

La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte02_2

CARLOS GÓMEZ ASENSIO*

Resumen: El presente capítulo lleva a cabo un análisis de las principales novedades que ha supuesto la transposición de la Directiva 2019/1023 en España, con respecto al régimen jurídico de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. En particular se analizará el nuevo régimen de efectos sobre los contratos y determinadas cláusulas contractuales, sobre las garantías, sobre el régimen de suspensión de las ejecuciones y sobre la exigibilidad del deber legal de solicitar la declaración de concurso.

Palabras Clave: Comunicación de negociaciones, cláusulas ipso facto, suspensión ejecuciones, deber de solicitar la declaración de concurso, crédito público.

Abstract: This chapter carries out an analysis of the main novelties from the transposition of Directive 2019/1023 in Spain, specially, with regard to the legal regime of communication of the opening of negotiations with creditors. In particular, it will analyse the new regime of contracts and contractual clauses effects, secured claims, stay of individual enforcement actions as well as the suspension of debtor's duty to file for the opening of insolvency proceedings.

Keywords: Communication of negotiations, ipso facto clauses, stay of individual enforcement actions, suspension of debtor's duty to file for the opening of insolvency proceedings.

* Profesor Titular Universidad. Departamento Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont” – Universidad de Valencia. Módulo Jean Monnet “Derecho Europeo de la Insolvencia”. (<https://derechoeuropeodelainsolvencia.eu/>).

Sumario: I. Antecedentes y estado de la cuestión. II. Régimen general de comunicación de apertura de negociaciones. III. Régimen de comunicación de apertura de negociaciones del procedimiento especial para microempresas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Antecedentes y Estado de la Cuestión

La transposición de la Directiva 2019/1023¹ al ordenamiento jurídico español ha supuesto una importante reforma en el régimen jurídico de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o moratoria preconcursal, tanto en lo que respecta a su ordenación, como con respecto a sus efectos: ineficacia de las *ipso facto clauses* y las cláusulas de vencimiento anticipado, mantenimiento de garantías de terceros y eficacia de los acuerdos de compensación contractual, régimen de la suspensión de ejecuciones singulares, suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, etc.

Originariamente, la regulación de la moratoria preconcursal se introdujo en el Derecho Concursal español con ocasión de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, siendo su régimen jurídico objeto de sucesivas reformas², hasta alcanzar la redacción contenida en los artículos 583-595 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC)³, en su versión anterior a la transposición de la Directiva 2019/1023⁴.

¹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

² El precepto fue introducido por el art. Único.1 de Ley 38/2011 de 10 octubre de 2011, siendo reformado por el Art. 21.2 de Ley 14/2013 de 27 septiembre de 2013; Art. único.1 del RD 4/2014, de 7 de marzo, posteriormente convalidado por art. Único 1 de la Ley 17/2014 de 30 septiembre de 2014; y Art. único.4.1 de Ley 9/2015 de 25 mayo de 2015.

³ Con carácter referencial sobre este régimen Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones», *Anuario de Derecho Concursal* 50 (2020) 35-44.

⁴ Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 y cuya vigencia termina el 25 de septiembre de 2022.

En dicho cuerpo normativo, el régimen jurídico de la moratoria preconcursal se caracterizaba por el carácter *oper legis* y extrajudicial –ausencia de un control judicial previo–, de los efectos asociados a la comunicación por el deudor⁵, en especial, en lo referente a la suspensión de las ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor, con la salvedad del crédito público, (*automatic stay*), así como la suspensión del deber de solicitar el concurso⁶; en todo caso, la tramitación y contenido de la comunicación se caracterizaban por su componente más formal que sustantivo⁷.

La duración de esta suspensión se extendía, de forma improrrogable, hasta alcanzar un máximo de 3 meses en el caso del deudor empresario, y de 2 meses en el caso del deudor persona natural no empresario (en ambos casos debía añadirse 1 mes adicional de margen para solicitar la declaración de concurso por el deudor), período durante el cual el deudor conservaba intactas sus facultades patrimoniales

⁵ Con carácter general en materia de acuerdos de refinanciación en España, constituye la obra de referencia en la materia, la monografía de Juana PULGAR EZQUERRA, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 2021, quien se ocupa de estas cuestiones en la III Parte de la monografía, p. 410-538.

⁶ Con carácter referencial, pueden consultarle los distintos comentarios publicados sobre el régimen de la moratoria preconcursal en el TRLC aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo de 2020: AA.VV., *Comentario a la Ley Concursal. Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Juana PULGAR EZQUERRA / Francisco Javier ARIAS VARONA, coord. Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ / Jose Justo MEGÍAS QUIRÓS, 2 vol., Madrid: La Ley, 2020; AA.VV., *Comentario al texto refundido de la ley concursal. Comentario judicial, notarial y registral*, dirs. PRENDÉS CARRIL, Pedro, FACHAL NOGUER, Núria, 2 vol. Cizur Menor: Aranzadi, 2021; AA.VV., *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Abel VEIGA COPO, coord. Miguel Ángel MARTÍNEZ MUÑOZ, 2 vol. Pamplona: Civitas, 2021; AA.VV., *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, dir. Juan Ignacio PEINADO GRACIA / Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, coord. Eva CASCALES DOMÍNGUEZ, 4 vol. Madrid: Sepin, 2020.

⁷ En este sentido, el art. 583 TRLC (versión anterior a la transposición) no establecía un contenido específico para dicha comunicación más allá de la obligación de comunicar qué tipo de acuerdo estaba negociando con sus acreedores (acuerdo de refinanciación, propuesta anticipada de convenio o acuerdo extrajudicial de pagos), indicar las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio con indicación de las que lo hacen sobre los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor y, en su caso, solicitar el carácter reservado de la comunicación ex. art. 585.3 TRLC (versión anterior a la transposición).

