficio y para justificar el mantenimiento del sacrificio que la exoneración del pasivo insatisfecho supone para los acreedores. En estos casos, en los que el hecho enervante de la buena fe e impositivo de la obtención de la exoneración -la condena en sentencia firme o la resolución sancionadora firme- no se ha consumado al tiempo de la solicitud, la consumación del mismo con posterioridad a la exoneración se proyecta hacia el momento de la solicitud; o, en otros términos, los efectos de la pendencia del procedimiento penal o administrativo sancionador se mantienen hasta los tres años siguientes a la exoneración o la exoneración provisional, que de este modo mantiene siempre un carácter provisional hasta ese momento, en los casos en que al tiempo de la solicitud estuviera pendiente un procedimiento penal o sancionador de los contemplados en los ordinales 1º y 2º del artículo 487.1 AL.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- El anteproyecto (artículo 499 ter) contempla, en la modalidad de exoneración con plan de pagos, la revocación de la exoneración provisional a solicitud de cualquiera de los acreedores afectados por la exoneración si el deudor incumpliere el plan de pagos. Y contempla también -apartado 2 del artículo 499 ter- que, en el caso de que los pagos previstos en el plan dependan exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor, podrá revocarse la exoneración provisional a solicitud de cualquier acreedor afectado por ella si, al término del plazo del plan de pagos, se evidenciase que el deudor no hubiera destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos del deudor que excedan del mínimo legalmente inembargable, de lo preciso para el cumplimiento de las nuevas obligaciones del deudor durante el plazo del plan de pagos, siempre que se entiendan razonables a la vista de las circunstancias, y de lo requerido para el cumplimiento de los vencimientos de la deuda no exonerable durante el plazo del plan de pagos.

Por tanto, el incumplimiento por el deudor del plan de pagos durante su duración permitirá que cualquier acreedor afectado por la exoneración solicite su revocación, en el mismo momento en que se haya producido el incumplimiento. Pero la revocación prevista en el apartado 2 del artículo 499 ter se podrá producir si, finalizado el plazo del plan de pagos, se evidenciase que el deudor no ha destinado a la satisfacción de la deuda exonerable la totalidad de las rentas y recursos efectivos disponibles. Cabría considerar que



la revocación por esta última causa, que constituye una subespecie del incumplimiento de las obligaciones del plan de pagos, podría operar y ser apreciada no solo a la finalización del plazo del plan de pagos, sino también a lo largo del mismo, una vez se haya constatado ese singular incumplimiento. Ciertamente es que, cuando el cumplimiento del plan de pagos depende exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor, la constatación de que no ha aplicado a la satisfacción de la deuda exonerable sus rentas y recursos disponibles se hará con más facilidad analizando el conjunto de unas y otros durante el plazo de la exoneración; pero no debe excluirse la eventualidad de que dicha evidencia se muestre antes de que este finalice, de suerte que, a su vista, pueda solicitarse la revocación sin necesidad de esperar al término del plazo. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el proyectado artículo 500.1, transcurrido el plazo para el cumplimiento del plan sin que se haya revocado la exoneración (provisional), el juez del concurso dictará auto concediendo la exoneración definitiva; por lo que, pospuesta la verificación de la singular causa de revocación prevista en el artículo 499 ter.2 a la finalización del plazo del plan de pagos, en la práctica la exoneración definitiva se tendrá que posponer, por un impreciso periodo de tiempo, para que los acreedores puedan verificar si se ha producido el hecho determinante de la revocación, y para que puedan, en su caso, solicitarla por tal causa, para lo cual habrá que habilitar un trámite que no se contempla en la norma anteproyectada.

VIGÉSIMO OCTAVA.- El anteproyecto (artículo 493 bis) mantiene el régimen de tramitación del incidente de revocación (por los trámites del juicio verbal), si bien contempla específicamente la intervención voluntaria de los acreedores para defender la solicitud de revocación de la exoneración (artículo 493 bis.2), previsión que, en cualquier caso, debe considerarse como complementaria del régimen general previsto en el artículo 13 de la LEC. A tales efectos, el último inciso del apartado 2 del artículo 493 bis permite a cualquier acreedor afectado por la exoneración solicitar averiguación de bienes a través del Punto Neutro Judicial, previsión oportuna, si bien la referencia al Punto Neutro Judicial debería sustituirse por la más general de *“a través de los medios electrónicos de los que disponga la Administración de Justicia”*.

VIGÉSIMO NOVENA.- El anteproyecto mantiene también los efectos de la revocación de la concesión de la exoneración (artículo 493 ter), esto es, la recuperación por los acreedores de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso, si bien resultaría más adecuado limitarse a decir *“los créditos no satisfechos”*, para considerar aquellos que, bien en la liquidación, bien en cumplimiento del plan



de pagos, han sido abonados. Y precisa, con acierto, que en el caso de revocación de la exoneración por ocultación de la existencia de bienes, derechos o ingresos, el juez, en la misma resolución que revoque la exoneración, acordará la reapertura del concurso de acreedores con simultánea reapertura de la sección de calificación.

Y en particular, respecto de la revocación de la exoneración en caso de plan de pagos, el artículo 499 ter.3 establece que la revocación supondrá la resolución del plan de pagos y de sus efectos sobre los créditos, así como la apertura de la liquidación de la masa activa. No obstante, los actos realizados en ejecución del plan de pagos producirán plenos efectos, salvo que se probare la existencia de fraude, contravención del propio plan o alteración de la igualdad de trato de los acreedores. Este último inciso introduce ciertas dudas aplicativas que convendría despejar: en concreto, si son circunstancias que, acreditadas junto con las causas de la revocación, privan de efectos a los actos realizados en ejecución del plan, principalmente de sus efectos solutorios, y si esta privación de efectos cobrará virtualidad en el seno del concurso, abierta la fase de liquidación tras la revocación de la exoneración y resolución del plan, en cuyo caso deberán ser apreciadas por el juez del concurso; o si son circunstancias con virtualidad rescisoria de los actos realizados en ejecución del plan, inicialmente eficaces, con posibilidad de ser apreciadas fuera del concurso, en cuyo caso deberían concretarse los aspectos procesales para hacer valer tal remedio rescisorio.

TRIGÉSIMA.- El anteproyecto se acoge a la doble vía para obtener la exoneración que se ha propugnado desde la doctrina como la más adecuada para llevar a cabo la transposición de la Directiva. Conforme ha quedado expuesto en las consideraciones generales del presente informe, y como indica la MAIN que acompaña al anteproyecto, el prelegislador se aproxima de este modo al derecho norteamericano, al derecho francés y al finlandés, entre otros ordenamientos.

En la configuración de este doble itinerario para alcanzar la exoneración el prelegislador no solo ha prescindido de establecer un umbral mínimo de pasivo satisfecho, sino que también ha prescindido del acuerdo extrajudicial de pagos, ante la constatada ineficacia que ha demostrado, y ante la también constatada falta de eficacia de la mediación asociada al mismo. La supresión de aquel requisito y de este trámite responden, de este modo, a los objetivos de eficiencia en los que se enmarca la Directiva.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- La regulación del contenido del plan de pagos que se establece en el artículo 496 del anteproyecto es más precisa que la que



recoge el vigente artículo 495 del TRLC. Además del calendario de pagos de los créditos exonerables que, de acuerdo al plan, han de ser satisfechos dentro del plazo legal o el que se establezca en el plan, este deberá también relacionar en detalle los recursos previstos para su cumplimiento, así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos, las derivadas de la subsistencia del deudor o las que genere su actividad, con especial atención a la renta y recursos disponibles futuros del deudor y su posible variación durante el plazo del plan y, en su caso, el plan de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor o de la nueva que pretenda emprender y los bienes y derechos de su patrimonio que considere necesarios para una y otra.

Cabe considerar que el plan de pagos, si bien no puede consistir en la liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor, sí puede contemplar la realización de bienes singulares que, como la cesión en pago de bienes o derechos, no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, para aplicar el precio obtenido al plan de pagos.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- El artículo 497.1 del anteproyecto sigue fielmente el dictado del artículo 21.1 de la Directiva y dispone que la duración el plan de pagos será, con carácter general, de tres años. No obstante, siempre dentro del margen de actuación que permite la Directiva (artículo 23.2 y 3), el apartado 2 de este mismo artículo eleva a cinco años la duración del plan de pagos en los siguientes casos: i) cuando no se realice la vivienda habitual del acreedor; y ii) cuando el importe de los pagos dependa exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor. Ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de establecer plazos más largos en los casos en los que no se realice la vivienda principal del empresario insolvente y, en su caso, de su familia -en supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar, fundamentalmente- se contempla de forma expresa en el apartado 3 del artículo 23 de la Directiva, junto con el supuesto de adopción de medidas cautelares para salvaguardar la residencia principal del empresario y su familia o los activos esenciales para la continuidad de la actividad [letra a) del mismo apartado 3]. La fórmula utilizada por el prelegislador ("*cuando no se realice la vivienda habitual del deudor*") es lo suficientemente amplia para considerarla omnicomprendensiva de los casos en los que la inembargabilidad de la vivienda venga determinada por decisión judicial o administrativa, cautelar o definitiva, pero también de aquellos casos en que el propio plan de pagos contemple la no realización de la vivienda habitual del deudor. En cualquier caso, sería conveniente que se añadiese, en línea con la Directiva, y para contemplar los supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar, la oración "*y, cuando corresponda, de su familia*".



TRIGÉSIMO TERCERA.- La ampliación del plazo en los casos en los que el plan de pagos dependa de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor no se contempla de forma expresa en el apartado 3 del artículo 23 de la Directiva. No obstante, debe considerarse que se encuentra amparada por las posibilidades que abre el apartado 2 del mismo artículo 23 de la Directiva, y que la justificación de la ampliación del plazo se encuentra ínsita en la misma modalidad del plan de pagos propuesta, pues articular los pagos en cuantía determinable en función de la renta y recursos disponibles del deudor conlleva *per se* la necesidad de configurar la planificación en un periodo de tiempo más extenso.

Por lo demás, el apartado 3 del artículo 497 dispone que el cómputo del plazo comenzará desde la fecha de la aprobación judicial, en sintonía con una de las alternativas que ofrece el artículo 21.1 de la Directiva.

TRIGÉSIMO CUARTA.- El artículo 498 AL simplifica la tramitación de la aprobación del plan, pues elimina el trámite intermedio previsto en el vigente artículo 496 por virtud del cual se da traslado al deudor de las alegaciones formuladas por los acreedores a fin de que, a su vista, manifieste si mantiene o modifica, en todo o en parte, el plan propuesto. En el texto anteproyectado este trámite desaparece del artículo 498, de manera que tras las alegaciones de los acreedores, o transcurrido el plazo conferido al efecto, el juez, previa verificación de la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley, concederá la exoneración provisional y aprobará el plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas (apartado 2 del artículo 498 AL).

En el anteproyecto, como en el vigente artículo 496.1 TRLC, el trámite de alegaciones de los acreedores se concibe ampliamente y proyecta sobre “la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración o con la propuesta del plan de pagos presentada”. Y permite, además, proponer el establecimiento de medidas limitativas o prohibitivas de los derechos de disposición o administración del deudor durante el plan de pagos.

Con esta extensión alegatoria, el trámite intermedio de audiencia del deudor, en búsqueda de la expresión de su conformidad o disconformidad con las alegaciones de los acreedores, se revela, en principio -y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá-, innecesario y contradictorio con la eficiencia postulada por la Directiva, quedando facultado el juez para aprobar el plan en los términos propuestos o con las modificaciones que, a la vista de lo alegado, estime oportunas; todo ello, previa comprobación de la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley.



TRIGÉSIMO QUINTA.- Este modelo procedimental se complementa (artículo 498 bis AL) con un trámite impugnatorio, reservado a los acreedores, con motivos de impugnación tasados. La resolución judicial que deniegue la exoneración por falta de los presupuestos y requisitos legales queda al margen del cauce impugnatorio que se establece en el artículo 498 bis; pero también queda al margen de la impugnación la resolución judicial que aprueba el plan con modificaciones respecto del propuesto por el deudor, en algunos casos como consecuencia de decisiones sobre el carácter exonerable o no de las deudas, particularmente en aquellos supuestos en los que el juez declara que no son total o parcialmente exonerables deudas distintas de las relacionadas en el artículo 489.1 AL cuando considere que es necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la exoneración del derecho de crédito (artículo 489.2 AL). La limitación de la legitimación para impugnar la decisión judicial sobre la exoneración provisional a los acreedores puede resultar en estos casos insuficiente, al impedir al deudor obtener la revisión de una decisión judicial que afecta a sus intereses legítimos, si se tiene presente que el recurso de apelación no suspensivo que prevé el apartado 3 del artículo 498 bis solo se contempla frente a la sentencia que haya resuelto la impugnación, y que el trámite alegatorio del deudor que se prevé en el incidente concursal en el que se resuelve esta lo es sobre las causas de impugnación tasadas establecidas en el artículo 489 bis 1 AL. La siempre subyacente tensión entre la eficiencia del procedimiento concursal y la tutela de los derechos concernidos en el mismo no debe resolverse siempre y en todo momento en favor de la primera. Sirvan como guía las previsiones de la Directiva en relación con la confirmación o denegación de los planes de reestructuración, respecto cuya decisión el Considerando (65) establece que *«[las partes] afectadas interesadas deben tener la posibilidad de recurrir»* y, en todo caso, el artículo 16.1 dispone que los recursos que los Derechos nacionales hayan previsto contra las resoluciones confirmatorias y denegatorias del plan de reestructuración deberán ventilarse ante un órgano judicial superior.

Por tanto, cabe sugerir al prelegislador que tome en consideración la revisión a instancia del deudor de la decisión judicial que deniegue la exoneración por falta de sus presupuestos y requisitos legales, o que la conceda en términos distintos de los propuestos por razones vinculadas a las excepciones y prohibiciones de la exoneración o a su extensión. Es cierto que entre las causas de impugnación que se ponen a disposición de los acreedores se incluye la ausencia de concurrencia de los presupuestos y requisitos legales para la exoneración (ordinal 5º del artículo 489 bis.1 AL), y también lo es que en el incidente concursal en el que se tramita la impugnación el deudor podrá formular oposición a la impugnación; pero esta previsión resulta insuficiente



cuando el deudor ha visto rechazada *a limine* la solicitud de exoneración por falta de presupuestos y requisitos legales, y cuando la resolución judicial ha declarado excepcionalmente total o parcialmente no exonerables deudas distintas de la enumeradas en el artículo 489.1 AL para evitar la insolvencia del deudor afectado, en los términos previstos en el apartado 2 de ese mismo artículo.

Alternativamente, se debería reconsiderar la supresión del trámite de alegaciones del deudor, subsiguiente al de los acreedores, y mantener la contradicción, siquiera antes de la decisión judicial, en los términos que actualmente se recogen en el vigente 496.2 TRLC.

TRIGÉSIMO SEXTA.- La impugnación por los acreedores de la decisión sobre el plan de pagos está limitada a causas tasadas, que se enumeran en el artículo 489 bis. Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El motivo de impugnación previsto en el ordinal primero de este artículo 498 bis.1 supone la traslación al marco de la exoneración de deudas de la regla del "*interés superior de los acreedores*" que rige respecto de los planes de reestructuración consensuados. La enunciación del motivo impugnatorio conlleva la carga para el acreedor impugnante de acreditar que el pago que ha de recibir conforme al plan de pagos es inferior al que recibiría en un escenario de liquidación: por tanto, que su cuota de exoneración es inferior a su cuota de liquidación. Así previsto, el motivo de impugnación, que conecta con el "*sacrificio desproporcionado del acreedor*", comporta la realización de un cálculo prospectivo del valor de liquidación del deudor, lo que puede dificultar no solo la impugnación por este motivo sino también la decisión que, sobre el mismo, deba adoptar el juez del concurso.
- b) En el sistema anteproyectado no se exige, para la aprobación del plan y la obtención de la exoneración provisional, la aceptación del plan por los acreedores afectados o por un porcentaje de los mismos. No hay, en rigor, un "*efecto de arrastre*" de los acreedores disidentes, por cuando la aprobación del plan, ya el propuesto o modificado conforme el criterio del juez, se subordina exclusivamente al cumplimiento de los presupuestos y requisitos exigidos para la exoneración. Por tanto, la efectividad de la disidencia mayoritaria al contenido del plan se traslada a la fase de impugnación para hacer valer en esa sede la oposición en la que, de forma subyacente, cabría apreciar lo que podría calificarse de "*sacrificio desproporcionado generalizado*", si bien bajo



un elevado umbral de sacrificio colectivo -el 80 por ciento de los acreedores afectados-, y siempre bajo el criterio del juez.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- El artículo 499 contiene una regla específica sobre la extensión de la exoneración en caso de plan de pagos. Esta se extenderá -como se ha venido diciendo- a la parte del pasivo exonerable que, conforme al plan, vaya a quedar insatisfecha. Y las acciones declarativas y de ejecución de los acreedores de deuda no exonerable o de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor durante el plazo del plan de pagos se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal. Esta concentración funcional de competencia en el juez del concurso, y la sujeción a los trámites del incidente concursal, se estiman acertadas.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- El artículo 499 bis prevé un incidente de modificación del plan de pagos aprobado cuando, tras la eficacia de la exoneración provisional, se produjera una alteración significativa de la situación económica del deudor.

En esos casos, tanto este como cualquiera de los acreedores afectados por el plan de pagos podrán solicitar del juez la modificación del plan de pagos aprobado. Dispone el apartado segundo que de la solicitud deducida se dará traslado al deudor y a los acreedores personados. Esta previsión no es técnicamente del todo correcta. La personación, procesalmente entendida, no es, ni debe ser, condición de legitimación en la tramitación de la exoneración del pasivo insatisfecho, siendo preferible sustituir el participio "personados" por "*afectados*".

Tampoco se muestra enteramente correcta la previsión del apartado 3 de este mismo artículo 499 bis. Conforme al mismo, "[l]a tramitación, aprobación, e impugnación de la modificación del plan de pagos se realizará en los plazos y en la forma prevista para el plan de pagos original, y producirá los mismos efectos". Parece que el prelegislador está pensando en la modificación promovida a instancia de cualquiera de los acreedores afectados, sin tener en cuenta que también puede ser solicitada por el deudor, respecto del cual, sin embargo, el artículo 498 bis no contempla su legitimación para impugnar la decisión sobre el plan de pagos y la exoneración provisional; lo que, en fin, abunda en la necesidad, ya indicada, y en los términos expuestos, de articular en favor del deudor una vía revisora de la decisión judicial.

TRIGÉSIMO NOVENA.- No se justifica por qué solo se permite una modificación del plan de pagos conforme a lo previsto en este artículo 499



bis. La alteración de la situación económica del deudor, siempre sujeta a contingencias sobrevenidas que en muchas ocasiones son externas o ajenas al propio deudor, puede darse en sucesivas ocasiones dentro del plazo del plan de pagos, y pueden justificar sucesivas modificaciones del plan para que este sea viable y pueda cumplir su finalidad. Se sugiere al prelegislador, por tanto, que reconsidere esta limitación.

CUADRAGÉSIMA.- El artículo 500 AL regula la exoneración definitiva, que se otorgará al trascurso del plazo para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado. El apartado 2 de este artículo mantiene la previsión recogida en el vigente artículo 499.2 TRLC que permite conceder la exoneración definitiva aunque el deudor no hubiese cumplido íntegramente el plan, si bien elimina el umbral de ingresos aplicados a la satisfacción de los créditos afectados por el plan que se prevé en este y simplifica los requisitos para la concesión: tendrá lugar, no obstante el incumplimiento parcial del plan, cuando el incumplimiento resultara de enfermedad o accidente o de otros acontecimientos graves e imprevisibles que afecten al deudor o a quienes con él convivan, siempre que el deudor hubiera en todo caso cumplido las limitaciones o prohibiciones a las facultades de disposición o administración, así como las medidas de cesión en pago que se establezcan en el plan de pagos.

