

A LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

D. Fernando Martínez Sanz, provisto de N.I.F. 05.386.015-J, doctor en derecho, catedrático de derecho mercantil, abogado y administrador concursal, con domicilio a efecto de notificaciones en Paseo General Martínez Campos nº 42, bajo 1º de Madrid (28010) y correo electrónico fms@martinezsanzabogados.com, en nombre propio, ante el Ministerio de Justicia comparezco y como mejor resulte en Derecho,

DIGO:

Que por medio del presente dentro del plazo de audiencia pública, ante el Ministerio de Justicia y respecto del Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 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) formulo las siguientes

ALEGACIONES:

I. De carácter general

La regulación prevista en el Anteproyecto se anuncia como “flexibilizadora y agilizadora” y “con la mínima reforma de la actual normativa” (en estos términos se expresa la Exposición de Motivos), pero, sin embargo, introduce una notabilísima e innecesaria complicación de los instrumentos concursales y pre-concursales en nuestro país. Ello se puede apreciar, por

ejemplo, en la regulación que se ofrece de los planes de reestructuración en el Título III del Libro Segundo del Texto refundido de la Ley Concursal (arts. 617 y ss.)

Introducir esa complejidad resultaba a nuestro juicio innecesario, como puede fácilmente comprobarse acudiendo al texto de la Directiva (UE) 2019/1023 (que, no lo olvidemos, es la que justifica la necesidad de este Anteproyecto de ley), pues la misma establece un marco que podría incorporarse con cambios puntuales o “quirúrgicos”, si se tiene en cuenta que el derecho español, en buena medida, ya se encontraba en sintonía con la norma comunitaria y no era estrictamente forzoso introducir este cambio de modelo en todo el edificio del derecho concursal y pre-concursal español.

Todo ello se hace, además, antes de que se cumpla un año desde la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Concursal, en una muestra de escaso respeto por el loable trabajo de refundición, más allá de que se pudiera compartir o no la pertinencia del momento elegido para su aprobación o reprochar ciertos excesos respecto del mandato en la delegación legislativa.

A ello se suma que el Anteproyecto se elabora en un escenario de cuasi-emergencia y pensando muy probablemente en resolver un problema acuciante, pero temporal, a saber: el de las muchas empresas que puedan estar esperando el final de la moratoria concursal para solicitar su declaración de concurso, con el consiguiente riesgo de colapso de los juzgados de lo mercantil. En estas circunstancias, lo lógico sería resolver este problema puntual con medidas excepcionales, pero acotadas en el tiempo, como pudiera ser establecer un régimen temporal simplificado, para aquellas microempresas cuya insolvencia traiga causa precisamente de la pandemia o, si se quiere, para todas aquellas que soliciten el concurso durante el año inmediatamente siguiente al levantamiento de las medidas excepcionales (previsto para el 31 de diciembre de 2021).

En lugar de hacerlo así, la reforma pretende “abaratarse” el concurso a costa de prescindir en la inmensa mayoría de los concursos de acreedores de los profesionales intervinientes, a través de la creación de un llamado “procedimiento especial” (concurzal, aunque se evite en todo momento llamarlo así en el texto del Anteproyecto). En vez de atajar el problema en la raíz (en gran medida, en la saturación que sufren los juzgados de lo mercantil) se prefiere poner el foco en los profesionales que intervienen en el proceso. Con ello se ignora que buena parte de los motivos reales de la ralentización que sufren algunos procedimientos concursales obedece a retrasos, no imputables a la administración concursal o a los letrados de la concursada (que cumplen escrupulosamente y salvo muy contadas excepciones con los plazos -entre otras cosas, porque conocen las consecuencias de no hacerlo, como pueda ser la separación del cargo en el primero de los casos) sino, más bien, al propio juzgado. Sólo así se explica -como le ha ocurrido al firmante de estas alegaciones- que, presentado un escrito de conclusión de un concurso en 2015, haya habido que esperar hasta 2021 (¡¡seis años más tarde!!) para que el juzgado acordase la conclusión. Y todo ello sin que se hubiera planteado ninguna oposición a la conclusión o a la rendición de cuentas.

Pero no, se insiste en responsabilizar de manera implícita pero muy grave a los profesionales que intervienen en el concurso y que, como decimos, en su inmensa mayoría cumple con honestidad y eficiencia su trabajo. Y, allí donde eso no ocurre, se imponen eficaces medidas sancionatorias, como pueden ser la referida separación del cargo o la exigencia de responsabilidad. En suma, el sistema concursal se encuentra bien diseñado, funciona razonablemente bien, y las deficiencias podrían fácilmente ser corregidas a través de medidas menos drásticas que las que se proponen en el Anteproyecto.

Dicho cuanto antecede, no todas las soluciones por las que opta el Anteproyecto son criticables, al contrario. Especialmente acertado resulta el tratamiento de los concursos sin masa prevista en el artículo dieciséis, y desde luego, es mucho mejor que la actual facultad de la que disponen los jueces de poder declarar y concluir un concurso *a limine* y

prácticamente “a ciegas” (“concurso exprés”). Por ello, dar la posibilidad de que sean los acreedores quienes alerten acerca de la conveniencia de designar administrador concursal parece un acierto. Con todo, el hecho de que tengan que ser los propios acreedores solicitantes (que ya han sufrido el perjuicio por el impago de sus créditos) quienes hayan de satisfacer la remuneración del administrador concursal que se designe nos hace ser escépticos acerca de la eficacia real que tendrá la previsión en la práctica.

II. Alegaciones concretas

- **Artículo veinticinco, que modifica el art. 65 TRLC, apartado 3.**

Establece el precepto en su apartado 3 que *“En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado de inscritos, no podrán ser nombrados administradores concursales ni auxiliares delegados aquellas personas naturales o jurídicas que hubieran sido nombradas para cualquiera de esos cargos en más de veinte concursos de acreedores que estén en tramitación en la fecha del nuevo nombramiento”*.

El texto anteproyectado peca de excesivamente simplista y conduce a resultados injustos. Y es que tiende a pensar que existe un único paradigma de administrador concursal: el de un profesional autónomo, sin apenas estructura, y prácticamente sin personal. Es indudable que para ese profesional que lleve veinte concursos en tramitación probablemente resulte muy adecuada la norma, pues supone una carga de trabajo muy considerable.

Pero resulta que ese no es el único perfil de administrador concursal que existe; y los hay con una estructura orgánica bastante más compleja, con muchos profesionales a su cargo. Y claro, para un despacho que cuente, pongamos, con quince o veinte personas dedicadas a la administración concursal y oficinas abiertas en distintas provincias, gestionar veinte concursos (máxime, contando con que los mismos pueden hallarse en fases diversas) no es en absoluto excesivo, sino al contrario. La norma, tal como está redactada, abocaría a

muchos de esos empleados a un despido por causas objetivas y para ser justa debiera tener en cuenta el número de empleados o profesionales con los que cuente el administrador concursal.

Si a ello se añade lo ya dicho (muchos concursos no se concluyen hasta años después de haber presentado el informe final de liquidación y la rendición de cuentas en el juzgado) es radicalmente injusto establecer un límite que no atienda al desempeño real de las funciones que lleva a cabo la administración concursal y le penalice por algo que no está (solo) en su mano poder cumplir.

