



Policy Paper

Informes y papeles del Grupo de Trabajo Mixto Covid-19

Comentarios al proyecto de reforma concursal

NURIA BERMEJO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

ÁLVARO MARTÍN MARTÍN

BENITO ARRUÑADA

ANGEL DE LA FUENTE

Fedea Policy Paper 2022/03

Febrero de 2022

fedea

*Las opiniones recogidas en este documento son las de sus autores
y no coinciden necesariamente con las de Fedea.*

**Grupo de Trabajo Mixto Covid-19
Comisión de seguimiento del Plan de Recuperación**

Comentarios al proyecto de reforma concursal

Nuria Bermejo
José María Fernández Seijo
Álvaro Martín Martín
Benito Arruñada
Angel de la Fuente

Febrero de 2022

Resumen

Los trabajos recogidos en este documento analizan desde distintas perspectivas el proyecto de ley de reforma concursal, actualmente en trámite parlamentario, poniendo el acento en la filosofía del proyecto y destacando los cambios más importantes que éste introduce en relación con la normativa preexistente. Todos ellos comparten una valoración generalmente positiva del texto, pero también llaman la atención sobre posibles riesgos, aportando diversas sugerencias para mitigarlos.

Índice

Benito Arruñada y Ángel de la Fuente, <i>Introducción</i>	2
Nuria Bermejo, <i>Observaciones sobre el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la ley concursal</i>	4
José María Fernández Seijo, <i>Notas sobre la exoneración del pasivo insatisfecho</i>	20
Álvaro Martín Martín, <i>Notas sobre transmisión de bienes afectos, tratamiento registral del plan de reestructuración y posición del crédito público en el concurso</i>	24

INTRODUCCIÓN

Benito Arruñada (UPF, BSE y FEDEA) y Ángel de la Fuente (FEDEA e IAE-CSIC)

Tras completar un largo proceso de elaboración que ha durado más de dos años, se encuentra en tramitación urgente en las Cortes el proyecto de ley de reforma concursal. De todas las reformas incluidas en el Plan de Recuperación, la que afecta al sistema concursal es quizá de las que menos atención mediática está recibiendo; pero es, sin duda, de las más importantes. Desde el GTMC hemos seguido la reforma con especial interés, no sólo por su importancia intrínseca sino porque la pandemia hace más necesario que nunca contar con mecanismos ágiles de reestructuración y liquidación de empresas. Las insolvencias ya han empezado a dispararse y su aumento nos encuentra mal equipados, con un sistema concursal ineficaz, lento y costoso, que se usa poco y cuando se usa sólo logra posponer la liquidación. Es preciso mejorarlo o, de lo contrario, muchas empresas en dificultades pueden desaparecer pese a ser viables. Creemos, por ello, que es necesario no sólo que se promulgue la ley, sino que prospere y fructifique la reforma.

A nuestro juicio, el proyecto merece una valoración global positiva, tanto por su filosofía como por su elevada calidad técnica y claridad expositiva, que lo diferencian nítidamente de muchos proyectos legislativos recientes. Su mayor acierto es la apuesta por reducir la intervención judicial y potenciar el papel de las partes en los procesos preconcursales, con el fin de mejorar su agilidad y eficiencia. Se busca así facilitar que las partes acuerden planes de reestructuración que les permitan obtener financiación adicional para mantener la actividad de empresas viables y minimizar las posibles pérdidas de valor que, en otro caso, se derivarían del propio concurso, incluida la dilación y la pérdida de reputación empresarial, así como la costosa intervención de terceros. Para conseguirlo, el proyecto intenta distribuir de forma equilibrada derechos de decisión entre jueces, deudores y acreedores, de modo tal que todos ellos puedan concentrarse en desempeñar las tareas para las que gozan de auténtica ventaja comparativa.

Por otra parte, el texto presenta algunas limitaciones significativas e incorpora algunas apuestas arriesgadas. Entre las primeras, cabe destacar el mantenimiento de los privilegios del crédito público y entre las segundas la introducción de un procedimiento especial de reestructuración o liquidación para microempresas, de aplicación forzosa para las mismas, y que se desarrollaría enteramente por medios telemáticos. Aunque las potenciales ventajas de la digitalización de estos procedimientos sean notables, su realización dependerá crucialmente de la calidad de una plataforma informática que todavía no existe y cuyo diseño no será sencillo. En esta situación, podría ser aconsejable que la ley dispusiera la posibilidad de un proceso de transición más gradual, aunque sólo sea para facilitar el rodaje del nuevo procedimiento.

Los trabajos reunidos en este documento analizan el contenido del proyecto de ley desde perspectivas distintas, destacando los cambios más importantes que éste introduce en el derecho concursal (y especialmente preconcursal) existente. Si bien todos ellos comparten una valoración generalmente positiva del texto, llaman también la atención sobre posibles riesgos, aportando diversas sugerencias para mitigarlos.

El más extenso de estos trabajos, elaborado por Nuria Bermejo, resume los principales elementos del proyecto y analiza en detalle uno de ellos: la búsqueda de equilibrio en la distribución de derechos de decisión entre los participantes. Para ello, en su análisis de los planes de reestructuración presta especial atención a los problemas que genera la sustitución de la unanimidad por reglas de decisión mayoritaria. Asimismo, la autora efectúa valiosas observaciones sobre las limitaciones a las acciones revocatorias, el régimen de la nueva financiación y el procedimiento especial para las microempresas, el *prepack* concursal, la nueva regulación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de las personas naturales, y los contratos pendientes de ejecución. Propone también varias líneas de mejora, relativas a la conveniencia de precisar el papel de los socios como algo distinto del deudor persona jurídica; modificar el tratamiento del crédito público en los planes de reestructuración; simplificar el procedimiento especial previsto para microempresas; y ampliar la exoneración del crédito público insatisfecho de las personas naturales.

Acompañan el trabajo de Nuria Bermejo dos comentarios más breves, escritos por José María Fernández Seijo y Álvaro Martín Martín.

Fernández Seijo resume en el contexto de la directiva el contenido del proyecto de ley sobre exoneración del pasivo insatisfecho, valorando qué partes del proyecto son derecho interno y, por tanto, no podrían eventualmente ser objeto de cuestión prejudicial. Es éste el caso de la regulación de la exoneración de deudas de personas físicas que no tengan la condición de empresarios y, en particular, de la no exoneración del crédito público. El autor celebra que el proyecto aclare y simplifique el procedimiento, pero lamenta que el régimen establecido sea relativamente restrictivo, lo que limitará el acceso a la segunda oportunidad. También teme que comprometa la reestructuración de las pymes, cuyo patrimonio suelen estar entrelazado con el del empresario, lo que podría ser especialmente problemático tras la pandemia.

Finalmente, Martín Martín examina tres aspectos del proyecto, para los que propone diversas modificaciones y redacciones alternativas. Por un lado, considera falto de claridad su tratamiento de la transmisión mediante enajenación directa, incluyendo la dación o adjudicación en pago, de activos concursales afectos a privilegio especial. Asimismo, considera problemática la regulación que hace el proyecto de las inscripciones y cancelaciones registrales derivadas del plan de reestructuración. Por último, trata de la posibilidad de que el crédito público sea afectado por el plan de reestructuración.

OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Nuria Bermejo (Universidad Autónoma de Madrid)

I. Introducción

En los últimos dos años, el derecho concursal español ha experimentado importantes cambios como consecuencia de la aprobación, por una parte, de un régimen excepcional desde el que abordar las graves perturbaciones sufridas por la actividad económica como consecuencia de las medidas de contención de la pandemia de Covid-19, y por otra, de un texto refundido en el que se han sistematizado y consolidado las numerosas modificaciones que sufrió la ley concursal desde su entrada en vigor en el año 2004.

En agosto de 2021, menos de un año después de la entrada en vigor de dicho texto refundido, el Ministerio de Justicia publicó el Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley concursal, cuyo propósito es transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuraciones e insolvencia. En diciembre del mismo año se presentó el Proyecto de Ley (en adelante, PL), cuya tramitación se ha acordado que sea por el procedimiento de urgencia. El Proyecto de Ley mantiene la estructura y contenido esencial del Anteproyecto; sólo introduce modificaciones puntuales y alguna más significativa en relación con el tratamiento del crédito público. Así, por ejemplo, *se acota temporalmente la definición de probabilidad de insolvencia*, como presupuesto objetivo del precurso, y se vincula a la previsión de no poder cumplir regularmente las obligaciones que venzan en los dos años siguientes (“en los próximos dos años”), de no alcanzar un plan de reestructuración (artículo 584.2 PL). En cuanto al crédito público, se han introducido algunas modificaciones tanto en el ámbito de los planes de reestructuración, como respecto del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho de las personas naturales (en adelante, BEPI). En el caso de los planes de reestructuración, se contempla de manera expresa la posibilidad de que los créditos públicos puedan resultar limitadamente afectados por el plan cuando el deudor se encuentre al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad social y se trate de créditos que tengan una antigüedad inferior a dos años desde la fecha del devengo (art. 616 PL). Ahora bien, esta afectación se reduce a esperas que, como regla general, no podrán ser superiores a doce meses contados desde la fecha del auto de homologación del plan (art. 616 bis PL). A tales efectos, se prevé la constitución de una única clase que agrupe a dichos créditos (art. 624 bis PL). Respecto de la exoneración del pasivo insatisfecho, aplicable a personas naturales, sean o no empresarios (art. 486 PL), se ha contemplado una limitadísima exoneración de mil euros de deuda tributaria y otros mil euros de deudas con la Seguridad Social (art. 489.1.5º PL).

