

LA EFECTIVIDAD DEL PLAN DE CONTINUACIÓN PARA MICROEMPRESAS¹

CARLOS GÓMEZ ASENSIO

Profesor Titular Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

Módulo Jean Monnet "Derecho Europeo de la Insolvencia"

Revistas@justel.com

Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones / Journal of Insolvency & Restructuring 8 / 2022

RESUMEN: La actuación temprana ante los primeros signos de la insolvencia es determinante para alcanzar una solución conservativa de la empresa, particularmente, en el caso de las microempresas. El nuevo marco regulatorio para el tratamiento de la insolvencia de este tipo de empresarios establece numerosos incentivos procesales para favorecer dicha solución conservativa que, sin embargo, estos no se ven acompañados de una adecuada adaptación de sus medidas sustantivas, lo cual puede hacer peligrar la efectividad del plan de continuación para microempresas.

PALABRAS CLAVE: Alerta temprana, microempresas, plan de continuación.

EFFECTIVENESS OF MICRO-ENTERPRISES CONTINUATION PLAN

ABSTRACT: Early reaction to early warning signs of insolvency is a determining factor in achieving a conservative solution for the company, particularly in the case of micro-enterprises. The new regulatory framework for the treatment of the insolvency of this type of entrepreneurs, establishes numerous procedural incentives to favour such a conservative solution, which, however, are not accompanied by an adequate adaptation of its substantive measures, which may jeopardise the effectiveness of the continuation plan for microenterprises.

KEYWORDS: Early warning, microenterprise, continuation plan.

TABLA DE CONTENIDOS: I. CONTEXTO ECONÓMICO-EMPRESARIAL. II. LA NECESARIA "CULTURA DE ALERTA TEMPRANA". III. INCENTIVOS PROCESALES PARA LA SOLUCIÓN CONSERVATIVA DE LA EMPRESA. IV. INCENTIVOS SUSTANTIVOS PARA LA SOLUCIÓN CONSERVATIVA DE LA EMPRESA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONTEXTO ECONÓMICO-EMPRESARIAL

Europa es un continente de PYMEs. De conformidad con los datos agregados de Eurostat, en 2018, por referencia en exclusiva al número de trabajadores empleados, las micropymes eran, con mucho, la empresa más común en el ámbito de la Unión Europea, representando el 93,1% del total. Por su parte, las pequeñas empresas sumaban menos del 6%, mientras que las

¹ Comunicación presentada en el Congreso Internacional *La reforma del Texto refundido de la Ley Concursal* celebrado en Madrid los días 13 y 14 de octubre de 2022.

medianas empresas representaban menos del 1% del tejido empresarial, restando las grandes empresas con tan sólo un 0,18%².

Como país miembro de la Unión Europea, España es un país de PYMEs, concretamente de pequeñas empresas y microempresas. De conformidad con los datos del Informe Mensual “Cifras PYMEs”, en septiembre de 2022, el número de microempresas en España, también por referencia al parámetro de trabajadores asalariados, representaba el 93,42% del total del tejido empresarial español, las pequeñas un 5,51%, las medianas empresas un 0,90% y las grandes empresas tan sólo un 0,18%³.

Ahora bien, en términos de distribución del empleo, las microempresas ocupan a un 29,87% de los trabajadores, las pequeñas empresas un 18,85%, las medianas empresas un 15,50% y las grandes empresas, a pesar de su reducido número en el tejido empresarial, emplean sin embargo al 35,78% de los trabajadores españoles. Estos datos evidencian la necesidad de contar con un Derecho de la Insolvencia — en particular un Derecho de la Reestructuración — eficaz, que permita el mantenimiento de empresas estructural y operativamente viables mediante la reestructuración de su pasivo y estructura operativa, evitando así la pérdida puestos de trabajo⁴.

En todo caso, y a pesar de su preeminencia en el tejido empresarial español, las microempresas constituyen la categoría de empresas que presentan mayores problemas para superar las situaciones de sobreendeudamiento e insolvencia⁵. Así, en 2019, el perfil paradigmático de empresa concursada en España fue el siguiente: microempresa, dedicada al sector

² Datos obtenidos del *Commission Staff Working Document Evaluation of Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises (2003/361/EC)*, SWD (2021) 280 final, de 28 de septiembre de 2021. Disponible en: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD\(2021\)279&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=SWD(2021)279&lang=en)

³ Ministerio de Industria Comercio y Turismo, Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, *Cifras PYME. Datos septiembre 2022*. Disponible en: <http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/InformesPYME.aspx#InformesMensuales>

⁴ Estos son los principios que presiden la regulación de los marcos de reestructuración preventiva establecidos por la Directiva 2019/1023, tal y como se contiene en su considerando 2.º: “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”.