Se propone:

- i) Suprimir la norma por resultar perjudicial para aquellos despachos de administración concursal que cuentan con abundantes recursos humanos;
- ii) Subsidiariamente, elevar la cifra en función del número de profesionales con los que cuente y pueda acreditar el despacho del administrador concursal: 20 concursos si cuenta con un profesional; 30 si cuenta con más de dos y hasta cinco; 40 si cuenta con un número de profesionales de entre seis y diez; 50 si cuenta con más de diez profesionales.
- iii) Adicionalmente, matizar que los veinte concursos (o el número que finalmente se establezca) se correspondan con procedimientos que se encuentren en fase común.
- iv) Subsidiariamente a la anterior: concretar que los veinte concursos (o el número que finalmente se establezca) lo sean de procedimientos respecto de los que no se haya solicitado la conclusión.

- **Artículo veinticinco, que modifica el art. 65 TRLC, apartado 5.**

Establece el precepto en su apartado 5 que:

“No podrá ser nombrado administrador concursal quien en la negociación de un plan de reestructuración hubiera sido nombrado experto en la reestructuración”.

No se alcanza a comprender bien la razón de la incompatibilidad. Partiendo de que el referido experto asume expresamente un deber de independencia e imparcialidad (art. 682) y no sigue instrucciones de ninguna de las partes (deudor y/o acreedores), no debiera existir inconveniente alguno en que pasara a ser administrador concursal, siempre que cumpla los requisitos legales para ello (examen de aptitud profesional e inscripción en el Registro Público Concursal).

Se propone suprimir la norma o matizarla en el sentido antedicho.

- **Artículo veintiséis, por el que se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 67 TRLC.**

No se entiende la necesidad de tener que aportar una declaración firmada especificando los concursos en los que haya sido designado, y los motivos por los que dicha aportación sólo ha de hacerse cuando se trate de concursos de mayor complejidad. Se trata, en todo caso, de un dato (el número de concursos aceptados) que figurará en el Registro Público Concursal (así lo ordena el art. 561.4ª del propio Anteproyecto) y, por ello, es fácilmente comprobable de oficio.

Se propone: eliminar el inciso.

- **Artículo treinta y tres, por el que se modifica el apartado 1 del artículo 149:**

“Los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto”.

El tradicional efecto de la preclusión del derecho a iniciar la ejecución separada cuando haya transcurrido un año desde la declaración del concurso implica que ese bien sobre el que recae el privilegio habrá de realizarse en el marco del concurso (generalmente siguiendo lo que hasta ahora marcaba el plan de liquidación). No existe ningún interés o incentivo en mantener el activo en el concurso, antes al contrario (piénsese en la generación superflua de créditos contra la masa en forma de IBIs) y, de hecho, la práctica enseña que con frecuencia son las propias entidades titulares del privilegio las que rechazan o retrasan la dación en pago en el caso de aquellos inmuebles que no resultan de fácil salida en venta directa o subasta. Por lo tanto, el “devolver” a los titulares de garantías reales el derecho a ejecutarlas al margen del concurso probablemente no cambie las cosas (pues seguirán sin estar interesados).

Se propone: suprimir el inciso.

- **Artículo cincuenta y cinco, que modifica el artículo 242.1 TRLC.**

En el **ordinal 1º del apartado primero** se conceptúa como créditos contra la masa *“los créditos anteriores a la declaración de concurso por responsabilidad civil extracontractual 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”.*

La norma supone una injustificada extensión de la categoría de créditos contra la masa que es derechamente contraria a la lógica de atender al momento en el que surge el derecho de crédito para atribuirle la condición de concursal o contra la masa.

Se propone: suprimir dicho ordinal 1º.

- En el **apartado segundo** del citado artículo 242, se establece lo siguiente:

“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”.

Que cualquier acreedor puede dirigirse a la administración concursal interesándose “por lo suyo” es una obviedad; que pueda dirigirse al juez del concurso solicitando auxilio es redundante o innecesario, pues ya dispone de la vía que le brinda el artículo 247 TRLC y la demanda de reclamación de pago de esos créditos masa. Pero es que, al margen de ello, ya pesa sobre la administración concursal el deber de poner en conocimiento del juez del concurso la situación de insuficiencia de masa en cuanto le conste (ex art. 249 TRLC). Por lo tanto, la preocupación que parece mover al prelegislador (sentar las bases de una posible responsabilidad del administrador concursal) ya se encontraría cubierta.

Se propone: suprimir el precepto por innecesario.

- **Artículo cincuenta y siete, que modifica el art. 250 TRLC.**

Señala el artículo 250.2 que:

2. *“En todo caso, se consideran imprescindibles para la liquidación los créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios; [...] 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”.*

Al referir la indispensabilidad solo y de manera expresa a aquellos créditos que se generen tras la apertura de la fase de liquidación, el precepto parece ignorar que la comunicación de insuficiencia de masa puede hacerse en cualquier momento, antes incluso (o al margen) de que se haya abierto formalmente la fase de liquidación, que podría no llegarse a aperturar. En tales escenarios, una aplicación de la norma anteproyectada en su actual redacción impediría poder conceptuar dichos créditos como imprescindibles para la liquidación, a pesar de que, *de facto* y legalmente, todas las actuaciones que deben llevarse a cabo a partir de dicha comunicación vienen encaminadas a procurar la liquidación del activo.

Se propone: referir el momento a la comunicación al juzgado de la situación de insuficiencia de masa.

- **Artículo sesenta y dos. Modificación del artículo 294.**

Se establece en su apartado segundo lo que a continuación se transcribe:

2. *El mismo día de la presentación del informe la administración concursal remitirá el informe y los documentos anejos por correo electrónico al deudor, a aquellos que hubiesen*

comunicado sus créditos de cuya dirección electrónica tenga constancia, estén o no incluidos en la lista de acreedores, y a quienes, aunque no fueran acreedores, estuvieran personados en el concurso. Si no tuviera constancia fehaciente de la recepción del correo electrónico, deberá intentar la comunicación por cualquier otro medio que permita al acreedor conocer de su publicación en el Registro Público Concursal. Si no tuviera constancia de la dirección electrónica, el administrador concursal efectuará la remisión al procurador que los represente”.

La norma anteproyectada coloca sobre la administración concursal una carga excesiva y, en lo que añade de nuevo, absolutamente redundante. En efecto, si hasta el momento la administración concursal ha de remitir por correo electrónico copia del informe a los acreedores que hubieran insinuado sus créditos, siempre que le constase su dirección de correo, el Anteproyecto le impone la obligación (además, en el mismo día de la presentación del informe, en una norma de un rigor absurdo) de remitirlo también a los personados en el concurso, sean o no acreedores. Lógicamente, si algún interesado está personado en el concurso dispone de su procurador, que le proporcionará información puntual de todo cuanto acontezca en el concurso. Obligar a la administración concursal a efectuar esa comunicación supone un plus de responsabilidad, que no aporta absolutamente nada.

Aún peor es la novedad consistente en obligarle a “rastrear” si todos los destinatarios han recibido el correo (y conservar “constancia fehaciente” de ello), pues en caso de no ser así obliga nuevamente a la administración concursal a intentar la comunicación por “cualquier otro medio”, para terminar diciendo el precepto que si no se tuviera constancia de la dirección electrónica (¿pero no estaba la norma en principio destinada solo a aquellos acreedores cuya dirección electrónica le conste a la administración concursal?) éste habrá de efectuar el envío al procurador (lo que se limita lógicamente a los personados). Ello viene a demostrar que la norma es redundante, si al final el administrador concursal cumple con su obligación notificando al mismo profesional que habrá ya tenido conocimiento vía juzgado.