Entre otros objetivos, la Directiva europea busca *umentar la eficiencia de la respuesta a la crisis empresarial de los procedimientos de insolvencia previstos en los*

distintos Estados miembros, reduciendo los costes de la reestructuración de las empresas valiosas, así como de los procedimientos concursales tradicionales y de la exoneración del pasivo insatisfecho –en términos de gastos profesionales, duración, pérdida de la reputación, etc.–. Todos estos costes destruyen valor en perjuicio de los acreedores y reducen sus cuotas de recuperación. Para alcanzar dicho objetivo, el Proyecto de Ley introduce distintas medidas, entre las que destacan (i) los planes de reestructuración, como solución fundamentalmente privada de las situaciones de crisis empresarial; (ii) un procedimiento especial que pretende simplificar el tratamiento de la crisis de las microempresas, y (iii) un conjunto de medidas tendentes a reducir los costes del concurso y aumentar su eficiencia, entre las que cabe destacar el denominado “prepack concursal”, así como la mejora de la regulación del BEPI.

Este estudio realiza una primera aproximación al Proyecto y examina de manera general el modelo que incorpora, así como su estructura, sin pretender llevar a cabo un análisis detallado de las reglas concretas de este texto prelegislativo.

II. Los planes de reestructuración como respuesta a la crisis empresarial

1. Consideraciones generales

Los planes de reestructuración suponen un cambio de paradigma respecto de los procedimientos concursales al uso. *Estos posibilitan la reorganización de los proyectos empresariales valiosos, y esencialmente de su estructura de pasivo, privatizando el tratamiento de las situaciones de probabilidad de insolvencia e insolvencia –actual o inminente– (art. 584 PL). Para ello, se apartan del centralismo judicial que caracteriza al concurso y establecen un marco en el que el deudor puede alcanzar de manera espontánea un acuerdo por mayoría con un grupo de acreedores y extenderlo a todos los afectados a través de la homologación judicial. En última instancia, los planes de reestructuración posibilitan un “cambio de control corporativo” en favor de los acreedores cuando se trata de medianas y grandes empresas. El grupo de intereses afectados por la reestructuración no se impone por el legislador, sino que se define en el propio plan donde, quienes presentan la propuesta, establecen el perímetro de la afectación (artículo 633.5º PL).*

La configuración de estos planes permite *reducir los costes asociados a los procedimientos concursales tradicionales, al facilitar, por una parte, la adopción del acuerdo de reestructuración –p.ej., sujetando la adopción de las decisiones colectivas a la regla de la mayoría y estableciendo unas reglas de arrastre, que impiden que los afectados, incluidos los propios socios, puedan bloquear injustificadamente a la adopción del plan–, y reducir, por otra, la necesidad de servicios profesionales para sacarlos adelante –p.ej., se limitan los supuestos en los que se hace necesario el nombramiento de un “experto en la reestructuración” (arts. 672 y 673 PL)–. Asimismo, se habilita al juez para que imponga al deudor el pago de sus honorarios y se contempla la posibilidad de que estos sean inicialmente asumidos por los propios acreedores cuando sean ellos quienes soliciten la designación del mismo (arts. 672.1.2º y 673.2 PL).*

2. La viabilidad de la empresa como premisa para la reestructuración

A través de los planes de reestructuración no se pretende dar respuesta a cualquier situación de insolvencia o de probabilidad de insolvencia. *Su finalidad es facilitar la reestructuración del pasivo de las empresas que sean valiosas –“viables”, en la terminología del Proyecto de Ley– y evitar que puedan acabar en una liquidación que destruya valor en perjuicio, fundamentalmente, de los acreedores.* Para lograr este objetivo, el Proyecto introduce una serie de reglas y salvaguardas, cuyo propósito es doble. Por un lado, se pretende evitar que el deudor utilice los planes de reestructuración para reorganizar empresas que valen más liquidadas que reestructuradas. Así, se exige que el plan exponga “[...] las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración”, así como “[...] las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor” (art. 633.10º PL). Además, tanto los acreedores, como los socios pueden oponerse a la homologación del plan cuando este “[...] no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo” (arts. 654.4º, 655.1, 656.1.4º PL). Y, por otro lado, se trata de evitar que en este contexto el mantenimiento de la empresa viable se aproveche para redistribuir injustificadamente valor entre las partes afectadas o extraer beneficios privados por los socios o acreedores de control (p.ej., la obtención de ventajas por parte del socio mayoritario en perjuicio de los minoritarios; la extracción por parte de un acreedor de control de una ventaja particular, de la que no gozan los acreedores de su misma clase, a cambio de votar a favor del plan, etc.). La regla de paridad de trato entre todos los créditos de una misma clase (Art. 638.4º PL) o la regla de prioridad absoluta (Art. 655.2.4º PL) buscan prevenir las conductas redistributivas y la extracción de beneficios privados por parte de los acreedores de control. Sobre ellas volveremos más adelante. Y para hacer frente a la extracción de beneficios privados por parte de los socios mayoritarios, los minoritarios tienen a su disposición los remedios societarios –p.ej., impugnación del acuerdo societario por abuso de mayoría–, que podrán hacer valer a través del trámite de impugnación u oposición a la homologación del plan (art. 631.2.5ª PL).

Todas estas medidas son adecuadas para alcanzar el propósito señalado. El modelo descansa sobre un sencillo principio: *la confianza en la regla de la mayoría. El hecho de que la decisión la tomen por mayoría los acreedores afectados, esto es, quienes van a asumir directamente las consecuencias de su decisión, y no un tercero, es el mejor índice de la racionalidad del plan de reestructuración.* Ahora bien, habrá que ver en la práctica si las salvaguardas que establece la Ley resultan suficientes para controlar el *sesgo reorganizativo* en el que suelen incurrir las propuestas de reestructuración que presenta el deudor con un respaldo suficiente de acreedores para lanzar la votación y que puede llevarle a mostrar como valiosa una empresa que ha dejado de serlo. El control que pueden ejercer los acreedores disidentes en este punto, votando en contra del plan o impugnando la homologación, puede verse limitado por las dificultades que plantea la valoración de la empresa objeto de la reestructuración, que es puramente teórica y que está sujeta a un grado considerable de incertidumbre. Esto dificulta que los acreedores disidentes puedan apreciar la viabilidad de la empresa y que puedan bloquear su reestructuración cuando carezca de valor.

Asimismo, está por ver el impacto que pueda tener en la consecución de este propósito la posibilidad que se ofrece al deudor de solicitar la homologación de un nuevo plan transcurrido un año desde la solicitud de la anterior homologación (art. 664 PL). La experiencia comparada pone de manifiesto que la posibilidad de encadenar homologaciones puede permitir mantener artificialmente en el mercado empresas que no son viables, en un fenómeno que se conoce como el “Chapter 22” o “Chapter 33”. Para evitar dicho fenómeno, podría considerarse la posibilidad de introducir en el sistema alguna salvaguardia que permita diferenciar los casos en los que la reestructuración inicial del pasivo resulta insuficiente –*v.gr.*, porque se ha “quedado corta” – y es necesario proceder a una nueva reestructuración de la empresa viable para asegurar su continuidad, de aquellos otros en los que la empresa presenta, en realidad, escasas perspectivas de viabilidad y, por lo tanto, no debería beneficiarse de una nueva reestructuración. Sin embargo, lo cierto es que, hasta el momento, las conclusiones a las que se llegan sobre esta cuestión en la experiencia comparada no son concluyentes.

3. La sustitución del consentimiento individual por la regla de la mayoría y el control de la clases o clases con valor económico

Reestructurar una empresa en probabilidad de insolvencia o insolvente exige reajustar su estructura de capital y, para ello, reconfigurar las relaciones entre el deudor y sus acreedores –p.ej., sustituyendo el crédito actual por uno de vencimiento posterior y a un mayor tipo de interés; capitalizando la deuda, etc.–. Fuera de las situaciones de insolvencia, como regla general, esas modificaciones requieren del consentimiento individual de cada uno de los afectados (art. 1205 CC). Esto les confiere un derecho de veto que expone a los interesados en sacar adelante la reestructuración a la extorsión de aquellos otros que pretenden aumentar su parte del pastel en el reparto a costa de las demás, con el riesgo de que pueda frustrarse la adopción de un plan eficiente (riesgo de *hold-out*).

Para evitar dicha situación, los planes de reestructuración establecen un sistema de *decisión colectiva*, en el que *el consentimiento individual de los acreedores afectados por la reestructuración se sustituye por su aprobación por la mayoría*, que puede arrastrar con su decisión a la minoría disidente dentro de la misma clase o a las demás clases disidentes, de acreedores y socios. De este modo, los afectados ya no podrán vetar injustificadamente la adopción de un plan valioso, esto es, que “ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo” (art. 654.4º PL). A través de la homologación, el juez controla la concurrencia de los requisitos necesarios para extender el plan adoptado por mayoría a los acreedores disidentes dentro de una clase, a las clases de acreedores disidentes y a los socios (art. 635.1 PL)¹.