Esta simplificación de requisitos, si bien introduce un rasgo de indeterminación al hacer referencia a imprecisos "*acontecimientos graves e imprevisibles*", resulta sin embargo preferible al establecimiento de los umbrales que se prevén en el vigente artículo 499.2 TRLC, tanto más cuanto este contiene una remisión a las circunstancias previstas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto de los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad, cuya apreciación resulta compleja y excesivamente casuística, y que están sometidas a continuas modificaciones en función de las variables sociales y económicas que justifican esta especial reglamentación protectora.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- Es significativa la posibilidad que abre el artículo 500 bis del anteproyecto, que autoriza al deudor que hubiere obtenido la exoneración provisional por plan de pagos a dejar sin efecto esta y a solicitar la exoneración por liquidación. La misma facultad se confiere cuando se hubiera revocado la exoneración provisional o no procediese la exoneración definitiva. Esta parcial -y unívoca- reversibilidad de la vía de exoneración, con la posibilidad de obtener la exoneración por la vía de la liquidación incluso cuando se hubiera revocado la exoneración provisional o



no procediese la exoneración definitiva, es sin embargo cuestionable cuando se ha producido la revocación de la exoneración o cuando no se ha obtenido la exoneración definitiva por causas que ponen de manifiesto la ausencia de los presupuestos y requisitos legales para su obtención, y en particular el de la buena fe del deudor, exigible sea cual sea la modalidad de exoneración utilizada.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.- La subsección segunda de la sección tercera regula, de manera escueta, la vía alternativa de la exoneración, la exoneración con liquidación de la masa activa.

La modalidad de exoneración con liquidación está prevista para los casos de concursos sin masa activa o con insuficiencia de masa activa, en los que el juez del concurso, una vez deducida la oportuna solicitud por el deudor, después de abrir el trámite de oposición legalmente previsto, y previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley, concederá la exoneración del pasivo insatisfecho y declarará la conclusión del concurso.

Cabe hacer, respecto de esta regulación, las siguientes observaciones:

- a) El trámite contradictorio se abre después de presentada la solicitud por el deudor dentro de los plazos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 501 del anteproyecto. Este plazo es distinto según se trate de concursos sin masa activa o con insuficiencia de la masa activa, pues en el primero el plazo de diez días comenzará a correr desde el vencimiento del plazo para que los acreedores legitimados puedan solicitar el nombramiento del administrador concursal sin que lo hubieran hecho o, si hubiera sido designado, desde la emisión del informe del administrador concursal en el que no apreciara indicios para la continuación del procedimiento, en tanto que en el segundo, en los supuestos de insuficiencia de masa activa, la solicitud se deberá presentar dentro del plazo de audiencia concedido para formular oposición a la solicitud del concurso. El anteproyecto dispone que la oposición se formulará "*dentro del plazo legal*", pero la determinación de cuál debe ser este no es fácil: en los concursos sin masa, una vez presentada la solicitud en el plazo de los diez días computados según las alternativas expuestas, no hay previsión de plazo para formular la oposición ni concreción del momento a partir de la cual debe deducirse; y en los concursos con insuficiencia de masa, en los que la solicitud debe presentarse dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso, se



- produce un solapamiento de oposiciones que puede tener como consecuencia que los acreedores, frente a una solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho deducida al término de dicho plazo, carezcan de tiempo suficiente para oponerse fundadamente a la misma.
- b) Cabe hacer también aquí las mismas observaciones que se hicieron respecto del trámite impugnatorio de la exoneración provisional en la modalidad de exoneración con plan de pagos, en orden a considerar la conveniencia de abrir la vía de impugnación al deudor que ve denegada la solicitud por falta de los presupuestos y requisitos legalmente establecidos. Aunque en los casos de concurso sin masa y de insuficiencia de masa activa el derecho del deudor a la exoneración de deudas se muestra con mayor evidencia, su efectividad está condicionada siempre y en todo caso a la concurrencia de los presupuestos y requisitos legalmente establecidos, y la denegación de la solicitud por ausencia de estos sin habilitar un trámite impugnatorio frente a la resolución denegatoria puede originar indefensión al deudor concursado.
- c) Se aprecia una cierta falta de coherencia entre los apartados 1 y 3 del artículo 501 AL. Conforme al primero, el juez del concurso concederá la exoneración del pasivo insatisfecho, una vez cumplido el trámite de oposición, en la resolución en la que declare la conclusión del concurso; y en el apartado 3 se dispone que 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. Esta última disposición parece referirse a la resolución por la que se resuelve la oposición, la cual, conforme al apartado 1 de este artículo, será en la que se declare la conclusión del concurso, por lo que la posposición temporal que respecto de esta se establece en el apartado 3 no guarda coherencia con lo dispuesto en el apartado 1.

CUADRAGÉSIMO TERCERA.- La Directiva, desde su configuración como norma de mínimos, persigue establecer un determinado grado de armonización en el Derecho preconcursal de los Estados de la Unión imponiéndoles la introducción en sus Derecho nacionales de uno o varios marcos o procedimientos de reestructuración preventiva partir de los rasgos y líneas de actuación que se establecen en la norma europea.

La Directiva, por tanto, deja en manos de los Estados miembros la forma de alcanzar este objetivo. Tal y como se especifica en la exposición de motivos y en la MAIN, ante esta libertad de opción el legislador español ha considerado oportuno reducir las dos instituciones preconcursales hasta ahora existentes, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, a una sola institución, los planes de reestructuración, aunque con algunas



adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores. El modelo escogido se construye a partir del principio de decisión mayoritaria de los acreedores y de la intervención judicial mínima, inspirada en criterios de necesidad y proporcionalidad.

CUADRAGÉSIMO CUARTA.- El artículo 583 AL, que abre el Título I del Libro II, establece el presupuesto subjetivo del marco de reestructuración preventiva que diseña el anteproyecto. Conforme al mismo, este será aplicable a cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad profesional. Por tanto, el régimen preconcursal propuesto no será aplicable a los deudores personas naturales no empresarios. El prelegislador, de este modo, se aparta del Derecho vigente y no ha hecho uso de la facultad que confiere el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva de extender el régimen de los marcos de reestructuración preventiva a las personas físicas insolventes que no sean empresarios. Para el deudor persona natural no empresario queda abierto el régimen de la exoneración del pasivo insatisfecho, en las dos modalidades anteriormente examinadas.

CUADRAGÉSIMO QUINTA.- La delimitación negativa del presupuesto subjetivo se contiene en los apartados 2, 3 y 4 de este mismo artículo 583. El apartado 2 recoge prácticamente en su literalidad el listado de empresas, entidades o entes financieros enumerado en el artículo 1.2 de la Directiva. A esta lista se añade la exclusión de las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de Derecho público (apartado 3), en línea con lo previsto en la letra g) del artículo 1.2 de la Directiva, y se excluyen también los deudores persona natural o jurídica que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las características establecidas en el artículo 687 del anteproyecto, que regula el ámbito del procedimiento especial regulado en el nuevo Libro III del TRLC.

CUADRAGÉSIMO SEXTA.- El prelegislador tampoco ha hecho uso de la facultad que ofrece el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva, que autoriza a disponer que los deudores condenados por incumplimiento grave de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros con arreglo a la normativa nacional solo puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva una vez que hayan adoptado las medidas oportunas para subsanar las cuestiones que motivaron la condena. Y respecto del uso de la limitación del número de veces, dentro de un periodo determinado, en las que un deudor podrá acceder a un marco de reestructuración preventiva (apartado 4 del artículo 4 de la Directiva), el artículo 612 AL, en términos análogos a los del vigente artículo 583.4 TRLC, establece la prohibición temporal de nuevas comunicaciones de negociaciones con los acreedores, que no podrán



presentarse por el mismo deudor, una vez formulada la comunicación, en el plazo de un año. Téngase en cuenta que la decisión de incorporar esta limitación, si bien es plausible en tanto que tiende a evitar conductas abusivas, puede producir el efecto contrario al perseguido por la Directiva, que no es otro que evitar la insolvencia del deudor y mantener la viabilidad de la empresa, al abocar al deudor que se vería afectado por la limitación a un procedimiento concursal.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA.- El artículo 584 AL regula el presupuesto objetivo del marco de reestructuración preventiva diseñado por el prelegislador. Conforme al apartado 1 del mismo, la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración “procederán cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual”. Y la definición de “probabilidad de insolvencia” se contiene en el apartado 2 de este artículo 584 AL conforme a criterios objetivos: “[S]e considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones a la fecha de su vencimiento”.

CUADRAGÉSIMO OCTAVA.- El prelegislador, por tanto, ha preferido, con acierto, acudir a la traducción de la expresión “*likelihood of insolvency*” que se contiene en la versión inglesa de la Directiva, para, dentro de las opciones que ofrece, contemplar la situación anterior a la insolvencia inminente que se define, como presupuesto objetivo de la declaración de concurso, en el artículo 2.3 del TRLC, y que constituye asimismo presupuesto para la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación (artículo 604 TRLC). De este modo, incorpora en el presupuesto objetivo de la reestructuración preventiva los distintos grados de la insolvencia, desde la probable a la actual. Y también dentro de esta libertad de configuración que ofrece la Directiva, el prelegislador define el concepto de “probabilidad de insolvencia” con base en criterios objetivos, que, sin acudir a concretos plazos temporales, se erigen en torno a la previsibilidad objetiva de incumplimiento regular de las obligaciones. Estos rasgos definitorios no son extraños a la definición del concepto “probable” que se contiene en sus dos acepciones en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; y, si bien su significación se empaña un tanto cuando en la exposición de motivos y en la MAIn se tiende a identificar la “probabilidad de insolvencia” con el “riesgo de insolvencia”, siendo ambos conceptos diferenciables, permite, sin embargo, adelantar el presupuesto objetivo del marco de la reestructuración preventiva a un momento anterior a la insolvencia inminente, con la ayuda de los mecanismos



de alerta temprana, y con ello se logra evitar la pérdida del valor empresarial, con el consiguiente perjuicio para los acreedores y el propio deudor.

CUADRAGÉSIMO NOVENA.- No es contrario a la finalidad de la reestructuración preventiva que esta se conciba también en los escenarios de insolvencia, ya inminente, ya actual: que exista coincidencia con el presupuesto objetivo del concurso no debe impedir que se pueda acudir a los institutos concursales mientras que la empresa sea viable económicamente y pueda llevarse a cabo su reestructuración y con ello evitar la declaración de concurso. El límite a esta posibilidad se ha de encontrar necesariamente en la solicitud de declaración de concurso necesario, y este límite se contempla convenientemente en el apartado 2 del artículo 585 del anteproyecto.

QUINCUGÉSIMA.- A la hora de configurar el presupuesto objetivo de la reestructuración, el anteproyecto no alude expresamente a la viabilidad de la empresa. Aunque es este un presupuesto que se encuentra implícito, pues la reestructuración se concibe para empresas viables, debe retenerse que la Directiva no obliga a la prueba, al menos inicialmente, de la viabilidad de la empresa. El control de este requisito se realiza, a partir de la exposición en el plan de reestructuración de los motivos que expliquen por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa (artículo 8.1.h de la Directiva, que se traslada al ordinal décimo del artículo 636 del anteproyecto, al regular el contenido del plan), a través de la aprobación misma del plan por los acreedores, de la homologación judicial y, en su caso, de su impugnación, en la medida en que la aplicación de un plan de reestructuración a una empresa inviable contravendría el interés general de los acreedores y supondría un sacrificio para los disidentes afectados por el arrastre que pudiera calificarse de desproporcionado.

QUINCUGÉSIMA PRIMERA.- El artículo 585 AL regula la comunicación de la apertura de las negociaciones con los acreedores, o la intención e iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración distinguiendo los casos en que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, de aquellos en los que la insolvencia sea actual. En estos últimos casos, la comunicación podrá efectuarse en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta previsión, que se reitera después en el artículo 639.2 del anteproyecto respecto de la solicitud de homologación del plan de reestructuración, se considera más adecuada que la contenida en el vigente artículo 584 TRLC, que dispone que si el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual



la comunicación solo podrá realizarse antes del vencimiento del plazo legalmente establecido para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso. Al situarse el momento final del plazo para presentar la comunicación en la admisión a trámite la solicitud de declaración de concurso se facilita y amplía el acceso a los instrumentos de reestructuración en situaciones de insolvencia actual, lo que es más acorde con la finalidad de la Directiva, y al mismo tiempo se guarda coherencia con la previsión sobre la suspensión de la solicitud de concurso por el deudor que se contiene en el proyectado artículo 615.1.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDA.- La resolución sobre la solicitud de comunicación (artículo 588 AL) tiene lugar después de que el juzgado haya verificado su competencia territorial e internacional y el contenido formal de la comunicación, previéndose el oportuno trámite de subsanación de los defectos formales (artículo 588.2 AL), así como el control de oficio de la competencia internacional y territorial -sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier acreedor pueda formular declinatoria ex artículo 592 AL-, respecto de las que el juez del concurso resolverá, previa audiencia del solicitante y del Ministerio Fiscal, mediante auto que será apelable (589 AL). El decreto del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) que tenga por efectuada la comunicación surtirá efectos desde la fecha en que se hubiera presentado la solicitud, y tendrá el contenido que se detalla en el artículo 590 del anteproyecto.

Conviene, en este punto, hacer las siguientes puntualizaciones:

- a) La resolución sobre la comunicación se dicta tras haberse verificado la competencia del juzgado y el contenido formal de la solicitud de comunicación, especialmente en lo que se refiere a la información que debe contener. El examen de la solicitud y la resolución sobre ella recae, por tanto, además de sobre la competencia del juzgado, sobre aspectos meramente formales, sin que el deudor tenga que acreditar el presupuesto objetivo -el estado de probabilidad de insolvencia, la insolvencia inminente o la actual- (artículo 588.3 AL), lo que justifica la atribución al LAJ de la competencia para decidir sobre la comunicación, sin perjuicio de la competencia del juez para llevar a cabo el control de la competencia internacional y territorial, cuando el LAJ estimase que el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, y sin perjuicio de las atribuciones del juez para resolver sobre la declinatoria por falta de competencia internacional o territorial, conforme a lo previsto en la legislación procesal civil (artículo 592 AL).



- b) La resolución sobre la comunicación, con el contenido que se especifica en el artículo 590, no se comunica a los acreedores identificados en la solicitud, sino solo a las autoridades judiciales o administrativas que estuviesen conociendo de las ejecuciones contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional que deben ser suspendidos (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590.2, en relación con el artículo 601 del AL), y se publicará en Registro público concursal (salvo que el deudor hubiera solicitado que la comunicación se mantuviera reservada, como también prevé el vigente artículo 585.3 TRLC).

El apartado 3 del artículo 588 AL dispone que contra el decreto del LAJ podrá interponerse por cualquier acreedor recurso de reposición por dos motivos: si considera que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones no son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor -y, por tanto, que las ejecuciones contra ellos no deben ser suspendidas-, y si considera que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas -se dice erróneamente "otorgados"- por terceros.

El precepto es mejorable en dos aspectos: en primer lugar, en cuanto a la extensión de la impugnación, que no debería limitarse a los dos aspectos considerados, sino que debería ampliarse al resultado del control de otros aspectos formales, como la relación de acreedores, créditos y su importe, o a la prohibición prevista en el artículo 612 AL para evitar comunicaciones abusivas; y en segundo lugar, en cuanto a la posibilidad de revisar judicialmente la resolución del decreto del LAJ, por ser una exigencia derivada de reiterada doctrina constitucional. En este punto, se advierte una falta de coherencia con lo previsto en el artículo 606.1 del anteproyecto, donde, al tratar de la posibilidad de iniciar o reanudar las ejecuciones no iniciadas o suspendidas, alude al recurso de revisión contra el decreto del LAJ teniendo por efectuada la comunicación.

- c) Cabe someter a la consideración del prelegislador la conveniencia de ampliar la legitimación al deudor que ve desestimada su solicitud por defectos no subsanables -como estar incurso en la prohibición prevista en el artículo 612 AL-, y respecto de pronunciamientos contrarios sus intereses, como los relativos al carácter no necesario de los bienes o derechos afectos a ejecuciones singulares, o sobre la extensión de los efectos de la comunicación a las garantías otorgadas por terceros.
- d) Por otra parte, no resulta muy adecuada la determinación del cómputo del plazo establecido para la interposición del recurso de reposición: cinco días a contar desde la notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la



suspenda, o en el caso de autoridades administrativas, desde que reciban la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación. No es muy funcional vincular el cómputo del plazo al dictado de una resolución dictada por un órgano judicial distinto del del concurso, y no se explica el diferente cómputo cuando se trata de autoridad administrativa. Resulta más adecuado anudar el cómputo del plazo al momento de la publicidad de la resolución del LAJ, y unificar la forma de computarlo en todo caso, sea cual sea el motivo de impugnación, y sea cual sea la autoridad, judicial o administrativa, que esté conociendo de la ejecución. Esta configuración del cómputo del plazo impugnatorio es más coherente, además, con el carácter exclusivo y excluyente de la competencia del órgano judicial que conoce de la comunicación (artículo 593 AL), que es el que ha de decidir acerca de la suspensión de las ejecuciones.

QUINCUAGÉSIMO TERCERA.- El artículo 594 AL incorpora la llamada “regla del deudor no desapoderado” (“*debtor in possession*”), que se establece con carácter general en el artículo 5.1 de la Directiva [en relación con el Considerando (30)].

Conforme a este precepto, la comunicación no tendrá efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor. Esta ausencia de desapoderamiento se contempla, por lo demás, en el Derecho vigente respecto de los acuerdos extrajudiciales de pago.

Ahora bien, esta regla general se ve matizada por cuanto la Directiva, además de autorizar a los legisladores nacionales para que puedan disponer en cada caso el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, impone la obligación de proveer su designación en los casos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 5, y que se resumen en los casos de suspensión general de las ejecuciones singulares cuando sea necesario para salvaguardar el interés de las partes, cuando el plan de reestructuración forzosa deba ser confirmado por autoridad judicial o administrativa y cuando el deudor o la mayoría de los acreedores lo solicite, siempre que, en este último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

La Directiva, no obstante, no impone que deba producirse el desapoderamiento de las facultades patrimoniales del deudor cuando, potestativa u obligatoriamente, se prevé el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración. Este debe ser distinto del administrador concursal, y por tanto, distintas han de ser sus funciones y



distintos sus cometidos, por lo demás escasamente regulados en la Directiva. Conforme al artículo 5.3, los cometidos del administrador en materia de reestructuración se ciñen a asistir al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan: por tanto, se trata de funciones asistenciales, que no conllevan el desapoderamiento de las facultades patrimoniales del deudor; pero la rotundidad de este aserto se ve empañado cuando el Considerando (30) se refiere al nombramiento del administrador en materia de reestructuración para «[s]upervisar la actividad del deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas del deudor», lo que, por lo demás, es coherente con la posibilidad que contempla el artículo 5.1 de la Directiva de que el deudor conserve solo parcialmente el control de sus activos y sobre la gestión ordinaria de la empresa.

El apartado 2 del artículo 594 establece que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades patrimoniales del deudor. Por tanto, este precepto, que remite a la regulación del Título V sobre el experto en la reestructuración, mantiene la regla general del deudor no desapoderado, aun cuando se nombre el experto en reestructuración, cuyas funciones, tal y como se contemplan en el anteproyecto (artículo 681), tienen carácter asistencial, tanto respecto del deudor y los acreedores, como respecto del juez.

QUINCUAGÉSIMO CUARTA.- El artículo 595 AL mantiene inalterada la regla que contiene el vigente artículo 586 por virtud de la cual la comunicación no producirá el vencimiento anticipado de los créditos; a la que se añade ahora -apartado 2 del artículo 595- la interdicción de la cláusula ipso facto, que comporta la ineficacia de aquellas cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por causa de la comunicación, de la suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas.

QUINCUAGÉSIMO QUINTA.- El anteproyecto (artículo 596) mantiene también los efectos de la comunicación **sobre las garantías de tercero que se prevén en el vigente artículo 587 TRLC, si bien ahora se amplían a las garantías, no solo personales, sino también reales ofrecidas por terceros**, de manera que la comunicación por sí sola no impedirá que el acreedor que disponga de garantía personal o real de un tercero para la satisfacción de su crédito pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado hubiese vencido.