Acerca de este régimen de comunicaciones, en detalle, Eduardo AZNAR GINER, *La comunicación preconcursal de apertura de negociaciones, insolvencia y concurso de acreedores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

(*debtor in possession*), puesto que, formalmente, no se había producido declaración de concurso alguna, con independencia del régimen de deberes aplicable a los administradores sociales en dicho escenario⁸.

Ahora bien, la suspensión de las ejecuciones individuales producía diferentes efectos atendiendo a la naturaleza del crédito afectado, en especial, por lo que respecta a los créditos con garantía real, en función del “carácter necesario para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor del bien” sobre el que se hubiera constituido la garantía⁹; así como también, con respecto a los acreedores de pasivos financieros¹⁰.

El 5 de agosto de 2021 se publicó el Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (PLTRLC), texto prelegislativo que, tras sufrir diversas modificaciones, por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2021, fue remitido a las Cortes Generales para su tramitación, publicándose el 14 de enero de 2022 el Proyecto de Ley de Texto Refundido de la Ley Concursal (PLTRLC).

La tramitación parlamentaria del texto del PLTRLC ha estado presidida por la presentación de un importante número de enmiendas tanto

⁸ Acerca de este régimen de deberes, con independencia que el mismo será tratado en profundidad en otro capítulo de esta obra, véase en referencia a la situación en el TRLC (versión anterior a la transposición) Carlos GÓMEZ ASENSIO, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 34 (2021) 55-172; Eva RECAMÁN GRAÑA, «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 32 (2020) 127-143.

⁹ En detalle sobre el régimen de suspensión de los créditos con garantía real en el preconcurso Petra María THOMÀS PUIG, «Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 45-80, quien analiza el régimen de los efectos de la moratoria preconcursal sobre estas garantías con el texto del TRLC (versión anterior a la transposición) y los textos normativos proyectados del vigente TRLC.

¹⁰ Respecto los acreedores titulares de pasivos financieros el art. 590 TRLC (versión anterior a la transposición) regula un auténtico pacto de *stand still* del 51% del pasivo financiero total, mientras que el art. 591 TRLC (versión anterior a la transposición) con respecto a los acreedores titulares de garantías reales, otorga a los mismos el privilegio de la ejecución de su garantía, sin perjuicio que después se vea paralizada por afectar a bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Respecto al procedimiento para reconocimiento de dicho carácter necesario véase Marta CERVERA MARTÍNEZ, «Comentario al art. 591», in Juan Ignacio PEINADO GRACIA / Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, coord. Eva CASCALES DOMÍNGUEZ, 4 vol. Madrid: Sepin, 2020.

en el Congreso de los Diputados – 607 en total¹¹ – como en el Senado – 252 en total¹² –, así como de un intenso debate doctrinal y profesional durante los más de 7 meses que se ha prolongado su tramitación.

Finalmente, España llevaba a cabo la transposición de la Directiva 2019/1023 mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal¹³(TRLC), publicada en el Boletín Oficial del Estado el pasado 6 de septiembre.

El nuevo TRLC español es una norma de 755 artículos dividida en 4 libros: El Libro Primero «Del concurso de acreedores», de aplicación a cualquier persona física o jurídica a excepción de las microempresas, en el cual se contiene la regulación de las instituciones propias del concurso de acreedores, incluyendo el régimen de exoneración de deudas; el Libro Segundo «Del Derecho Preconcursal», de aplicación a cualquier persona física o jurídica que se dedique a una actividad empresarial o profesional salvo las microempresas, cuya finalidad es la reestructuración empresarial a través del régimen de los planes de reestructuración; el Libro Tercero «Procedimiento especial para microempresas», con la finalidad de procurar a las mismas un cauce especializado para su reestructuración (procedimiento especial de continuación) o su liquidación (procedimiento especial de liquidación), con conexiones en ambos casos con el régimen de exoneración de deudas para el caso que la microempresa sea titularidad de un empresario individual; y por último, un Libro Cuarto «De las normas de Derecho Internacional Privado», que tienen por objeto regular los aspectos internacionales del concurso de acreedores y también del Derecho preconcursal.

¹¹ El texto de las enmiendas se encuentra disponible en <https://www.congreso.es/public_oficiales/LI4/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-3.PDF>.

¹² El índice de enmiendas presentadas, retiradas y votos particulares en sede de tramitación parlamentaria en el Senado e encuentra disponible en <<https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=14&id1=621&id2=000055#Comision6>>.

¹³ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

En consecuencia, el vigente TRLC prevé una doble regulación del régimen de comunicación de negociaciones con los acreedores o moratoria preconcursal, en función del sujeto instante: Una primera regulación que puede calificarse de “general”, de aplicación al deudor persona natural o jurídica que ejerza una actividad empresarial o profesional, recogida en el Libro Segundo «Del Derecho Preconcursal», en su Título II «De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores»; y otra regulación especialmente prevista para el caso que el deudor sea una microempresa, contenida en el Libro Tercero «Procedimiento especial para microempresas», en su Título I «Reglas Comunes», Capítulo 2 «Negociación y apertura del procedimiento».

Partiendo de los antecedentes legislativos expuestos y tomando en consideración la actual ordenación del Derecho preconcursal español, se expondrá a continuación el contenido del régimen de comunicación de negociaciones tanto en sede del Libro Segundo, como del Libro Tercero del TRLC.

II. Régimen General de Comunicación de Apertura de Negociaciones

El vigente régimen “general” de comunicación de negociaciones con los acreedores se contiene en los arts. 585-613 del TRLC, ordenado en torno a 3 capítulos: «I. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores»; «II. De los efectos de la comunicación»; y «III. De la exigibilidad de deber legal de solicitar el concurso y de la causa legal de disolución de la sociedad».

1. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

El Capítulo I principia con el art. 585 TRLC, delimitador del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones, el cual establece la posibilidad de presentación de dicha comunicación cuando el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia¹⁴, insol-

¹⁴ De conformidad con el art. 584.2 TRLC: “Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que vengan en los próximos dos años”.

vencia inminente¹⁵ e incluso, insolvencia actual¹⁶, siempre y cuando no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario¹⁷. En este último supuesto, si la empresa es económicamente viable, su reestructuración está justificada, pues con ella se evitan los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal¹⁸.

Por lo que respecta al presupuesto temporal de la comunicación, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 609 TRLC, una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año desde la presentación. Esta limitación atiende tanto a la prevención de comportamientos oportunistas del deudor, como al propio carácter finalista de la comunicación de negociaciones como medio para salvaguardar la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo de la empresa.

En cuanto al contenido de la comunicación, que deberá hacerse por que deberá hacerse a través de la sede judicial electrónica o por medios telemáticos o electrónicos, el art. 586 TRLC supone un punto de inflexión con respecto al contenido meramente formal del régimen precedente anteriormente referenciado. El régimen vigente exige al deudor completar un contenido mínimo de la comunicación, el cual

¹⁵ El art. 2.3 TRLC establece que: «La insolvencia podrá ser actual o inminente... Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

¹⁶ De conformidad con el art. 2.3 TRLC: «La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles».

¹⁷ Una magistral distinción entre los tres estados de insolvencia puede encontrarse en Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023).

¹⁸ En estos términos justifica la redacción del presupuesto objetivo de la comunicación de negociaciones Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 51-53.

Igualmente, el Considerando 2 de la Directiva 2019/1023: «Los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables. Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto».

incluye entre otros: las razones que la justifican; los acreedores con los que se va a negociar (delimitación del pasivo); actividad desarrollada, así como el importe del activo y del pasivo, la cifra de negocios y el número de trabajadores al cierre del ejercicio inmediatamente anterior; bienes, derechos y contratos necesarios para la continuación de la actividad empresarial; circunstancias excepcionales que puedan acontecer; o la acreditación de encontrarse al corriente de las obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y la Agencia Tributaria (AEAT), si se pretende que el futuro plan de reestructuración afecte al crédito público¹⁹.

Esta mayor exigencia con respecto al contenido de la comunicación es la contrapartida al mantenimiento de la ausencia de control judicial previo sobre su contenido, en cuanto requisito para la activación de los efectos asociados a la comunicación, modelo por el que también opta Portugal²⁰.

De esta forma, es el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), el que lleva a cabo el control formal de la comunicación (art. 588 TRLC), si bien el TRLC ha incorporado mecanismos de control de la competencia judicial internacional y territorial, tanto de oficio como a instancia de parte, de conformidad con los requerimientos del Reglamento (UE) 2015/848.

En lo que concierne a la publicidad de la resolución, el art. 591 TRLC dispone su publicación en el Registro Público Concursal salvo que, en la propia comunicación, el deudor hubiera solicitado su carácter reservado, cuyo levantamiento puede solicitar en cualquier momento.

¹⁹ Este mayor desarrollo del contenido de la comunicación encuentra su equivalente en el Artigo 17.º-C, nº.3 del Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), si bien el mismo precepto en su ap.4 contiene una regla especial para microempresas, optando así por una regulación unificada del contenido de la comunicación, frente al modelo dual español.

²⁰ Artigo 17.º-C, nº.5 en relación con artigo 17.º-E CIRE.

Esta situación contrasta con el modelo Alemán de la *The Stabilization and Restructuring Framework Act* (StaRUG), en cuyas (S. 49-59) se regula la concesión por el órgano judicial de la “Stabilisation order” a petición del deudor, quien debe acompañar: la notificación sec 31; un borrador de plan de reestructuración actualizado; un plan financiero que cubra un período de 6 meses y contenga una descripción razonablemente fundada de los fondos necesarios para la continuación de la actividad durante ese período, pudiendo el órgano judicial rechazar la solicitud, entre otras causas, porque considere que no hay expectativas de adopción o confirmación del plan propuesto duración.

Finalmente, por lo que respecta a los mecanismos de tutela de los acreedores frente a la presentación de la comunicación por el deudor, estos podrán presentar recurso de revisión contra la resolución del LAJ por los motivos consignados en el art. 590.3 TRLC. Entre dichos motivos, destaca el carácter innecesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional de los bienes indicados como tales por el deudor en su comunicación, lo que, en relación al art. 604 TRLC, determinará la posibilidad por los acreedores de iniciar o reanudar ejecuciones singulares, tal y como se expondrá en el siguiente apartado.

2. De los efectos de la comunicación

El punto de partida en el análisis de los efectos asociados a la comunicación de apertura de negociaciones es la vigencia del principio *debtor in possession* (art. 594 TRLC), en línea con lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva 2019/1023, incluso para el caso que el nombramiento de un experto en reestructuración fuera necesario o así se decidiera²¹, puesto que las funciones desarrolladas por este nuevo profesional consisten en la asistencia al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración²², sin que ello implique la intervención o suspensión de las facultades de administración del deudor, como sí sucede en caso de nombramiento de un administrador concursal.

Por lo que respecta a los efectos de la comunicación sobre los créditos, el vigente art. 595 TRLC es continuista con la regulación

²¹ De conformidad con el art. 672 TRLC: “El nombramiento de experto en la reestructuración sólo 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 (...); 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”.

²² Art. 679 TRLC. Acerca del régimen jurídico del experto en la reestructuración, Ángel MARÍN TORRES, «El Experto en la reestructuración», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 199-210.

precedente, al declarar que la comunicación por sí sola no producirá el vencimiento anticipado de los créditos, así como la ineficacia de las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, lo cual no obsta para la eficacia de aquellas cláusulas contractuales que prevean dichos efectos por circunstancias distintas²³.