¹ La homologación judicial también es necesaria en otros dos supuestos. En primer lugar, para proteger la financiación interina y la nueva financiación, así como determinados actos, operaciones o negocios vinculados con el plan, y reconocer a esta financiación preferencia en el cobro en el caso de concurso consecutivo posterior. En efecto, en caso de concurso consecutivo, cuando los créditos afectados representen al menos el 51% del pasivo total, la homologación judicial permite proteger frente a las rescisorias concursales, salvo prueba de fraude de acreedores, la financiación interina, así como la nueva financiación. Asimismo, permite proteger otros dos tipos de actuaciones vinculadas con el plan: (i) los actos u operaciones razonables y necesarios inmediatamente para el éxito de las negociaciones, siempre

Para adoptar un plan de reestructuración, este debe ser aprobado por cada una de las clases en las que se agrupan los intereses afectados (arts. 622 y 638.3º PL)². Dentro de cada una de ellas, el plan ha de aprobarse por mayoría en los términos que se exponen a continuación (arts. 629 y 631.2.4ª PL). Como regla general, el plan se considera aprobado en el seno de las clases de acreedores cuando haya votado a favor más de los 2/3 del importe del pasivo correspondiente a cada una de ellas (art. 629.1 PL). En el caso de los créditos que gozan de garantía real, para entender aprobado el plan dentro de su clase se exige una mayoría más amplia: el voto a favor del plan de los 3/4 del importe del pasivo correspondiente a dicha clase (art. 629.2 PL). Tratándose de un plan “valioso”, -esto es, que “ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo”, en ambos casos, la *homologación judicial permite a la mayoría imponer el plan a la minoría disidente de acreedores dentro de la misma clase* (arrastré horizontal o intra-clase) cuando, satisfechos los requisitos de comunicación, contenido, forma y adopción, *todos los créditos incluidos en la clase sean tratados de manera paritaria* (art. 638.4º PL), y *el voto en contra de los disidentes no se encuentre justificado* (art. 654 PL). Típicamente, esto sucederá cuando la reducción impuesta a los créditos no sea manifiestamente mayor de lo necesario para garantizar la viabilidad de la empresa (*regla de la proporcionalidad*) y, a resultas de la aplicación del plan, los acreedores disidentes no se encuentren en una situación peor que la que tendrían en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva (*regla del mejor interés de los acreedores*) (art. 654.5º y 6º PL). Así las cosas, cuando el plan respete las reglas de trato paritario dentro de la misma clase, proporcionalidad y mejor interés de los acreedores, la minoría disidente de acreedores carecerá de motivos para oponerse al plan o impugnar su homologación y, por lo tanto, el juez se lo puede imponer³.

Si un plan de reestructuración valioso no obtuviera la aprobación de todas las clases de acreedores, puede, sin embargo, ser impuesto a las clases disidentes cuando haya recibido un mínimo respaldo por parte de aquellas clases que previsiblemente deberían recibir valor del patrimonio del deudor y, por lo tanto, tienen algo que perder con la aprobación del plan. Ese mínimo respaldo se concreta en el Proyecto en la

que estén identificados expresamente como tales en el plan, y (ii) los actos, operaciones y negocios razonables e inmediatamente necesarios para la ejecución del plan (arts. 635.3º y 667.1 PL). Cuando el porcentaje afectado sea inferior, tanto la financiación interina y la nueva financiación, como las actuaciones referidas, podrán impugnarse sin que sean de aplicación las presunciones relativas al perjuicio para la masa activa (art. 667.3 PL). Más adelante en este trabajo, examinaremos la asignación a la nueva financiación y a la financiación interina de una preferencia en el cobro en caso de concurso consecutivo. En segundo lugar, la homologación del plan es también necesaria cuando en su contenido contemple la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración (arts. 633.6ª y 635.2º PL). Este supuesto, que no se contemplaba en el Anteproyecto, se añade en el Proyecto de Ley al objeto de poder imponer a la parte afectada la resolución del contrato en interés de la reestructuración, esto es, para “asegurar el buen fin de la reestructuración y evitar el concurso” (argumento ex art. 657 PL).

² Como regla general, la formación de estas clases ha de atender a la existencia de un interés común entre los integrantes de cada clase que pueda determinarse con arreglo a criterios objetivos (art. 623.1 PL). Todos los acreedores cuyos créditos resulten afectados por el plan tienen derecho de voto (art. 628.1 PL).

³ A diferencia de otros requisitos para la homologación del plan aprobado por todas las clases (art. 638 PL), el Proyecto no contempla la regla de paridad entre los motivos de impugnación (art. 654 PL). Sería, sin embargo, conveniente incorporarla de manera expresa a la lista de dichos motivos.

exigencia de que el plan sea aprobado (i) *por una mayoría simple de clases de acreedores que en el concurso hubieran sido clasificados como créditos con privilegio especial o general* o (ii), en su defecto, *por una sola clase de acreedores que tenga algo que perder porque esté “en el dinero”* –esto es, que “de acuerdo con la clasificación de créditos prevista por esta ley puede razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento” (art. 639 I 1º y 2º PL)–. El plan *puede ser impuesto a las clases de acreedores disidentes a través de la homologación judicial* (arrastré vertical o inter-clases), *cuando, satisfechos los requisitos para su aprobación, el voto en contra no se encuentre justificado* (art. 655 PL). Además de en los casos mencionados en el supuesto anterior, típicamente, esto sucederá cuando (i) *la clase disidente no reciba un trato menos favorable que otra clase del mismo rango* y (ii) *se respete la regla de la prioridad absoluta*, lo que significa, por una parte, que ningún acreedor recibe un valor superior al nominal de sus créditos y, por otra, que los acreedores pertenecientes a una clase de rango inferior no reciben valor sin que hayan sido satisfechos los acreedores de las clases de rango superior (arts. 655.1 y 655.2.2º-4º PL). De este modo, el valor que genera la reestructuración, esto es, la diferencia entre el valor de la empresa en funcionamiento y su valor en liquidación concursal, se reparte entre las distintas clases de acreedores de conformidad con el valor *ex ante* de sus créditos, tal y como se refleja en la prelación concursal, y se evita así la redistribución de valor entre las distintas clases. Ahora bien, la última regla puede flexibilizarse cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente (art. 655.3 PL).

En el Proyecto de Ley se ha añadido un nuevo motivo de impugnación relacionado con el crédito público que impide el arrastre intra-clase (por otros créditos públicos) e inter-clases (por otras clases de acreedores): el incumplimiento por parte del deudor de la obligación de encontrarse al corriente de pago de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad social (art. 654.7º PL). De este modo, los créditos públicos disidentes pueden impedir el arrastre por parte de otros créditos públicos o por otras clases de acreedores si acreditan la concurrencia de tal incumplimiento en los trámites de impugnación u oposición a la homologación del plan. En tal caso, no se extenderán los efectos del acuerdo a los créditos públicos disidentes o, en su caso, a la clase disidente de créditos públicos, pero subsistirán frente a los demás (art. 661.1 PL). En cambio, podrá imponérseles un plan cuyo contenido sea conforme a lo dispuesto en el art. 616 bis PL si en el momento de la homologación el deudor se encuentra al corriente de pago de dichas obligaciones. A estos efectos, se exige que a la solicitud de homologación se acompañen los correspondientes certificados emitidos por la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 643 PL).

Los socios constituyen una clase propia en el seno de la cual forman su voluntad de acuerdo con las reglas del contrato de sociedad, al que se incorporan ahora ciertas reglas especiales (art. 631.1 y 2 PL). Con el objeto de facilitar la adopción del plan, no serán de aplicación los quórums y mayorías estatutarias reforzadas necesarios para la adopción de este, así como los relativos a los actos y operaciones que deban llevarse a cabo para su ejecución. Serán, en cambio, de aplicación los quórums y mayorías ordinarios previstos legalmente (art. 631.2.4ª PL). A través de la homologación judicial,

en situación de insolvencia actual o inminente, los acreedores pueden imponer a los socios un plan valioso, esto es, que “ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo” cuando, satisfechos los requisitos de contenido, forma y adopción, el voto en contra de los socios no esté justificado. Esto sucederá típicamente cuando los acreedores no reciban valor por encima del nominal de sus créditos (art. 656.1.5º PL). Sin embargo, no cabe imponer el plan a los socios cuando la sociedad se encuentre en una situación de probabilidad de insolvencia (arts. 640.2 y 656.1.3º PL). En ese caso, el deudor no ha incumplido todavía sus obligaciones y, en la medida en que los socios mantienen la titularidad sobre la sociedad que todavía es solvente, no se les puede imponer un plan en contra de su voluntad.

Algunas de estas reglas se modifican en el caso de *los planes aplicables a las personas naturales, así como a las pequeñas empresas, para los que se ha previsto un régimen especial* (arts. 682 a 684 PL)⁴. En concreto, se introduce como criterio general de reparto la regla de la prioridad relativa, que permite homologar el plan cuando “[...] la clase o clases de acreedores que no lo hayan aprobado reciban un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior” (art. 684.4 PL). Y lo mismo sucede respecto de la aprobación del plan en el marco del procedimiento especial para microempresas (art. 698.6.5.º bis PL)⁵. Asimismo, respecto del régimen especial previsto para el deudor individual y las pequeñas empresas, se dispone que la homologación del plan “[...] sólo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado” (art. 684.2 PL). Esta regla, que tiene todo el sentido en el caso del deudor individual, no se termina de entender completamente en el caso de las personas jurídicas cuando la propuesta haya sido realizada por los acreedores⁶. Supone reconocer a los socios un poder de veto en las negociaciones que no se encuentra justificado cuando la sociedad se encuentra en insolvencia actual o inminente y que puede dar al traste con la reestructuración si no permite a los socios apropiarse de una parte del pastel de la reestructuración que les resulte satisfactoria.

Una vez homologado el plan, este extiende sus efectos sobre todos los acreedores y socios afectados por la reestructuración. Ahora bien, los acreedores disidentes con garantía real podrán realizar la garantía para satisfacer sus derechos de crédito en el

⁴ Se entiende por pequeñas empresas aquellas en las “que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a 49 personas” y “el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los 10 millones de euros”, quedando fuera de esta consideración las sociedades que forman parte de un grupo que tenga la obligación de consolidar (art. 682.1 y 2 PL). Esta definición es consistente con lo dispuesto el artículo 2.2 del Anexo I, de Reglamento (UE) nº 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE.

⁵ La formulación de la regla difiere en un caso y en el otro. En el procedimiento especial para microempresas, se exige de que “[...] los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente”.