⁵ En este sentido señala el Preámbulo de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, ap. I p. 31: “Los estudios académicos alertan del riesgo que supone la falta de liquidez para las pequeñas empresas: Cuanto más pequeña es su estructura, más sensibles se muestran a los problemas económicos y financieros, lo que las condena, en muchos casos, a su desaparición. Un menor tamaño se traduce en menor capacidad para financiarse y para resistir tensiones de tesorería; por tanto, los efectos de la morosidad se hacen más evidentes para las pequeñas empresas que para las empresas más grandes. La incertidumbre que genera esta situación también condiciona su capacidad de crecimiento y de generar empleo estable y de calidad”.

del comercio, con una cifra anual de negocios inferior a 250.000€ y con menos de 4 años de antigüedad⁶.

Situados en este contexto, tanto el legislador europeo⁷, como el legislador nacional⁸, son conscientes de la importancia de disponer de un marco regulatorio que ofrezca una respuesta eficaz para el tratamiento de las singularidades jurídico-patrimoniales propias de la insolvencia de este tipo de empresas, evitando su insolvencia y, en todo caso, preservando la continuidad de la actividad empresarial.

Esta es la finalidad con la que nace el Libro Tercero del actual Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), tras la reforma operada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre⁹, el cual formalmente no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2023 de conformidad con lo establecido por la D.F 19.^a TRLR, sin perjuicio de las normas de eficacia transitoria contenidas en la D.T 2.^a TRLR, que resultan de aplicación a los concursos de acreedores de microempresarios, así como en la D.T 3.^a TRLR en relación con el nombramiento del administrador concursal para este tipo de concursos.

⁶ Datos extraídos del INE (2020). Nota de prensa. *Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) Cuarto trimestre 2019 y año 2019*. Datos provisionales. Obtenida el 16 de abril de 2020, de <https://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0419.pdf>. No se toma como referencia los datos correspondientes a los años 2020 y 2021 dado su carácter sesgado tanto por la vigencia del estado de alarma, como por la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso, factores ambos que imposibilitan su comparación con la serie histórica, así como reflejar una imagen fidedigna de la realidad concursal española.

⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital*, COM (2020) 103 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:103:FIN>

⁸ Con ocasión del comentario al texto prelegislativo del por entonces Anteproyecto de Texto Refundido de la Ley Concursal, ponía de manifiesto TIRADO MARTÍ, I., "El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial", *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm.3, 2021, págs. 213 que: "El diseño del Libro III incluye un buen número de medidas que pueden resultar eficientes para solucionar las dificultades de la insolvencia de los pequeños deudores, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo. En general, el legislador ha sido valiente en su enfoque; pero el resultado final deja algunas incertidumbres grandes. En primer lugar, la reducción del presupuesto subjetivo deja fuera del sistema a una enorme proporción de empresas pequeñas, limitando en gran medida la importancia de la reforma. En segundo lugar, es obligado mencionar el tratamiento del crédito público, que —debe señalarse ya desde el inicio del artículo— implica una regresión de décadas para el sistema concursal español, alejando a nuestro país 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".

⁹ Así se recoge en el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ap. V p.4: "Las microempresas constituyen un sector con una alta volatilidad y una enorme rotación. Así, los datos hasta el final de 2018 muestran que el 25,98% de las micropymes tienen una vida inferior a un año, el 14,27% sobreviven entre 2 y 3 años, el 16,72% entre 4 y 7 años, y solo el 20,58% de las empresas más pequeñas duran más de 15 años. Estos datos muestran la extraordinaria importancia que adquiere la implementación de un sistema que sea capaz de reducir la rotación, incrementando las posibilidades de continuidad de aquellas empresas viables, y que ofrezca instrumentos eficaces y eficientes de salida del mercado a aquellas empresas que no tienen valor añadido, de modo que se liberen los recursos y puedan ser asignados a usos más eficientes".

II. LA NECESARIA “CULTURA DE ALERTA TEMPRANA”

Una aplicación eficiente de los marcos de reestructuración preventiva requiere de una actitud proactiva del deudor, en particular, una actuación temprana ante los primeros signos de la insolvencia puesto que, es en los estadios iniciales de la insolvencia, donde las medidas de reestructuración alcanzan su máxima efectividad para preservar la viabilidad empresarial y evitar la insolvencia lo que, en última instancia, supone la maximización del valor de la empresa y, por tanto, también del interés de los acreedores¹⁰.