El apartado 3 de este artículo 595 introduce una excepción a esta regla para el caso del otorgamiento de garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación, cuando así lo hubiera solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía puede causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. En estos casos, se mantienen los efectos suspensivos de las ejecuciones de garantías personales o reales para evitar la precipitación del garante y del deudor a la insolvencia -y a la eventual comunicación del garante-, con la subsiguiente frustración de las negociaciones y del fin de la reestructuración.

QUINCUGÉSIMO SEXTA.- El artículo 597 AL recoge el principio general de vigencia de los contratos que proviene del apartado 5 del artículo 7 de la Directiva. Conforme al mismo, la comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, y en particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato (las llamadas cláusulas “*ipso facto*”) por el mero motivo de: 1º la presentación de la comunicación o su admisión a trámite; 2º la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos; y 3º cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores.

Esta previsión tiene carácter general y afecta a todos los contratos vigentes con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. El segundo inciso del primer párrafo del artículo 597 está orientado al cumplimiento de las obligaciones de los acreedores con la finalidad de evitar, mediante el ejercicio de las facultades contractualmente previstas, que se frustren las negociaciones y con ellas la finalidad de la reestructuración. La ineficacia de estas cláusulas se encuentra limitada a los concretos supuestos descritos en la norma, pues fuera de ellos mantienen su plenitud de efectos (artículo 598.1 AL), lo que es coherente con el objeto del precepto y resulta proporcionado respecto de la finalidad perseguida.

QUINCUGÉSIMO SÉPTIMA.- El apartado 2 del artículo 598 AL recoge la regla contenida en el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva, relativa a los contratos esenciales y a las deudas nacidas antes de la comunicación que no hubieran sido liquidadas por el deudor: respecto de estos, conforme a lo ordenado por la Directiva, las facultades previstas en las cláusulas “*ipso facto*” no podrán ejercitarse, sin limitación alguna, mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos.



La Directiva contempla en estos casos la posibilidad de introducir salvaguardas que operen como contrapartidas en favor de los acreedores que ven restringidas sus facultades de suspender, modificar, resolver o terminar anticipadamente el contrato, y que se resumen en el mantenimiento de las obligaciones del deudor de pagar sus deudas surgidas con posterioridad a la comunicación y a sus efectos. Esta posibilidad, que sirve de contrapeso en las relaciones nacidas de los contratos con obligaciones recíprocas, puede verse sin embargo implícita en el primer inciso del artículo 597 AL.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVA.- En relación con los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos, el artículo 600 AL sienta la regla general, proveniente del artículo 6.1 de la Directiva, de la prohibición legal de iniciación de ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación. Esta regla se complementa con la contenida en el artículo 601 AL, que dispone la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales hasta que, transcurridos tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente, el juez adopte decisión sobre el levantamiento de la suspensión.

El anteproyecto se atiene, por una parte, al plazo de duración de la suspensión que, como máximo, establece el artículo 6.4 de la Directiva (plazo no superior a cuatro meses, sin perjuicio de su ampliación o de nueva suspensión). Respecto del cómputo del plazo, debería precisarse en el artículo 600 AL que este se computará desde la fecha de presentación de la comunicación -como hace el vigente artículo 588 TRLC-, guardando coherencia de este modo con lo previsto en el artículo siguiente y con el momento en que la comunicación surtirá efectos (la fecha en que se hubiera presentado la solicitud, artículo 588.1 del anteproyecto).

QUINCUAGÉSIMO NOVENA.- La suspensión recae sobre las ejecuciones que afecten a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. Esta limitación, que guarda correspondencia con el régimen de suspensión de ejecuciones en sede concursal y con lo dispuesto en el vigente artículo 588.2 TRLC respecto de los acuerdos de refinanciación, conecta directamente con el requisito, explícito en el artículo 6.1 de la Directiva y en su Considerando (32), de que la suspensión sea necesaria y favorezca las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva, a cuya consecución se orienta la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, que pudiera verse afectada a resultas de la ejecución sobre los bienes necesarios para dicha continuidad.



SEXAGÉSIMA.- El anteproyecto (artículo 603), haciendo uso de las facultades que confiere la Directiva, prevé que, a solicitud del deudor, el juez otorgue alcance general a la prohibición de iniciación de las ejecuciones o a la suspensión de las ya iniciadas sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, cuando dicha medida resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones. Esta medida, cuya eficacia se extenderá durante el plazo previsto en el texto proyectado, se adoptará, previa opinión favorable del experto en la reestructuración -si se hubiese designado-, mediante auto separadamente de la resolución teniendo por efectuada la comunicación, y se publicará en el Registro público concursal cuando fuera favorable a la solicitud. Y paralelamente, el artículo 604 AL prevé la prohibición de iniciación de ejecuciones o la suspensión de las ya iniciadas sobre cualesquiera otros bienes o derechos del deudor, extendiendo la prohibición o la suspensión a uno o varios acreedores individuales o a una o varias clases de acreedores, en los mismos términos y condiciones que los previstos en el artículo precedente.

Estas posibilidades, que demuestran la versatilidad del régimen establecido en el anteproyecto, se ofrecen en el apartado 3 del artículo 6 de la Directiva, y su incorporación al texto propuesto no merece otra consideración que la referida a la conveniencia de que, cuando se trata de la prohibición o de la suspensión ejecuciones limitadas a uno o varios acreedores o a una o varias categorías de ellos, estos deban ser informados de las negociaciones, requisito este impuesto por el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 6 de la Directiva que, rectamente entendido, no se suple con la publicación en el Registro público concursal de la resolución por tiene por efectuada la comunicación.

SEXAGÉSIMO PRIMERA.- Del régimen propuesto en el anteproyecto, que en líneas generales se adapta a la norma que es objeto de transposición, se desprende que no se contempla un control *ex ante* de la suspensión de ejecuciones dirigidas contra bienes o derechos del deudor necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional: esta -y la prohibición de iniciar ejecuciones singulares contra tales bienes o derechos- se produce *ope legis* a partir de las manifestaciones del deudor en la comunicación, y su control se lleva a cabo a *posteriori*, a través de la impugnación de la resolución del LAJ prevista en el artículo 590.3, en los términos arriba indicados. Solo la solicitud de prohibición general de iniciación o de suspensión de ejecuciones, y la extensión de la prohibición o suspensión a acreedores individuales o a clases de acreedores, requiere de un control *ex ante* por el juez, en la medida en que deberá verificar si el alcance general



de la prohibición o de la suspensión, en uno y otro caso, es necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones.

SEXAGÉSIMO SEGUNDA.- El prelegislador ha ceñido la posibilidad de iniciar las ejecuciones o de levantar la suspensión a los casos en que los bienes o derechos afectos a la ejecución no fueran necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, salvo que los efectos de la comunicación se hubiesen extendido a dichos bienes o derechos. Ha prescindido, por consiguiente, de tomar en consideración las diversas situaciones que, conforme al artículo 6.9 de la Directiva, permitirían iniciar o levantar las ejecuciones singulares. Aunque algunas de las causas que, conforme a la Directiva, autorizarían para iniciar o levantar la suspensión de las ejecuciones se encuentran implícitas en la regla que establece la prohibición de iniciación y la suspensión -como que esta ya no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones, cuando, por ejemplo, sea manifiesto que una amplia mayoría de los acreedores no apoyará las negociaciones-, cabe sugerir al prelegislador la conveniencia de atender a otras causas de inicio o reanudación de las ejecuciones como las consistentes en el perjuicio injustificado de los acreedores como resultado de la prohibición o suspensión o cuando estas den lugar a la insolvencia de un acreedor. De acogerse la sugerencia expuesta, el concepto de "*perjuicio injustificado de los acreedores*" debería integrarse a partir de las pautas interpretativas que se derivan de los Considerandos (36) y (37) de la Directiva.

Es cierto que la aprobación de los planes de reestructuración y el efecto del arrastre *intra* clases y del arrastre vertical está supeditado, en un caso, a la prueba del interés superior de los acreedores, y en el otro a la observancia de la regla de la prioridad absoluta y de su corolario, presupuestos cercanos al "perjuicio injustificado de los acreedores"; y también es cierto que, según lo dispuesto en el artículo 608 AL, la prohibición de inicio o la suspensión de las ejecuciones no será de aplicación a las reclamaciones de créditos que legalmente no puedan quedar afectados por el plan de reestructuración, entre los que se contarían aquellos respecto de los que no se dieran los presupuestos señalados. No obstante, sería aconsejable que, de aceptarse la sugerencia anterior, se recogiera de forma expresa los casos en que es posible iniciar o reanudar las ejecuciones no iniciadas o suspendidas.

SEXAGÉSIMO TERCERA.- La expresa exclusión de los créditos de Derecho público que se contiene en el artículo 607 AL reproduce los términos del vigente artículo 592 TRLC. La Directiva -Considerando (34) y artículo 6.4- autoriza a excluir de la suspensión determinadas categorías de créditos, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente



justificada y cuando i) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa o ii) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos.

Los mismos argumentos que permiten justificar la extensión del mecanismo de exoneración de deudas a los créditos de esta naturaleza, ahora pueden servir para justificar la extensión del marco de reestructuración preventiva a dichos créditos. La exclusión de estos créditos se justifica muy someramente en la exposición de motivos y en la MAIn que acompaña al anteproyecto: su excepcionalidad reside en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria asentada en el Estado de Derecho. Sin embargo, esta justificación no parece suficiente, atendido el rigor de la Directiva en punto a expresar las razones que legitiman la exclusión. Esta exigencia de justificación se muestra tanto más necesaria cuanto mayor es la probabilidad de que la ejecución del crédito público ponga en peligro la reestructuración de la empresa; lo que dependerá en gran medida del grado de incidencia del crédito público en el conjunto del pasivo del deudor.

SEXAGÉSIMO CUARTA.- La regulación sobre la prórroga de los efectos de la comunicación es adecuada y se muestra conforme con la Directiva. Únicamente cabe hacer las siguientes observaciones respecto de ella:

- a) El artículo 610.1 permite que la solicitud de prórrogas sucesivas sea presentada, además de por el deudor, por el experto en materia de reestructuración, el cual, sin embargo, solo deberá emitir informe favorable a la primera prórroga. Esta diferencia en cuanto a la legitimación del experto en materia de reestructuración se explica en la medida en que las ulteriores prórrogas se han de encontrar justificadas en el avance, o en la posibilidad de avance, de las negociaciones, y en la cercanía de la consecución del plan, en lo que es relevante la participación del experto, cuando hubiera sido designado. Y las mismas razones abonan la exigencia de un mayor umbral de pasivo que pueda resultar afectado por la reestructuración para solicitar y obtener las ulteriores prórrogas.
- b) Hay una errata en la tercera línea del apartado 2 del artículo 610, que dice: "(...) efectos de la comunicación exceda se extiende por más de doce meses a contar (...)".
- c) El artículo 611 contiene las causas de exclusión de los acreedores individuales de los efectos de la prórroga. Estas se contraen a los casos en los que su concesión pudiera causar su insolvencia o una pérdida significativa del valor de la garantía del crédito de su titularidad, o cuando la suspensión o paralización de las ejecuciones solo afectara a



las que tuvieran por objeto bienes o derechos necesarios que en el momento de solicitarse la exclusión de la prórroga hubiera perdido tal carácter. Adviértase que estas causas de exclusión se contemplan respecto de las prórrogas de los efectos de la comunicación, y no respecto de estos mismos, tal y como más arriba se ha expuesto.

SEXAGÉSIMO QUINTA.- El artículo 615 AL reproduce, con las pertinentes adaptaciones al régimen de reestructuración que introduce el anteproyecto, lo dispuesto en el vigente artículo 595 TRLC y, en línea con la moratoria del deber de solicitar el concurso que se establece en el artículo 7.1 y 2 de la Directiva, pospone dicho deber al mes siguiente después de transcurridos tres meses desde la comunicación sin que el deudor hubiese alcanzado un plan de reestructuración, deber que sin embargo se exceptúa en el caso de que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual.

SEXAGÉSIMO SEXTA.- El artículo 615 AL regula de forma complementaria la suspensión de la solicitud de concurso voluntario. Con arreglo al mismo, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación las solicitudes de concurso voluntario podrán ser suspendidas por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que, con probabilidad de ser aprobado, deberán presentar estos. La suspensión se levantará trascurrido un mes desde la presentación de la solicitud de concurso por el deudor si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración.

Esta disposición complementa el régimen de los efectos de la comunicación sobre las solicitudes de concurso y sobre el deber legal de solicitarlo. La regulación propuesta por el prelegislador se encuentra en sintonía con el objeto y la finalidad de la Directiva, que no es otra que proteger la negociación de los planes de reestructuración impidiendo que pueda verse obstaculizada por la declaración del concurso, necesario o voluntario, del deudor. De esta manera, una vez efectuada la comunicación, no solo quedará en suspenso la obligación legal de solicitar el concurso del deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual -lo que, como se ha visto, es posible en el diseño de los marcos de reestructuración preventiva que se contienen tanto en la Directiva como en el anteproyecto que ha de servir para su transposición-, sino que también quedarán en suspenso las solicitudes de concurso deducidas por los demás legitimados, y las presentadas por el deudor, cuando en este último caso así lo hubieran solicitado el experto en materia de reestructuración o los



acreedores que superen el umbral legalmente establecido, y que presenten un plan de reestructuración con visos de ser aprobado.

En esta regulación, omnicomprendiva de todos los supuestos de solicitud de concurso, subyace la idea de que, una vez hecha la comunicación, la apertura del procedimiento de insolvencia que puede conducir a la liquidación del deudor no obedece al interés general de los acreedores, en línea con lo previsto en el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva, quienes sustituyen al deudor en la función de presentar un plan de reestructuración viable. El interés general de los acreedores que se trata de proteger se traduce en la constatación de que el valor de la reestructuración es superior al de la cuota de liquidación, con el presupuesto, claro está, de la viabilidad de la empresa. El juez, a la hora de decidir acerca de la suspensión de la solicitud de concurso voluntario, deberá verificar si la misma responde, en efecto, al interés general de los acreedores, para quienes el plan de reestructuración que presentan como susceptible de ser aprobado, y pueda vincular al deudor, satisface mejor dicho interés que la apertura del procedimiento concursal liquidativo. Ello presenta especial significación en aquellos casos en los que entren en conflicto los intereses del deudor persona jurídica -de sus socios, accionistas o skateholders- y los intereses de los acreedores, singularmente cuando las medidas de reestructuración propuestas afectan a la estructura de capital y/o la gobernanza de la entidad deudora. A esta idea parece responder -pues no se explica debidamente en la exposición de motivos y la MAIn- la excepción prevista en el apartado 3 de este artículo, que exceptúa de lo dispuesto en el mismo a los deudores personas naturales y a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales; en ambos casos, se preserva el interés del deudor por encima del de los acreedores.

Toda vez que el juez deberá resolver sobre la solicitud de suspensión teniendo en cuenta la necesidad de proteger el interés general de los acreedores frente al del deudor solicitante de la declaración de concurso, la constatación de ese interés general puede verificarse a través de la comprobación del umbral de pasivo previsto en la norma -más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración-, lo que ha de facilitar la labor del juez al contar con un elemento objetivo predeterminado en la propia norma suficientemente expresivo del interés general de los acreedores afectados.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMA.- El anteproyectado artículo 616 introduce una regla específica dirigida a suspender el deber legal de acordar la disolución de la sociedad por pérdidas *-rectius*, de acordar la convocatoria de la junta



general para adoptar el acuerdo de disolución- que conecta con la causa de disolución prevista en el artículo 363.1.e) TRLSC, con el deber de convocatoria de la junta ex artículo 365.1 TRLSC, y con el régimen de responsabilidad de los administradores sociales (artículos 236, 366 y 367 TRSC). Constituye un precepto que sirve como elemento configurador de los deberes de lealtad y de diligencia que pesan sobre los administradores sociales, situados en un estado de preinsolvencia de la sociedad, y también para definir el concepto de interés social en esa situación, admitido el hecho de que la situación de desbalance que constituye causa legal de disolución no ha de identificarse necesariamente con la insolvencia probable o la insolvencia inminente que constituye el presupuesto objetivo del marco de reestructuración preventiva previsto en la ley anteproyectada.

SEXAGÉSIMO OCTAVA.- El artículo 616 AL, así como las modificaciones introducidas en los artículos 365.3 y 367.3 TRLSC, operan, por tanto, en ese marco de reestructuración preventiva, pero son normas que modulan el régimen de los deberes impuestos a los administradores sociales y de su responsabilidad, por lo que cabe cuestionarse si el precepto anteproyectado no debería trasladarse al ámbito del Derecho societario, por razones sistemáticas.

SEXAGÉSIMO NOVENA.- El artículo 617 AL abre el Título III definiendo el concepto de "*planes de reestructuración*" a partir del concepto de "*reestructuración*" que se define en el artículo 1.1) de la Directiva, que reproduce casi en su literalidad. La definición en sí misma es descriptiva del contenido posible del plan y de su objeto (la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos) y es, por tanto, literosuficiente. Convendría, no obstante, especificar, como hace la Directiva, que la transmisión de la empresa se refiere a la empresa *en funcionamiento*, pues el valor de esta, como tal, será determinante de cara a la verificación de los presupuestos para la confirmación del plan de reestructuración.

SEPTUAGÉSIMA.- El artículo 618 AL define adecuadamente, y conforme a la Directiva, el ámbito objetivo del régimen jurídico del marco de reestructuración preventiva proyectado. Este se aplicará a los planes de reestructuración que prevean una extensión de efectos -el arrastre horizontal y vertical- de los acreedores o grupos de acreedores titulares de créditos afectados -en los términos previstos en el artículo siguiente, el 619- que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no



hayan aprobado el plan. Y también se someterán a la regulación proyectada los planes de reestructuración que protejan la financiación interina o la nueva financiación *-fresh money-* y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de esta frente al régimen general de las acciones rescisorias, así como las preferencias de cobro de los acreedores financiadores en los términos previstos en el Título I del TRLC.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERA.- El anteproyecto (artículo 619.1) define ampliamente el concepto de “créditos afectados” -aquellos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones- y lo hace conforme al principio de universalidad del pasivo -cualquier crédito, incluidos los contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de reestructuración (artículo 619.2)-, que, sin embargo, presenta algunas excepciones: no quedarán afectados por el plan de reestructuración los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las de personal de alta dirección y los créditos de derecho público. Tampoco quedarán afectados los créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor.

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDA.- Las excepciones son semejantes a las recogidas en el artículo 489 para la exoneración del pasivo. La exclusión de los créditos de los trabajadores es una opción que ofrece la Directiva, de la que ha hecho uso el prelegislador. Por otra parte, es más adecuado referirse a los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual que a los “créditos derivados de daños extracontractuales”. Y respecto de la exclusión del crédito de derecho público, si bien la Directiva [Considerando (52)] autoriza a excluir a ciertos acreedores públicos institucionales cuando tengan un estatuto privilegiado conforme a la normativa nacional, cabe hacer las mismas consideraciones que las efectuadas en relación con la exoneración del pasivo insatisfecho, incidiendo aquí en la importancia que tiene la afectación del crédito público para el éxito de la reestructuración en aquellas empresas, como sucede habitualmente en las PYMEs, que tienen un elevado porcentaje de deuda pública, para las que los mecanismos de fraccionamiento y aplazamiento resultan insuficientes.

SEPTUAGÉSIMO TERCERA.- De forma similar al régimen de exoneración de deudas, el anteproyecto establece el principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (artículo 621) y la ineficacia de las cláusulas *ipso facto* -en línea con los Considerandos (40) y (41) de la Directiva-, con ciertas especialidades para determinados



acuerdos de compensación contractual (artículo 622). En particular, se establece la vigencia e invariabilidad de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor en los casos en que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor (artículo 621.2). Pero al mismo tiempo permite modificar o resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, a instancia del deudor, cuando la modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y para prevenir el concurso.