⁶ Esta regla, no obstante, viene impuesta por la Directiva, que dispone que “[...]os Estados miembros también podrán establecer que los marcos de reestructuración preventiva establecidos en virtud de la presente Directiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de los deudores. Los Estados miembros podrán limitar ese requisito de obtener el consentimiento del deudor a los casos en que los deudores sean pymes.” (art. 4.8 Directiva 1023/2019).

plazo de un mes desde la publicación del auto de homologación, cuando dentro de esa clase el voto en contra sea mayor que el voto a favor (art. 651.1 PL). De este modo, se respeta el valor *ex ante* de sus créditos y, una vez que han manifestado su voluntad de no participar en la reestructuración, se permite a sus titulares que realicen el bien dado en garantía para satisfacerlos. A salvo queda la posibilidad de que se prevea en el plan el pago en efectivo de la parte del crédito cubierta por la garantía (art. 651.2 PL).

4. La problemática del modelo

Este modelo de adopción del plan, en el que las decisiones se adoptan por mayoría de los afectados y se pueden imponer a los disidentes, se enfrenta básicamente a dos problemas: por una parte, la manipulación de la formación de las clases en las que ha de adoptarse el plan, así como de las mayorías necesarias para ello, y por otra, la incertidumbre que afecta a la valoración de la empresa en insolvencia o en probabilidad de insolvencia, que puede favorecer el desarrollo de estrategias redistributivas o de expropiación de valor entre los distintos grupos de afectados.

4.1. La manipulación de la formación de las clases de intereses afectados y de las mayorías

Para que funcione de manera adecuada este modelo de decisión colectiva basado en la regla de la mayoría es necesario que se formen correctamente las clases de intereses afectados por la reestructuración, dentro de las cuales debe adoptarse el plan (art. 622 PL), y que se asegure la limpieza y transparencia en la decisión relativa a su adopción. Sin embargo, el deudor puede tratar de obtener la aprobación mayoritaria del plan manipulando la formación de las clases en las que este ha de adoptarse –p.ej., reduciendo al mínimo el número de clases para evitar el riesgo de rechazo; colocando a los eventuales acreedores disidentes en una clase donde queden minorizados y puedan ser arrastrados por una mayoría favorable, etc.–. También puede hacerlo incentivando la adopción del plan dentro de las clases, ofreciendo una prima a quienes voten a favor –p.ej., asignando una participación mayor en el valor que genere la reestructuración–.

El Proyecto introduce una serie de salvaguardias tendentes a evitar dichas maniobras. En primer lugar, impone la formación de un mínimo de clases y exige que, al menos, se separen en clases distintas los acreedores con garantía real de los no garantizados (arts. 623 y 624 PL). En segundo lugar, exige que sólo se agrupen en la misma clase los acreedores que presenten un interés común determinado con arreglo a criterios objetivos. Se presume que existe dicha comunidad de interés entre los acreedores que tienen el mismo rango de acuerdo con el orden de prelación concursal (art. 623.1 y 2 PL). Ahora bien, ello no impide que estos acreedores puedan separarse en clases distintas si sus créditos responden a intereses distintos (p.ej., acreedores financieros, proveedores, etc.), o si existe conflicto de interés (art. 623.3 PL). En tercer lugar, se contempla la posibilidad de someter la formación de clases a un control judicial previo a la adopción del plan (arts. 625-626 PL) y, en cuarto lugar, se impide la homologación de aquellos planes en los que no se trate de manera paritaria a los acreedores dentro de la misma clase (art. 638.4º PL) y se reserve valor en beneficio de unos y en perjuicio de otros. Tratándose de titulares de derechos homogéneos –pues, como se ha indicado, tienen el mismo rango concursal y presentan una comunidad de

interés—, la introducción de diferencias de trato entre ellos respecto del reparto de valor que genera la reestructuración no está justificada.

Estas salvaguardias son, en principio, adecuadas para evitar que se manipule el proceso de adopción del plan, pero habrá que ver si, en la práctica, resultan suficientes para evitar dichas maniobras. Quedan, en cambio, por abordar los problemas que pueden suscitarse cuando un mismo acreedor es titular de dos posiciones diferentes — como acreedor o como socio y como acreedor— y su interés respecto de una de ellas condiciona su voto en la otra. Un problema similar es el que plantea la concurrencia en un acreedor de otro tipo de intereses externos que pueden condicionar su voto —p.ej., porque se trate de un competidor al que le interesa votar en contra del plan para que no salga adelante la reestructuración y eliminar así a un rival—. En el Proyecto, se parte de la posibilidad de separar a los acreedores conflictuados —p.ej., un acreedor que es a la vez titular de un crédito ordinario y de un crédito con garantía real— en una clase distinta de aquella en la que en principio deberían quedar integrados para que sus intereses particulares no contaminen la formación de la voluntad en el seno de dicha clase —p.ej., respecto de su crédito ordinario, en una clase separada de la correspondiente al resto de los acreedores ordinarios— (art. 623.3 PL). La concurrencia de esos intereses particulares en alguno de los acreedores pone de manifiesto la falta de comunidad de interés con los demás. Su voto en esa clase separada tampoco debería distorsionar la adopción o rechazo del plan, pues, si se sumara al voto favorable del resto de las clases, en principio, no habría razones para desconfiar de su aprobación y, si se opusiera injustificadamente, esa clase separada podría ser arrastrada si se cumplen los requisitos para ello y, particularmente, la regla de la prioridad absoluta⁷. En otros ordenamientos se opta por una solución alternativa para esta cuestión: como regla general, los acreedores afectados votan en las clases que les correspondan para hacer valer sus intereses como acreedores, pero el juez podrá no tomar en consideración los votos emitidos que estén condicionados por intereses “colaterales” o particulares de los acreedores ajenos a la tutela de sus derechos de crédito y que son contrarios al deudor o a otros acreedores.

4.2. La incertidumbre en la valoración y el riesgo de expropiación

Como hemos anticipado (v. *supra* II.3), el arrastre de las clases disidentes de acreedores y socios (arrastre inter clases o vertical) exige, con carácter general, que se *respete la regla de la prioridad absoluta*, lo que significa, por una parte, que ningún acreedor reciba un valor superior al nominal de sus créditos y, por otra, que los acreedores pertenecientes a una clase de rango inferior y los socios no reciban valor sin que hayan sido satisfechos los acreedores de las clases de rango superior (arts. 655.2.2º y 4º PL). La aplicación de esta regla obliga a llevar a cabo una *valoración de la empresa objeto de la reestructuración*. Ahora bien, esta valoración, que es puramente teórica, se encuentra sujeta a un importante grado de incertidumbre, así como a una considerable varianza, como consecuencia de las muy dispares valoraciones que presentan al juez las clases en conflicto —v.gr., las que han votado a favor del plan y las disidentes—. Todo ello dificulta la aplicación de la regla, sobre todo si, además, tenemos en cuenta que, por lo

⁷ Para un análisis detallado de la cuestión, v. A. Garcimartín/A. They, “Conflictos de interés y acuerdos de refinanciación”, <https://almacenderecho.org/conflictos-de-interes-y-acuerdos-de-refinanciacion>.

general, los jueces carecen de la *expertise* necesaria para establecer cuál es el valor de la empresa objeto de la reestructuración. Cabe, entonces, esperar que, confrontado con valoraciones muy dispares, el juez opte por fijar el valor de aquella en un punto intermedio entre los presentados por las partes en conflicto.

Sin embargo, esta solución es problemática y puede llevar a homologar un plan que asigne valor en la reestructuración a clases que, en realidad, se encuentran “fuera del dinero”, permitiendo así que los socios o una determinada clase de acreedores, se apropien de valor a costa de otras clases. Pero también puede dejar fuera del reparto del valor que genera la reestructuración a clases que están “dentro del dinero”, permitiendo a una determinada clase de acreedores apropiarse de más valor del que le correspondería en atención al nominal de sus derechos de crédito. Todo ello favorece el desarrollo de estrategias redistributivas o de expropiación por parte de los distintos grupos afectados por la reestructuración, que distorsionan el reparto del excedente que genera esta y que pueden tener un impacto negativo en las posibilidades de obtener financiación por parte de las empresas.

Para evitar esta situación, quizás podría ser de utilidad que, junto con el papel que juega el experto encargado de la reestructuración, el juez pudiese designar de oficio a un *perito externo* que le ayudase a determinar de manera imparcial cuál es el valor de la empresa a los efectos de proceder al arrastre de clases a la luz de la regla de la prioridad absoluta. Esto requeriría una modificación de la legislación procesal civil (art. 435.2 LEC), a los efectos de permitir al juez adoptar las diligencias finales que le permitieran acordar de oficio la práctica de esta prueba. Ahora bien, esta medida tiene el inconveniente de que puede generar costes en términos de gastos profesionales y de tiempo que son, justamente, los que se tratan de reducir en el modelo consagrado en la Directiva y en el Proyecto (v. *supra* I).

En cualquier caso, el modelo contemplado en el Proyecto deja margen para que el deudor y los acreedores establezcan en el plan un sistema de opciones que facilite el reparto del valor que genera la reestructuración entre las clases afectadas y que puede contribuir a reducir los problemas de incertidumbre en la valoración antes señalados. En efecto, en el plan pueden asignarse opciones a aquellas clases que, en el momento de su adopción, no quedan cubiertas por el valor existente en la sociedad -p.ej., acreedores junior o socios- y que, por lo tanto, se encuentran “fuera del dinero”, pero que, en caso de que la reestructuración salga adelante, pueden estar dentro. Cuando la reestructuración aumenta suficientemente el valor de la sociedad, las opciones otorgan a dichos acreedores o socios la posibilidad de participar en el excedente de valor que esta genera, pagando el valor de los créditos de las clases de rango superior y haciéndose con el control de la sociedad reestructurada.