Se propone: suprimir esa parte de la norma y dejar el art. 294.2 TRLC en los términos actuales.

- **Artículo sesenta y siete, en lo que al apartado segundo del 304 se refiere.**

Se formula la misma alegación que en el caso del artículo sesenta y dos.

- **Artículo ciento treinta, al modificar el art. 454 TRLC.**

No se entiende la rúbrica del precepto, que hace referencia al “*Contenido del informe y del dictamen*”, cuando ha desaparecido el dictamen del Ministerio fiscal de la sección de calificación.

Se propone: suprimir la palabra “dictamen” y tal vez pasar a denominarlo “*Contenido de los informes*”.

Artículo ciento cuarenta y dos: art. 478 TRLC.

El apartado 2º, en su inciso final, sigue requiriendo que en la rendición de cuentas se precise “el número de trabajadores o personal contratado a estos efectos que se hubieren asignado por la administración concursal al concurso y el número total de horas dedicadas por el conjunto de estos trabajadores al concurso”.

La norma -que corrige el “ultra vires” en que incurría el TRLC- supone una intromisión excesiva en el ámbito de organización de los despachos profesionales de los administradores concursales, sin que tampoco esté claro el objetivo que se busca (aparte de añadir una carga más, del todo innecesaria, con la llevanza del cómputo de los tiempos). En efecto, no se advierte si la norma busca “premiar” a los despachos que son más eficientes

(en términos de número de empleados/concurso), o más bien poner el acento en aquellos administradores que más trabajo dan y más personas involucran en un determinado concurso. Se insiste en que se trata de cuestiones puramente internas de la gestión de los respectivos despachos, que no guardan una relación necesaria con la calidad del trabajo llevado a cabo (que debiera ser el verdadero parámetro a tener en cuenta).

Se propone: suprimir el inciso.

- **Artículo ciento cuarenta y cuatro (exoneración del pasivo insatisfecho).**

Art. 487. 1.1º

Al inciso “hubiera sido condenado, en sentencia firme, bien por delitos que lleven aparejada pena de privación de libertad superior a los tres años” (ord. 1º apartado 1).

Dada la amplia tipología de delitos que pueden conllevar una pena de privación de libertad superior a tres años, no se comparte que cualquiera de ellos pueda implicar un efecto tan drástico como privar del acceso a la exoneración del pasivo, lo que, de hecho, podría impedir o perjudicar muy notablemente la reinserción del reo. Se trata de una norma excesiva en su alcance y que debiera limitarse solo a aquellos delitos que revistan trascendencia económico-patrimonial (como ocurre en el listado de delitos enumerados en el ordinal).

Todo ello sin mencionar la posible tacha de inconstitucionalidad del precepto (en realidad, ya reprochable en la versión anterior de la norma), pues sería una doble pena para el reo que no podría ser de aplicación al ser necesaria una L.O. y su expresa inclusión en el Código Penal, pues no es sino una “pena” privativa de derechos. Al igual que la inhabilitación para ejercer cargo público está incluida en el Código Penal, lo mismo podría decirse respecto de

la privación al ejercicio de ese derecho por la comisión de un delito que lleve aparejada una pena de privación de libertad superior a tres años.

Se propone suprimir el inciso.

Art. 487.1.2º

“Cuando 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”.

La alegación incide en la misma idea: la excesiva amplitud del supuesto de hecho dificulta extraordinariamente el acceso a la exoneración del pasivo, en contra del espíritu de la directiva que pretende incorporar. En efecto, que la imposibilidad de acceder a la exoneración se predique respecto de cualquier procedimiento de derivación de responsabilidad o infracción tributaria o de seguridad social, sin atender a la gravedad de las conductas (o al volumen de las cantidades defraudadas), es una sanción a todas luces desproporcionada, y que clarísimamente conculca el derecho a la segunda oportunidad del deudor.

Y es que si, por ejemplo, acudimos al artículo 183 de la Ley General Tributaria (en lo sucesivo, “LGT”), observaremos cómo una infracción tributaria leve (como pueda ser no presentar una autoliquidación en plazo sin que se hubiera causado perjuicio económico por ello: art. 198 LGT), que pudiera conllevar una sanción de 40 euros en el supuesto que se hubieran omitido dos datos en declaraciones exigidas, con carácter general, en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y

94 LGT, podría dar lugar a la sanción severísima que sienta el precepto anteproyectado, como es verse privado del derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Por otro lado, no hay que ser muy perspicaz para vaticinar el enorme esfuerzo de las actuaciones inspectoras que se lleven a cabo a partir de ahora por dejar claro el carácter doloso de las conductas. En el fondo, ello supondrá tanto como dejar en manos de un acreedor (la AEAT o la TGSS) la eventual posibilidad de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho.

Se propone: suprimir el contenido del ordinal.

Art. 489. Extensión de la exoneración.

A nuestro juicio, resulta excesivamente larga la lista de la deuda no exonerable, lo que puede hacer que se convierta en una quimera el “derecho a la segunda oportunidad” que tan enfáticamente proclama el Anteproyecto (hasta el punto de elevar dicho “derecho” a la categoría de efecto de la fase de liquidación: art. 413.1.3º TRLC). De otra parte, tampoco parece responder fielmente al mandato de la directiva de garantizar al deudor la posibilidad real de “obtener la plena exoneración de sus deudas” que se contiene en sus artículos 20 y 21.

Sin entrar en el muy discutido apartado de la exoneración de crédito público (que el autor de estas alegaciones personalmente considera debe ser objeto de una especial protección) se estima que no hay una razón para incluir como no exonerables las deudas por salarios (además correspondientes a los sesenta días anteriores al concurso), o las deudas por multas anejas a la comisión de un delito (se entiende que por un delito distinto de los que impiden acceder a la segunda oportunidad) y las sanciones administrativas muy graves. No parece que la naturaleza subordinada que dichos créditos (sanciones y multas) habrán

tenido en el concurso se avenga muy bien con atribuirles acto seguido la condición de deuda no exonerable.

Tampoco se justifica, al menos sin alguna matización, que no resulten exonerables las deudas con garantía real, “pero en todo caso en la parte cubierta por el privilegio especial” (art. 489.1.7º). Y es que la norma abre la puerta a una peligrosa interpretación. En efecto, en el momento de la realización de un bien afecto a un privilegio especial (ya sea por ejecución hipotecaria o liquidación dentro del concurso), dicho privilegio desaparece y el crédito que pudiera quedar por satisfacer adquiere la consideración de ordinario o subordinado, según su naturaleza.

La norma, tal y como está ahora redactada podría producir el efecto de consolidar o “petrificar” (haciéndolo no exonerable) la parte del crédito que, estando “cubierta por el privilegio” (atendiendo a los textos definitivos), sin embargo, no se hubiera podido cubrir en la liquidación o realización del activo. Y, desde luego, no parece que propiciar esta interpretación esté en el espíritu de la norma ni es tampoco lo que se desprende de otros preceptos (así, el art. 492 bis, que claramente especifica que cuando se haya ejecutado la garantía “sólo se exonerará el crédito remanente”).

Por el contrario, en aquellos casos en los que el deudor opte por la exoneración sin liquidación de la masa activa y conserve, por ejemplo, su vivienda habitual, sí resulta conveniente la norma.