La traslación de esta regla, propia del concurso (cfr. artículo 165 TRLC), al marco de reestructuración preventiva, con la posibilidad de que la resolución contractual se prevea en el plan de reestructuración, incorporando al mismo el crédito indemnizatorio derivado de la resolución, constituye una importante novedad. El anteproyecto contempla esta posibilidad, en principio, en el marco de las relaciones contractuales entre las partes, de manera que la modificación o resolución del contrato se acuerde por ambas partes contratantes. Pero permite que, de no alcanzarse un acuerdo, se imponga la resolución del contrato en beneficio del buen fin de la reestructuración, de forma que la parte del contrato deja de ser tal para convertirse en parte afectada por el plan de reestructuración, en la medida en que el crédito indemnizatorio derivado de la resolución se incluya en el plan.

El anteproyecto resulta en este punto un tanto inconcreto. Adviértase que esta facultad supone una alteración del principio de obligatoriedad de los contratos, que autoriza la resolución contractual a instancia de una de las partes, y convierte a la parte del contrato en parte afectada por la reestructuración, todo ello sin que esté prevista la intervención judicial. Debe recordarse que en sede concursal la resolución de los contratos en interés del concurso requiere la intervención del juez del concurso, articulándose un trámite específico para acordarla (artículo 165 TRLC). En términos análogos, debería preverse respecto de esta resolución contractual la intervención judicial y regular la forma en que habrá de tener lugar. El apartado 4 del artículo 623 dispone que las controversias que se susciten sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o la cuantía que debe satisfacer el deudor se tramitarán por el cauce de la impugnación u oposición al plan; y, coherentemente, el artículo 660 AL regula la impugnación de la resolución de contratos sobre la base de que el auto de homologación del plan de reestructuración hubiere acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Pero ha tenerse en cuenta que la homologación judicial solo será necesaria en los casos previstos en el artículo 638 AL (se pretenda el arrastre de los acreedores disidentes, del deudor o de los socios, o se pretenda proteger a la financiación interina y la nueva financiación, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del plan frente a acciones rescisorias). Cabría, por tanto,



ampliar la necesidad de la homologación judicial a los casos en que se deba decidir acerca de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas, pues, en definitiva, con ella se extiende el plan a la parte contratante, que pasa a ser parte afectada por el plan de reestructuración, y extender la homologación con contradicción previa (artículos 665 y 666 AL) a los casos en que deban resolverse los contratos en interés del plan de reestructuración.

SEPTUAGÉSIMO CUARTA.- El anteproyecto (artículo 626) regula la formación de las clases de crédito sobre la base de su formación debe atender a la existencia de un interés común determinado conforme a criterios objetivos. Se acomoda, de esta forma, a la exigencia impuesta por el artículo 9.4 de la Directiva. La concreción de estos criterios objetivos se materializa, en primer lugar, en el rango concursal, y a partir del mismo, se permite que los créditos del mismo rango se separen por clases en función de distintos parámetros: la naturaleza financiera o no financiera del crédito, el conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases, o a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración, o por razón de la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados (artículo 627, in fine); pero también formarán una clase separada los acreedores que sean PYMEs y el plan de reestructuración suponga para ellos un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito (artículo 626.3, último inciso), y los acreedores cuyos créditos gocen de garantía real (artículo 627).

SEPTUAGÉSIMO QUINTA.- La Directiva solo impone la clasificación por categorías de créditos garantizados y no garantizados; el anteproyecto, por tanto, es respetuoso con dicha obligación, y responde también a las exigencias de la Directiva al preordenar la formación de las clases en atención al interés común de los acreedores manifestado, en primer término, por el rango concursal de los créditos, y en segundo término, atendiendo a diferentes parámetros que ofrecen un suficiente grado de objetividad. La Directiva, por otra parte, establece la obligación de proteger a los acreedores vulnerables, como los pequeños proveedores [artículo 9.4, último párrafo, y Considerando (44)]; pero esta obligación puede considerarse cabalmente cumplida con la previsión de la formación de una clase separada para las PYMEs.

SEPTUAGÉSIMO SEXTA.- También debe considerarse cumplida la obligación que se deriva del Considerando (44), cuando dispone que «[L]os Estados miembros deben poder disponer que los créditos garantizados puedan dividirse en partes garantizadas y no garantizadas sobre la base de la valoración de las garantías.» Esta obligación se satisface en el apartado 5



del artículo 620 AL, al disponer que “En el caso de créditos con garantía real, cuando el valor de la garantía sea inferior al de la obligación garantizada, el crédito por el exceso será tratado como no garantizado, conforme a la clase que le corresponda según esta ley. La parte del rédito cubierta por el valor de la garantía se considerará como crédito garantizado”.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMA.- El anteproyecto, dentro del principio de intervención mínima, contempla un procedimiento facultativo de confirmación judicial de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan, reservada al deudor y a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración. Este procedimiento, regulado en el artículo 629, es muy breve: los legitimados deberán comunicar la propuesta de formación de la clase o clases a las partes afectadas por la confirmación judicial donde se les anuncie la presentación de la solicitud, acompañando a esta dicha comunicación. El juez competente para conocer de la homologación, después de examinar su competencia internacional y territorial, dictará providencia admitiendo al trámite la solicitud, que se publicará en el Registro público concursal. Se abre a continuación un trámite de oposición dentro de los diez días siguientes a la publicación de la providencia, y el juez dictará sentencia en los cinco días siguientes, que no será susceptible de recurso alguno.

Esta somera regulación merece las siguientes observaciones:

- a) Es dudoso determinar quiénes serán las partes afectadas por la confirmación judicial a las que debe comunicarse la propuesta de la formación de la clase o clases y anunciar la solicitud de confirmación, y quienes podrán oponerse a la confirmación. Debe tenerse presente que, aunque se trate de la confirmación de una concreta clase, esta puede afectar, de forma directa o indirecta, a las demás, por lo que no siempre será fácil discernir quiénes serán las partes afectadas. El examen de la clase o clases de acreedores respecto de las que se solicita la confirmación judicial puede recaer en los acreedores incluidos en la clase, los créditos incluidos y en su cuantía. Piénsese, por ejemplo, en la clase de acreedores titulares de créditos con garantía real: la confirmación puede exigir examinar desde los acreedores incluidos hasta el valor de la garantía y el importe del crédito garantizado. Por otra parte, por lo general la confirmación de una concreta clase o de concretas clases de acreedores requerirá un análisis global de todas las clases. La preterición de un acreedor en una clase le hace merecedor de la condición de “parte afectada” por la confirmación judicial, que, por esta razón, no debería ceñirse a los



acreedores integrados en la clase o clases sobre las que ha de recaer la decisión judicial.

- b) La redacción del apartado 4 de este artículo 629, que reza: “En el caso de que se hayan confirmado las clases propuestas por el solicitante, esta circunstancia no podrá volver a alegarse como motivo de impugnación u oposición al plan”, es mejorable. Si lo que pretende el precepto es adelantar las posibles causas de impugnación del plan basadas en la incorrecta formación de las clases y evitar la reiteración de los argumentos en los que se basó la oposición a la confirmación judicial, debería clarificarse el enunciado normativo en tal sentido.

SEPTUAGÉSIMO OCTAVA.- El anteproyectado artículo 630.2 dispone que la comunicación de la propuesta de plan a los acreedores afectados deberá ser individual, por vía postal o electrónica, o si no fuera posible por desconocerse la identidad y dirección de los acreedores, mediante anuncio en la página web de la sociedad, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan. Solo cuando no fuera posible la comunicación por estos medios se prevé la publicación de edictos en el Registro público concursal con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan.

Esta ordenación de los medios de comunicación es cuestionable. Por una parte, no siempre el deudor dispondrá de página web, y en todo caso no garantiza el buen fin de la comunicación a todos los acreedores afectados. Por otra parte, cabría considerar la publicación del edicto en el Registro público concursal en todo caso, a instancia de los solicitantes de la homologación o, en su caso, del experto en la reestructuración, para garantizar en mayor medida la comunicación de la propuesta a los acreedores que se verán afectados.

SEPTUAGÉSIMO NOVENA.- Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto (artículo 631.1 AL). La Directiva (artículo 9.6) solo exige la concurrencia de una mayoría del importe de los créditos o intereses, no una mayoría del número de partes, si bien se faculta a los Estados miembros a que prevean también esta mayoría, opción esta de la que el prelegislador no ha hecho uso. El plan se considerará aprobado por una clase de créditos afectados si hubiera votado a favor más de los dos tercios del importe del pasivo correspondiente a dicha clase, salvo que estuviera formada por créditos con garantía real, en cuyo caso se considerará aprobado si hubiera votado a favor tres cuartos del importe del pasivo correspondiente a esta clase (artículo 632 AL). Estos porcentajes son respetuosos con la regla de la mayoría y con el límite porcentual establecidos en el apartado 6 del artículo 9 de la Directiva.



OCTOGÉSIMA.- El artículo 634 AL contiene unas reglas aplicables a los planes de reestructuración que contengan medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora por afectar a sus derechos. Estos supuestos serán aquellos en los que el plan contenga medidas que afectan a la composición del capital, conlleve modificaciones estructurales o disposición de activos esenciales que, conforme el Derecho societario, requieren su consentimiento. Se estará, a tales efectos, a lo establecido para el tipo legal de sociedad deudora, si bien se establecen una serie de reglas para el caso de sociedades de capital, que afectan a la convocatoria y celebración de la junta y al quorum y a la mayoría exigida para la adopción del acuerdo.

Esta regulación se complementa con la posibilidad de que el plan, aun no aprobado por la sociedad deudora, vincule a aquella que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente (artículos 643.2, a contrario, y 659.3º): es decir, que el plan se homologue aun contra la voluntad de la sociedad y sus socios. Se evita de este modo el riesgo de bloqueo para la aprobación del plan en situaciones de insolvencia, cuando la homologación del plan resulta más conveniente que la apertura del procedimiento de insolvencia.

OCTOGÉSIMO PRIMERA.- Es especialmente relevante la previsión de que el acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que la junta se hubiera celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiere celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento (artículo 634.2.5º AL). Esta concentración de trámites, articulada de forma ordenada, se considera más adecuada que la disociación competencial y procedimental que supondría la impugnación separada del acuerdo de la junta, funcionalmente inadecuada para la marcha y buen fin del procedimiento de reestructuración.

OCTOGÉSIMO SEGUNDA.- El anteproyecto, en línea con lo dispuesto en la Directiva, diferencia los requisitos para la homologación del plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores y por el deudor (los planes consensuales o consensuados) de aquellos que no han sido aprobados por todas las clases de acreedores, por el deudor o, en su caso, por los socios (planes no consensuados).



El artículo 641 recoge los requisitos para la homologación de los planes consensuados. Estos son, en esencia, los establecidos en el artículo 10.2 de la Directiva, a los que se añade el potestativo consistente en que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa (artículo 10.3 de la Directiva).

OCTOGÉSIMO TERCERA.- Interesa resaltar que la comprobación del requisito de la superación de la prueba del interés superior de los acreedores se traslada a la fase de impugnación del plan, conformando un específico motivo de impugnación (artículo 657.6º AL), lo que es conforme con el artículo 14.1 y 3 de la Directiva.

OCTOGÉSIMO CUARTA.- Los requisitos para la homologación de los planes no consensuados se contienen en el artículo 642. Estos serán los previstos para la homologación de los planes consensuados y, por excepción al relativo a la aprobación por todas las clases, por el deudor o, en su caso, por los socios, procederá la homologación si ha sido aprobado por: 1º una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio espacial o general, o en su defecto, 2º. Al menos una clase que, de acuerdo con la calificación de créditos prevista en el TRLC, puede razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento.

No son estos, empero, los únicos requisitos para la homologación de los planes no consensuados y para que tenga lugar el arrastre. El artículo 658.2 AL, que recoge los motivos de impugnación del auto de homologación de los planes no consensuados, introduce en su ordinal segundo el requisito establecido en la letra d) del artículo 11 de la Directiva, que enuncia el corolario de la regla de la prioridad absoluta: que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos; y en los ordinales tercero y cuarto se enuncia la regla de la prioridad absoluta: que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango, pero el prelegislador ha optado por modular la regla con la de la prioridad relativa cuya introducción faculta el artículo 11.2 de la Directiva: que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus



créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración. Y a su vez esta regla de la prioridad relativa encuentra su excepción en el apartado 3 del artículo 658, que permite la homologación del plan no consensuado aunque no se cumpla la regla, cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustamente.

El prelegislador, por tanto, mantiene el primer enunciado de la regla de la prioridad absoluta: que las clases de voto disidente de los acreedores afectados reciban un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango; pero se alinea con la propuesta de reforma del Chapter 11 del Bankruptcy Code e introduce la regla de la prioridad relativa, que opera como incentivo para los acreedores de rango inferior y facilita la aprobación del plan. Ahora bien, este incentivo, con el correspondiente sacrificio de los acreedores de mayor rango, está a su vez condicionado por el resultado de la valoración que el juez competente para homologar el plan realice sobre la viabilidad de la empresa y sobre si la aplicación de la regla supone un injustificado perjuicio para los acreedores: es decir, habrá de valorar en términos económicos el mejor tratamiento de los acreedores de rango inferior y el sacrificio de los acreedores de mejor rango, en términos análogos a los de la verificación del sacrificio desproporcionado en el Derecho vigente.

OCTOGÉSIMO QUINTA.- Tanto la exposición de motivos como la MAIn incurrir en un error al afirmar que para la homologación de los planes no consensuados «[l]a insolvencia debe ser actual o inminente. La simple probabilidad de insolvencia- se añade- no es suficiente para imponer el plan en contra de la voluntad de los socios». Este último aserto pone claramente de manifiesto el error incurrido, pues el presupuesto objetivo de la insolvencia actual o inminente ha de darse para la aprobación del plan por el deudor o los socios, cuando esta sea preceptiva; y de ese modo, el artículo 659.3º AL contempla como motivo de impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por el deudor o, en su caso, los socios, "que el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente".

OCTOGÉSIMO SEXTA.- El procedimiento de homologación (artículos 644 a 655, ambos inclusive) se caracteriza por una intervención judicial mínima y por su agilidad. La homologación tiene lugar a partir de la documentación presentada por los solicitantes y, como se explica en la exposición de motivos y en la MAIn, el procedimiento descansa sobre el principio mayoritario: el mejor indicio de racionalidad del plan de reestructuración, incluida su



necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora es que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta. Por consiguiente, el juez competente -que será el competente para la declaración del concurso, o juez que hubiera tenido por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones, artículo 644 AL- deberá, además de verificar su competencia, comprobar la observancia de los requisitos para la homologación y, de cumplirse, dictará auto de homologación, que se publicará en el Registro público concursal, y tendrá eficacia inmediata, aunque no sea firme (artículos 650, 651 y 652).

OCTOGÉSIMO SÉPTIMA.- El anteproyecto introduce tres importantes disposiciones en relación con los actos de ejecución del plan (artículo 653), con los titulares de derechos de garantía real (artículo 654) y con las garantías de terceros (artículo 655).

OCTOGÉSIMO OCTAVA.- Respecto de los actos de ejecución del plan, estos serán inscribibles en los registros públicos, aunque el auto de homologación no haya adquirido firmeza. Este inmediato efecto registral es estricta consecuencia de la inmediata eficacia del auto, aun no firme. A estos efectos, y en coherencia con dicha ejecutoriedad, se modifican los artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria, para incluir entre los instrumentos para la inscripción de los títulos y para la cancelación de inscripciones o anotaciones preventivas el testimonio de un auto de homologación del plan de reestructuración, aunque no sea firme.

OCTOGÉSIMO NOVENA.- Correlativamente, el apartado 2 del artículo 653 AL dispone que el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan, a cuyos efectos, cuando el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de junta o asamblea de socios y no se hubieran adoptado, los administradores de la sociedad o, en su defecto, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrá las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución.

NONAGÉSIMA.- El inmediato acceso registral de los actos de ejecución del plan, aun sin ser firme el auto de homologación, se justifica en la exposición de motivos y en la MAIn por el interés en facilitar la inmediatez de la reestructuración en una situación de extrema urgencia ante la inminencia del concurso, lo que para el prelegislador es motivo suficiente para introducir esta excepción de las reglas generales del derecho registral español.



NONAGÉSIMO PRIMERA.- Esta excepción, introducida con carácter general, puede ser, no obstante, cuestionable. La alteración de la regla que exige el carácter ejecutorio -firme, por tanto- de las resoluciones judiciales dictadas en relación con los títulos inscribibles, en beneficio de la inmediata eficacia de la reestructuración, puede producir importantes distorsiones en la seguridad del tráfico jurídico y en la función misma del Registro, a la que están indisolublemente unidos los principios registrales que, como el de publicidad material u oponibilidad, de legitimación, de fe pública, de prioridad o de tracto sucesivo, se verán afectados. Debe tenerse en cuenta, a la hora de valorar la oportunidad de esta previsión, que el anteproyecto contempla, como alternativa a la impugnación del auto de homologación, la posibilidad de que la homologación se solicite con una fase de contradicción previa, que terminará con sentencia que no será susceptible de recurso; vía esta que, de seguirse de manera generalizada, asegurará prontamente el carácter definitivo -y firme- de la resolución sobre la homologación del plan sin producir distorsiones en la función registral y en los principios registrales.

NONAGÉSIMO SEGUNDA.- Con independencia de lo anterior, debe mejorarse la redacción del apartado segundo de este artículo 653, añadiendo al sustantivo “plan” el complemento “de reestructuración”.

NONAGÉSIMO TERCERA.- El artículo 654 AL incorpora una norma que tiene por finalidad proteger a los acreedores titulares de derechos de garantía real que, como consecuencia del arrastre vertical y horizontal, pueden ver perjudicado su rango crediticio. Esta especial protección no viene impuesta en la Directiva, pero su inclusión en la norma anteproyectada merece favorable acogida en la medida en que sirve para compensar los perniciosos efectos que puede producir la conjunción de los arrastres *intra clase* y entre clases respecto de los créditos privilegiados.

Esta singular protección, más amplia que la que dispensa el vigente artículo 626 TRLC, se materializa en la posibilidad de instar la ejecución de la garantía en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación del plan en el Registro público concursal, bajo la premisa del vencimiento del crédito garantizado. Esta ejecución separada supone, en la práctica, una limitación del efecto de arrastre respecto de los acreedores con garantía real. Pero se abre la opción de que el propio plan prevea que, en sustitución de este derecho de ejecución separada, se establezca el cobro en efectivo, en un plazo no superior a veinte días, de la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía. Esta opción permite evitar la ejecución sobre los bienes gravados en aquellos casos en que la ejecución puede comprometer el buen fin de la reestructuración, pero requiere de la suficiente liquidez para permitir



el abono de cantidades que, en función del valor de la garantía, pueden ser elevadas, y para cuyo pago puede resultar insuficiente el plazo establecido.

NONAGÉSIMO CUARTA.- El último apartado del artículo 654 fija las consecuencias de la realización de los bienes o derechos gravados en función de que la cantidad obtenida sea menor que la deuda garantizada, pero mayor que el valor de la garantía, o que fuese inferior que el valor de la garantía, estableciendo en este último caso la exoneración del remanente, lo que en rigor constituye una modulación de la regla de la extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho que se contiene en el artículo 489.1.7º AL, que excluye de la exoneración las deudas con garantía real pero solo en la parte cubierta por el privilegio especial.

NONAGÉSIMO QUINTA.- Los artículos 656 a 664 AL, ambos inclusive, regulan la impugnación del auto de homologación, estableciendo los motivos de impugnación según se trate de la homologación de planes consensuados, o de planes no consensuados con los acreedores o, en su caso, con el deudor o los socios.

NONAGÉSIMO SEXTA.- La regulación proyectada se mueve dentro del contorno que diseña la Directiva. En particular, tratándose de planes consensuados, se incorpora la prueba del interés superior de los acreedores, que se define adecuadamente conforme a los parámetros que se contienen en el Considerando (49) de la Directiva. Y, como se ha visto, tratándose de los planes no consensuados, se incluyen como motivos de impugnación -y, por tanto, como requisitos de la homologación- la regla de la prioridad absoluta y su corolario, modulada por la regla de la prioridad relativa.