Sin embargo, hasta la fecha, la cultura empresarial española en el ámbito de la microempresa no se ha caracterizado por una actitud proactiva del deudor ante los primeros signos de la insolvencia, más bien todo lo contrario: la cultura empresarial española en el ámbito de la microempresa se caracteriza, por diversos motivos — responsabilidad limitada imperfecta¹¹, carácter familiar de la empresa¹² o ausencia de incentivos legales —, por la procrastinación de una eventual actuación temprana frente a la insolvencia, recurriendo de forma tardía al asesoramiento en el ámbito de la insolvencia en escenarios en los que ésta se torna ya irreversible. En consecuencia, el Derecho de la Insolvencia practicado en nuestro país con las microempresas ha sido, hasta la fecha, un Derecho eminentemente liquidativo, única opción

¹⁰ En este sentido, PULGAR, EZQUERRA J., “Reestructuraciones preconcursales forzadas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022: “Tema distinto es que esta maximización consensuada del interés de los acreedores, a través de su aceptación de un plan de reestructuración en orden a propiciar la continuidad de la actividad, permita una defensa genérica de un interés general en la conservación de empresas y el mantenimiento del empleo, pero solo en tanto en cuanto se alinee con el interés de los acreedores y siempre en un modo instrumental respecto de la maximización de los intereses de los acreedores, de cuya aceptación insistimos depende en exclusiva la aprobación de los planes de reestructuración. En este sentido, en realidad puede sostenerse que, si el plan aceptado por los acreedores sale adelante, se produciría un “alineamiento “de los intereses de los acreedores (al mayor dividendo) con los intereses del deudor al mantenimiento de su actividad y los intereses generales en el mantenimiento del empleo.”

¹¹ Acerca del fenómeno de la responsabilidad limitada imperfecta en relación con el concurso del deudor persona natural, GÓMEZ ASENSIO, C., “Reestructuración, Concurso y Exoneración del Deudor Persona Natural”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 52, 2021, págs. 323-356.

¹² A este respecto, TIRADO MARTÍ, I., “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pág. 245: “Por una parte, la menor sofisticación de estos empresarios y de sus gestores, en caso de personas jurídicas, suele traducirse en una menor planificación, en mayores dificultades para identificar a tiempo los problemas financieros, y en una capacidad de reacción más limitada. Asimismo, los empresarios más pequeños suelen tener condiciones de financiación más estrictas, tanto en el coste como, sobre todo, en los plazos, habitualmente más breves. No es infrecuente, además, que el fondo de maniobra sea bajo, y, con ello, el paso de una situación de relativa normalidad empresarial a la dificultad para realizar los pagos a vencimiento es susceptible de producirse casi sin solución de continuidad. A este contexto hay que añadir una estructura de la propiedad de carácter familiar, es decir, una realidad según la cual la empresa es la única fuente de ingresos de la familia, que, en los casos de microempresas más consolidadas, constituye el proyecto vital de un grupo familiar desde varios años —e incluso generaciones—. Se produce a menudo una asociación entre el proyecto vital y el proyecto empresarial que dificulta enormemente la actuación temprana y, cuando no se ha reaccionado a tiempo, incluso la adopción de medidas más drásticas para evitar el deterioro insuperable y el inevitable cierre”.

posible de actuación para con el deudor tardío, con frecuencia, en escenarios de insuficiencia de masa activa¹³.

Revertir esta situación patológica de la microempresa española requiere una actuación desde distintos frentes: por un lado, una mejora de la regulación en materia de insolvencia que posibilite soluciones continuistas para este tipo de empresas — plan de continuación —; por otro lado, la introducción de mecanismos legales que incentiven una respuesta tempestiva de la microempresa ante situaciones de proximidad a la insolvencia, posibilitando así una efectiva aplicación de las soluciones continuistas.

Es en esta línea donde se sitúan las herramientas de Alerta Temprana como institución jurídica de carácter heterogéneo que despliega sus efectos en un contexto anterior a la insolvencia real o actual del deudor, y que mediante la detección y puesta en conocimiento de aquellas circunstancias que pueden comprometer su solvencia, posibilitan una intervención tempestiva, con el objetivo de evitar la insolvencia y salvaguardar la viabilidad económica del mismo¹⁴.