De igual forma el art. 596 TRLC regulador de las garantías frente a terceros, al igual que su precedente, mantiene la vigencia de las garantías personales o reales de terceros de las que disponga el acreedor en el marco de la comunicación de negociaciones, si bien el art. 596. 3 TRLC, introduce una importante excepción en relación con las garantías intragrupo o garantías contextuales: Estas garantías quedan afectadas por los efectos suspensivos de la comunicación de negociaciones, cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora, acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora²⁴.

Por su parte, una de las principales novedades derivadas de la transposición de la Directiva 2019/1023 es la relativa a la ineffectuación de las cláusulas *ipso facto* en sede de comunicación de apertura de negociaciones (art. 597 TRLC, principio general de vigencia de los contratos), efecto que, hasta ahora, solo se preveía en la legislación concursal española una vez declarado el concurso de acreedores²⁵.

²³ Así lo apunta, Francisco AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal* 55 (2022) 157 que: “A pesar de la generalidad de este inciso final, parece evidente que no pueden verse afectadas por la neutralización de cláusulas ipso facto aquellas cláusulas de las que resulte la resolución, extinción o ineffectuación del contrato, aunque acontezca al tiempo de la declaración de concurso o del preconcurso, pero que no se basen o activen precisamente en estas circunstancias, siempre que tengan una razón justificativa suficiente”.

²⁴ Esta particularidad se explica para el caso que, la ejecución por un acreedor de la garantía prestada por otra sociedad perteneciente al mismo grupo que el deudor, pudiera provocar la insolvencia de la sociedad garante y, por ende, la del propio deudor perteneciente a ese mismo grupo, lo que provocaría de facto la frustración de las negociaciones para alcanzar el plan de reestructuración con el deudor. Abundando en esta regla, Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto», 53-54.

²⁵ En este sentido, Patricia CIFREDO ORTIZ, «Los contratos en la reestructuración preventiva» en Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 283: “Los créditos anteriores a la comunicación quedan sometidos a la solución de la reestructuración y se satisfarán

Ahora bien, esta regla no obsta para la eficacia de cláusulas de resolución contractual por circunstancias distintas a la presentación de la comunicación (art. 598.1 TRLC), si bien dicha resolución no se pondrá instar en el caso de “*contratos* necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor” (art. 598.2 TRLC), concepto que no tiene definición legal en el ordenamiento jurídico español – no así en el portugués²⁶ –, el cual deberá cohonestarse con el tradicional “*bienes* necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor” referido anteriormente²⁷.

Por otro lado, el art. 599 TRLC consagra la plena eficacia de los acuerdos de compensación contractual en el marco de los acuerdos de garantía financiera²⁸, superando la falta de claridad de la regulación precedente que había propiciado interpretaciones doctrinales y judiciales a favor de la extensión de los efectos suspensivos de la comunicación de negociaciones a este tipo de acuerdos²⁹. De esta forma, la nueva redacción del art. 599 TRLC establece claramente la excepción de este

con arreglo a los criterios que en ésta se establezcan, esto es, no en su integridad. Sin embargo, los créditos posteriores a la comunicación quedan fuera del plan de reestructuración, teniendo un tratamiento parecido al de los créditos contra la masa, los cuales se satisfacen a sus respectivos vencimientos, sin esperar el desarrollo del procedimiento”.

²⁶ Artigo 17.º-E, nº.11.

²⁷ En este sentido, Francisco AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto», 158: “Existe en nuestro Derecho el concepto de bien o derecho necesario para la actividad (arts. 145, 146, 206, 214, 329, 583, 585, 588, 591, 593, 636 ó 669 TRLC, versión anterior a la transposición), pero no el de “contrato necesario” para la actividad. Pero la interpretación debería ser plenamente congruente. El Anteproyecto cita entre estos contratos necesarios, a “los contratos de suministro”, pero no es más que una referencia ejemplificativa y no limitativa. De hecho, el Considerando n.º. 41 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia añade a los ejemplos los contratos de arrendamiento y de licencia o los acuerdos de franquicia, y el artículo 7.4 de la Directiva precisa algo más señalando que merecen tal consideración los contratos “necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa [...] cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor”.

²⁸ Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, norma transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

²⁹ Sobre este particular véase Carlos GÓMEZ ASENSIO, «La eficacia de las cláusulas de compensación de saldos en la Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal* 51 (2020) 157-170.

tipo de acuerdos de los efectos suspensivos de las ejecuciones propios de la comunicación de apertura de negociaciones³⁰.

Con todo, los efectos de mayor transcendencia asociados a la comunicación de apertura de negociaciones son los referentes tanto a la prohibición de inicio de ejecuciones singulares sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (art. 600 TRLC)³¹; como la suspensión legal de las ejecuciones en tramitación (art. 601 TRLC); ambas por un período máximo de 3 meses, a salvo de la eventual prórroga por hasta 3 meses adicionales solicitada por el deudor o acreedores (representativos del 50% del crédito que puede resultar afectado por el plan), en los términos del art. 607 TRLC³².

Todo ello, sin perjuicio de un eventual levantamiento de la prórroga, el cual puede ser solicitado incluso por un solo acreedor que acredite que la misma ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan de reestructuración (art. 608.1 p.3 TRLC); y sin perjuicio de la posibilidad para cualquier acreedor de solicitar su exclusión de los efectos de la prórroga si esta pudiera causarle un perjuicio injustificado, en particular, si pudiera provocar su insolvencia actual o una disminución significativa del valor de la garantía que tuviera el crédito de que fuera titular (art. 608.3 TRLC), lo que constituye una verdadera cláusula de salvaguarda para el acreedor singular frente a eventuales efectos perniciosos derivados de un uso instrumental de la comunicación de negociaciones.

Ahora bien, siendo estas las líneas maestras que configuran el régimen de suspensión y prórroga de las ejecuciones individuales debe tomarse en consideración que, el legislador español, ha optado por

³⁰ Esta era una de las posibilidades de actuación con las que contaba el legislador nacional en el art. 7.6 de la Directiva 2019/1023 al transponer la misma, en relación al art. 31.1 b) de la propia Directiva. A este respecto Francisco AZOFRA VEGAS, «Las cláusulas ipso facto», 162-164.