NONAGÉSIMO SÉPTIMA.- La Directiva ofrece diversas alternativas de cara a la transposición de su artículo 16. La correcta transposición de la Directiva se puede alcanzar mediante un sistema de homologación del plan sin contradicción previa con la revisión de la decisión judicial a través de un incidente de impugnación del auto de homologación que carezca, en principio, de efectos suspensivos, y cuyo conocimiento se sitúe en una instancia superior a la del órgano que ha dictado la resolución de homologación. Pero también se ajusta a la Directiva un sistema de contradictorio previo al dictado del auto de homologación, tanto si este es susceptible de recurso como si no lo es.

El prelegislador, dentro del mandato que se deriva de la Directiva, ha optado por dejar en manos de los solicitantes la posibilidad de elegir entre un sistema de contradictorio previo (artículos 665 y 666), que se tramita por los cauces



del incidente concursal y finaliza con sentencia que no es susceptible de recurso, o un sistema de impugnación del auto de homologación que se tramitará también por el cauce del incidente concursal, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial, cuya sentencia no será susceptible de recurso alguno (artículos 661, 662 y 663 AL). Esta configuración alternativa del régimen del examen y de la revisión judicial de la homologación presenta la ventaja de su versatilidad y permite acomodarse a las particulares circunstancias que concurren en cada una de las reestructuraciones, por lo que debe ser bien acogida.

NONAGÉSIMO OCTAVA.- El capítulo VI del título III del Libro II (artículos 668 a 672 bis, ambos inclusive) incorpora las normas sobre protección de la financiación interina, de la nueva financiación y de los actos u operaciones necesarios para el éxito de la negociación identificados como tales en el plan, así como los actos operaciones o negocios realizados en ejecución del plan. Esta protección se concreta en la protección frente al riesgo rescisorio, salvo prueba del fraude de acreedores, y en la preferencia de cobro de los acreedores de la financiación interina o de la nueva financiación. Y se supedita, haciendo uso de la facultad que concede la Directiva, al control judicial, posibilitando su impugnación cuando no concurrieran los requisitos para la protección.

El régimen que introduce el anteproyecto sobre esta materia respeta las líneas generales de los mandatos contenidos en la Directiva. No obstante, cabe hacer respecto del mismo las siguientes consideraciones:

- a) La protección que dispensa la Directiva no se ofrece solamente frente al riesgo rescisorio, sino que el artículo 17.1 tiene una mayor dimensión, pues se protege frente a la nulidad, anulabilidad o inejecución, además de frente a la responsabilidad civil, administrativa o penal por el motivo de que la financiación sea perjudicial para el conjunto de los acreedores;
- b) La protección se dispensa, adecuadamente, a las operaciones necesarias para la negociación del plan y a las realizadas en ejecución del mismo. La Directiva (artículo 18.1 y 5) se refiere a las operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente, bien para la negociación, bien para la ejecución del plan. La norma proyectada debería ajustarse en este punto a la que se quiere transponer;
- c) El prelegislador debería asimismo incluir en las operaciones necesarias para la negociación del plan aquellas que específicamente se enumeran en el artículo 18.4, que no ofrece margen de actuación a los legisladores nacionales: el pago de tasas y costes en relación con la



negociación, la adopción o la confirmación del plan; el pago de los honorarios y costes de asesoramiento profesional en estrecha relación con la reestructuración; el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados, sin perjuicio de otra protección de la que fueren acreedores; y cualquier otro pago o desembolso efectuados en el curso norma de la actividad de la empresa distintos de los anteriores.

- d) El anteproyecto amplía convenientemente la legitimación para impugnar u oponerse a la protección a cualquier acreedor no afectado por el plan de reestructuración que se vea afectado por la protección o por la preferencia de cobro.

NONAGÉSIMO NOVENA.- A diferencia del régimen vigente, el incumplimiento del plan de reestructuración (artículo 673 AL) no tiene como consecuencia su resolución ni la desaparición de los efectos extintivos o novatorios de los créditos afectados, salvo que el propio plan previese otra cosa. Si el incumplimiento del plan tuviera como causa la insolvencia, cualquier legitimado podrá solicitar la declaración de concurso.

CENTÉSIMA.- El anteproyecto dedica el título IV del Libro II a regular la nueva figura del experto en la reestructuración, su nombramiento y su estatuto jurídico.

El régimen previsto merece las siguientes observaciones:

- a) Entre los supuestos de designación que recoge el artículo 674.1 se encuentra -ordinal tercero- el consistente en que, solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión, el juez considerase, y así lo razonara, que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión. La designación del experto en estos casos debe articularse temporalmente de manera adecuada, pues conforme al artículo 603.2 AL la suspensión general deberá adoptarse con su opinión favorable, y de acuerdo con el artículo 609.1, *in fine*, la solicitud de prórroga deberá ir acompañada del informe favorable del experto, que deberá ser designado a tales efectos.
- b) Debe tenerse presente que los ordinales tercero y cuarto del artículo 674.1 contemplan supuestos en los que, en rigor, la solicitud de designación no se promueve a instancias del deudor o de los acreedores, sino que, en un caso, la designación la realiza el juez al que se ha solicitado la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión, y en otro caso cuando decida sobre la homologación judicial de un plan no consensuado con efecto de



- arrastre *intra o inter* clases. En uno y otro caso debería preverse que la solicitud de suspensión general o de su prórroga y de homologación del plan con extensión de efectos a los disidentes contuviera los requisitos establecidos para la solicitud de nombramiento del experto.
- c) El nombramiento del experto, fuera del supuesto especial de nombramiento previsto en el artículo 675, se realiza en favor del propuesto, sin trámite contradictorio previo. Únicamente cuando el juez considere razonadamente que el propuesto no reúne las condiciones legales para el ejercicio del cargo se prevé que inste de quien lo hubiera propuesto que presente una terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento. La revisión del auto de designación se pospone, por tanto, al trámite de impugnación. No se contempla, por consiguiente, la posibilidad de que el juez rechace el nombramiento *a límine* del experto propuesto, sino que en caso de que considerase motivadamente que no reúne las condiciones legalmente establecidas, deberá instar la presentación de una terna de expertos, de entre los que efectuará el nombramiento. Pero nada se dice si tampoco considera a los integrantes de la terna con las condiciones exigidas para el desempeño del cargo. La estricta aplicación del precepto conduce al resultado de que en todo caso el juez deba designar a alguno de los integrantes de la terna, no obstante su inhabilidad o inidoneidad, de forma que se desplace al trámite impugnatorio la revisión del nombramiento y, particularmente, de la concurrencia de las condiciones legalmente exigidas, lo que resulta disfuncional. Debería preverse que el juez pueda comprobar la concurrencia de las condiciones para el ejercicio de la función también respecto de los expertos integrantes de la terna propuesta en sustitución del inicialmente propuesto.
- d) Respecto de los integrantes de la terna, deberían establecerse también los requisitos formales previstos en el apartado 2 del artículo 674 (expresión razonada de que los propuestos reúnen las condiciones establecidas en la ley para el ejercicio del cargo, la aceptación de su nombramiento para el caso de que resultasen designados, así como la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiere pactado, y la copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente). De ese modo, y en el entendido de que la propuesta se realiza a partir de la voluntaria participación de los propuestos, se podría prescindir del apartado 3 del artículo 678 y del trámite de aceptación del cargo.
- e) Fuera de los supuestos de designación del experto a instancia de los acreedores, y, en el caso previsto en el apartado 3, *in fine*, del artículo 675 AL, de la designación del experto distinto promovida por el deudor,



el anteproyecto no deja claro con cargo a qué, o con cargo a quién, deben sufragarse las retribuciones del experto, lo que es especialmente significativo, y relevante, en aquellos casos distintos de las solicitudes de deudor y acreedores en que es obligada la designación del experto (suspensión generalizada de ejecuciones o prórroga y homologación de planes no consensuados con el efecto de arrastre). En el anteproyecto parece residir la idea de que corresponde a quien solicita el nombramiento o la medida que conlleva su designación hacerse cargo de la retribución del experto, convenida de forma pacticia entre este y quien promueve su designación: si es así, debería aclararse en el texto anteproyectado. La Directiva no llega al punto de armonizar el régimen de retribución de los expertos; solo exige que el régimen de retribución se rija por normas en consonancia con el objetivo de conseguir una reestructuración eficiente y que se articulen procedimientos para resolver litigios en esta materia. Atendiendo a estas exigencias de mínimos, cabría cuestionar la imputación de la retribución del experto al deudor que ha solicitado la suspensión generalizada o su prórroga o la homologación de planes no consensuados con efecto de arrastre, pues con ella se puede desincentivar la solicitud del deudor y, por tanto, el buen fin de la reestructuración preventiva. En tales casos, podría establecerse que el coste correspondiente a la retribución se incluya como coste de la reestructuración y se repercuta entre todas las partes afectadas.

- f) Abundando en lo anterior, no puede perderse de vista que la función esencial del experto en reestructuración es asistir al deudor y a los acreedores afectados en las negociaciones y en la elaboración del plan, y que, por tanto, redundará en beneficio de todas las partes afectadas y del buen fin de la reestructuración.
- g) También en línea con lo anterior, debe significarse que el anteproyecto prescinde de establecer siquiera las líneas generales del régimen retributivo de los expertos en reestructuración, dejándolo a la voluntad de las partes. Esta libertad de determinación de la retribución del experto será, en la mayor parte de los casos, y sobre todo respecto del deudor, más aparente que real, pues no es descartable que, por el juego del mercado, las retribuciones vengan fijadas o prefijadas por los expertos, sin margen de negociación real para la contraparte. El exacto cumplimiento del mandato de la Directiva conduce a cuestionar la necesidad de articular, al menos en lo esencial, las bases del régimen retributivo, distinguiendo los diferentes supuestos de nombramiento, y atendiendo a parámetros tales como la entidad de la reestructuración, en función del pasivo y el activo, del número de partes afectadas y de las medidas contenidas en el plan de



- reestructuración, consideradas tanto cuantitativamente como cualitativamente.
- h) El anteproyecto es muy parco e inconcreto en la determinación de las condiciones subjetivas para el nombramiento del experto. El artículo 676 se limita a establecer que el nombramiento de experto deberá recaer en la persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones, y que cuando la reestructuración que se pretende conseguir tuviera particularidades, bien por el sector en el que opera el deudor, bien por las dimensiones o la complejidad del activo o del pasivo, bien por la existencia de elementos transfronterizos, estas particularidades deberán ser tenidas en cuenta para el nombramiento del experto. La norma se limita a reproducir los términos del artículo 26 de la Directiva en cuanto a las condiciones de aptitud e idoneidad de los propuestos para el desempeño de las funciones del cargo, sin precisar, siquiera mínimamente, los requisitos de aptitud e idoneidad necesarios para desempeñar el cargo ni el tipo de experiencia requerida.
 - i) El artículo 679, sobre la impugnación del nombramiento, debería completarse incluyendo como motivo de impugnación haber incurrido en las incompatibilidades y prohibiciones previstas en el artículo 677.

CENTÉSIMO PRIMERA.- El prelegislador no ha considerado necesario trasponer al ordenamiento interno las previsiones contenidas en el artículo 19 de la Directiva relativas a las obligaciones de los administradores sociales en la proximidad de la insolvencia. Únicamente ha modificado los artículos 365 y 367 del TRLSC para adaptarlos al proyectado régimen de reestructuración preventiva.

La decisión del prelegislador sobre este particular no merece reparo alguno. El régimen interno de los deberes fiduciarios de los administradores sociales, dentro del sistema continental en el que se sitúa, permite cumplir con las exigencias de la Directiva sin necesidad de introducir modificaciones para tal fin. El control de los deberes de los administradores, bien en la sección de calificación del concurso, bien a través de las acciones de responsabilidad previstas en la ley, permite tutelar eficazmente todos los intereses concurrentes: los de los socios, a través de la acción social, y los de los acreedores, a través de la acción individual, o en su caso, a través de la acción de responsabilidad extracontractual.



CENTÉSIMO SEGUNDA.- El anteproyecto dedica a las herramientas de alerta temprana las disposiciones adicionales octava y décima, y las disposiciones finales sexta y octava.

El conjunto de medidas previstas, complementarias entre sí, responde a las finalidades de la Directiva en punto a los mecanismos de alerta temprana, combinando las diferentes modalidades que pueden presentar. Cabe hacer respecto de ellas, no obstante, las siguientes consideraciones:

- a) El sistema de alerta temprana con la información de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social prevista en la disposición final octava ha de actuar respecto del deudor que ha alcanzado un determinado umbral de impagos de tributos o de cotizaciones sociales, y como instrumento a través del cual sea advierta al deudor sobre la evolución negativa de su situación económica y financiera, siempre a partir de la obligación de información que pesa sobre los terceros (cfr. artículo 93 de la Ley General Tributaria y 71 del Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social).
- b) Cabría articular asimismo el sistema de alerta temprana directamente respecto de las Haciendas Forales, en el ámbito de su competencia.
- c) Asimismo, el marco de alerta temprana podría completarse añadiendo otros canales institucionales de información y asesoramiento, como el de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de conformidad con la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación; el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) previsto en la Ley 7/2003, de 1 de abril, sobre sociedad limitada Nueva Empresa, y desarrollado por Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, que contempla dos tipos de puntos de atención al emprendedor (PAE), públicos (ayuntamientos, cámaras oficiales, o entidades vinculadas al sector público) y privados (colegios profesionales, asociaciones profesionales y agrupaciones de empresas, a través del oportuno convenio); y asimismo, los PAE a que se refiere el artículo 13 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que se definen como oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes.



Sobre el Libro III TRLC

CENTÉSIMO TERCERA.- La DIR propugna entre sus objetivos la mejora *«de la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración»* (Considerando 1), pero no establece en su articulado una regulación exhaustiva de las medidas que los Estados miembros deben implementar para conseguir la eficiencia y la eficacia de los procesos, agrupándose la regulación en esta materia en su Título IV, artículos 25 a 28. No se impone un modelo procedimental determinado, por lo que la introducción del procedimiento especial para microempresas es una opción del prelegislador nacional, que, en todo caso, deberá cumplir con el objetivo reseñado, así como ajustarse a las disposiciones europeas en materia de reestructuración preventiva y de exoneración del pasivo insatisfecho.

CENTÉSIMO CUARTA.- El procedimiento especial es exclusivo y excluyente para las microempresas, y se fundamenta no solo en la tramitación telemática sino también en la simplificación de trámites y en el establecimiento de dos posibles itinerarios, de un lado, una solución acordada, que combina los aspectos del convenio del concurso de acreedores y de los planes de reestructuración, denominado proceso de continuación, y de otro, la liquidación del patrimonio del deudor, sea de forma agregada a través de la venta de la empresa (en sentido objetivo) o por medio de la liquidación individualizada de los activos. El procedimiento no se desarrolla en fases, sino que se establece una estructura de trámites en paralelo, exceptuando el posible periodo de negociación con una duración máxima de cuatro meses. Del mismo modo, se plantea un diseño modular, que permite a las partes la elección de determinados efectos. Con carácter general, y sin perjuicio de las matizaciones que deben realizarse, esta estructura en paralelo y modular podría lograr una tramitación eficiente del proceso, con reducción del tiempo y los costes del proceso, ya que se opta por un enfoque unitario, destinado, en principio, a conseguir simplificar y flexibilizar el proceso concursal y dotarlo de mayor claridad jurídica.

CENTÉSIMO QUINTA.- El procedimiento especial presenta como particularidades principales la no obligatoriedad de actuación en el proceso mediante asistencia de abogado y representación por procurador, la eliminación, salvo excepciones, de la intervención del administrador concursal, el establecimiento de las comparecencias, declaraciones y vistas mediante presencia telemática, la práctica de actos de comunicación por medios electrónicos con formularios normalizados, la responsabilidad del deudor en la propia gestión e impulso del proceso, y el desarrollo



reglamentario de elementos imprescindibles para su puesta en práctica como la Plataforma de Liquidación. Con ello, el modelo articula una estructura procesal más flexible, que presumiblemente reducirá los costes, fomentando el uso de la tecnología, que se sitúa como piedra angular del sistema, de tal forma que la adecuada implementación de esta resulta imprescindible para una tramitación correcta y efectiva.

CENTÉSIMO SEXTA.- Como punto de partida, el artículo 687 APL adopta la definición europea de microempresa contenida en el Reglamento núm. 651/2014, de la Comisión de 17 de junio de 2014, circunscribiendo el procedimiento especial a las empresas que hayan empleado en el año anterior a la solicitud del concurso una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (requisitos acumulativos), lo que supone un 93,82% de las empresas españolas, implicando, en consecuencia, que el procedimiento “especial” esté llamado a convertirse en el procedimiento habitual a ser aplicado, debiendo destacarse que, en los casos más cercanos al límite superior podría conllevar una relevante complejidad a la hora de su tramitación, limitando o reduciendo la eficacia de las normas establecidas.

CENTÉSIMO SÉPTIMA.- El procedimiento especial es un proceso universal, y abarca a todos los acreedores del deudor -con independencia del origen y naturaleza de la deuda (apartado 4, artículo 687)-, sin embargo, el prelegislador introduce una distorsión en el sistema, que se reproduce y consolida en artículos posteriores (artículo 687 bis.4, 691.4, 694.4 y 701.1), al excluir el crédito público en caso de que el procedimiento se haya abierto bajo el presupuesto de “probabilidad de insolvencia”, lo que a su vez implica la imposibilidad de negociación (artículo 691.4) con los acreedores públicos en estados anteriores a la insolvencia, dificultando la solución temprana de la reestructuración de las microempresas, cuyo porcentaje de deuda pública suele resultar elevado, pudiendo suponer, de facto, la exclusión del acceso a un marco de reestructuración preventiva real para los deudores microempresas. Si bien ello no puede reputarse contrario a la DIR, pues esta establece la obligatoriedad de la disponibilidad de los marcos de reestructuración en los casos de “insolvencia inminente” (artículo 4.1), no cabe duda de que colisiona con los objetivos de norma europea de asegurar la viabilidad de las empresas mediante el acceso preventivo y efectivo a la reestructuración.



CENTÉSIMO OCTAVA.- Las microempresas a las que está destinado el procedimiento especial están a su vez excluidas de la aplicación del Libro segundo del TRLC que regula el derecho preconcursal, optándose por aglutinar en el ámbito del procedimiento especial, como se ha indicado, tanto la posibilidad de negociación y continuación de la empresa mediante su reestructuración, como su liquidación, con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento (artículo 687.5), ampliando el presupuesto objetivo a las microempresas que se encuentran en “probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual”.

CENTÉSIMO NOVENA.- Respecto a su tramitación general, la primera de las singularidades del proceso es la no obligatoriedad de deudor y acreedores de comparecer asistidos de letrado y representados por procurador (artículo 688.6). Del mismo modo se limita la intervención del experto en reestructuraciones y de la administración concursal. La *ratio legis* de esta opción del prelegislador se asienta en la reducción de los costes fijos y en la alegada escasa envergadura empresarial de las microempresas (lo que se denomina la «*previsible sencillez de los asuntos*») y, por tanto, en la presunta facilidad para que tanto deudor como acreedores actúen sin necesidad de asesoramiento, unido al hecho de que las comunicaciones en el seno del procedimiento se realizan a través de formularios oficiales accesibles en línea, sin coste, con un intercambio de información acumulada disponible para los interesados.

CENTÉSIMO DÉCIMA.- Debe significarse que la escasa envergadura empresarial vinculada a una mínima complejidad para llevar cabo una reestructuración o liquidación de la empresa no resultará idéntica en todos los casos, pudiendo existir procesos suficientemente complejos como para requerir la concurrencia de expertos, tanto para evitar *ad cautelam* comportamientos fraudulentos, como aquellos derivados del desconocimiento o la impericia. También debe tenerse en cuenta que recaen en el deudor, cargas importantes como, entre otras, la obligación de comunicación en 72 horas a la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria (artículo 691 ter 1-debe corregirse adecuadamente el texto, pues aparece la cifra 24 sobretachada); o la impugnación, en su caso, de apertura del proceso por falta de competencia mediante la declinatoria (artículo 692.2), cuyo adecuado cumplimiento puede requerir de asistencia experta. No obstante procede destacar que la asistencia de letrado no está en modo alguno prohibida, pudiendo hacerse valer, tanto deudor como acreedores, de la misma, si así lo consideran, aunque debe tenerse en cuenta, empero, que la regulación proyectada produce la exclusión de la asistencia jurídica gratuita, por lo que podría resultar procedente que se modificara la Ley 1/1996, de 10 de enero.