5. Otras observaciones

La regulación de los planes de reestructuración suscita otras dudas que tienen que ver con (i) la inexistencia de acciones rescisorias, y (ii) el régimen de la nueva financiación.

Aunque el deudor puede llegar a la reestructuración en situación de insolvencia, el Proyecto no contempla la posibilidad de ejercitar *acciones rescisorias* que permitan corregir *las salidas de valor del patrimonio del deudor de carácter redistributivo* que se hayan producido en un momento anterior a la reestructuración. Así, no es infrecuente que, en el periodo previo a la reestructuración, se celebren, por ejemplo, contratos con directivos que contemplen elevadas remuneraciones e indemnizaciones, que pueda acordarse la distribución de dividendos con cargo a la financiación obtenida o que puedan producirse salidas injustificadas de caja. El Proyecto limita la posibilidad de ejercitar las acciones revocatorias contra los actos perjudiciales contra la masa realizados en los dos años anteriores a la fecha de comunicación de la existencia de negociaciones a los casos en los que, habiendo comunicado el deudor el inicio de dichas negociaciones, se cumplan dos requisitos: primero, que en el plazo de un año desde la finalización de los efectos de la comunicación o de sus prórrogas se hubiera abierto un concurso y, segundo, que en el marco de dichas negociaciones no se hubiera alcanzado un plan o este no se hubiera homologado (art. 226.2 PL). De este modo, en el marco de los planes de reestructuración, la posibilidad de atacar las transacciones redistributivas a favor de ciertos acreedores o de los socios que hubieran podido producirse en el periodo inmediatamente anterior a la negociación y adopción del plan queda, en principio, reducida al ejercicio de la acción rescisoria general o acción pauliana (art. 1291.3 CC), con las mayores dificultades que, como es sabido, plantea su ejercicio, particularmente, en lo que se refiere a la necesidad de acreditar la concurrencia de fraude.

Es posible que la previsión de un sistema de acciones rescisorias no termine de encajar en un modelo privatizado del tratamiento de la crisis empresarial, que favorece la reordenación de la estructura de pasivo del deudor a través de la adopción espontánea de acuerdos entre este y un grupo de acreedores y que, a diferencia de los procedimientos concursales tradicionales, no tiene como aspiración recomponer el patrimonio del deudor para distribuirlo entre aquellos. Ahora bien, no debe descartarse la posibilidad de recurrir, además de a la acción rescisoria general, a *otros instrumentos* que permitan neutralizar por otras vías este tipo de conductas redistributivas (p.ej., el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores que propusieron las medidas; la impugnación de acuerdos sociales por terceros que cuenten con un interés legítimo, etc.).

El *régimen de la nueva financiación* asigna a los acreedores que conceden financiación en el marco de un plan de reestructuración homologado judicialmente y que afecta al menos a un 51% del pasivo total una importante preferencia en el cobro: por una parte, la consideración de *crédito contra la masa por el 50% del valor de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación en caso de concurso consecutivo* (art. 242.1.18º PL), y por otra, el reconocimiento de un *privilegio general* por el otro 50% de tales créditos en dicho procedimiento (art. 280.6 PL). Con este tratamiento, se pretende incentivar la concesión de la financiación necesaria para sacar adelante los planes de reestructuración. Sin embargo, este incentivo suscita algunas dudas. En primer lugar, existiendo proveedores de financiación "*distressed*" cada vez más sofisticados, habría que valorar si, en el marco de una reestructuración, estos financiadores no podrían negociar con el deudor y los acreedores las garantías

precisas para obtener la financiación que aquella requiere. En segundo lugar, estas preferencias se limitan a los acreedores financieros, cuando, sin embargo, hay acreedores no financieros que también conceden financiación para sacar adelante la reestructuración y no reciben ningún tratamiento preferente por ello –p.ej., los proveedores que conceden (más) plazo para satisfacer sus suministros–. Y, en tercer lugar, estas preferencias suelen beneficiar a los acreedores que han concedido financiación al deudor anteriormente. Estos son, por lo general, los que tienen más incentivos para volver a financiarlo al objeto de sacar adelante una reestructuración que permita satisfacer sus créditos, o los que poseen más información acerca del valor de la empresa y están en mejor disposición para hacerlo. Además, pueden utilizar estas preferencias para mejorar el tratamiento de sus créditos anteriores a la reestructuración –p.ej., los fondos recibidos se destinan en una parte a pagar la financiación anterior, mientras que el resto se destina al cumplimiento del plan y, a cambio, en caso de concurso posterior, toda la nueva financiación tendrá la consideración de crédito prededucible (50%) y de privilegiado (50%)–. De ahí la necesidad de reflexionar más detenidamente acerca de la conveniencia de asignar esta preferencia que beneficia tan sólo a algunos de los acreedores que financian la reestructuración y que no viene impuesta por la Directiva (art. 17.4).

III. El procedimiento especial para las microempresas

El Proyecto establece un procedimiento especial para las microempresas, esto es, aquellas que “[hayan] empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores” y “ten[gan] 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” (art. 685.1 PL)⁸. Su objetivo es proporcionar una respuesta rápida y poco costosa a las situaciones de insolvencia y probabilidad de insolvencia de este tipo de deudores, que suelen hacer frente a estas situaciones al margen de los procedimientos concursales tradicionales –v.gr., “echando el cierre”–, los cuales resultan demasiado costosos para ellos⁹. Se ofrece, así, un procedimiento simplificado que puede tramitarse como un procedimiento de continuación (arts. 697-704 PL), o de liquidación (arts. 705-720 PL). Sin embargo, la regulación del plan de continuación resulta demasiado compleja para el objetivo perseguido y un tanto confusa en su redacción. Además, coincide en parte con la regulación de los planes de reestructuración del Libro II que resulta de aplicación supletoria (art. 689 PL). Por ello, sería conveniente revisar el modelo y *reducir el*

⁸ La caracterización de estas empresas que lleva a cabo el PL es consistente con la definición de “microempresa” que incorpora el artículo 2.3 del Anexo I, del Reglamento (UE) nº 651/2014.

⁹ Respecto de este procedimiento, en la Exposición de motivos del Proyecto se señala lo siguiente: “A su vez, la Ley reforma el procedimiento concursal para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea. En el diseño de estos procedimientos se ha prestado especial atención a las microempresas, que constituyen en torno al 94% de las empresas españolas, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han tenido un uso escaso y el concurso tiene unos elevados costes fijos que detraen los escasos recursos disponibles para los acreedores. Por ello, la Ley introduce un procedimiento de insolvencia único y especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizado por una simplificación procesal máxima”.

procedimiento especial de las microempresas a un procedimiento de liquidación que permita una enajenación rápida, ordenada e indolora de los pocos activos que, generalmente, integran el patrimonio de estos deudores. El régimen del plan de continuación debería, entonces, reducirse a algunas reglas especiales aplicables a las microempresas que habrían de incluirse en el Libro II, de manera análoga a lo que ya ocurre con las pequeñas empresas (arts. 682 a 684 PL).

Con ánimo de facilitar la tramitación de este procedimiento especial, se contempla la puesta a disposición del deudor y de los acreedores o de los socios personalmente responsables de un *formulario normalizado* que les servirá para solicitar la apertura, *la cual se presentará y tramitará de manera electrónica* (arts. 691 y 691 ter PL). También se realizarán mediante formulario normalizado otras solicitudes vinculadas al plan de continuación o al procedimiento de liquidación –p.ej., la solicitud de declaración de incumplimiento del plan de continuación (art. 699 ter PL); la solicitud de suspensión de las ejecuciones (art. 701 PL), etc.–. Asimismo, se imponen *plazos muy breves de decisión* que suponen una importante implicación de los letrados de la administración de justicia. Y al objeto de reducir los costes de las operaciones de liquidación y aumentar su transparencia, se prevé que la venta de activos individualizados se lleve a cabo a través de una *plataforma electrónica* que habrá de implementarse a tales efectos (art. 708.3 PL).

Todas estas medidas resultan adecuadas para alcanzar el objetivo señalado de hacer posible una liquidación rápida, ordenada e indolora de las microempresas. Ahora bien, su eficacia queda condicionada a la disponibilidad de los formularios, al buen funcionamiento de los medios técnicos que permitan la tramitación electrónica de las solicitudes y de la plataforma que debe habilitarse para liquidar los bienes del deudor, así como de la dotación de medios humanos suficientes para cumplir los breves plazos establecidos para la tramitación del procedimiento.

Por último, puede ser pertinente hacer algún comentario sobre lo que ha resultado el aspecto más polémico del procedimiento especial para las microempresas introducido por el legislador español. El Proyecto no exige el nombramiento de un administrador concursal, ni la personación del deudor con abogado y procurador, salvo que lo requieran los interesados (p.ej., art. 695.3 PL). Teniendo en cuenta el coste que la intervención de estos profesionales supone y el ínfimo valor de los activos libres de cargas que existen en estos procedimientos, esa opción resulta razonable. Además, deja en manos de los acreedores y del deudor la posibilidad de solicitar el nombramiento de un administrador concursal o de recurrir a los servicios de un abogado cuando realmente sea de su interés. Ahora bien, al objeto de reducir los costes de gestión del procedimiento sería conveniente realizar un considerable esfuerzo de simplificación.

IV. La reducción de los costes del concurso y la exoneración del pasivo insatisfecho

Con el ánimo de reducir los costes de los procedimientos concursales tradicionales y aumentar su eficiencia, el Proyecto (i) introduce algunas modificaciones en la regulación del concurso, entre las que merece especial mención el “prepack” concursal

y (ii) reconfigura la regulación del BEPI. Asimismo, (iii) aprovecha para corregir un aspecto concreto del régimen de los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución.