Se propone: eliminar del precepto el ordinal 5º y reformular el actual 7º en el sentido siguiente:

“Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido pero en todo caso sólo en la parte cubierta por el privilegio especial, salvo que el deudor

opte por la exoneración con liquidación y lo que se obtenga en la realización del bien afecto no alcance a satisfacer todo el crédito privilegiado especial afecto a ese bien”.

Introducción del art. 489.2 TRLC

La norma es tan amplia, concede tanta discrecionalidad al juez y lo hace sobre una base tan ambigua (“evitar la insolvencia del acreedor”) que no parece que resulte de fácil aplicación, pues si se interpreta en sentido estricto y riguroso es muy discutible que se puede predicar de una concreta deuda la relación de causalidad que exige la norma (la deuda ha de ser “necesaria para evitar” la insolvencia del acreedor). Y, si no se interpreta en sentido laxo aboca a una notable inseguridad jurídica.

Se propone: suprimir el apartado.

Artículo 496.2 TRLC

No se comprende bien la necesidad de incluir en el contenido del plan de pagos de la propuesta que realice el deudor una relación de los recursos “*para la satisfacción de las deudas no exonerables*”. En un precepto dedicado al plan de pagos de la deuda exonerable no se entiende la razón de ser de contener menciones al pago de unas deudas que, por ser no exonerables, no se ven afectadas, siendo su principal medio de protección, precisamente, el que no les afecte el plan de pagos que pueda presentar el deudor.

Se propone: suprimir el inciso “*así como para la satisfacción de las deudas no exonerables y de las nuevas obligaciones por alimentos*”.

Artículo 497 TRLC. Duración del plan de pagos.

La directiva establece en su artículo 21 que los Estados Miembros habrán de garantizar que el plazo para la concesión de la exoneración no sea superior a tres años. Si bien se permiten ciertas excepciones que podrían hacer que dicho período fuese superior, las mismas se encuentran generalmente vinculadas a una conducta del deudor que no le haría merecedor de una exoneración “rápida”. Es indudable también que el supuesto de la conservación de la vivienda habitual (su no ejecución) está contemplado expresamente como supuesto que de igual modo habilitaría para alargar el periodo (art. 23.3, b) y eso es lo que se traslada al Anteproyecto (art. 497.2.1º).

Sin embargo, lo que resulta muy discutible es que se encuentre igualmente justificada la extensión del plazo (de tres a cinco años) *“cuando el importe de los pagos depende exclusiva o fundamentalmente de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor”* (art. 497.2.1º).

En realidad, la norma podría considerarse muy razonable para afrontar el -frecuente- caso de los planes de pagos objetivamente irrealizables en atención a los ingresos reales del deudor (que, por cierto, el Anteproyecto no prohíbe, al permitir los pagos de cuantía “determinable en función de la evolución de la renta y recursos disponibles del deudor”: art. 496.2, tercer párrafo), lo que constituía una “burla” a los acreedores ante sus propios ojos.

Con todo y con eso, no estamos seguros de que la excepción encaje dentro de las previstas en la directiva, salvo que se considere que la presentación por parte del deudor de un plan de pagos excesivamente optimista a la luz de sus ingresos reales nos sitúe ante un caso de “solicitud abusiva de exoneración de exoneración de deudas” (art. 23.2,c) directiva).

Se corre el riesgo de que lo que en el Anteproyecto es una excepción acabe siendo en la práctica la regla general (es una evidencia que la mayor parte de los planes de pagos que se presentan en España son irrealizables), en cuyo caso no creemos que la directiva haya sido fielmente transpuesta.

Se propone: eliminar el ordinal 2º del apartado 2 del art. 497.

Art. 499 bis.

Existe un claro error en la rúbrica del precepto, al mencionar “alternación” cuando debería decir “alteración”.

- **Artículo ciento setenta y siete. Modificación del Libro Segundo (Derecho preconcursal).**

Arts. 609 y 610. Sobre la prórroga de los efectos de la comunicación

Mientras que en el artículo 609 la legitimación para solicitar la prórroga reside en el deudor o en los acreedores que representen más del 50% del pasivo que pudiera resultar afectado, el artículo 610, para las prórrogas sucesivas, parece conceder legitimación activa también al experto (“si las presentar[a] el deudor o el experto”).

Se propone: aclarar que la prórroga inicial también pueda ser solicitada por el experto, en caso de que haya sido designado.

Art. 611. Exclusión de acreedores individuales de los efectos de la prórroga

Aunque es cierto que trae causa de la directiva (art. 6.9,d), el precepto permite a cualquier acreedor ser excluido de los efectos de la prórroga que se acuerde si la misma “pudiera

causar su insolvencia”. De nuevo introduce el Anteproyecto (como lo hace en el art. 489.2) un elemento extremadamente difícil de valorar por el juez que acuerde la prórroga, pues le obliga a un ejercicio de prognosis poco acorde con lo que es su función. Al margen de que el eventual impacto negativo que pudieran tener sobre un concreto acreedor las medidas que se adopten en la esfera paraconcursal (o concursal) es consustancial a un procedimiento colectivo como el que nos ocupa.

Por último, y no menos importante, se trata de una facultad susceptible de introducir una considerable dosis de inseguridad jurídica, con la consiguiente posible lesión de la *pars conditio creditorum*.

De los planes de reestructuración

Art. 619. Créditos afectados.

El apartado segundo del precepto excluye de raíz la posibilidad de que los planes de reestructuración puedan afectar a una serie de créditos, lo que puede suponer una rémora muy importante para la propia reestructuración de la deuda y, con ello, para la viabilidad de la empresa, a la que aspira la directiva.

Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los créditos derivados de relaciones laborales, que se opta por declarar “intocables”. En realidad, si de lo que se trata con este Anteproyecto de ley es incentivar el recurso a este tipo de planes de reestructuración de deudas, deben estar incluidos -con las limitaciones que se quiera establecer- los créditos de naturaleza laboral. De no ser así, el riesgo que se corre es que el empresario en situación de *distress* opte por acudir al concurso y plantear, en su caso, un convenio. Por ello, si no todo, al menos, la parte de crédito que en un eventual escenario de concurso no tuviera la consideración de privilegiado general debería verse afectado. Todo ello con la finalidad de fomentar que, efectivamente, muchos deudores en situación de dificultades decidan hacer

uso del mecanismo de la reestructuración de deuda. Y eso sólo lo harán si pueden obtener una verdadera ayuda, aunque sea a costa del sacrificio de todos los acreedores afectados, no sólo de los acreedores comerciales y financieros.

Y no se diga que la directiva obligaba a este resultado, puesto que su artículo 1.5 únicamente habilita o permite a los Estados miembros que puedan establecer que queden excluidos de los marcos de reestructuración ciertas clases de créditos, entre ellos, los de los trabajadores.

El caso de la exclusión o no afectación del crédito público -que igualmente se contiene el precepto- es aún más grave, puesto que ni tan siquiera encuentra acomodo en la directiva. En efecto, el mencionado artículo 1.5 de la directiva tan solo concede una facultad a los Estados miembro de establecer que los marcos de reestructuración no afecten a los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; las obligaciones de alimentos; y créditos derivados de responsabilidad extracontractual del deudor. Como se puede ver, ni rastro de los créditos públicos.

Nos hallamos en consecuencia, ante una incorporación de la directiva que claramente contraviene el mandato comunitario en un aspecto crucial para la propia continuidad de las empresas y que abocaría al fracaso a los planes de reestructuración.