CENTÉSIMO DÉCIMO PRIMERA.- El procedimiento especial se ha diseñado con una intervención *a priori* limitada y no obligatoria de la figura del administrador concursal, diseño intencional para dotar de flexibilidad al sistema, al tiempo que se regula la intervención de la figura del experto en reestructuraciones. Se parte, (artículo 694 APL), de conformidad con el artículo 5.1 DIR, de un mantenimiento por parte del deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero previéndose que las mismas puedan ser sometidas a las limitaciones establecidas en el Capítulo IV del Título II (en caso de procedimiento de continuación, con la solicitud de limitación de facultades o con la solicitud de nombramiento de experto en reestructuración, artículos 703 y 704) o en el Capítulo II del Título III (artículo 714, con el nombramiento de un administrador concursal en el caso de un procedimiento de liquidación), siendo así la participación de ambos optativa -salvo excepciones- a solicitud de los interesados, ya sea deudor o acreedores, como se ha señalado, dentro del diseño modular que establece el prelegislador nacional.

CENTÉSIMO DÉCIMO SEGUNDA.- Por un lado, el Anteproyecto se ajusta, en líneas generales, a las exigencias europeas en lo que a la obligatoriedad del nombramiento de un experto en reestructuraciones se refiere (artículo 5.3 DIR), exceptuando la existencia de una contradicción inexplicada entre la voluntad del legislador europeo y la prohibición del nombramiento del experto en el periodo de negociación (artículo 691.3.2ª). De otro, la opción de excluir al administrador concursal en su tramitación, salvo petición expresa (y exceptuando el trámite de calificación donde resulta obligatorio) de deudor o acreedores, y, en este último caso, a su costa, se configura como una decisión de política legislativa, desvinculada de la regulación europea. En este sentido, no se pone en duda que ello puede facilitar una reducción de costes del proceso, trasladando a los acreedores la carga de la retribución en caso de que estos consideren que podrían verse perjudicados por la actuación del deudor (ya fuese, en su caso, por mala fe o por falta de pericia o conocimiento), y en todo caso, permitiendo que el propio deudor solicite el nombramiento de esta figura, es de suponer, si no se considera capaz de gestionar por sí mismo el proceso; pero debe tenerse en cuenta, en este punto que, a pesar de la intención del prelegislador, el diseño legal de este procedimiento resulta en general, complejo y demandante de conocimientos profesionales sobre el concurso y las instituciones preconcursales.

CENTÉSIMO DÉCIMO TERCERA.- Las posibles ventajas que pudiera comportar el sistema de intervención voluntaria del administrador concursal por el que opta el prelegislador deben en todo caso contrastarse con los



inconvenientes que también pudiera traer consigo y que parecen apuntar, sobre todo, a una sobrecarga de las oficinas judiciales en la tramitación del proceso, y, en consecuencia, a una menor eficiencia junto con una mayor duración del procedimiento, lo que debe tenerse en cuenta al objeto de determinar si se ha llevado a cabo una adecuada transposición de la DIR en su objetivo de mejorar la eficiencia del proceso. Esta sobrecarga responde al papel preponderante que se otorga al Letrado de la Administración de Justicia, que además de las competencias que ya tenía asignadas en el concurso de acreedores, como la notificación al deudor del concurso presentado por un acreedor (artículo 691 sexies 1, con su equivalente en el artículo 16), asume unas competencias de comprobación e impulso del procedimiento especial como son las de recibir copia de todas las comunicaciones entre deudor y acreedores (artículo 692 bis 2 y 697 bis 2), dar traslado de la solicitud de homologación judicial (698 bis 4), realizar múltiples notificaciones al Registro público concursal (692.4, 701.2), recibir los informes mensuales de liquidación (709.2), etc; competencias que de forma equivalente o similar son asumidas por la administración concursal en el concurso de acreedores.

CENTÉSIMO DÉCIMO CUARTA.- No cabe tampoco obviar que si bien la norma europea no impone en todos los casos la existencia de un experto en reestructuración y/o de un administrador concursal, sí vincula los objetivos de eficacia y reducción de la duración de los procesos con la existencia de una formación adecuada y unos conocimientos especializados por parte de las autoridades judiciales y administrativas y de la administración concursal, poniendo de manifiesto la necesidad de un adecuado asesoramiento para mantener y aumentar la transparencia (Considerandos 85 y 87).

CENTÉSIMO DÉCIMO QUINTA.- La práctica exclusión de la participación obligatoria de los profesionales del procedimiento especial (abogados, procuradores y administración concursal) se motiva, como se ha indicado, en el establecimiento de un diseño procesal, aparentemente simplificado, y de gran flexibilidad, basado en los siguientes parámetros (artículo 688): celebración de los actos procesales mediante presencia telemática; realización de los actos de comunicación por medios electrónicos y mediante formularios normalizados, dictamen de resoluciones judiciales de forma oral, exclusión de los recursos frente a dichas resoluciones, salvo en los casos establecidos, y, en dichos casos, con carácter general con exclusión de los efectos suspensivos, y el empleo de los servicios webs de las sedes electrónicas de la AEAT y la Seguridad Social. A ello se suma un papel preponderante del Registro público concursal y la creación de la Plataforma electrónica de liquidación.



CENTÉSIMO DÉCIMO SEXTA.- La utilización de los medios electrónicos en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas es una exigencia que viene impuesta por la DIR (artículo 28), si bien el artículo 34.1 DIR permite posponer la trasposición de estas disposiciones hasta el 17 de julio de 2024 (en el caso a, b y c) y hasta el 17 de julio de 2026 (en el caso d), mereciendo una valoración positiva que el prelegislador nacional haya optado por introducir en el procedimiento especial este empleo de medios electrónicos a fin de dar un cumplimiento temprano a las exigencias europeas, lo que a su vez es coherente con la ya existente utilización de la comunicación electrónica en el concurso de acreedores.

CENTÉSIMO DÉCIMO SÉPTIMA.- La realización de actuaciones telemáticas y la utilización de formularios normalizados y comunicaciones electrónicas pueden efectivamente coadyuvar a una simplificación del proceso y a una mayor rapidez en su tramitación; además de ser, como se acaba de indicar, una exigencia de la norma europea. Concretamente, el uso de formularios *on-line* puede suponer además una ayuda importante para los deudores y acreedores de menor tamaño, al presentar contenidos predeterminados, pudiendo justificar la exclusión de una asistencia profesional de carácter obligatorio. Del mismo modo, la provisión de información relevante a través de comunicaciones telemáticas que quedan almacenadas, disponibles para su uso por las partes, permite un mayor conocimiento en tiempo real de los datos para poder impulsar el proceso. No obstante, y como la propia DIR pone de manifiesto al permitir posponer la transposición del artículo 28, una implementación adecuada precisa de tiempo, y resulta indispensable para el éxito del sistema, pudiendo provocar su retraso o implementación defectuosa un mayor colapso de los órganos judiciales.

CENTÉSIMO DÉCIMO OCTAVA.- El diseño del procedimiento especial convierte en imprescindible el contar con los medios necesarios a disposición de los implicados, concretamente, los formularios normalizados y accesibles en línea, sin coste (disposición adicional séptima) deben estar diseñados y ser viables desde el momento de la entrada en vigor de la ley, siendo igualmente necesario que las sedes electrónicas de la Agencia Tributaria y la Seguridad Social mantengan un funcionamiento correcto de los servicios web precisos, teniendo en cuenta que el incumplimiento de la obligación de comunicación a la TGSS y a la Agencia Tributaria en el plazo y medio establecido, excluirá a los créditos de Seguridad Social de las quitas y esperas que resulten de la aprobación del Plan de Continuación (artículo 691 ter).

CENTÉSIMO DÉCIMO NOVENA.- La disposición transitoria primera, apartado 1.5º establece la aplicación de la ley a los procedimientos especiales



solicitados desde su entrada en vigor, y al mismo tiempo contempla que las disposiciones relativas a vistas virtuales y al uso de medios electrónicos entrarán en vigor cuando los Registros, juzgados y tribunales y fiscalías dispongan de los medios técnicos necesarios. Sin embargo, dado que el nuevo sistema se basa en su desarrollo telemático para lograr su eficacia y eficiencia, la falta de los medios técnicos necesarios provocará una aplicación deficiente y un aumento de la carga de trabajo de los Juzgados, debiendo considerarse por el prelegislador la necesidad de retrasar la entrada en vigor del presente procedimiento a la efectiva implantación de todos los medios tecnológicos precisos.

En relación con ello se da un plazo de hasta 6 meses para la puesta en marcha de la Plataforma electrónica de liquidación de bienes (disposición adicional quinta), pieza central del sistema, lo que no parece ser la forma más adecuada de iniciar la aplicación del procedimiento especial y lograr su tramitación eficiente, por lo que se sugiere que, en caso de no postponerse la entrada en vigor de la ley, como se ha sugerido anteriormente, la disposición adicional quinta reduzca el plazo legal de puesta en funcionamiento de esta Plataforma.

CENTÉSIMO VIGÉSIMA.- En relación con las comunicaciones electrónicas en las que se basa el impulso del proceso, no puede ser obviado que el sistema digital de notificaciones instaurado en la Administración de Justicia (LEXNET) no es aplicable a las comunicaciones con los particulares deudores y acreedores, lo que puede implicar una falta de seguridad en las comunicaciones y en la acreditación de aquellas que obligatoriamente tiene que realizar el deudor, al margen de las dificultades y sobrecarga de trabajo que puede suponer para los Juzgados a la hora de tramitar dichas comunicaciones e integrarlas en el sistema de gestión procesal.

No cabe olvidar que la comunicación es lo que permite a los acreedores conocer la existencia del procedimiento e intervenir en este mediante la comunicación de información relevante o, por ejemplo, la solicitud de nombramiento de experto o administrador concursal para el ejercicio de acciones rescisorias (artículo 695). Por ello, la salvaguarda introducida en el Anteproyecto relativa a la remisión simultánea de copia al LAJ de toda comunicación del deudor a los acreedores resulta adecuada, pues otorga más seguridad al sistema diseñado, sin perjuicio de que su incorporación al sistema de gestión procesal también puede suponer mayor trabajo para las oficinas judiciales.



CENTÉSIMO VIGÉSIMO PRIMERA.- Las dudas también afectan a la acreditación de las notificaciones que tiene que realizar el LAJ a deudor o acreedores (o a la concesión de plazos de subsanación). Siendo inviable el uso de LEXNET si no hay intervención de letrado, debe entenderse -dados los principios del proceso- que se procederá por correo electrónico, lo que puede dar lugar a importantes problemas de cómputo de plazos.

Cierto es que, al margen de lo anteriormente señalado, el sistema de comunicaciones diseñado para el procedimiento especial, al situar la obligatoriedad de la realización de las mismas, y así, el impulso del proceso, en los propios interesados, supone, de un lado, una importante reducción de la carga de trabajo de las oficinas judiciales, que simplemente recibirán copia de cada comunicación, para que quede constancia oficial de que se ha producido, sin tener que invertir tiempo y personal en su preparación y envío. No obstante, el hecho de que estas comunicaciones no estén integradas en un sistema de gestión procesal, pues, se reitera, no es utilizable LEXNET con los particulares, puede conllevar al mismo tiempo la necesidad de invertir tiempo y recursos en el volcado de dichas comunicaciones, que, además, adolecen de los problemas de acreditación señalados.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEGUNDA.- Toda vez que la celebración de múltiples vistas presenciales provoca importantes retrasos en el procedimiento concursal, en el proceso especial se conjuga la disminución del número de vistas que podrían tener lugar, con su carácter optativo por decisión del juez (691.2, 693.5, 697 quáter.7, 698 bis.4, 699 bis.6, 699 ter.3, 701.5, 706.5, 707.5, 717.5, 719.4) -salvo la relativa a la resolución del recurso de reposición regulado en el artículo 703.4- y con su celebración telemática, siendo esta una generalidad que se aplica dentro de la especialidad que supone este procedimiento. Este órgano constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la extensión o potenciación de las vistas telemáticas en los diversos procesos judiciales, concretamente en el marco del informe sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal para el Servicio Público de la Justicia (aprobado por el Pleno de 22 de julio de 2021, párrafos 287-305), al hilo del análisis de la introducción de un nuevo apartado 4 del artículo 129 LEC, poniéndose de manifiesto la indudable existencia del marco legal habilitante para la práctica de actuaciones procesales mediante el uso de cualquier tecnología en los artículos 229.2 y 3 y 230 LOPJ. En todo caso, y como se incidía en el informe referido, "el uso de los medios telemáticos para la celebración de actuaciones procesales debería permitir, en su aspecto técnico, satisfacer todas las garantías del proceso judicial, incluyendo el derecho de defensa, el respeto a la igualdad de partes, y especialmente asegurar los principios de



contradicción, oralidad, inmediación (cfr. artículos 229.2 LOPJ y 137 LEC), publicidad y protección de la privacidad, al tiempo que ha de asegurar una correcta identificación de los intervinientes y la imparcialidad de testigos y peritos, permitiendo que la actuación sea dirigida de forma efectiva por el juzgador, y la obtención por este de los elementos necesarios -alegaciones y pruebas- para adoptar sus decisiones de forma fundada”.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO TERCERA.- Con el declarado objetivo de reducir la complejidad y duración de los procedimientos, tal y como se recoge en la exposición de motivos, el Anteproyecto establece el dictado oral de las resoluciones, incluidas las sentencias (artículo 688.3), así como la regla general de exclusión de los recursos, salvo que se contemple expresamente (artículo 688.4) y la determinación de efectos no suspensivos de aquellos recursos que sí se contemplen (artículo 688.5).

El artículo 210.3 LEC prohíbe el dictado oral de las sentencias, si bien el Anteproyecto de Ley sobre Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de la Justicia contemplaba como una de sus modificaciones más relevantes la de esta disposición, permitiendo el dictado de sentencias *in voce*, salvo en los procedimientos en los que no intervenga abogado. Esta modificación fue valorada positivamente por este órgano constitucional en su informe ya citado sobre dicho Anteproyecto. Por su parte, la exclusión establecida estaba claramente vinculada a la garantía del derecho de defensa de los litigantes, y a la previsión del nuevo apartado 4 del artículo 210, en el que se preveía la firmeza inmediata de la sentencia, en caso de que no se expresase la decisión de recurrir en el mismo acto. Puesto que en el procedimiento especial no se contempla la posibilidad de recurrir en el mismo acto la sentencia, el derecho de defensa de las partes en el procedimiento especial no tendría porqué verse afectado por el dictado de las sentencias orales.

No obstante, y en relación con ello, toda vez que el artículo 688.3 *in fine* del Anteproyecto que se informa establece que la sentencia dictada oralmente se documentará en el soporte audiovisual del acto, sin perjuicio de la ulterior redacción del encabezamiento y la mera referencia a la motivación pronunciada oralmente y el fallo íntegro, se sugiere al prelegislador que, reproduciendo la redacción elegida para la reforma de la LEC, se contemple el adecuado traslado del soporte audiovisual a la parte al notificar la resolución así dictada, junto con el testimonio del texto redactado sucintamente, precisamente en garantía del derecho de defensa en aquellos casos en que la resolución judicial sí sea recurrible.



CENTÉSIMO VIGÉSIMO CUARTA.- En relación con la supresión general de los recursos realizada en el artículo 688.4 APL, debe recordarse que no existe un mandato constitucional de establecimiento de una segunda instancia incluso cuando, en el objeto del litigio, tenga protagonismo la posible vulneración de derechos fundamentales, siendo el derecho a los recursos un derecho de configuración legal, de tal forma que su establecimiento y regulación pertenece al ámbito de libertad del legislador, no suponiendo su falta de previsión una vulneración de la Constitución.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO QUINTA.- El apartado 5 del artículo 688 debe ser objeto de crítica pues pareciera que cuando el prelegislador otorga al juez la facultad de suspender actuaciones afectadas por la resolución, a pesar de la exclusión general de los efectos suspensivos del recurso, estuviera pensando en la impugnación del auto de homologación del plan de continuación, de tal forma que, a pesar de que el mismo deberá ejecutarse, aun habiendo sido impugnado, el juez podría acordar de oficio -así se desprende del uso de la palabra "facultad"- la suspensión de alguno de las actuaciones en él contenidas. Olvida el prelegislador que la característica consustancial al proceso civil es que se trata de un proceso de justicia rogada -lo que es plenamente aplicable al procedimiento especial de continuación, cuya apertura el deudor no tiene obligación de solicitar, y que, en todo caso, precisa de su consentimiento- y, por tanto, que deben ser las partes las que soliciten, en su caso, alguna medida cautelar como podría ser la suspensión parcial de la ejecución del plan de continuación. A mayor abundamiento, el artículo 16.3 DIR estipula que «*Un recurso contra una decisión confirmatoria de un plan de reestructuración no tendrá efectos suspensivos sobre la ejecución de dicho plan*», lo que parece difícilmente conciliable con la facultad otorgada al juez para suspender alguna actuación.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEXTA.- Toda vez que se ha eliminado la intervención del Ministerio Fiscal del proceso concursal (supresión del artículo 4), debe corregirse el tiempo verbal empleado en el artículo 689.2 ("podrá acordar"), pues la comunicación a dicho órgano de la existencia de un posible hecho delictivo debe reputarse obligatoria, como lo es en el marco del concurso de acreedores (artículo 450 bis).

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SÉPTIMA.- En el proceso de negociación, el apartado 4 del artículo 691 excluye a los acreedores públicos de la suspensión de ejecuciones durante dicho periodo (que también quedan excluidos de la suspensión por apertura del procedimiento especial, artículo 694.4 y 701.1 *in fine*). El artículo 6.4 DIR autoriza a excluir de la suspensión determinados créditos o categorías de créditos, en circunstancias bien definidas. Sin



embargo, la exclusión de los créditos de derecho público de la suspensión de ejecuciones se justifica muy someramente en la exposición de motivos y en la MAIN que acompaña al anteproyecto: su excepcionalidad reside en la especial relevancia de su satisfacción para una sociedad justa y solidaria asentada en el Estado de Derecho. No obstante, esta justificación no parece suficiente, atendido el rigor de la Directiva en punto a expresar las razones que legitiman la exclusión. Esta exigencia de justificación se muestra tanto más necesaria cuanto mayor es la probabilidad de que la ejecución del crédito público ponga en peligro la reestructuración de la empresa. Ello depende en gran medida del grado de incidencia del crédito público en el conjunto del pasivo del deudor, siendo dicha incidencia, con carácter general, elevada en el caso de las microempresas, y reputándose por tanto necesaria una justificación razonada y extensa de la exclusión del crédito público de la suspensión de ejecuciones en dicho ámbito, pues *a priori* tal exclusión injustificada debe reputarse contraria al artículo 6.4 DIR, al resultar probable que ponga en peligro la reestructuración de la empresa.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO OCTAVA.- En el artículo 691 ter debería sustituirse la referencia a la “presentación de solicitud de Plan de Continuación” por “presentación de solicitud de apertura de procedimiento especial de continuación”, por ajustarse más adecuadamente a la situación que se contempla.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO NOVENA.- Se sugiere que el plazo de cinco días establecido en el artículo 691, apartados 6 y 7 sea más amplio, para que, sin alcanzar la extensión de un mes que tiene en el concurso de acreedores, permita un mayor margen de tiempo al deudor para proceder a la solicitud de apertura del procedimiento y a la recopilación de toda la información necesaria, más teniendo en cuenta la falta de intervención de abogado en el proceso.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMA.- El artículo 691 quater debiera incluir la referencia a “otros legitimados”, y en su apartado 3.4º debe sustituirse “si se prevé la liquidación de la empresa en funcionamiento” por “si se prevé la transmisión de la empresa en funcionamiento”.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO PRIMERA.- Cuando la mayoría de los acreedores no crea en una solución concordataria, se les habilita para forzar la liquidación, a fin de evitar que el proceso de prolongue innecesariamente, lo que resulta coherente, con carácter general, con la aplicación de la regla de la mayoría para la aprobación del plan de continuación, si bien las mayorías



para la aprobación de un plan de continuación son en varios casos distintas a más de la mitad del pasivo (art. 697 quater APL).