En este contexto, el art. 3 de la Directiva 2019/1023, bajo la rúbrica “Alerta temprana y acceso a la información”, dispone un mandato de contenido abierto para los Estados Miembros, los cuales deberán incorporar una o varias herramientas de Alerta Temprana a sus ordenamientos jurídicos, partiendo de la amplia gama que, con carácter meramente enunciativo, se recoge en el precepto y cuyos principios orientadores son: la claridad y transparencia, así como su preferencia por el formato electrónico, tanto en el acceso inicial a dichas herramientas, como con ocasión de su implementación, mediante la posibilidad de uso de comunicaciones y notificaciones electrónicas¹⁵.

¹³ Gráficamente, VELASCO, A., “Estadísticas concursales y preconcursales REFOR”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, págs. 453: “Por lo que se refiere a los concursos exprés, crecen en el 1 Trimestre de 2021 a 2022 un 20,75% (ya superan los 1.000 por trimestre) e incrementan su peso respecto a los concursos totales, pasando de representar de 2021 a 2022 el 30,48% de los concursos al 35,27%. Si comparamos los exprés con los concursos de empresas (incluyendo los concursos de personas físicas empresarios; esto es autónomos) la representación es mayor, alcanzando en 2021 el 47,65% y en 2022 el 56% respectivamente. Es decir, ya son la mayoría de los concursos de acreedores de empresas de tipo exprés”.

¹⁴ Esta definición es usada por GÓMEZ ASENSIO, C., “Alerta Temprana y Exoneración de Pasivo”, *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, GÓMEZ ASENSIO, C (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, págs. 69-89, pudiéndose consultar en dicho trabajo los principales antecedentes comparados, pero también nacionales, de herramientas de Alerta Temprana.

¹⁵ Acerca de la tipología y contenido de herramientas de Alerta Temprana a desarrollar con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, entre otros: LADO CASTRO-RIAL, C., “Alertas Tempranas y Administraciones Públicas en la Directiva 2019/1023 de reestructuración”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 33, 2020, págs. 235-248; LLORET VILLOTA, J., CAICOYA, J., LORENTE SIBINA, R., “Alertas Tempranas. La aplicación a la situación en España”, *Diario La Ley*, núm. 9640, de 26 de mayo de 2020; MARTÍN ZAMORA, P., HERNÁNDEZ LINARES, R., “Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana”, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, DÍAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J., BRENES CORTÉS, J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (dirs.), CIFREDO ORTIZ, P., ORTÍZ MÁRQUEZ, M.R. (coords.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, págs. 113-139; MOLLER, M., “Early Warning Europe: asistencia a las PYMES en crisis”, *Revista de Derecho Concursal y*

Partiendo de dichos principios, el artículo 3.2 de la Directiva 2019/1023 presenta en tres apartados un listado enunciativo de las posibles categorías de herramientas de Alerta Temprana a las que los Estados Miembros pueden recurrir para configurar su *toolkit* nacional de herramientas de Alerta Temprana.

— La primera de las categorías de herramientas de Alerta Temprana la constituye los “mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos”, entre los que destaca el impago del crédito público. A su vez, estos mecanismos de alerta pueden configurarse en forma de herramientas de Alerta Temprana de carácter externo, lo que acontece cuando la comunicación al deudor de no haber efectuado determinados tipos de pagos sea llevada a cabo por organismos públicos o privados conceptualizados como acreedores cualificados.

Estos mecanismos de alerta ante determinados tipos de impagos parecían haber sido acogidos por el legislador español en la versión prelegislativa de la D.F 10.^a del PTRLC bajo la rúbrica “Sistema de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social”, a desarrollar en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor del TRLC, la cual se facilitaría en exclusiva al propio interesado, sin que en ningún caso pueda facilitarse a terceros.

Sin embargo, el vigente TRLC ha eliminado cualquier mención en su texto normativo a sistemas de alerta temprana con la información de la Agencia estatal de Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Sin embargo, sigue en vigor el deber de comunicación por parte de un tercero de carácter privado — las entidades de crédito, acreedor privado cualificado —, impuesto por el Capítulo I «*Derechos de las pymes en supuestos de cancelación o reducción del flujo de financiación*», arts. 1-4 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial (LFFE), en virtud del cual la entidad de crédito debe preavisar o advertir a la PYME, con una antelación mínima de 3 meses, de su intención de no prorrogar o extinguir el flujo de financiación o de disminuirlo en una cuantía igual o superior al 35%¹⁶.