Se propone:

- i) Con carácter principal: modificar el precepto a fin de eliminar la referencia a los créditos laborales y de derecho público.
- ii) Subsidiariamente, se propone modificar el precepto para establecer un límite en la afectación de los créditos derivados de relaciones laborales, que pudiera asimilarse

a la parte que, en caso de concurso, merecieran la calificación de créditos con privilegio general, y suprimir la referencia a los créditos de derecho público.

iii) Con carácter subsidiario al anterior se propone modificar el precepto para suprimir la referencia a los créditos de derecho público.

Arts. 628 y 629

Se advierte una cierta reiteración o duplicidad en los preceptos: el primero se refiere a la posibilidad de que el deudor y los acreedores que representen al menos el 50% del pasivo afectado soliciten del juzgado la confirmación previa de la correcta configuración de las clases de acreedores, en tanto que la segunda comienza diciendo que “cualquiera de los legitimados (sic) podrá solicitar la confirmación de una o varias clases al juez competente para conocer de la homologación del plan”.

Parecen en efecto, referirse a lo mismo, con lo que probablemente resultaría más elegante y correcto refundirlos en uno.

Se propone incluir el contenido del actual art. 628 como apartado primero del art. 629, eliminado de este, en su actual redacción, la primera oración.

Art. 640 en relación con arts. 613 y ss.

Parece apreciar una cierta duplicidad. En efecto, tal y como se encuentra configurado el sistema en el Anteproyecto la comunicación de apertura de negociaciones por parte del deudor al juzgado lo es “para alcanzar un plan de reestructuración” (art. 585); plan que luego se explicita en los arts. 617 y ss.

Mientras no transcurra el plazo legal para las negociaciones (que con las prórrogas podría llegar a los doce meses) se impide la solicitud de concurso necesario y se suspende la obligación legal de solicitar concurso voluntario (art. 614). No obstante, si el deudor presentara solicitud de concurso, ésta podrá ser suspendida por el juez a instancia del experto en reestructuración, o de los acreedores que representen al menos un 50% del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración que se hubiera presentado para su aprobación (art. 615).

Pues bien, en una sede distinta (como es la de homologación de los planes de reestructuración) el art. 640.1 reproduce literalmente lo mismo que el art. 615, pero no lo refiere -como podría tal vez ser coherente con la sección en la que se ubica- a aquellos planes cuya homologación se haya solicitado al juzgado, sino a aquellas situaciones en las que “se estuviera negociando un plan de reestructuración”, sin más. Es decir, a tenor de la norma nos hallamos exactamente ante el mismo supuesto de hecho descrito en el art. 615, dando lugar así a una duplicidad difícil de justificar.

Se propone: suprimir el art. 640.1 o clarificar de alguna forma la duplicidad.

Art. 654.1

El precepto genera una confusión innecesaria, al referirse a acreedores con garantía real que *“pertenezcan a una clase en la que el voto favorable hubiera sido inferior al voto disidente”*.

Ha de recordarse que el artículo 632 establece las mayorías necesarias para que se entienda aprobado un plan de reestructuración por cada clase de créditos. Se exige que voten a favor más de los dos tercios del importe del pasivo correspondiente a esa clase, salvo que la misma esté constituida por créditos con garantía real, en cuyo caso la mayoría es de tres cuartos.

La norma del art. 654, se enmarca dentro de la regulación de la homologación del plan y, más concretamente, parece referirse a un supuesto de plan sujeto a homologación pese a no contar con la aprobación de todas las clases (es decir, los supuestos excepcionales de *cross class cram down* a que alude el art. 642).

Se propone: Modificar la redacción del art. 654.1 en este sentido: *“Los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase que no haya aprobado el plan, tendrán derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal [...]*

Art. 665

Dado que la solicitud de una fase de contradicción para las homologaciones se prevé como un trámite previo y facultativo, no parece que ello produzca el efecto de impedir la posterior impugnación, al producirse “con carácter previo a la homologación”. Y es que, a pesar de que la Exposición de Motivos sí establece que, de seguirse esta vía, no será susceptible de recurso, ello no se plasma en el texto articulado.

Por ello, del tenor literal de la norma podría interpretarse que, tras el dictado de la sentencia que resuelva el incidente de contradicción previa (no susceptible de recurso), habrá que solicitar la homologación, que se acordaría mediante auto, susceptible de ser impugnado ante la Audiencia Provincial (art. 661).

Se propone: suprimir el trámite de contradicción previa o aclarar que, de seguirse esta vía la homologación en sí no será susceptible de recurso.

Art. 668. Financiación interina

La norma parece hacer depender la consideración como “interina” de una financiación (con la consiguiente protección que se le dispensa) del hecho de que resulte “necesaria y adecuada” a una serie de finalidades, con lo que parece abrir la vía a la posibilidad de contradecir o negar dicho carácter, generando así una notable dosis de incertidumbre tanto al financiador como al deudor. Todo ello en una fase especialmente crítica para la viabilidad de la empresa.

Se propone: eliminar la condicionalidad y considerar financiación interina a toda aquella que resulte concedida al deudor durante las negociaciones con los acreedores y hasta la homologación.

Art. 669. Nueva financiación

Si bien es cierto que la distinción entre financiación interina y nueva financiación procede directamente de la directiva (art. 2.1, apartados 7 y 8) y, pese a que, en teoría podrían resultar claras las diferencias entre una y otra, en la práctica no siempre lo es. Por lo demás, tampoco se aprecian diferencias prácticas entre el tratamiento dispensado a la financiación interina y a la nueva financiación en caso de posterior concurso (así, p. ej., art. 670.1.2º, o 670.2, art. 671, o art. 672 bis.1.2ª,3ª, que las equiparan).

Aunque es igualmente cierto que la nueva financiación no tendría como límite temporal el momento de la homologación judicial del plan -lo que sí parece consustancial a la financiación interina-, no lo es menos que también esta última (en su modalidad de financiación destinada a preservar o mejorar el valor de la empresa o unidades productivas) podría tener encaje tras la homologación, pues la norma del art. 668 no establece término final para su conceptualización como “interina”.

Por todo ello, bien podrían subsumirse ambas categorías en una misma, a través de un concepto más amplio que abarque ambas modalidades (a fin de cuentas, tan “nueva” es una como otra financiación).

Se propone: integrar ambos preceptos en uno.

- **Art. 674 ss. (Tít. IV. Del experto en la reestructuración)**

Art. 674.2. Nombramiento obligatorio de experto.

La norma exige que a la “solicitud de nombramiento de experto” se acompañe un escrito razonando que éste reúne las condiciones legales para ejercer el cargo. Aunque no lo explicita, la redacción del precepto parece dar a entender que la identidad del experto ha de ser sugerida cualquiera que sea el solicitante (deudor o acreedores), cuando lo cierto es que ello debiera circunscribirse a los supuestos en los que son los acreedores representantes de una mayoría del pasivo quienes soliciten la designación de experto y asuman el pago de sus honorarios. No creemos que la misma facultad de sugerir el nombre del experto deba (o pueda) serle concedida al deudor, pues resultaría muy discutible que dicho procedimiento se ajuste a las exigencias de “claridad, transparencia y justicia” que exige la directiva en su art. 26.1, b. (por más que el nombramiento, como tal, venga efectuado por el juez).