³¹ A este respecto recuérdese que el control del carácter necesario o no de dichos bienes se realizará con ocasión del recurso de revisión frente a la resolución del LAJ teniendo por efectuada la comunicación de negociaciones (art. 590 TRLC), determinando en consecuencia la posibilidad de los acreedores para iniciar o reanudar ejecuciones ex. art. 604 TRLC.

³² Nótese la diferente con el régimen portugués, el cual prevé una prórroga inicial de hasta 4 meses de duración, con posibilidad de prórroga de hasta un mes adicional, de conformidad con lo establecido en el Artigo 17.^º-E, nº.1 y nº 2, respectivamente.

permitir que el deudor pueda diseñar un régimen de suspensión *tailor-made*. En este sentido, el art. 602 PLTRLC otorga al deudor la facultad de solicitar al juez extender la prohibición de iniciación de ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, o a la suspensión de las ya iniciadas sobre todos o algunos de los demás bienes o derechos distintos de los referidos anteriormente, contra uno o varios acreedores individuales o contra una o varias clases de acreedores, siempre que todo ello resulte necesario para asegurar el buen fin de las negociaciones³³.

Ahora bien, se prevén dos importantes excepciones a este régimen general de suspensión de ejecuciones: La primera, contemplada en el art. 603 TRLC, en relación con los acreedores titulares de garantías reales – incluso por deuda ajena cuando el deudor sea una sociedad del mismo grupo a salvo de la especialidad del art. 596.3 TRLC antes expuesta –, quienes, no obstante la comunicación de negociaciones, podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes o derechos gravados, salvo que la garantía recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, en cuyo caso, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo por plazo de 3 meses. Sin embargo, el precepto no establece que dicha suspensión pueda extenderse por otros 3 meses para el caso de adopción de una eventual prórroga ex. art. 607 TRLC, si bien, una interpretación integradora del mismo, debería llevar a la conclusión que dichos efectos suspensivos deberían también extenderse en el caso de acordarse una prórroga.

Con este artificio procesal se respeta las notas de oponibilidad *erga omnes* y reipersecutoriedad, propias de las garantías reales, previniendo asimismo una eventual la frustración de la negociación del plan de reestructuración derivada, precisamente, de la ejecución de dichas garantías³⁴.

³³ En todo caso, de conformidad con el art. 602.3 TRLC cabe recurso de reposición contra el Auto del juez que acuerde esta extensión de efectos suspensivos.

³⁴ Así lo señala Francisco AZOFRA VEGAS, «Paralización de ejecuciones en el preconcurso. El caso particular de las ejecuciones de garantías reales», *Revista General Insolvencias & Restructuraciones* 3 (2021) 102, quien, apunta también una posible carencia de fundamento del sometimiento de los titulares de garantías por deuda ajena a las mismas limitaciones con respecto su ejecución que a los titulares de garantías por deuda propia p.107. «Pero, a diferencia de cuando se procede contra el deudor que ha hecho la comunicación por garantía real en aseguramiento de la deuda propia,

La segunda exclusión de los efectos suspensivos de las ejecuciones asociados a la comunicación de apertura de negociaciones es la referente al crédito público, el cual ex. art. 605 en relación con el art. 606 TRLC, se considera una categoría de acreedores no afectados por la suspensión de ejecuciones singulares, si bien el art. 605 p2 TRLC matiza esta exclusión³⁵.

Este tratamiento privilegiado del crédito público ha generado un controvertido debate doctrinal y profesional, puesto que, habida cuenta de la autotela ejecutiva de la que goza la administración pública, la exclusión del crédito público de los efectos suspensivos de las ejecuciones singulares en sede de comunicación de negociaciones – sin perjuicio de aplicación de su propia normativa en materia de acuerdos de aplazamientos y fraccionamientos³⁶ –, puede suponer una efectiva frustración de las negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración³⁷.

cuando el deudor responde por responsabilidad real por deuda ajena, el acreedor real no está llamado a la negociación del plan de reestructuración, ni el crédito garantizado puede ser modificado en ese plan de reestructuración...podría parecer excesivo que ese titular de garantías reales haya de quedar, sin embargo, afectado por el *stay*".

³⁵ Art. 605. p.2 TRLC: "Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo. Cuando la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, exclusivamente en la fase de realización o enajenación. En ambos casos, la suspensión, en su caso, acordada decaerá perdiendo toda su eficacia una vez transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos la suspensión, sin que sea preciso dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia".

³⁶ Con carácter monográfico sobre el tratamiento concursal del crédito público: AA.VV., *El crédito tributario en el proceso concursal perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, dir. Gemma PATÓN GARCÍA, coord. Gabriela ULAS, Madrid: Wolters Kluwer, 2022. En especial César GARCÍA NOVOA, «Indisponibilidad del crédito tributario y situaciones concursales y preconcursales», in Gemma PATÓN GARCÍA, *El crédito tributario en el proceso concursal perspectivas ante un nuevo escenario económico y legislativo*, Madrid: Wolters Kluwer, 2022, 19-59.

³⁷ Analizando los fundamentos de esta exclusión en relación con las posibilidades del art. 6.4 de la Directiva 2019/1023, así como los informes prelegislativos que la sustentan, Cayetana LADO CASTRO-RIAL, «El crédito público en el proyecto de ley de reforma concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 164-167, quien reconoce que: "se aprecia cierta incoherencia en el régimen de los efectos de la comunicación si examinamos el previsto para las clases de acreedores en los

Las críticas a este tratamiento privilegiado han sido especialmente intensas en sede de concurso del empresario individual, en relación a su conexión con el tratamiento también privilegiado de dicho crédito en sede exoneración de deudas³⁸.