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEGUNDA.- El deudor puede oponerse a la solicitud de apertura de un procedimiento de continuación por parte del acreedor o del socio personalmente responsable, y solicitar la apertura del proceso de liquidación, tal y como se establece en el artículo 691 sexies 1.2º, lo que se ajusta al requisito obligatorio de obtener el consentimiento del deudor en caso de que se trata de una PYME, establecido en el artículo 4.8 DIR.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO TERCERA.- Se sugiere que en el apartado 5 del artículo 691 bis se incluya la presentación de la solicitud en notarías u oficinas del registro mercantil, como se establece de forma general en el apartado 2 de dicho artículo, pues no aparece justificado que en el caso de incumplimiento del pago al que se refiere el artículo 2.4.5º solo sea válida la presentación ante el Juzgado. Al margen de ello, cabe destacar que este precepto modifica el régimen general de obligación de solicitud de apertura del proceso, que es de dos meses desde la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (artículo 687bis.2), reduciéndolo a un mes, con la grave consecuencia de que el incumplimiento del plazo provoca que los créditos públicos queden fuera de los efectos vinculantes del plan de continuación. No aparece justificada tal significativa reducción del plazo, salvo el siempre presente privilegio del acreedor público, por lo que procedería la eliminación del precepto, sin perjuicio de que, en todo caso, proceda entender que el plazo queda en suspenso durante el periodo de negociación.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO CUARTA.- Se observa la existencia de una errata en el numeral 3º del apartado 1 del artículo 691 sexies, relativo a la oposición del deudor, debiendo sustituirse "liquidación" por "continuación" en la última frase. Del mismo modo, procedería que en el apartado 2 de este artículo se introdujese el plazo en el que debiera celebrarse la vista a fin de lograr el repetido objetivo del Anteproyecto de controlar y reducir la duración del proceso.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO QUINTA.- Para una mejor adecuación a los plazos establecidos en el artículo 691 quinquies 3, resultaría conveniente que se modificara el artículo 692 en el sentido de fijar el plazo para el dictado del auto de apertura del procedimiento especial en dos días desde el decreto del LAJ de admisión a trámite y no desde la recepción de la solicitud.



CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEXTA.- Se establece en el artículo 692.3 que se podrá impugnar la apertura del procedimiento por falta de competencia judicial internacional o territorial mediante declinatoria, siendo preciso que se establezcan los plazos para su presentación, con el correspondiente *dies a quo*, y los efectos de la presentación y, en su caso, estimación, sobre la tramitación y el valor de lo actuado respectivamente.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- Se sugiere que el apartado 4 del artículo 692 se integre en el artículo 692 bis, específicamente destinado a la publicidad registral, y cuyo apartado 3 recoge también que la apertura del procedimiento especial será publicada en el Registro público concursal.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO OCTAVA.- Se establece en el artículo 692 bis que el deudor debe comunicar la apertura a los acreedores y, en su caso, al cónyuge; incluso cuando se haya abierto a solicitud de un acreedor o de un socio responsable, debe ser él quien se lo comunique al propio solicitante, según el párrafo segundo. Procede detenerse, en primer lugar, en el hecho de que no se contempla cómo podrá tener constancia el deudor del dictado de la resolución judicial de apertura para poder proceder a su vez a comunicarla a los acreedores, por lo que resulta necesario que, como apartado 1 de este artículo, se incluya, bajo la redacción que se considere oportuna, la obligación del LAJ de notificar al deudor el citado auto de apertura. En segundo lugar, resulta falto de lógica que el deudor tenga la carga de comunicar la apertura del proceso a los propios solicitantes de la misma, siendo más adecuado que sea igualmente el Juzgado quien realice dicha notificación tanto a los solicitantes como al propio deudor, con el fin de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva de los mismos.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO NOVENA.- Se sugiere que en el apartado 7 del artículo 697 se sustituya “apertura” por “conversión”, por resultar más adecuado al contenido resolutorio del auto al que se hace referencia.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMA.- Los efectos de carácter general de la apertura del procedimiento sobre los contratos y las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado son los mismos que los previstos en el Libro Segundo, si bien la suspensión de ejecuciones en relación con bienes y derechos sometidos a garantía real solo se produce cuando así se solicita expresamente por el deudor y se reúnen los requisitos legales para ello (artículo 713).

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Se excluyen de la suspensión de ejecuciones, de conformidad con el apartado 4 del artículo 694, la ejecución de los créditos públicos que tengan la calificación de privilegiados



de acuerdo con las reglas generales y, en todo caso, de los porcentajes de las cuotas de seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional, siendo extensibles a esta exclusión las mismas consideraciones realizadas anteriormente en relación con los artículos 607 y 691.4 APL.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.- El proceso de continuación es el proceso de reestructuración específico para microempresas, regulado en los artículos 697-704, y al que, de conformidad con el artículo 2 DIR, tienen acceso los deudores que se hallen en un estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual, si bien con la exclusión de aquellos con más del 75% de su deuda en manos de acreedores públicos. La norma europea permite la existencia de varios procedimientos de reestructuración (artículo 4.5) por lo que nada hay que objetar al establecimiento de un proceso singular para las microempresas, toda vez que se respeta el requisito de obtención del consentimiento del deudor (artículo 691.sexies.1.2º y 697.2 *in fine*). Debiera preverse, en todo caso, la posibilidad explícita de que el deudor presente su propio Plan de continuación a pesar de que el proceso se haya abierto a solicitud de los acreedores y con presentación por estos de un plan, para dar cumplimiento al artículo 9.1 DIR.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO TERCERA.- Una de las particularidades del proceso de continuación es que, a diferencia de los planes de reestructuración regulados en el Libro segundo, y dado que comparte características del Convenio del concurso de acreedores, se configura en todo caso como un proceso judicial, es decir, requiere de la solicitud de apertura del procedimiento especial, y en su marco, de la elección de esta vía. Ello tiene varias consecuencias; en primer lugar, con independencia de que el Plan de continuación prevea o no una extensión de efectos o proteger la financiación nueva o interina (artículo 10.1 DIR y 618 APL), queda en todo caso sometido a la tramitación judicial (artículos 697 bis, quater y quinquies); en segundo lugar, transcurre conjuntamente a los trámites necesarios para determinar las partes y la masa, lo que, *a priori*, presupone una mayor rapidez y flexibilidad del sistema; en tercer lugar, conduce a una reducción de los datos que deben contenerse en el Plan de continuación y establecidos en el artículo 697 ter, ya que parte del contenido impuesto por la DIR en su artículo 8, ya ha sido proporcionado por parte del deudor en su solicitud de apertura (artículo 691 bis). No obstante, y dado que la apertura del proceso puede realizarse también a solicitud de otros legitimados, en cuyo caso no se incluye entre la documentación a aportar cuestiones como el activo, con su valoración



(artículo 691 quater), cuya inclusión en el Plan de reestructuración es obligatoria de conformidad con el citado artículo 8 DIR (apartado 1.b), se sugiere al prelegislador una revisión del artículo 697 ter a fin de incluir adecuadamente en él la información mínima requerida por la norma europea.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO CUARTA.- El trámite de admisión del Plan se centra en el caso de presentación del mismo por parte del deudor, obligándole a comunicar a los acreedores el plan admitido -admisión que puede ser expresa o táctica- (artículo 697 bis.1 *in fine* y 2), pero olvida regular adecuadamente el trámite a seguir en caso de que se haya presentado propuesta de plan de continuación exclusivamente por los acreedores, pues en dicho circunstancia, su admisión a trámite por el Letrado de la Administración de Justicia debe ineludiblemente notificarse al deudor para que tenga conocimiento del mismo y pueda cumplir con la obligación de comunicación al resto de acreedores, no siendo en este caso aplicable la disposición relativa a "o desde que hayan transcurrido los tres días sin notificación alguna por el Letrado de la Administración de Justicia".

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO QUINTA.- El anteproyecto regula en un trámite conjunto las alegaciones al plan de continuación y aquellas referidas a la cuantía, características, y naturaleza de los créditos afectados por este, de conformidad con la lista de créditos aportada, así como la solicitud de inclusión de créditos. El sistema permite que se vuelque toda la información potencialmente relevante para la emisión del voto. Esta sistemática debe reputarse confusa, pues si bien nada hay que objetar a la tramitación simultánea de todas las alegaciones, procedería que se regulase de forma separada la votación y sus plazos, toda vez que las referencias a los derechos de voto, la forma de votación con división por clases o las presunciones de voto favorable se regulan en el artículo 698. Del mismo modo, no se recoge en el articulado la referencia de la Exposición de motivos a la notificación electrónica de la certificación del plan, que debiera incluirse en el artículo correspondiente.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEXTA.- El artículo 698 resulta acorde con las disposiciones de la DIR al imponer el consentimiento del deudor para la aplicación de un marco de reestructuración y también en materia de derecho de voto y de aplicación de mayorías (apartados 4 y 6 del artículo 9), reduciéndose los porcentajes establecidas en el Libro segundo ("*para favorecer este tipo de acuerdos*", según la Exposición de motivos), y se coherente con la regulación del Libro segundo. Se introducen, no obstante, una cuestión de gran relevancia, cual es la presunción de voto a favor del acreedor que no lo emita (apartado 8, artículo 698), reiterando así el



Anteproyecto su objetivo de fomentar la proactividad de las partes, y evitar dilaciones innecesarias.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA.- El artículo 698 bis sigue de cerca las disposiciones relativas a la homologación judicial de los planes de reestructuraciones del Libro segundo, ajustándose a los artículos 10 y 11 DIR. Se introduce la novedad de una homologación tácita -si la misma no es solicitada en un plazo de 10 días hábiles desde la notificación de la certificación de su aprobación- y justificada en el control judicial previo durante el proceso de determinación de créditos (artículos 607 quater y quiquies en relación con el artículo 9.5 DIR); homologación tácita que no resulta posible si se ha conseguido dicha aprobación con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto, de tal forma que la inactividad de los acreedores lleva aparejada la homologación expresa.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO OCTAVA.- La obligación de homologación judicial de aquel Plan que conlleva una reestructuración forzosa a todas las categorías (lo que se denomina, como ya se ha señalado, *cross-class-cramdown*), de conformidad con el artículo 11 DIR, impone a su vez la obligatoriedad del nombrar un experto en reestructuración (artículo 5.3b) DIR), pues se hace imprescindible la emisión de un informe sobre el valor de la empresa -ya que solo así puede saberse si el plan cumple efectivamente con el principio según el cual todo acreedor, individualmente considerado, tiene derecho a percibir en el plan de continuación al menos lo mismo que recibiría en caso de liquidación (artículo 10.2d) DIR)-, y así se establece en el artículo 698 bis.5 APL.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO NOVENA.- Se establece una segunda vía dentro del procedimiento especial, la liquidación, ya sea de forma agregada, ya mediante la liquidación individual de activos.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMA.- Se sugiere que en el artículo 705 APL se reitere lo estipulado en el artículo 687 bis.3, esto es que el procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento requiere de la existencia de insolvencia inminente o actual si lo solicita el deudor, o actual, si lo requieren otros legitimados, y que, por tanto, queda excluida la situación de probabilidad de insolvencia. Procedería igualmente, en orden a una mejor sistemática de la regulación, que el apartado segundo se reubicara en el artículo 691 quater, o, en todo caso, se ubicase como apartado tercero de este artículo 705.



CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO PRIMERA.- El Título III introduce importantes novedades en este proceso especial si se establece una comparación con la fase de liquidación del concurso de acreedores, la primera de ellas, el mantenimiento, *a priori*, por parte del deudor de sus facultades de administración y disposición del patrimonio (artículo 694), incluida específicamente la de liquidación del mismo (artículo 707.1), salvo que se solicite el nombramiento de un administrador concursal, tal y como se contempla tanto en el propio artículo 707.1, como en el artículo 714.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO SEGUNDA.- En su objetivo de simplificación del proceso de liquidación de activos, el artículo 706 establece un sistema abreviado de determinación de la masa activa y pasiva, si bien se mantienen inalteradas las normas de reconocimiento de créditos de carácter sustantivo incluidas en el Libro primero.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO TERCERA.- Se observa una errata en la redacción del apartado 3 del artículo 706, donde tras “formulario normalizado” se añade sin solución de continuidad la frase “el juez podrá convocar a una vista..:”, frase que pertenece al apartado 5 (erróneamente numerado como tal, correspondiéndole el numeral 4), y que, por tanto, debe ser eliminada de dicho apartado 3.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO CUARTA.- La tramitación del Plan de liquidación, contenida en el artículo 707, no introduce modificaciones sustanciales en relación con la regulación que se establecía en el Libro primero del TRLC -y ahora eliminada por el Anteproyecto, que suprime el Plan de liquidación del concurso de acreedores-, si bien el objetivo simplificador del legislador lleva a una excesiva parquedad respecto a la regulación de la aprobación judicial del Plan, la cual no aparece contemplada en caso de que no haya observaciones o propuestas de modificación por parte de deudor, acreedores o representantes de los trabajadores; tampoco se hace referencia a la posibilidad de que el juez introduzca las modificaciones que estime necesarias u oportunas -facultad que ostentaba en el concurso de acreedores (artículo 419.1 TRLC)- ni a la propia resolución de aprobación (auto judicial) y los efectos del mismo (valor de autorización para enajenar los bienes o derechos afectos a crédito con privilegio especial o para darlos en pago o para pago o de autorización para enajenar las unidades productivas cuando así conste expresamente en el propio plan aprobado, 419.2 TRLC). Puesto que la regulación del plan de liquidación ha sido suprimida del Libro primero y no cabe su aplicación supletoria, debe indicarse la necesidad de una clarificación específica de estos extremos.



CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO QUINTA.- En el mismo sentido, tampoco se hace referencia a la posibilidad de solicitud al juez -por parte del deudor o el administrador concursal- de la modificación del plan aprobado si se estima conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores -toda vez que dichos objetivos son los que determinan la elaboración de todo plan de liquidación, tal y como señalaba el artículo 417.1 TRLC-, en cualquier momento tras su aprobación (como prevé el aún en vigor artículo 420 TRLC), posibilidad que debería ser específicamente contemplada dado el objetivo de eficiencia que marca la DIR, y al que una modificación del Plan posterior a la aprobación podría dar una adecuada respuesta.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO SEXTA.- El anteproyecto incorpora una novedad fundamental cual es unificar el medio de realización de los bienes mediante la Plataforma electrónica de liquidación (artículo 708.3), instrumento destacado del procedimiento especial de liquidación, sobre el que se apoya la opción de eliminar, *a priori*, la figura del administrador concursal, ya que la liquidación material de los activos no recae *strictu sensu* en el deudor, sino en la Plataforma, sin perjuicio de la obligación de este de cumplir con diligencia el volcado de la información de los activos en la Plataforma.

La sistemática elegida para la regulación de la Plataforma resulta confusa: se recoge en la DA 5ª del APL; no obstante, además de la descripción de la misma como “un portal público electrónico para la venta de los activos de las empresas en liquidación” (apartado 2), y la regulación de su funcionamiento general (apartados 3 a 5 y primer párrafo del apartado 6), esta Disposición Adicional se destina a establecer la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas en momento posterior a la elaboración del plan de liquidación (segundo párrafo apartado 6 al apartado 11), cuestiones que resultaría más adecuado ubicar en el texto de la ley, con anterioridad al artículo 710, a efectos de unificación temática y claridad expositiva, más teniendo en cuenta que el propio apartado 11 de la Disposición Adicional que se aborda hace referencia al “sistema de enajenación previsto en el artículo siguiente”, sentencia que parece provenir de una redacción anterior del Anteproyecto en la que dicha cuestión estaba regulada en el Título III del Libro tercero, pues el sistema de enajenación de la empresa o de las unidades productivas no se contempla en el DA 6ª sino en el artículo 710.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO SÉPTIMA.- En cuanto a las operaciones de liquidación en sí, el apartado 4 del artículo 708 establece la limitación temporal de tres meses, prorrogables un mes más a petición del administrador concursal -y en este caso del deudor-. Transcurrido el plazo, hayan finalizado o no las operaciones de liquidación, debe presentarse el



informe final de liquidación y concluir del proceso, salvo que se encuentre en tramitación la calificación o una acción rescisoria o de responsabilidad (artículo 719.1 APL). Se mantienen los bienes no liquidados en la Plataforma para la realización de pagos periódicos a los acreedores a medida que se produzca la venta de activos (artículo 720.1.3º y DA 5ª 6).

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO OCTAVA.- Resulta ciertamente inusitado que el procedimiento judicial se concluya sin haber finalizado la liquidación de los bienes, si bien el hecho de que la liquidación de activos pueda continuar es a su vez lo que puede justificar un plazo tan exiguo de difícil cumplimiento real. Desde un punto de vista eminentemente práctico, aparece como una solución sencilla para la mera ejecución de operaciones mecánicas, con una reducción de costes del proceso y una liberación de los Juzgados, pero también implica una conclusión anticipada en la que la “ejecución” de la resolución judicial (confirmación o modificación del Plan de liquidación, artículo 707.5) se extrae del control jurisdiccional, trasladándose a una plataforma electrónica y, en definitiva, al órgano administrativo encargado de su funcionamiento, con posible afectación al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del proceso, y concretamente de los acreedores. Si bien la DIR impone, como se viene repitiendo, la obligación de los Estados miembros de reducir la duración de los procesos, establecer su conclusión formal adelantada, sin que materialmente pueda determinarse que se ha producido su finalización, al situar fuera del propio proceso, y del control judicial, partes del mismo, puede reputarse una fórmula de eficacia puramente aparente.