Se propone: modificar la redacción del art. 674.2 en el sentido siguiente:

“Cuando la solicitud de nombramiento de experto venga realizada por los acreedores deberá acompañarse”

Art. 674 en relación con el art. 675

Al referirse el precepto a la designación de “uno determinado” parece darse a entender implícitamente que en el caso de la regla “general” (la del art. 674) no se solicita la designación de un experto determinado, cuando del texto del precepto se desprende que sí [de no ser así, no tendría sentido alguno que se tenga que aportar, junto con la solicitud, un escrito razonando que el experto reúne las condiciones legales para ejercer el cargo; o copia de su póliza de seguro de responsabilidad civil, o incluso su aceptación (!) para el caso de ser designado, junto con el importe de la retribución que se hubiera pactado].

Resulta artificiosa, por tanto, esa aparente dicotomía entre el supuesto general y el supuesto especial de designación de experto, que convendría modificar, para explicitar que, en ambos casos (o, al menos en el supuesto general del art. 674) el juez dispondrá de la máxima discrecionalidad para designar a la persona que, cumpliendo los requisitos legales para el ejercicio del cargo, estime más conveniente. Se trata esta de una cuestión que en absoluto se deja clara en la actual redacción de los arts. 674 y 675 (véase el art. 675.4) y que a nuestro juicio resulta esencial en orden a entender debidamente incorporada la directiva. En efecto, conviene recordar que la propia directiva (considerando 88) establece que *“La presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros dispongan que los administradores concursales sean seleccionados por el deudor, por los acreedores o por una junta de acreedores a partir de una lista o selección que sea previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa”*. Tal y como se encuentra redactada la norma (unido a la propia indefinición del concepto de experto en la reestructuración; sobre ello volveremos) no se garantiza en absoluto el cumplimiento del mandato de la directiva, salvo que se clarifique, como decimos, la libertad del juez de nombrar a la persona que estime más adecuada (sujeto, si se quiere, a la posibilidad de que los acreedores proponentes pudieran impugnar la decisión, tal y como ordena el art. 26.1, d) de la directiva).

El art. 678 no creemos que cumpla tampoco con estos requisitos, al limitar indebidamente el margen de elección del juez.

En otro orden de cosas, y, sobre todo, lo que se desprende del diseño legal es que el sistema especial no deja de ser una vía para alcanzar lo mismo pero con un porcentaje inferior. Por ello, y muy probablemente, la regla general acabará siendo la de designación a instancias de acreedores que representen el 35%.

Se propone: Suprimir el art. 675 y reformular el art. 674 en el siguiente sentido:

Artículo 674. Nombramiento obligatorio de experto.

1. El nombramiento de experto en la reestructuración solo procederá en los siguientes casos:

1º. Cuando lo solicite el deudor.

2º. Cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud, los acreedores, o algunos de ellos, deberán asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del experto. La asunción de la obligación de pago quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor.

3º. Cuando, 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.

4º. Cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan.

2. En caso de solicitud de nombramiento de un experto por parte de los acreedores conforme lo previsto en el apartado anterior, en caso de proponerse un candidato concreto, deberá acompañarse:

1º. Un escrito razonando que el experto reúne las condiciones establecidas en esta ley para el ejercicio del cargo.

2º. La aceptación de su nombramiento por el experto para el caso de ser designado, así como la aceptación del importe y los plazos de devengo de la retribución que se hubiese pactado.

3º. Copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviera vigente para responder de posibles daños que el experto pudiera causar en el ejercicio de las funciones propias del cargo.

3. El nombramiento del experto se realizará por el juez mediante auto, que dictará a la mayor brevedad posible y, en todo caso, dentro del plazo de dos días a contar desde la solicitud. La designación del experto y su identidad se hará constar en el Registro público concursal. En caso de que los acreedores propongan candidato, el juez podrá tenerlo en consideración en el momento del nombramiento,

4. En el caso de comunicación conjunta o de planes conjuntos de reestructuración, se podrá designar el mismo experto para todos los deudores afectados.

Art. 676. Condiciones subjetivas

El precepto incurre en una evidente tautología al describir las condiciones que debe reunir el experto en la reestructuración apelando a “la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones”, con lo que sume en una evidente incertidumbre e inseguridad acerca del perfil concreto que se espera y requiere del referido profesional.

Dicha inseguridad se acrecienta al no exigirse una previa habilitación (la “inclusión en una lista”) que, por otra parte, casaría mejor con lo exigido por la directiva en su art. 26 cuando ordena que los procedimientos que habiliten los Estados miembros para determinar las

condiciones de admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento “sean claros, transparentes y justos”.

Artículo 678.

El precepto contraviene abiertamente lo dispuesto en la directiva, en la medida en que no parece prever la posibilidad de que el juez designe a persona distinta de la sugerida, por el deudor o los acreedores para su nombramiento por el juez, más allá de la posibilidad que se le concede a éste de requerir al proponente que le facilite una terna de posibles expertos.

La directiva ciertamente limita la posibilidad de que sean los acreedores o el deudor quienes seleccionen al experto, al exigir que ello se haga a partir de “una lista o selección que sea previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa” (considerando 88). Y ello claramente no se cumple en el caso de la norma anteproyectada.

Se propone la siguiente redacción:

Artículo 678. Nombramiento del experto por el juez.

1. El nombramiento de experto recaerá en la persona que, reuniendo las condiciones establecidas en esta ley y constando en la lista o selección que sea previamente aprobada por una autoridad judicial, estime conveniente el juez competente, sin perjuicio de tener en consideración la propuesta realizada por los acreedores que hubieran formulado la solicitud.

2. El nombramiento del experto será comunicado por el juzgado al designado por el medio más rápido. Dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación, el experto deberá comparecer ante el juzgado para aceptar o rechazar el cargo, con copia del documento en el que conste, en su caso, la

retribución pactada y de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviere vigente para responder de posibles daños que pudiera causar en el ejercicio de las funciones propias del cargo. La aceptación es voluntaria. Si el nombrado no aceptara o no compareciera, el juez procederá de inmediato a nuevo nombramiento, sin que esta circunstancia tenga consecuencia alguna para el experto inicialmente designado.

Artículo 682

Se exige del experto que desempeñe su cargo con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores y ello no se aviene del todo bien con el sistema diseñado para su nombramiento, que claramente parte del modelo de un encargo profesional del deudor o de los acreedores al experto preseleccionado (lo que se refleja en que la retribución se pacta entre las partes: art. 674.2.2º). Todo ello redundaría en la idea de que debe modificarse el sistema de designación del experto, de acuerdo con lo expuesto en alegaciones anteriores, a fin de hacer que recaiga sobre el juez o sobre los acreedores y deudor a partir de una lista previamente aprobada por la autoridad judicial, pues solo ello sería conforme con la directiva.

- **Artículo ciento setenta y tres**

Libro tercero.

Procedimiento especial para microempresas

Previo

Aunque trate de enmascararse bajo el nombre de “procedimiento especial” nos hallamos ante un verdadero procedimiento concursal, destinado además a aplicarse a la inmensa mayoría de procedimientos de insolvencia de las empresas españolas, por lo que la propia

elección del término “especial” resulta equívoca, pues, en realidad, está llamado a convertirse en el procedimiento general.

Por otra parte, no tiene sentido alguno (ni apariencia de mucha seriedad) dejar todo en manos del propio deudor insolvente, que es quien ha llevado su empresa a la situación de insolvencia. Y todo ello, además, sin supervisión de una administración concursal y, ni tan siquiera, de un abogado.