En todo caso nótese como, por lo que respecta a los salarios de los trabajadores, la norma española, vía art. 606 TRLC en relación con el art. 616.2 TRLC, que declara como créditos no susceptibles de afectación por el plan de reestructuración a los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección, excluye también de los efectos suspensivos asociados a la comunicación de apertura de negociaciones a los créditos derivados de relaciones laborales³⁹, al igual que sucede en Portugal⁴⁰.

Por último y en relación con el deber de solicitar la declaración de concurso, el art. 610 TRLC, regula los efectos suspensivos de las

planes de reestructuración, por cuanto que el artículo 616 del Proyecto de Reforma sí permite afectar a los créditos de derecho público (con limitaciones), y, a pesar de esta circunstancia, los acreedores públicos no van a verse afectados por la suspensión, pudiendo, por tanto, durante la fase de negociaciones, iniciar o continuar cualesquiera ejecuciones dirigidas contra bienes integrantes del patrimonio del deudor, minorando el activo disponible para la reestructuración. Ello exigirá, a nuestro juicio, una especial diligencia por parte del deudor en relación al cumplimiento de dichas obligaciones tributarias y de seguridad social, a los efectos de solicitar y obtener aplazamientos/fraccionamientos de forma tempestiva, sin incurrir en impagos, pues la existencia de deudas en período ejecutivo podría llegar a poner en peligro la reestructuración, al ser susceptible de privar al deudor de liquidez para culminarla con éxito”.

³⁸ Por todos, Álvaro SENDRA ALBIÑANA, «A vueltas con el crédito público y la segunda oportunidad: análisis preliminar del anteproyecto de ley de reforma de la ley concursal», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal* 7 (2021); Matilde CUENA CASAS, «Reforma concursal y exoneración del pasivo insatisfecho ¿Avance o retroceso?», *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid* 103 (2022) 30-35

³⁹ En este sentido Antonio José MUÑOZ NAVARRO, «La suspensión de las ejecuciones singulares en fase preconcursal» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, dir. *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 257: “Por tanto, los créditos de los trabajadores quedan excluidos de la suspensión de ejecuciones singulares, al tratarse de un crédito que en ningún caso puede quedar afectado por el plan de reestructuración”.

⁴⁰ En Portugal resulta notable la exclusión de los efectos suspensivos de las medidas de ejecución de las acciones ejecutivas dirigidas al cobro de los créditos derivados del contrato de trabajo, ex. Artigo 17.º-E, nº.4.

En España esta exclusión no resulta tan clara, sino que debe llegarse a ella por la vía del reenvío comentada en el texto, a este respecto, Francisco AZOFRA VEGAS, «Paralización de ejecuciones en el preconcurso», 94-96.

solicitudes de concurso presentadas por acreedores u otros legitimados después de haber llevado a cabo el deudor la comunicación de negociaciones. Estas solicitudes quedarán en suspenso todo el período de tiempo que dure la suspensión de ejecuciones incluidas sus prórrogas, y solo se proveerán cuando, superado el período de suspensión de ejecuciones, hubiera transcurrido 1 mes sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso.

3. De la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso

Cierra el régimen jurídico general de comunicación de negociaciones, la regulación referente a la exigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor.

A este respecto, el art. 611 TRLC regula otro gran efecto derivado de la *stay* preconcursal: la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor mientras estén en vigor los efectos de la comunicación de negociaciones. Desde la perspectiva del deudor, el art. 611 TRLC constituye contrapunto al antes comentado art. 610 TRLC, al conceder al deudor un plazo de 1 mes para solicitar el concurso de acreedores una vez superado el período de suspensión de ejecuciones y su eventual prórroga.

Por su parte el art. 612 TRLC regula, junto al art. 637 TRLC en sede de homologación de los planes de reestructuración, uno de los mecanismos que prevé la regulación española para hacer frente al riesgo de comportamientos obstrucciónistas del deudor. En este sentido, el art. 612 TRLC permite que, durante el período de vigencia de los efectos de la comunicación de negociaciones, a petición del experto en la restructuración, si hubiera sido nombrado, o acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, pueda dejarse sin efecto por el juez la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor⁴¹. Esta previsión

⁴¹ A este respecto, en sede de análisis del art. 637 TRLC señala Francisco GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto», que: “El objetivo de esta regla es prevenir que mediante la solicitud de concurso, el deudor acabe frustrando *in extremis* la adopción de un plan de reestructuración cuya negociación está muy avanzada, y se concibe típicamente para los supuestos en los que ese plan se pretenda homologar en contra de la voluntad de los socios”.

frente a comportamiento obstrucciónistas del deudor tiene su contrapartida en la prevención del riesgo de expropiación por los acreedores, pues no será posible la activación de dicho mecanismo al deudor persona natural ni a las sociedades cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales (art. 612.3 TRLC).

Finalmente, el régimen de exigibilidad del deber de solicitar la declaración de concurso por el deudor se cierra con el art. 613 TRLC que, en clave societaria, prevé para las sociedades de capital, durante la vigencia de los efectos de la comunicación, la suspensión del deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social⁴², cuestión que de nuevo entraña con el régimen de responsabilidad de los administradores sociales en la proximidad a la insolvencia⁴³.

III. Régimen de Comunicación de Apertura de Negociaciones del Procedimiento Especial para Microempresas

Como se ha señalado en el primer epígrafe de este trabajo, el nuevo y prevé un Libro Tercero de aplicación exclusiva y excluyente al deudor que revista la condición de microempresa tal y como la define la propia norma⁴⁴, sin perjuicio de la aplicación supletoria ex art. 689 TRLC, de

⁴² El art. 363.1 e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) establece que: “La sociedad de capital deberá disolverse Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

⁴³ Se han ocupado del tema, en relación con la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso y la moratorias COVID al deber de solicitar la declaración de concurso, Francisco MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, «La responsabilidad por deudas de los administradores. (Regulación extraordinaria COVID-19)», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones* 1 (2021) 103-120; Freda VALENCIA GARCÍA, «Administradores en Estado de Alarma», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 187-192.