1. El “prepack” concursal

Entre las modificaciones en la regulación del concurso de acreedores, probablemente la más significativa sea la introducción de la posibilidad de presentar *una solicitud de concurso, acompañada de una propuesta vinculante para adquirir una o varias unidades productivas presentada por un tercero o por un acreedor* –lo que se conoce como el “prepack” concursal” (art. 224 bis PL)–. Esta merece, en principio, una valoración positiva, en tanto que hace posible una rápida enajenación de las unidades productivas valiosas de la empresa y permite, asimismo, que estas sigan generando valor en manos de terceros, que se ocuparán de su reorganización. El principal reto que plantean estas ventas –como sucede con cualquier otra venta forzosa– es evitar que se lleven a cabo con descuentos excesivos que permitan a los adquirentes quedarse con estos activos valiosos a precio de saldo o que se utilicen abusivamente por el deudor como mecanismo para librarse del pago de sus créditos y volver libre de deuda al mercado. No obstante, las salvaguardas que prevé el Proyecto parecen suficientes para conjurar estos riesgos.

2. La nueva regulación del BEPI

El Proyecto hace uso de la habilitación que contiene la Directiva (art. 1.4) para que los Estados miembros extiendan la regulación del BEPI a las personas naturales no empresarios y la aplica también a estos (art. 486 PL). La limitación del alcance de la Directiva en este punto es consecuencia del ámbito competencial de la UE, que se reduce a “[...] contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación”¹⁰. Consciente, sin embargo, del valor de esta herramienta, la Directiva habilita a los Estados miembros a extender esa regulación fuera del ámbito de la actividad empresarial (arts. 486-502 PL).

El objetivo principal del BEPI es minimizar el impacto del concurso sobre la capacidad de los individuos de continuar siendo productivos y generar valor para la sociedad. Dejando las ganancias futuras de los deudores fuera del poder de agresión de los acreedores concursales, se pretende evitar que, tras el concurso, estos abandonen el desarrollo de proyectos o actividades valiosas o caigan en la tentación de adentrarse en la economía sumergida. Siendo esto así, y sin perjuicio del estudio más detallado que se hace del BEPI en el siguiente trabajo, llama la atención el reducido compromiso de los acreedores públicos con estos objetivos. En efecto, sólo se contempla *una limitadísima exoneración del crédito público* (art. 489.1.5º PL: mil euros de deuda tributaria y otros mil de deudas con la Seguridad Social). Al margen de los problemas de compatibilidad con la Directiva europea, no es fácil encontrar una justificación a tal limitación, ni al consiguiente “privilegio” que ello supone. Su condición de créditos forzosos que sirven al interés general no basta para excluirlos de la exoneración. Por una parte, los titulares

¹⁰ Considerando 1.

de estos créditos públicos y, en particular, la Hacienda Pública, tienen una notable capacidad de diversificar *su riesgo entre la población de contribuyentes* que le permite compensar los riesgos “malos” con los “buenos”. Esto explica que la exoneración del pasivo de un contribuyente -aunque sea importante- tenga un menor impacto para la Hacienda Pública que la exoneración de un pequeño fabricante para sus principales proveedores, cuya capacidad de diversificación es mucho más limitada. Por otra parte, la protección que se concede a los créditos públicos frente a la exoneración del pasivo insatisfecho favorece los comportamientos egoístas por parte de sus titulares, al privarles de incentivos para señalar cuanto antes la existencia de una situación de deterioro patrimonial y, por lo tanto, para hacerle frente lo antes posible en beneficio del conjunto de los acreedores.

3. Una observación a propósito de los contratos pendientes de ejecución

Por último, cabe realizar alguna observación particular respecto del régimen de los *contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución*, que sufre algún ajuste en el Proyecto. En efecto, conforme a la modificación introducida en el art. 165.3 TRLC, se configuran como créditos concursales los resultantes del ejercicio de la resolución en interés del concurso. Esta modificación está plenamente justificada, pues se trata de créditos que tienen su origen en una relación jurídica establecida antes de la declaración de concurso. No había, pues, razones para otorgarles un mejor trato y, además, se venía entendiendo que dificultaba la desvinculación de aquellos contratos que habían dejado de tener interés.

Los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución son activos que forman parte del patrimonio del deudor y pueden resultar particularmente valiosos para la reestructuración. De ahí que se impida su resolución por el sólo motivo de la apertura del concurso o de la comunicación de negociaciones (arts. 156 y 598 PL). Pero, más allá de esto, el sometimiento de estos contratos a un régimen especial se explica por la situación en la que se encuentran cuando ninguna de las partes ha cumplido íntegramente lo que debe. Tratándose de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, la parte *in bonis* está legitimada para oponer al deudor la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de cumplimiento por parte de este. Esta respuesta coloca al deudor –o en su caso, a la administración concursal– en la necesidad de tener que adoptar una decisión acerca del contrato: o bien asume su cumplimiento con cargo al concurso para poder exigir a la parte *in bonis* el cumplimiento de lo que debe, o bien opta por no cumplir, en cuyo caso la parte *in bonis* podrá desvincularse del contrato y comunicar al concurso su crédito por los daños derivados del mismo.

Esta posibilidad de no cumplir el contrato cuando esto sea de interés para el concurso se ha recharacterizado en algunos sistemas concursales como el reconocimiento al deudor, o en su caso, a la administración concursal, de la facultad de solicitar al juez del concurso la resolución de los contratos pendientes de ejecución en interés del concurso (v. art. 165 TRLC), que en todo caso ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC). Asimismo, para evitar que se prolongue indefinidamente la situación de pendencia mientras el deudor decide si asume o no el

cumplimiento del contrato, en algunos ordenamientos se reconoce a la parte *in bonis* la facultad de requerir al deudor que se pronuncie sobre el cumplimiento del contrato, lo cual deberá hacer, entonces, de manera inmediata (v. § 103.2 InsO).

Quizás hubiera sido de interés aprovechar la modificación introducida en el art. 165 TRLC, para incorporar una regla parecida a la que acabamos de exponer que permita limitar a un tiempo razonable la facultad de la que dispone el deudor de solicitar la resolución del contrato en interés del concurso, o que se hubiera reflejado de manera expresa en la norma la propuesta realizada por la doctrina de entender que el “plazo razonable” para el ejercicio de esa facultad no puede exceder el plazo de la remisión del informe de la administración concursal¹¹.

V. Conclusiones

En lo que se refiere a los planes de reestructuración general, puede decirse que el Proyecto lleva a cabo una transposición adecuada de la Directiva, mantiene las bondades del régimen hasta ahora vigente y ofrece un sistema equilibrado de pesos y contrapesos para asegurar el funcionamiento razonable de este mecanismo de decisión colectiva con un mínimo de intervención judicial. Es cierto que la redacción de algunos artículos resulta ambigua o, incluso, lacunosa y puede mejorarse. Así, sucede, por ejemplo, con la necesidad de nombrar un experto en la reestructuración cuando se vaya a arrastrar a éstos. Y, de nuevo, parece oportuno señalar que las restricciones tan significativas que se establecen en cuanto a la extensión sobre el crédito público de los efectos de la comunicación (art. 605 PL) y a su afectación por los planes de reestructuración (arts. 616 y 616 bis PL) resultan difícilmente compatibles con la normativa europea y teóricamente discutibles, ello sin perjuicio de que dicha inclusión deba acompañarse de ciertas especialidades, que ya tuvimos ocasión de señalar en otro lugar.

En cuanto al procedimiento especial previsto para las microempresas, requiere de una buena dosis de simplificación que facilite su aplicación, particularmente si se pretende que el deudor pueda prescindir de la asistencia de abogado y procurador y que no sea preciso el nombramiento de un administrador concursal para la gestión del procedimiento. Su buen funcionamiento dependerá, en última instancia, de la adecuada dotación de los medios humanos y técnicos a los que se hace referencia en el Proyecto.

Por fin, el resto de las modificaciones introducidas en el procedimiento concursal son adecuadas para alcanzar los objetivos contemplados en la Directiva. No obstante, en el caso del BEPI, el limitado alcance de la exoneración, -particularmente, en relación con el crédito público-, resulta muy cuestionable.

¹¹ A. Martínez Flórez, “Comentario del artículo 61 LC”, en A. Rojo/E. Beltrán (dirs), *Comentario de la Ley concursal*, t. I, Civitas, Madrid, pp. 1150-1151.