El procedimiento, además, no solo es innecesariamente complejo, sino que -en la mente del prelegislador- parece fiarse todo a una suerte de “batalla de formularios normalizados”, que navegarán fluidamente por internet hacia la administración de justicia y aquí se irán resolviendo en unos plazos brevísimos (a costa, eso sí, de unos jueces y letrados de la Administración de Justicia exhaustos). De paso, expulsados del proceso concursal (especial) los profesionales del derecho que generan molestos créditos contra la masa, se logrará -así parece pensarse- cobrar en mayor medida el crédito público privilegiado. Estaríamos, en suma, ante una especie de procedimiento concursal “*do it yourself*”, que, sinceramente y ahora en serio, es muy dudoso que vaya a poder funcionar.

Artículo 687

El apartado cuarto establece que “en caso de que el procedimiento se haya declarado en caso de probabilidad de insolvencia, no podrá afectar al crédito público”.

Más allá de la pobreza estilística que denota la redacción del inciso, no hay motivo alguno para excluir de raíz la afectación del crédito público cuando el procedimiento se haya declarado alegando probabilidad de insolvencia. Además, si se tiene en cuenta lo extraordinariamente lábil que es la distinción entre probabilidad de insolvencia e insolvencia inminente, es más que previsible que los deudores aleguen por sistema que se

hallan en situación de insolvencia inminente (sin incurrir en falsedad), por lo que la eficacia práctica de la norma se nos antoja nula.

Se propone: eliminar el inciso “en caso de que el procedimiento se haya declarado en caso de probabilidad de insolvencia, no podrá afectar al crédito público”

Artículo 687 bis

En su apartado cuarto se establece que “Si al menos el setenta y cinco por ciento de los créditos correspondiesen a acreedores públicos, el procedimiento especial solo podrá tramitarse como procedimiento de liquidación”.

Cotejado con el precepto anterior, surge la duda de si en aquellos casos en que el procedimiento haya sido declarado a partir de una mera probabilidad de insolvencia y exista predominancia de crédito público, el procedimiento habrá de ser también necesariamente de liquidación, a pesar de que el crédito público no se vería “afectado”.

Se propone: suprimir el art. 687 bis.4.

Artículo 688

El apartado cuarto dispone que, salvo excepciones, “contra los autos y las sentencias dictadas en el procedimiento especial no cabrá recurso alguno”, lo que supone una notable vulneración de garantías en el proceso y una merma de la tutela judicial efectiva.

Se propone: reintroducir la posibilidad de recurso, siquiera de revisión.

El apartado 6 suprime la necesaria intervención de abogado y procurador, “salvo que se señale expresamente”. Nuevamente nos hallamos ante una conculcación de garantías en el

proceso (no olvidemos que se trata de un proceso judicial) que impide o dificulta gravemente la tutela judicial efectiva y la adecuada defensa, tanto del deudor como de los acreedores.

Se propone: reintroducir la necesaria intervención de abogado y procurador.

Artículo 691 bis

El apartado segundo permite que el procedimiento judicial especial se pueda solicitar presentando un formulario “en las notarías u oficinas del registro mercantil”. No se alcanza a comprender el motivo de imponer a fedatarios y registradores la carga de actuar como “recaderos”, cuando lo único que éstos harán será trasladarlo a la sede judicial electrónica.

Se propone suprimir de la norma el inciso “bien en las notarías u oficinas del registro mercantil”.

Artículo 691 bis

El apartado quinto, en su segundo párrafo contiene una sanción excesiva para los casos en que no se solicite tempestivamente el procedimiento especial, como es que las quitas y esperas que eventualmente pudieran acordarse en un plan de continuación “no afectarán a los créditos tributarios y de Seguridad Social”.

Realmente no se alcanza a comprender por qué este efecto debiera predicarse sólo de estos créditos, como si no afectase negativamente al resto de los acreedores. Y, además, el retraso en la solicitud de concurso (o procedimiento especial) ya tiene su sanción concreta en sede de calificación.

Se propone suprimir el párrafo segundo del art. 691 bis 5.

Artículo 691 ter

Otro tanto cabe decir de la sanción que establece la norma en caso de no comunicar a la TGSS y AEAT el plan de continuación en el plazo de 72 horas: se trata de una consecuencia exorbitante. Además, la norma tan solo refiere la consecuencia a los créditos de la Seguridad Social y olvida a los de la AEAT.

Se propone suprimir el artículo o establecer una sanción distinta, más ponderada.

Artículo 695

El apartado tercero de la norma establece que dentro de los 45 días siguientes a la comunicación de un procedimiento especial, 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 las acciones rescisorias”.

La norma parece considerar que se trata, administrador concursal y experto en reestructuraciones, de categorías fungibles, y que lo mismo sirve uno que otro, cuando el propio Anteproyecto les exige condiciones distintas. En el caso que nos ocupa parece evidente que deberá ser un administrador concursal.

Tampoco está claro cómo haya de desarrollarse esta solicitud de designación y si debe o no -como ocurre con los expertos en el caso de los planes de reestructuración- sugerirse un nombre o debe someterse a turno rotatorio (como ocurre con los administradores concursales), con el resultado más que posible de que acabe saliendo elegido alguien que no ha visto en su vida una acción rescisoria.

Tampoco está justificado que esa posibilidad decaiga a los 45 días de comunicado un procedimiento especial, pues no siempre las conductas rescindibles lucen con tanta claridad y sólo es al cabo de un tiempo (meses quizá) que se advierte la posible rescindibilidad de una concreta actuación. Por la misma razón, no se justifica la perentoriedad del plazo establecido en el apartado primero del artículo (30 días) para poner de manifiesto información relevante de cara a una acción rescisoria.

Se propone modificar el precepto para perfilar mejor el procedimiento de designación del administrador concursal, especificando que el juez designará a una persona que pueda acreditar que reúne experiencia en el ejercicio de acciones rescisorias.

Se propone:

- i) Modificar el apartado primero sustituyendo los 30 días por tres meses.
- ii) Asimismo, se propone modificar el apartado tercero en el siguiente sentido:

“Dentro de los cinco meses siguientes a la comunicación de la apertura del procedimiento especial, los acreedores cuyos créditos representen al menos el veinte por ciento del pasivo total podrán solicitar el nombramiento de un administrador concursal a los efectos del ejercicio de las 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 administrador concursal. El nombramiento que lleve a cabo el juez habrá de recaer sobre profesional que acredite cumplida experiencia previa en el ejercicio de acciones de reintegración”.

El apartado cuarto del art. 695 contiene referencias al experto en reestructuraciones que en lógica coherencia, deberían desaparecer de la norma.

Artículo 698 bis.

En materia de homologación del plan de continuidad una vez aprobado éste por los acreedores, se permite que el deudor o los acreedores puedan solicitar la homologación judicial del plan, en un plazo de diez días (apartado 1). Pero la norma también sienta que, vencido dicho plazo sin haber sido solicitada por nadie la homologación, “el plan se considerará tácitamente homologado” (apartado 2). La pregunta es obvia: ¿para qué sirve entonces la norma del apartado 1? o, dicho de otra manera: ¿quién va a solicitar expresamente algo que se concede implícitamente dejando pasar el tiempo (diez días)?