CENTÉSIMO QUINCUGÉSIMO NOVENA.- El artículo 711 incluye un sistema de monetización de los créditos en el que se introduce igualmente un límite temporal, bien para la monetización de los créditos (apartado 1), bien para su liquidación (apartado 2), de seis meses desde la apertura de la liquidación, o en su caso, hasta la finalización de la calificación. El establecimiento de una limitación temporal resulta coherente con el diseño del procedimiento especial y el objetivo del prelegislador de reducir su duración; se produce, sin embargo, una contradicción interna del sistema: Las operaciones de liquidación deben realizarse en tres meses (artículo 708.4), salvo que se encuentre en tramitación la calificación o una acción rescisoria o de responsabilidad. Pareciera, por tanto, que el límite establecido en el artículo 711 debiera ser solo de tres meses, a fin de que quedara integrado en la masa activa el crédito ya liquidado antes de que se concluyese el proceso (puesto que subsiste la posibilidad de que ingresen en la masa activa nuevos bienes o derechos). El que las operaciones de liquidación de la masa activa pueden prolongarse tras la conclusión del procedimiento no



justifica que la obligación que se impone al deudor -o en su caso al administrador concursal- de cobro o liquidación del crédito para su integración en la masa activa puede prolongarse por otros tres meses más, ni que el incumplimiento de dicha obligación no tenga ninguna consecuencia, más que, podría entenderse, la subrogación de los acreedores establecida en el artículo 122 TRLC.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMA.- De otro lado, el sistema de cesión de crédito establecido en el ordinal 2º del apartado 2 presenta la ventaja declarada de permitir cerrar el procedimiento, dejando para un momento posterior la gestión del cobro y la distribución entre los acreedores de lo recaudado, dando solución al problema de mantenimiento del proceso solo para el posible cobro de créditos inciertos.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO PRIMERA.- Los motivos consignados en el artículo 720.1 APL para la conclusión del proceso no incluyen todos los supuestos de conclusión del concurso, contemplados en el artículo 465 TRLC. Parece que resulta posible un pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (456. 6º TRLC, 5º en el APL), o una aceptación firme del desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (456.7º TRLC, 3º en el APL), sin que por parte del prelegislador se explique la razón de la exclusión de tales motivos para la conclusión del proceso especial. Finalmente, no debe obviarse que el concurso de acreedores puede concluir por la desaparición sobrevenida de la situación de insolvencia (artículo 521 TRLC en relación con el artículo 22 LEC), motivo que, dada su naturaleza, procede considerar igualmente aplicable a la conclusión del procedimiento especial.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO SEGUNDA.- Procede que se establezca en el apartado 5 del artículo 717 y en el apartado 4 del artículo 719 el plazo en el que debiera realizarse la vista virtual que puede convocar el juez del concurso.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO TERCERA.- El APL hace descansar sobre la voluntad de los presuntos perjudicados de la posible actuación dolosa o de culpa grave del deudor una de las cuestiones más determinantes sobre la futura capacidad de administración del deudor, la calificación. Ello se cohonesta con las modificaciones del Libro primero en las cuales, si bien se mantiene la apertura de oficio de la sección de calificación (artículo 446 TRLC), se suprime el dictamen del Ministerio Fiscal y se establece el reconocimiento de la legitimación los acreedores que alcancen un



determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable (artículo 449 APL). No obstante, se observa cierta incoherencia en la regulación, toda vez que, si bien en el procedimiento especial no se hace referencia a ese nuevo informe de los acreedores que ahora recoge el Libro primero, sí se habla del informe de los acreedores públicos como un motivo para no proceder al archivo en caso de que la administración concursal califique el procedimiento de fortuito (artículo 717.3). Se sugiere al prelegislador que clarifique dicho extremo, mediante la oportuna referencia previa a la posibilidad y modo de presentación de un informe de calificación ya sea por cualquier acreedor o solo (y en dicho caso, bajo qué justificación de exclusión del resto) de los acreedores públicos, que, en la nueva regulación, parecen tomar el papel del Ministerio Público. Del mismo modo, y dado que ese “informe de los acreedores públicos” puede evitar el archivo de las actuaciones, procedería que se clarificara cuál es el procedimiento que debe seguirse a continuación y que en el apartado 4 del artículo 717 *in fine* se añadiese la referencia a dicho informe en relación con el escrito de impugnación.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO CUARTA.- Procedería subsanar para mayor seguridad jurídica la discrepancia entre el artículo 698 y 718, ya que el primero habla únicamente de inexactitud grave, definiendo tal concepto, y de documentos falsos y el segundo de inexactitud grave o provisión de información o documentación falsa, falseada, incompleta o inveraz.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO QUINTA.- La exoneración del pasivo insatisfecho que se realiza en el marco del Libro tercero no presenta ninguna particularidad en relación con las disposiciones del Libro segundo, de tal forma que podrán solicitar dicha exoneración los deudores personas físicas, tanto en los casos de frustración del plan de continuación (artículo 700), como una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente (artículo 716), si bien surge la dificultad de determinar el plazo con el que cuenta el deudor para presentar la solicitud, ya que el artículo 501 intitulado “solicitud de exoneración tras la liquidación de la masa activa”, establece en su apartado segundo que se podrá presentar dentro del plazo de audiencia concedido para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso. No obstante, ello no es aplicable al procedimiento especial de liquidación, que puede continuar con la liquidación de activos a pesar de su conclusión. Es por ello que procedería que por parte del prelegislador se estableciese explícitamente un plazo para la presentación de la solicitud tras “la terminación de la liquidación y distribuido el remanente”.



Sobre las modificaciones introducidas en el Libro I TRLC

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO SEXTA.- Las modificaciones introducidas en el Libro primero con el objetivo de «*aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*» (Considerando 1 y Artículo 1.1 c) DIR), abarcan diversos aspectos del concurso de acreedores, resultando merecedoras de una valoración desigual, tanto en su pretendida eficiencia como en su cumplimiento de las disposiciones de la norma europea.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO SÉPTIMA.- Las reformas introducidas con el objetivo de agilizar el proceso, como la reducción de plazos (artículos 10,11,14) adolecen, en general, de un voluntarismo que no siempre será posible cumplir, sobre todo en aquellas poblaciones con mayor volumen de trabajo en los órganos judiciales especializados, por lo que las medidas estipuladas, sin ser erróneas, no parecen destinadas a tener un efectivo impacto en la reducción de la duración de los concursos, quedándose en una mera propuesta formal.

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO OCTAVA.- Merece una valoración positiva la introducción de un nuevo artículo 296 bis, que permite la continuación del proceso partiendo de un inventario y lista provisional de acreedores, de tal forma que el Letrado de la Administración de Justicia pondrá fin a la fase común dentro de los quince días siguientes a la presentación de los textos provisionales; esta presentación también abre el plazo para la presentación del convenio por deudor o acreedores (artículo 337 APL, sin perjuicio de que pueda presentarse junto con la solicitud de concurso) y para que la administración concursal y los acreedores presenten informe de calificación (448 y 449 APL).

CENTÉSIMO SEXAGÉSIMO NOVENA.- Se articula una nueva Sección 4ª en el Título I, artículos 37 bis a 37 quinquies -con supresión paralela de los artículos 470 a 472- relativa al concurso sin masa, que traslada el control a los acreedores, quienes -si representan más del cinco por ciento del pasivo- pueden solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que informe sobre diversos aspectos que permitirán determinar si efectivamente se dan las condiciones requeridas. Si no hay solicitud de nombramiento de administración concursal, el apartado 2 del artículo 37 ter habilita al deudor persona natural para presentar solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, sugiriéndose al prelegislador que se incluya en esta disposición la oportuna remisión a los plazos de solicitud estipulados en el artículo 501.1 APL. Si bien la regulación proyectada puede simplificar el proceso, al contemplar en el artículo 37 ter.1 el dictado de un auto de declaración del



concurso “sin más pronunciamientos”, se corre el riesgo de que el deudor lleve a cabo acciones patrimoniales perjudiciales para la masa activa durante el plazo en el que se realizan las acciones necesarias para determinar si efectivamente se dispone o no de activos suficientes y debe declararse el concurso con todos sus efectos. Se sugiere por ello al prelegislador que, en aras de una mayor seguridad jurídica, se establezca la obligación del deudor de comunicar al Juzgado la adopción de disposiciones patrimoniales que puedan afectar a la masa activa, puesto que estos actos de disposición patrimonial no serían reintegrables, pudiendo resultar igualmente inviable su anulación.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMA.- La modificación relativa al concurso sin masa se completa con la reforma del artículo 250 y del artículo 242, modificaciones que deben valorarse positivamente al introducir claridad y seguridad jurídica.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO PRIMERA.- La atribución a los Juzgados de lo mercantil de competencia sobre el concurso del deudor persona natural no empresario se coherente adecuadamente con la reforma que se introduce en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en trámite de informe de este Consejo.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO SEGUNDA.- Con el mantenimiento del apartado 2 del artículo 221 en el Anteproyecto -acompañado de la clarificación de facultad de recabar informe de la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social (apartado 3)-, y con la introducción específica en el artículo 52. 4º de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en la declaración de la sucesión de empresa -limitada a los casos de transmisión de unidad o unidades productivas-, se zanján en todo caso las dudas que pudieran existir sobre la competencia del juez del concurso en esta materia, pues el prelegislador, dentro de sus competencias, y de forma justificada y coherente con la normativa de aplicación-artículo 86 ter LOPJ, concretamente, además, en la modificación introducida en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ, objeto de estudio en el presente informe; artículo 52.4º APL y artículo 57 Estatuto de los Trabajadores- establece dicha competencia exclusiva de forma indubitada.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO TERCERA.- La DIR establece una serie de disposiciones genéricas en relación con los administradores concursales, su supervisión y retribución (artículos 26 y 27), haciendo especial hincapié en su formación, nombramiento transparente y responsabilidad (Considerandos 87, 88 y 89). En este sentido, el APL introduce diversas modificaciones en la



regulación de la administración concursal como órgano necesario del concurso que resultan acordes con las disposiciones europeas, como la introducción de la necesidad de superación del examen de aptitud profesional (artículo 61.2) y la exigencia de que en los concursos transfronterizos la designación recaiga en persona que acredite el conocimiento suficiente de la lengua del país, o al menos de la lengua inglesa (artículo 62.3), resultando además adecuado que el establecimiento de las condiciones esenciales de acceso a la profesión esté determinado en una norma con rango de ley, en la medida en que se trata de requisitos que afectan al ejercicio de la libertad individual de las personas.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO CUARTA.- Se modifica el apartado 3 del artículo 65, estableciendo la prohibición de nombramiento de aquellos administradores concursales que hubiesen sido nombrados en más de veinte concursos en tramitación en la fecha de nombramiento; Paralelamente, el artículo 67.5 introduce la obligación de los administradores concursales de aportar en los concursos de mayor complejidad declaración firmada de los concursos en que han sido nombrados; la medida no deja de ser una opción válida del prelegislador para la supervisión de las funciones de esta figura.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO QUINTA.- El APL añade una nueva prohibición en el apartado 5 del artículo 67; en relación con ella, debe señalarse que, en su versión inglesa, la DIR utiliza el término "*practitioner in the field of restructuring*", y si bien en la versión española se ha optado por traducir el término como "administrador concursal", la norma europea no impone dicha figura en el sentido legislativo español, siendo viable el nombramiento de otros expertos. Así, la prohibición introducida en el artículo 65.5 APL resulta coherente con el estatuto del experto contenido en el Capítulo II, del Título IV del Libro segundo.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO SEXTA.- La introducción de un nuevo artículo 224 bis intitulado *solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas* debe estimarse positivamente, pues establece la posibilidad de que el deudor acompañe la solicitud de concurso con una propuesta escrita vinculante de un acreedor o de un tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas (apartado 1), dando carta de naturaleza al denominado *pre-pack*, que venía aplicándose en la práctica en nuestro país, incluso a través de protocolos normalizados como el establecido por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona en su Acuerdo de 20 de enero de 2021.



CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMA.- Se regula igualmente la posibilidad de que los deudores, tanto en situaciones previas a la insolvencia, como en caso de insolvencia actual, soliciten al Juzgado competente para la declaración del concurso el nombramiento de un experto para recabar dichas ofertas (artículo 224 ter). La solicitud de nombramiento, por tanto, es voluntaria, y en este sentido, el APL adolece de imprecisión sobre las concretas funciones de este experto; resultaría oportuno que se previese en el articulado que el experto deberá respetar las facultades de administración y disposición del deudor, sin injerencias, pero pudiendo dejar constancia escrita de los reparos u objeciones a su ejercicio que considere oportunos. Del mismo modo, se sugiere que se especifique de forma clara el compendio de funciones del experto que deben entenderse incluidas en la expresión “recabar ofertas”, de forma similar a como se realiza en el citado Acuerdo de 20 de enero de 2021 de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO OCTAVA.- Se establece que su retribución se fijará atendiendo el valor de la unidad o unidades productivas, pudiendo vincular el derecho a percibirla total o parcialmente en función del resultado (artículo 224 quater.2), partiendo de que la aceptación siempre es voluntaria (artículo 224 quater.1). Se sugiere al prelegislador que la retribución del experto se acomode a las normas de arancel de los administradores concursales.

CENTÉSIMO SEPTUAGÉSIMO NOVENA.- El prelegislador introduce importantes modificaciones de importancia en la regulación del convenio con los acreedores. En primer lugar, se amplían en el artículo 318 las prohibiciones del contenido de la propuesta de convenio, introduciendo dos medidas de protección adicionales del crédito público, que no aparecen fundamentadas en la Exposición de motivos ni en la MAIN y que conllevan la introducción de importantes dificultades a la hora de elaborar un convenio eficaz para mantener la viabilidad de las empresas, sobre todo de aquellas con un gran volumen de deuda pública, como son las PYMES, pudiendo abocar a las mismas a la liquidación.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMA.- De otro lado, se eliminan los artículos 333 a 336 TRLC, destinados a la presentación anticipada de la propuesta de convenio, así como el sistema de aceptación de dicha propuesta (artículo 359 TRLC) y se modifican los artículos relativos a la presentación ordinaria (artículos 337, 338 y 339 TRLC) y otros que hacían referencia a la misma, como el apartado 3 del artículo 293 o el artículo 347. Toda vez que la propuesta anticipada de convenio se configuraba como un modo de tramitación de la solución convenida del concurso de acreedores, que



anticipaba en el tiempo la posibilidad de proponer modos acordados de arreglo del pasivo, sin necesidad de abrir la fase estricta de convenio, parece razonable y eficiente su eliminación paralela a la trasposición de la DIR y la regulación de los planes de reestructuración en la fase preconcursal.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO PRIMERA.- La eliminación del convenio anticipado lleva a la modificación concordante de los artículos 344, 345 y 347, para eliminar las referencias a este y sin que se produzca una alteración sustancial del contenido. En este sentido, se sugiere al prelegislador la conveniencia de introducir las modificaciones precisas en los artículos 341, 343, 345 y 350 TRLC, los cuales recogen referencias la propuesta anticipada de convenio, para su adecuación a la nueva regulación, a fin de evitar problemas de concordancia e interpretación.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO SEGUNDA.- Debe destacarse también la eliminación de la junta de acreedores para la formalización de la adhesión y la votación de las propuestas ordinarias del Convenio, de tal forma que se prescinde del trámite de deliberación entre los acreedores, simplificando el proceso mediante el diseño de una adhesión escrita con firma indubitada que se entrega o remite al administrador concursal (liberando al Letrado de la Administración de Justicia de tal labor, artículo 355 TRLC) y permitiendo en conjunto una importante reducción de los plazos y los costes (se reduce además específicamente el plazo para proclamar el resultado, de diez a tres días, artículo 380 APL). Procede destacar que en la nueva regulación se exige la aceptación expresa del concursado de un convenio propuesto por los acreedores para que pueda ser aprobado judicialmente (artículo 359.2 APL), eliminándose la posibilidad de aceptación tácita recogida en el actual apartado 2 del artículo 380 TRLC, lo que implica la coherente modificación del artículo 382, relativo a la legitimación para formular oposición a la aprobación judicial, y la inclusión como motivo de oposición a la falta de adhesión del deudor (apartado 5ª, artículo 383), que puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 392).

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO TERCERA.- Resulta significativa la modificación del artículo 399 bis. De conformidad con la normativa vigente, si la ejecución de un convenio requiere de la decisión de los socios, esta decisión debe adoptarse en los términos previstos en el Derecho de Sociedades, y en caso de que no se produzca el necesario acuerdo social, ello será causa de incumplimiento del convenio. El nuevo artículo 399 bis excepciona de este régimen la ampliación de capital por compensación de créditos. Al mismo tiempo, la modificación del régimen de transmisión de las nuevas acciones y participaciones creadas (apartado 2, artículo 399 bis), opera *ope legis* y al



margen de cualquier modificación de los estatutos sociales. En definitiva, la ampliación de capital puede ser acordada judicialmente e impuesta a los socios, opción que debe entenderse alineada con el objetivo de la DIR de asegurar la viabilidad de las empresas, evitando que en los procesos concursales los socios puedan impedir injustificadamente la adopción de planes de reestructuración que permitan que deudor recuperase su viabilidad (Considerando 57), y que el prelegislador extiende limitadamente al ámbito del convenio concursal, cuya existencia en nuestro ordenamiento responde igualmente al objetivo de asegurar la continuidad empresarial.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO CUARTA.- Se opta por convertir en permanente la posibilidad de modificación del Convenio, introduciendo un nuevo artículo 401 bis, que permite la presentación de una propuesta de modificación de aquel convenio que se encuentra en riesgo de incumplimiento por parte del deudor, siempre que dicho incumplimiento no le sea imputable. El plazo mínimo de vigencia del convenio para proponer su modificación es de dos años, y se establece como requisito que esta sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. El precepto merece una valoración positiva toda vez que se alinea con el objetivo de la DIR de permitir la continuidad de empresas viables, facilitando una “renegociación” de los términos de un convenio cumplido durante un periodo de dos años.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO QUINTA.- En el artículo 405 APL debe corregirse la referencia al “Capítulo IV del Título IV de esta ley” por “Capítulo IV de Título IV del Libro primero de esta Ley”. En su nuevo apartado 2 este artículo elimina el requisito de concurrencia de fraude para la rescisión de los actos perjudiciales, lo que entra en contradicción con el artículo 439.1 y con los plenos efectos estipulados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 404 APL.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO SEXTA.- El nuevo artículo 414 bis recalifica los créditos contraídos durante el periodo de incumplimiento del convenio, de tal forma que, en caso de incumplimiento, pasan a ser créditos concursales y no créditos contra la masa. Esta recalificación, cuya razón de ser no aparece explicada en la Exposición de motivos ni en la MAIN, puede suponer un obstáculo para la financiación de las empresas y dificultar la utilización y cumplimiento del Convenio.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO SÉPTIMA.- El prelegislador elimina el Plan de liquidación y su aprobación por el juez (supresión de los artículos 416 a 420 TRLC). El Plan de liquidación se sustituye, en una sistemática que debe ser objeto de crítica, por unas reglas especiales de liquidación, que se recogen en el artículo 415 APL, y unas reglas generales que aparecen en los artículos



421 a 423 bis, y que reciben la denominación de “supletorias”. Se sugiere para una mayor claridad expositiva, que se regulen en primer lugar las reglas generales, y a continuación las reglas especiales. De otro lado, resultaría conveniente que por parte del prelegislador se especificase si la decisión judicial debe adoptarse con audiencia previa de las partes -toda vez que frente a esta solo cabe recurso de reposición, (artículo 415.3 APL)-, y si cabe solicitud de la administración concursal y/o de los acreedores para su establecimiento, ya que el Anteproyecto solo contempla que la solicitud de la administración concursal lo sea para la modificación o eliminación de tales reglas (415.1 APL) y que los acreedores solo puedan solicitar dejarlas sin efecto, para lo cual sus créditos deben representar más del cincuenta por ciento del pasivo ordinario (415.4 APL), debiendo ponerse de manifiesto que es la administración concursal la que ostenta un mayor conocimiento de “la composición de la masa activa, y las previsibles dificultades de su liquidación o cualesquiera otras circunstancias concurrentes”, razones a las que debe atender el juez para establecer las reglas especiales.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO OCTAVA.- El TRLC excepcionaba en su artículo 446 de la formación de la sección de calificación (sección sexta) el caso de aprobación de un convenio “en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido”. El texto proyectado elimina dicha excepción, estableciéndose la apertura en todo caso en el mismo decreto del Letrado de la Administración de Justicia por el que se pone fin a la fase común (artículo 446.1 en relación con el artículo 296 bis). No aparece justificada ni en la MAIN ni en la Exposición de motivos la razón de esta reforma que introduce mayor carga de trabajo en los Juzgados de lo mercantil, y que se aparta de la concepción de la calificación como una fase necesaria en aquellos casos en los que, a través del convenio, se exige a los acreedores un mayor sacrificio. Tampoco parece cohonestarse adecuadamente con la articulación de una calificación abreviada de carácter voluntario (con carácter general, en caso de que lo soliciten acreedores que representen al menos el diez por ciento del pasivo) en el procedimiento especial para microempresas.

CENTÉSIMO OCTOGÉSIMO NOVENA.- El nuevo apartado 2 del artículo 242 debe reputarse, cuanto menos, indeterminado, trasladando al Juzgado de forma genérica una responsabilidad del administrador concursal (establecida a su vez en el artículo 249), de tal forma que procedería que se acotase el tipo de auxilio que el Juzgado debe prestar al acreedor, el cual debería limitarse a apremiar al administrador concursal para que facilite la información en términos claros y precisos y, en su caso, a reducir su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

retribución si se considera que ha habido un desempeño falto de diligencia (artículo 86).

CENTÉSIMO NONAGÉSIMA.- Se observa una errata en el ordinal 3 del artículo 465 que debería decir “se estará a lo dispuesto en el ordinal anterior” y no en el “ordinal siguiente”, pues es el ordinal 2º el que viene referido a la existencia de un único acreedor.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 25 de noviembre de 2021.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General