⁴⁴ El art. 685 TRLC define qué debe entenderse como microempresas a efectos de aplicación de este Libro especial: “Deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características: 1.^a Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. Este requisito se entenderá cumplido cuando el número de horas de trabajo realizadas por el conjunto de la plantilla sea igual o inferior al que habría correspondido a menos de diez trabajadores a tiempo completo; 2.^a Tener un

lo establecido en los Libros Primero y Segundo, con las adaptaciones que resulten precisas para acomodar los principios que presiden el procedimiento especial y sus reglas.

Por lo que respecta al presupuesto objetivo de aplicación, el mismo refiere a aquellas microempresas que se encuentren en probabilidad de insolvencia (en cuyo caso no podrá afectar al crédito público ex. art 685.4 TRLC), en estado de insolvencia inminente, o en insolvencia actual. Igualmente, pesa sobre las microempresas el deber legal de solicitar la apertura del procedimiento especial dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual (art. 686 TRLC).

Situados en este contexto, formalmente, solo aparece un precepto en todo el Libro Tercero, el art. 690 TRLC, dedicado a la regulación a comunicación de la apertura de negociaciones para microempresas. Ahora bien, no es posible llevar a cabo un análisis satisfactorio del régimen jurídico de dicha institución, sin destacar sus conexiones con otras instituciones y particularidades propias del procedimiento especial de microempresas, en especial, por lo que respecta al tratamiento del crédito público.

Así las cosas, el art. 690.1 TRLC establece el mismo presupuesto objetivo para la comunicación de negociaciones que en el Libro Segundo, si bien, a continuación, en el art. 690.2 TRLC ya establece la primera particularidad, a saber, la presentación de la comunicación por medios electrónicos a través de formulario normalizado.

En este sentido, uno de los principios rectores del procedimiento especial de microempresas, por influencia del Chapter 11 del us Code⁴⁵, es la tramitación telemática y el uso de formularios normalizados como forma de celebración y notificación ordinaria de los actos procesales (art. 687 TRLC). De esta forma, la comunicación de negociaciones no es una excepción a este principio y la misma deberá realizarse

volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud”.

⁴⁵ A este respecto analizándose el régimen del uso de los formularios en el ámbito del Chapter 11 del us Code, Carlos GÓMEZ ASENSIO, *Los acuerdos de reestructuración en la directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019, 90-104, pudiendo encontrar en los Anexos de la Obra un extracto de los principales forms utilizados en el ámbito del Chapter 11 del us Code.

por vía telemática a través del formulario pre establecido al efecto, cuyo contenido supone una adaptación del contenido de la comunicación (art. 586 TRLC), antes analizado en sede del Libro Segundo.

Por lo que respecta a los efectos de la comunicación de negociaciones, el art. 690.3 TRLC lleva a cabo una remisión general al régimen ya comentado del Libro Segundo, si bien establece una serie de especialidades que deben ser objeto de comentario:

En primer lugar, por lo que respecta a la duración de los efectos asociados a la comunicación de negociaciones, en el procedimiento especial para microempresas se excluye su prórroga ex. art. 690.3.3º TRLC, por lo que su duración no podrá extenderse más allá de 3 meses⁴⁶.

En segundo lugar, y por lo que respecta al régimen de la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso, el art. 690.3.5º TRLC, establece la suspensión de las solicitudes de concurso presentadas por acreedores u otros legitimados después de haber llevado a cabo el deudor la comunicación de negociaciones, las cuales solo se proveerán (art. 690.3.6º TRLC) cuando, transcurridos los 3 meses del período de negociaciones, hubieran transcurrido 5 días hábiles sin que el deudor hubiera solicitado la declaración de concurso. En definitiva, ambos preceptos suponen una traslación al procedimiento especial para microempresas del régimen establecido por el art. 610 TRLC en sede del Libro Segundo.

Por su parte, el art. 690.3. 7º TRLC constituye el equivalente al art. 611 TRLC en el ámbito del Libro Segundo, si bien el precepto concede tan solo al deudor microempresa un plazo de 5 días hábiles para solicitar el concurso de acreedores una vez superados los 3 meses del período de negociaciones.

Por último, cierra el contenido del régimen de la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso, el art. art. 690.3. 8º TRLC que, al igual que el art. 613 TRLC en sede del Libro Segundo, establece la suspensión del deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la

⁴⁶ A este respecto señala el autor del texto prelegislativo, Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 220 que: “Tres meses parecen suficientes para acordar un plan de una empresa de estas características, y una prolongación forzosa parecería un sacrificio excesivo para los acreedores (aunque, naturalmente, nada obliga a los acreedores a ejecutar si transcurre el plazo y aquéllos creen que el deudor puede ser viable)”.

mitad del capital social durante la vigencia de los efectos de la comunicación de negociaciones.

En tercer lugar, en relación con el principio *debtor in possession*, el art. art. 690.3. 2º TRLC establece el carácter no preceptivo del nombramiento de un experto en la reestructuración, lo cual constituye una especialidad con respecto a los supuestos en los que el art. 672 TRLC en sede del Libro Segundo dispone su nombramiento, si bien en todo caso, dicho nombramiento no supone un desapoderamiento del deudor, tal y como se ha expuesto anteriormente.

Con todo, la especialidad del procedimiento de microempresas que, sin duda resulta más destacable, es la recogida en el art. 690.3. 4º TRLC: «La suspensión de ejecuciones no podrá afectar en ningún caso a los acreedores públicos».