NOTAS SOBRE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

José María Fernández Seijo (Juez del juzgado mercantil no. 11 de Barcelona)

1. El Boletín Oficial de las Cortes Generales publicó el 14 de enero de 2022 el proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Este proyecto tiene como objeto principal transponer al derecho español la Directiva europea 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas.
2. Uno de los objetivos principales del proyecto es, por tanto, la incorporación al derecho interno de las disposiciones sobre la segunda oportunidad. En este punto, la propuesta del Gobierno consolida las reformas anteriores (2013 y 2015) que determinaron la incorporación a la normativa concursal del beneficio de exoneración tanto a empresarios como a no empresarios.
3. El proyecto presentado introduce cambios muy importantes tanto en aspectos materiales del beneficio de exoneración como en la tramitación de estas peticiones hecha iniciado el concurso. La propuesta tiene como objetivo fundamental precisar el concepto de deudor de buena fe y los requisitos que debe satisfacer dicho deudor para que tenga esta consideración, establecer una relación más precisa de créditos exonerables y no exonerables, solventar los problemas prácticos que había planteado la tramitación del beneficio con la normativa anterior y ajustar por la vía legislativa la interpretación de algunas normas que había dado lugar a conflicto en los tribunales, especialmente en materia de exoneración del crédito público.
4. Antes de entrar a analizar las líneas fundamentales de la reforma, de fijar las luces y las sombras del modelo elegido por el legislador, es conveniente poner en relación el proyecto con la Directiva que se debe incorporar al derecho interno a lo largo del primer semestre de 2022. Con tal fin, deben hacerse tres advertencias principales:
 - 4.1. La Directiva se aplica única y exclusivamente para aquellas personas físicas que tengan la consideración de empresario o de profesional. La norma europea recomienda que se extiendan las reformas a las personas físicas insolventes que no tengan la condición de empresarios, especialmente a los consumidores, pero deja que sea cada uno de los Estados el que fije, en su régimen interno, el alcance y extensión de la exoneración a los no empresarios. Por lo tanto, las decisiones que pudiera tomar el legislador español sobre personas físicas que no tengan la condición de empresarios es una cuestión de derecho interno, no de derecho comunitario. Eso supone que no se podrán elevar cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de la Unión Europea respecto de este desarrollo normativo.
 - 4.2. Aunque los considerandos iniciales de la Directiva hacen referencia a la necesidad de imponer un régimen de exoneración definitiva de todas las deudas empresariales, modulable en función de la naturaleza de las deudas y del comportamiento del deudor, lo cierto es que al examinar el artículo 23 de la Norma se comprueba que esa pretendida amplitud tiene excepciones que

permiten no sólo restringir el acceso a la exoneración, sino también establecer que determinados créditos no son exonerables.

- 4.3. El artículo 23 de la Directiva al hacer referencia a los créditos que no serían exonerables en ningún caso no incluye el crédito público, pero debe tenerse en cuenta que la relación de créditos no exonerables se hace a título meramente indicativo, por lo que cabría que cada uno de los estados ampliara la relación de créditos no exonerables. En este punto la traducción de la Directiva al español deja abiertas algunas dudas que se despejan al contrastarla con la traducción a otras lenguas (inglés y francés, principalmente).
5. El esfuerzo que hace el legislador español por aclarar y simplificar el régimen material del beneficio de exoneración es, en líneas generales, muy positivo ya que despeja las dudas que hasta la fecha habían lastrado la normal incorporación de esta institución al ordenamiento jurídico interno, dudas que hacían que el número de procedimientos de exoneración fuera sensiblemente inferior al de otros países del entorno europeo (especialmente Francia y Alemania).
 - 5.1. En este esfuerzo de simplificación, es especialmente destacable la modificación propuesta de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que las insolvencias se tramiten exclusivamente por los juzgados mercantiles, sin la distinción artificial entre empresarios y no empresarios.
6. El modelo por el que opta el Gobierno en su proyecto se coloca dentro del fragmento más restrictivo que pudiera derivarse de la Directiva. El proyecto amplía significativamente la relación de requisitos para apreciar la buena fe del deudor, limitando con ello el número de personas insolventes que podrían aspirar a la exoneración, y amplía, también significativamente, la relación de créditos que no podrán exonerarse en ningún caso, incluyendo entre ellos los créditos públicos, sea cual sea su naturaleza y clasificación dentro del concurso.
 - 6.1. La exposición de motivos del proyecto justifica sobradamente las razones que llevan al poder ejecutivo a proponer un concepto más restringido de deudor de buena fe.
 - 6.2. Ese modelo más restrictivo, amparado en el amplio abanico de posibilidades que abre el artículo 23 de la Directiva, tendrá unas consecuencias evidentes en la efectividad del sistema porque se reducirá el porcentaje de insolventes que puedan acceder a la segunda oportunidad, y porque se ampliará el listado de créditos no exonerables que, además, serán de ejecución inmediata una vez concluido el concurso.
 - 6.3. El modelo elegido por el Gobierno no sólo tendrá incidencia en los consumidores y no empresarios, sino que también tendrá repercusión en la reestructuración y recuperación de pequeñas y medianas empresas ya que los planes de reestructuración de pymes y micropymes pueden quedar comprometidos si no se habilita un cauce flexible para que los empresarios que avalan o garantizan personalmente muchos de los créditos de las sociedades puedan aspirar a una exoneración razonable de su deuda.
 - 6.4. La advertencia anterior es especialmente trascendente en el supuesto de emprendedores y autónomos que realizan actividades empresariales sin constituir sociedades de capital con responsabilidad independiente.

- 6.5. El modelo elegido por el Gobierno puede disciplinar el funcionamiento del mercado a medio o largo plazo en la medida en la que el mensaje que manda al tejido empresarial es que aquellos pequeños empresarios que sean diligentes y que no se apalanquen acumulando mucha deuda pública estarán en mejor situación para conseguir la exoneración de una parte importante de sus deudas (especialmente con entidades financieras de todo tipo y con proveedores), pero deja fuera de la exoneración a un número muy elevado de pequeños y medianos empresarios que actualmente acumulan un porcentaje muy elevado de deuda pública en su pasivo.
7. El proyecto de ley mantiene formalmente los artículos que regulaban el beneficio de exoneración en el Texto Refundido (artículo 486 a 505 del TRLC), pero modifican sustancialmente el régimen material y procesal.
8. Desde un punto de vista material, es cierto que se cambia de perspectiva al presumir que en todo caso el deudor es de buena fe, trasladando a los acreedores la carga de acreditar que no concurren los requisitos para apreciar esa buena fe; pero este cambio de perspectiva tiene poca utilidad práctica ya que indica que el juez en todo caso debe controlar de oficio que el deudor cumple con los requisitos de la buena fe, por lo que se fiscalizará la obtención del beneficio incluso si no hay una oposición formal de los acreedores.
- 8.1. Dentro de los supuestos que permiten considerar que el deudor no es de buena fe se ha criticado especialmente la inclusión de aquellos deudores que hayan sido objeto de sanciones administrativas por infracción o derivación de responsabilidad. Tampoco será deudor de buena fe quien hubiera sido declarado persona afectada por la declaración de culpabilidad en otro concurso.
- 8.2. Se incorporan pautas para valorar el comportamiento temerario del deudor o de los acreedores en la contracción de las deudas, lo que abre las puertas a sistemas de evaluación del llamado "*acceso al crédito responsable*".
- 8.3. Se amplía la relación de créditos no exonerables, incluyendo todas las deudas públicas, lo que afecta a las sanciones, intereses, recargos y derivaciones de responsabilidad; deudas que concursualmente podían subordinarse y, con ello, subordinarse.

Es cierto que en el proyecto final se incluye la posibilidad de exoneración parcial de deuda pública (1.000 euros para deuda tributaria y otros 1.000 euros para las deudas de Seguridad Social), pero esa exoneración parcial limita significativamente las posibilidades de exoneración para empresarios y administradores sociales ya que el umbral de exoneración no es significativo.

9. En lo que se refiere a las modificaciones procesales es también trascendente. Se deroga por completo el régimen de intento previo de acuerdo extrajudicial de pagos, que no había dado los resultados previstos por el legislador. En consonancia con la desaparición del acuerdo extrajudicial, desaparece en la práctica la mediación concursal, reducida a una vía residual, la de habilitar un trámite de mediación voluntario una vez declarado el concurso.
- 9.1. Como régimen general, el deudor podrá solicitar la exoneración una vez haya liquidado en el concurso todo su patrimonio embargable. En estos casos la

exoneración es definitiva, pero sólo del crédito exonerable, es decir, los acreedores que dispongan de un crédito no exonerable podrán iniciar o reanudar sus reclamaciones o ejecuciones una vez concluido el concurso. Por lo tanto, en muchos casos persistirá la situación de insolvencia del deudor, que, en función de la composición de su pasivo, seguirá teniendo serios problemas para pagar el crédito no exonerable.

9.2. Como régimen especial, el proyecto permite que el deudor evite la liquidación de su patrimonio si solicita expresamente someterse a un plan de pagos. Mantiene así su patrimonio, evitando la ejecución del mismo. El plan de pagos responde a las siguientes pautas:

- Tendrá una duración máxima de 3 años, ampliable a 5 años si el deudor quiere mantener la propiedad de su vivienda habitual.
- Recogerá el modo, cantidad y periodicidad en el pago de los créditos exonerables, que no podrán ejecutarse o reclamarse fuera del plan de pagos.
- Conforme a lo anterior, los acreedores con créditos no exonerables tendrán la posibilidad de iniciar o reanudar sus reclamaciones, con la única particularidad de que será el juez concursal quien sea competente para esas reclamaciones y ejecuciones.
- Los acreedores de créditos exonerables que pudieran ver comprometida su solvencia como consecuencia de la exoneración tendrán la posibilidad de oponerse a la misma.
- El plan de pagos del deudor podrá modularse a lo largo de su vigencia en función de las modificaciones patrimoniales del deudor.
- Cumplido el plan de pagos, el deudor podrá aspirar a la exoneración definitiva del crédito exonerable si acredita haber hecho un esfuerzo razonable de pago, pero en ningún caso podrá aspirar a la exoneración del crédito no exonerable.

10. En conclusión, el legislador español opta por el régimen más restrictivo de exoneración del pasivo de los previstos por la Directiva comunitaria, Directiva que deja un margen amplio a los Estados miembros para modular algunos efectos. Diseña un sistema más claro, más eficaz, pero deja fuera de la posibilidad de exonerar el pasivo insatisfecho a empresarios cuya deuda se integre principalmente por créditos públicos o por créditos originados como consecuencia de un concurso anterior. Este modelo tan severo sin duda tendrá el objetivo de poder disciplinar las actuaciones de pequeños y medianos empresarios que han mantenido su actividad gracias a incumplimientos con los acreedores públicos, pero incide a corto plazo en las expectativas reales de refinanciación o de reestructuración de pequeñas y medianas empresas, que son las que conforman la parte principal del tejido empresarial del país.