La respuesta está en el apartado tercero, que excluye de esa homologación tácita aquellos casos de planes que se hayan aprobado “con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto, según se establece en el artículo precedente”. Pero por ello mismo, probablemente fuera suficiente con adicionar un inciso en tal sentido en el artículo 698.8 o reformular el art. 698 bis, para comenzar diciendo que:

“Cuando el plan que se hayan aprobado con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto conforme al artículo precedente o se incluyan créditos de acreedores públicos en el plan, será necesaria la homologación judicial, que podrá ser solicitada por el deudor o cualquier acreedor titular de créditos afectados [...]”

Artículo 704

El precepto permite, en el marco de un procedimiento especial de continuación, la designación de un experto de la reestructuración, a instancias del deudor o de acreedores que representen al menos un determinado porcentaje del pasivo (20 ó 40 %), con funciones de intervención o sustitución de facultades.

A nuestro juicio, parece obviarse el hecho de que nos hallamos en el seno de un procedimiento concursal (por mucho que se disfrace bajo la denominación de “especial”) y lo que procedería, en tales casos, sería la designación de un administrador concursal.

Se propone: sustituir las referencias que se contienen en el precepto al “experto de la reestructuración” por “administrador concursal”.

Artículo 707

La determinación de la forma en que haya de llevarse a cabo la liquidación de los bienes del deudor entendemos que no puede ser decidida por éste, como hace la norma, sino que aquella debe quedar en manos (y bajo la responsabilidad) de un administrador concursal en todo caso.

Se propone: refundir los apartados primero y segundo con la siguiente redacción:

“En la solicitud de apertura del procedimiento especial de liquidación el deudor interesará la designación de un administrador concursal, quien dispondrá de veinte días hábiles desde su nombramiento para presentar un plan de liquidación”.

En lógica coherencia, el actual apartado tercero deberá modificarse en los siguientes términos:

“El plan de liquidación deberá exponer... [sigue el texto actual]. A estos efectos, el plan incluirá una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por el administrador concursal. El plan de liquidación... [sigue texto actual].

El actual apartado quinto ha de modificarse para eliminar la referencia inicial al “deudor”

Artículo 708

Deberá, por subsiguiente, eliminarse la referencia al “deudor” en los apartados primero y segundo.

El apartado tercero de la norma establece que “la liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través del sistema de plataforma electrónica previsto al efecto”.

No se llegan a entender las razones por las que se prefiere una concreta plataforma de liquidación (aún no creada) a las entidades especializadas, que han acreditado flexibilidad y enorme capacidad de respuesta durante la pandemia. De hecho, buena parte del éxito en la agilización de los procesos de liquidación de bienes en concursos durante estos últimos dieciocho meses sin duda tiene que ver con la posibilidad que introdujo la legislación de urgencia de llevar a cabo las actuaciones de liquidación por medio de subastas electrónicas llevadas a cabo por entidades especializadas.

Se sugiere modificar el art. 708.3 en el sentido siguiente:

“La liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través de la plataforma electrónica de liquidaciones o por medio de subasta electrónica por entidad especializada”.

El apartado cuarto de la norma prevé una duración máxima de las operaciones de liquidación de tres meses, prorrogables por un mes más. La norma no pasa de ser un desiderátum, pero desconoce palmariamente lo que ocurre en la realidad práctica.

Se propone elevar el plazo de tres a seis meses, con la posibilidad de solicitar prórrogas adicionales por períodos de tres meses, previa acreditación de su pertinencia.

Artículo 711

Se propone suprimir las referencias al “deudor”, en lógica consecuencia con la alegación realizada al artículo 707.

El apartado segundo contempla dos modalidades para liquidar los créditos que el deudor pudiera tener frente a terceros (la transmisión de créditos y la cesión para el recobro). En realidad, ambas han de considerarse cesión de créditos, con cambio en la persona del titular del crédito. Fundamentalmente se diferencian en la retribución (fija en el primer caso y variable en función del resultado, en el segundo).

En el caso de la cesión del crédito en sentido estricto, la norma exige que, si el descuento es superior al treinta por ciento del nominal del crédito, habrán de presentarse tres ofertas, debiendo ser, al menos una de ella, entidad financiera.

La norma parece pasar por alto que la inmensa mayoría de los créditos que se ceden por parte de empresas en concurso se transmiten a unas tasas de descuento muy superiores al treinta por ciento, lo que hará que se convierta en regla general, por lo que resulta conveniente elevar esa tasa al 50%.

En tales escenarios, parece muy razonable recabar varias ofertas; si bien exigir que una de las ofertas lo sea de una entidad financiera (“o entidad de reconocida trayectoria en el mercado secundario del crédito”) hará que la norma sea de cuasi imposible cumplimiento. No olvidemos que estamos hablando de que la titular del crédito que se cede es una microempresa que, por lo general, no manejará créditos de importes muy elevados. Ello convertirá, en la mayoría de los casos, en muy poco atractivos esos créditos para las entidades financieras e incluso para esas enigmáticas “entidades de reconocida

trayectoria". La consecuencia puede ser que, en determinados casos, no resulte siquiera posible contar con ofertas de esta clase de empresas.

Se propone: eliminar el inciso "*debiendo ser al menos una de ellas de entidades financieras o de entidades de reconocida trayectoria en el mercado secundario del crédito*".

Artículo 714

El precepto abre la posibilidad de que el deudor o los acreedores puedan solicitar la designación de un administrador concursal que sustituya al deudor. A nuestro juicio, la norma abre el campo para la negociación de los honorarios y para un cambio de paradigma del administrador concursal como auxiliar del juez, no suficientemente ponderado. Ni parece un sistema justo, ni transparente de designación, ni creemos que convertir al deudor (y/o acreedores) en clientes del administrador concursal se cohoneste bien con el deber de independencia e imparcialidad que asume este último.

Se propone: declarar que el nombramiento del administrador concursal sea obligatorio en todo caso de procedimiento especial de liquidación, sujetándose su designación a las normas establecidas en el Libro Primero.

La modificación propuesta es plenamente coherente con la alegación efectuada al art. 707.

Por otra parte, el apartado quinto del artículo 714 introduce una curiosa norma, que pretende subordinar el pago de los honorarios del administrador concursal nombrado a solicitud del deudor, al establecer que, en tal caso, "*el cobro se producirá tras la satisfacción del crédito público garantizado*". Se trata de una norma insólita, que pretende privilegiar créditos concursales (siquiera privilegiados) por encima de un crédito contra la masa.

Se propone: suprimir el inciso *“Si lo hubiera solicitado el deudor, el cobro se producirá tras la satisfacción del crédito público garantizado”*.

- **Disposición Adicional segunda**

Referido al reglamento Público concursal, el apartado segundo ordena que reglamentariamente se establezcan “las condiciones para la publicación de las retribuciones fijadas por el administrador concursal en cada procedimiento en el que resulte designado y en todo caso el registro público concursal incorporará el listado con las remuneraciones totales percibidas en el año previo por cada Administrador concursal cuando aquellas superen los 50.000 euros”.

La norma podría suponer una intromisión en la privacidad al suponer la publicación incontestada de datos personales y muy sensibles. Por lo demás, no se alcanza a ver cómo podría darse cumplimiento exacto a la norma, toda vez que una cosa es que se tengan reconocidos o “fijados” honorarios en un concurso por un importe determinado y otra muy distinta es haberlos “percibido” (que es lo que propiamente exige el precepto en su segunda parte).

En la confianza de que se tomen en cuenta todas o algunas de las alegaciones expuestas.

En Madrid, a 25 de agosto de 2021

Fernando Martínez Sanz