Ahora bien, al igual que se ha expuesto en el epígrafe anterior en sede de análisis del “régimen general” de comunicación de apertura de negociaciones, esta regla general de exclusión del crédito público respecto los efectos suspensivos de la ejecución ha sido objeto de matización en el art. 690.3 4º p.2 TRLC⁴⁷.

Esta matización es especialmente importante en sede de microempresas, puesto que habida cuenta de las características de la estructura de capital de las mismas (empresa familiar), su elevado grado de apalancamiento financiero, su escaso margen financiero de maniobra, así como el mayor porcentaje que suele representar el crédito público para estas empresas en comparación con otras de mayor tamaño, la posibilidad de suspensión de las ejecuciones singulares dirigidas contra bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, permiten al mismo continuar con su actividad y salvaguardar la prima de reestructuración (*going concern surplus*), permitiendo la negociación de un plan de continuación real, habida

⁴⁷ Art. 690.3 4º p.2 TRLC: “Si la ejecución recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, una vez iniciado el procedimiento de ejecución, se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación por el juez que esté conociendo del mismo. Cuando la ejecución sea extrajudicial, la suspensión la podrá ordenar el juez ante el que se haya presentado la comunicación, exclusivamente en la fase de realización o enajenación. En ambos casos, la suspensión, en su caso, acordada, decaerá perdiendo toda su eficacia una vez transcurridos tres meses desde el día de la comunicación, quedando sin efectos la suspensión, sin que sea preciso dictar resolución judicial alguna o, en su caso, acto alguno por el letrado de la Administración de Justicia”.

cuenta de la posibilidad posterior, en sede del plan de continuación de afectar dichos créditos si bien de forma condicionada (art. 698 TRLC)⁴⁸.

Conclusiones

El nuevo régimen de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores incluido en el vigente TRLC tras la transposición de la Directiva 2019/1023, merece un juicio positivo. La introducción de una regulación específica de los efectos de la comunicación sobre los contratos, sobre determinadas cláusulas contractuales, así como sobre las garantías, supone sin duda dotar de seguridad jurídica a los operadores durante la negociación de un plan de reestructuración. Igualmente, el régimen *tailor-made* de suspensión de las ejecuciones, así como la posibilidad de prórroga, levantamiento y exclusión de sus efectos, además de la especialidad en el tratamiento de los acreedores titulares de garantías reales, termina por configurar un entorno de seguridad jurídica en el que deudor y acreedores pueden llevar a cabo las negociaciones respetando las particularidades de su posición jurídica.

Con todo, tanto en sede del régimen general de comunicación de apertura de negociaciones, como especialmente en el ámbito del procedimiento especial para microempresas del Libro Tercero, deberá tomarse en consideración las consecuencias derivadas del, no obstante su modalización respecto sus precedentes legislativos y prelegislativos, todavía tratamiento privilegiado del crédito público por el vigente TRLC, el cual puede mermar la efectividad de este marco normativo para favorecer la adopción de un plan de reestructuración o de continuación que evite la insolvencia y preserve la viabilidad económica del deudor⁴⁹.

⁴⁸ Muy crítico se había mostrado con la falta de suspensión de las ejecuciones del crédito público en las versiones prelegislativas de la norma, Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas», 220: «La falta de paralización de las ejecuciones para los acreedores públicos les otorga un privilegio procesal exorbitante. En esencia, el acreedor público, conocedor de la existencia de un período de negociación, contará con la ventaja de proceder contra el patrimonio del deudor cuando otros no pueden; con ello, además, fuerza un pago que, en ocasiones, será distinto al que se corresponde con el orden de pagos en liquidación, de modo que, en realidad, no solo se sustraer a los efectos del período de negociación, sino a la totalidad del sistema concursal».

⁴⁹ Comparte esta conclusión Ignacio TIRADO MARTÍ, «El procedimiento especial para microempresas», 213: «En materia del tratamiento del crédito público – debe

Bibliografía

- AZOFRA VEGAS, Francisco, «Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal* 55 (2022) 151-172.
- «Paralización de ejecuciones en el preconcurso. El caso particular de las ejecuciones de garantías reales», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 85-117.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «La suspensión de la disolución obligatoria por pérdidas, la solicitud de concurso de acreedores y la comunicación de inicio de negociaciones», *Anuario de Derecho Concursal* 50 (2020) 35-44.
- «Los estados de insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal* 58 (2023).
- CIFREDO ORTIZ, Patricia, «Los contratos en la reestructuración preventiva» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 271-294.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, «Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del anteproyecto (y las novedades en el Libro IV)», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 47-84.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos, «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 34 (2021) 55-172.
- *Los acuerdos de reestructuración en la directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana, «El crédito público en el proyecto de ley de reforma concursal», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 5 (2022) 147-186.
- MARÍN TORRES, Ángel «El Experto en la reestructuración», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 199-210.

señalarse ya desde el inicio del artículo – se ha producido na regresión de décadas, alejando a España de todos los sistemas modernos a través de la inclusión de privilegios procesales (no sustantivos). El error es de tal magnitud – y tan reiterado a lo largo del Libro III – que supone una amenaza integral a la eficacia del procedimiento especial. Esperemos que el procedimiento de tramitación parlamentaria alivie esta situación, o se habrá perdido una oportunidad casi única”.

- MUÑOZ NAVARRO, Antonio José, «La suspensión de las ejecuciones singulares en fase preconcursal» in Alberto DÍAZ MORENO *et al.*, dir. *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Cizur Menor: Aranzadi, 2022, 245-269.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, 3.^a ed., Madrid: La Ley, 2021.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva, «Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 32 (2020) 127-143.
- THOMÀS PUIG, Petra María, «Ejecuciones y garantías reales en reestructuraciones y concursos. Últimas reformas ya vigentes y proyectadas», *Anuario de Derecho Concursal* 56 (2022) 45-80.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, «El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial», *Revista General Insolvencias & Reestructuraciones* 3 (2021) 211-253.