**NOTAS SOBRE TRANSMISIÓN DE BIENES AFECTOS, TRATAMIENTO REGISTRAL DEL
PLAN DE REESTRUCTURACIÓN Y POSICIÓN DEL CRÉDITO PÚBLICO EN EL
PRECONCURSO**

Álvaro José Martín Martín (registrador mercantil)

1. Venta directa, dación o adjudicación en pago de bienes afectos

El Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal no regula con suficiente claridad el régimen de transmisión mediante enajenación directa, incluyendo la dación o adjudicación en pago, de activos concursales afectos a privilegio especial, una vez se abre la fase de liquidación en el concurso ordinario o, tratándose del procedimiento especial de liquidación para microempresas del libro tercero, una vez se aprueba el plan de liquidación. De acuerdo con el proyecto, en el concurso ordinario desaparece el plan de liquidación rigiéndose ésta por las reglas especiales que acuerde el juez (art. 415.1 PL) o, en su defecto, por las denominadas reglas generales supletorias (art. 421 PL). En el concurso de microempresas se mantiene el plan de liquidación (art. 707 PL). En todos estos casos se suscita la cuestión sobre la vigencia, con carácter vinculante para juez y administrador concursal, de los vigentes artículos 210 y 211 del Texto Refundido.

Tenemos la experiencia de las dudas existentes sobre esta cuestión a tenor de la primera redacción de los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal pues no faltaban sentencias y doctrina que sostenían que, si bien, como dijo la sentencia TS núm. 491/2013 de 23 julio, RJ\2013\5203, el plan de liquidación no podía eludir la natural preferencia del acreedor con privilegio especial para ser satisfecho con el producto del bien, sí que podía el plan regular la enajenación directa y la dación en pago de forma distinta de la prevenida en el artículo 155 LC, siempre que fuera aprobada por el juez. Frente a esta postura que distinguía las vertientes material y procesal del privilegio se alzó la sentencia TS núm. 625/2017 de 21 noviembre, RJ\2017\5276, para decir que, tanto antes como después de la reforma de la Ley Concursal (se refiere al RDL 11/2014, de 5 de septiembre y a la Ley 9/2015, de 25 de mayo), el plan debe respetar los derechos del acreedor privilegiado a participar en la decisión y condiciones de la transmisión de acuerdo con lo previsto en la misma Ley.

De ahí que el vigente Texto Refundido incluyera en el art. 415 un apartado que dice: “3. En cualquier caso, se apruebe o no el plan de liquidación, serán de necesaria aplicación las reglas especiales previstas en el título IV del libro I sobre la realización de bienes o derechos afectos a privilegio especial y sobre la enajenación de unidades productivas o del conjunto de la empresa”. Al desaparecer dicho apartado en el proyectado artículo 415 surge la duda que se pretende despejar con la enmienda aquí propuesta.

Las mismas consideraciones deben hacerse respecto del art. 421 PL cuando no hay reglas especiales y el administrador concursal liquida según su criterio con las limitaciones de los artículos siguientes y las previstas “en el capítulo I del título III del libro tercero de esta ley”.

No parece coherente ni acertado que en sede de concurso ordinario del Libro I se declaren aplicables reglas del Libro III (las del Capítulo I del Título III) que se caracteriza precisamente por contener un conjunto de especialidades del concurso de

microempresas, aplicándose en lo demás las reglas de los libros primero y segundo, como con toda claridad resulta del art. 689.1 PL. Pero es que, además, los artículos 705 a 711, que son a los que contiene el capítulo del libro tercero al que se remite el art. 421 PL, se dedican a regular la tramitación del plan de liquidación, que precisamente se ha suprimido en el concurso ordinario y en el único artículo que contiene propiamente reglas de enajenación dice: “Artículo 710. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas. 1. La transmisión de la empresa o de sus unidades productivas se llevará a cabo con sujeción a las reglas del libro primero de esta ley, con las siguientes especialidades”. Con lo cual, si hacemos caso de la remisión del art. 421 PL entramos en una especie de reenvío de retorno por demás incongruente.

En consecuencia, y con el objetivo de precisar con exactitud el procedimiento de enajenación directa, dación o adjudicación en pago de bienes afectos con cancelación de la garantía real de créditos concursales, se propone la redacción alternativa de los artículos 415.2 y 421 que se recoge en el Recuadro 1.

Recuadro 1: Propuestas de redacción de ciertos artículos del proyecto de ley

415.2. Las reglas especiales de liquidación *deberán respetar los derechos reconocidos a los acreedores privilegiados en el capítulo III del título IV de este libro* y no podrán exigir la previa autorización judicial para la realización de los bienes y derechos, ni establecer reglas cuya aplicación suponga dilatar la liquidación durante un periodo superior al año.

421. 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 III del título IV del libro primero de esta ley*.

2. Inscripción/cancelación derivada del plan de reestructuración

Según el art. 650.1 del proyecto “Los actos de ejecución del plan que sean inscribibles en los registros públicos se inscribirán en estos, aunque el auto de homologación no sea firme”, si se estima la impugnación y se ha creado una situación irreversible (lo que sucederá, a tenor del art. 661.3 PL, si hay derechos adquiridos de buena fe según la legislación hipotecaria) se indemnizan al impugnante los daños y perjuicios (art. 661.1 PL). Esto obliga a modificar mediante la D.F. 3ª del proyecto, los artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria que, en unión del art. 524 LEC, exigen declaración expresa de firmeza que para que una resolución judicial produzca un asiento definitivo en el Registro de la Propiedad, sea una inscripción o una cancelación.

Los inconvenientes que la opción del proyecto implica son de dos tipos. Si se generaliza la utilización de los planes de reestructuración que ahora podrán afectar al crédito privilegiado de una forma mucho más intensa que en el régimen vigente (lo que puede incrementar también las impugnaciones) falta una determinación de quien tiene que responder de los daños y perjuicios, teniendo en cuenta que el requisito clave para la afectación contra la voluntad del impugnante es el auto de homologación. Falta también una estimación de la carga que puede suponer la obligación de indemnizar.

Pero es que, con la redacción propuesta, no se garantiza que quien adquiere algún derecho de buena fe en tales circunstancias es tercero protegido por la Ley Hipotecaria. Es el juez quien, en cada caso, aprecia si se cumplen o no se cumplen los requisitos precisos para que se ampare la adquisición del tercero. Puede decir que sí o puede decir que no. Hasta ahora el adquirente de derechos derivados de una resolución judicial inscrita podía estar tranquilo porque la inscripción presupone la firmeza de dicha resolución y en el propio asiento se hace constar dicha circunstancia. A partir de ahora no constará: o no dirá nada o dirá que no consta la firmeza del auto de homologación en virtud del que se procede. Un juez puede legítimamente considerar que la provisionalidad naturalmente derivada de un asiento basado en una resolución judicial provisional por falta de firmeza impide apreciar que existe un tercero hipotecario protegido porque requisito esencial de dicha protección es, precisamente, que del asiento en el que confía el adquirente no resulte la causa por la que se anula o resuelve el derecho de quien le transmitió.

Con el fin de evitar el eventual perjuicio que pueda resultar para la seguridad del tráfico jurídico por el acceso registral, mediante asientos definitivos, como son la inscripción o cancelación, del plan de reestructuración o de actos de ejecución del mismo, cuya homologación judicial esté pendiente de impugnación, es decir que carentes de firmeza, se proponen dos posibles alternativas: la anotación preventiva que se convierte en inscripción o cancelación en el mismo momento que sea firme el auto, sin coste añadido alguno (art. 558.2 PL) o la necesaria incoación del incidente de oposición previo a la homologación de un plan que afecte al acreedor con privilegio especial permiten salvar dichos inconvenientes.

La alternativa podría articularse de dos formas:

- Modificando la redacción proyectada del artículo 650.1, previendo, como asiento registral a practicar mientras no sea firme el auto de homologación, el de anotación preventiva, lo que sería coherente con los artículos 36 y 37 del vigente Texto Refundido.
- También cabría convertir en obligatoria, cuando el plan o los actos de ejecución del plan lleven consigo la práctica de inscripciones o cancelaciones en los registros públicos, la previsión del artículo 662 del proyecto que faculta al solicitante de la homologación para requerir a quien resulte afectado para que se oponga, no cabiendo recurso contra el incidente que resuelva la oposición (art. 663, 4ª).

En ambos casos habría de suprimirse la Disposición final 3ª del proyecto que modifica los artículos 3 y 82 de la Ley Hipotecaria.

3. Crédito público en el concurso

Por último, quisiera hacer algunas observaciones en relación con el tratamiento del crédito público en el Proyecto de Ley. Respecto del concurso, se incorpora por primera vez la posibilidad de que el crédito público pudiera ser afectado por el plan de reestructuración, si se cumplen las condiciones del art. 616.2 del proyecto y con el muy limitado alcance del art. 616 bis. En tales circunstancias, el texto atribuye al titular o titulares del crédito público la posibilidad de intervenir con todos los derechos en el procedimiento, a cuyo efecto, según el art. 624 bis constituye una clase única.

Puesto que la elección de perímetro afectado por la reestructuración corresponde al deudor, lo más probable es que éste no tenga interés en incluir los créditos públicos

entre los afectados, pero en cualquier caso es indiscutible que el proyecto se aparta de la legislación concursal vigente en este punto y abre la posibilidad de que se dé entrada al acreedor público a todos los efectos en el plan de reestructuración. Esto, a su vez, permitiría que una alianza oportunista que cuente con el crédito público como clase con privilegio general pudiera ser utilizada para arrastrar al crédito con privilegio especial.