Esta obligación de comunicación viene complementada con la que el art. 2.1 LFFE impone a la entidad de crédito de proporcionar gratuitamente a la PYME, dentro de los 10 días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación anterior, el documento «*Información Financiera-PYME*», basado en toda la información que hubiere recabado de ella en relación con su flujo de financiación y datos históricos a disposición de la entidad de crédito, la cual deberá incluir la información que detalla el precepto en sus aparta-

Paraconcurso, núm. 33, 2020, págs. 571-574; VIÑUELAS SANZ, M., “Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, 2022, págs. 149-202; Id. “Sistemas de Alerta Temprana en el derecho italiano”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 4, 2021, págs. 381-401.

¹⁶ Un análisis más detallado de esta regulación en cuanto herramienta de Alerta Temprana puede encontrarse en GÓMEZ ASENSIO, C., “Alerta Temprana y Exoneración de Pasivo”, ob.cit., pág. 80.

dos a)-e), sin perjuicio de su desarrollo reglamentario por la Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, que expresamente incluye como destinatarios de dicho deber, también, a los establecimientos financieros de crédito constituidos en España¹⁷.

De *lege ferenda*, la D.A 7.^a de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, dispone un mandato para que en plazo de 6 meses desde su entrada en vigor se determinen las condiciones y requisitos bajo los cuales el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (CORPME) pondrá a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la información contenida en las cuentas¹⁸.

— Por su parte, la segunda de las categorías de herramientas de Alerta Temprana recogidas en el art. 3.2 de la Directiva 2019/1023 la constituyen los “servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados”.

Esta categoría de herramientas de Alerta Temprana de carácter externo es la que mayor desarrollo ha tenido en otros países de nuestro entorno, tanto en el caso de Francia, a través de una red institucionalizada y organizada de organismos públicos y privados al efecto; como en el de Dinamarca y el proyecto «*Early Warning Europe*», que descansa sobre la labor de mentorización voluntaria y no retribuida de los expertos que integran la red, además en su caso de la prestación de servicios *pro bono* por despachos de abogados.

La aplicación de este tipo de herramientas de Alerta Temprana por organismos públicos implica una cuestión de designación y dotación por parte de los Estados Miembros de los organismos públicos que, dentro de su estructura organizativa, mejor pueden realizar dicha función, o bien puede requerir su creación *ex profeso*.

De nuevo esta es la opción que parece haber sido escogida por el legislador español quien en la D.F 12.^a del TRLC bajo la rúbrica “*Asesoramiento a empresas en dificultades*”, declara que, “El Gobierno promoverá la presta-

¹⁷ Circular 6/2016, de 30 de junio, del Banco de España, a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, por la que se determinan el contenido y el formato del documento «Información Financiera-PYME» y se especifica la metodología de calificación del riesgo previstos en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, publicada en el BOE de 11 de julio de 2016.

¹⁸ De conformidad con MORAL ESCUDERO, J., “Alertas Tempranas y Estadística Concursal en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pág. 29: “El objetivo es aprovechar un instrumento que el CORMPE ya ha desarrollado y que le permite poner de forma inmediata (en un plazo de 24 o 48 horas) a disposición del administrador societario que lo solicite un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad en base a la explotación de la información contenida en las cuentas anuales y teniendo en cuenta su sector de actividad. En concreto, se proporcionaría una serie de indicadores financieros elaborados de acuerdo con una metodología establecida por el Banco de España, con capacidad para predecir la insolvencia. Para cada indicador se indicaría la posición relativa de la sociedad respecto a las demás sociedades de su sector de actividad. Los indicadores cuantitativos se acompañarían de otros cualitativos. Lógicamente, cuanto menos tiempo transcurra entre la formulación de las cuentas y la puesta a disposición del informe, más temprana será, en su caso, la alerta”.

ción de servicios de asesoramiento a pequeñas y medianas empresas en dificultades en un estadio temprano de dificultades con el propósito de evitar su insolvencia. Este servicio se prestaría a solicitud de las empresas, tendrá carácter confidencial¹⁹, y no impondrá obligaciones de actuación a las empresas que recurran a él ni supondrá asunción de responsabilidad alguna para los prestadores del servicio”.

En todo caso nótese como, si la finalidad que preside las herramientas de Alerta Temprana es detectar “cualquier evolución negativa” del deudor que pueda provocar una situación de insolvencia inminente y “advertirle de la necesidad de actuar sin demora”, resulta evidente que la comunicación de dichas circunstancias al deudor, así como la intimación a su actuación, constituyen dos elementos determinantes del conocimiento por parte del deudor de su propio estado de insolvencia.

— Finalmente, la tercera categoría de herramientas de Alerta Temprana recogidas en el art. 3.2 de la Directiva 2019/1023, refiere a la posibilidad de conceder incentivos a terceros que, como contables, Administraciones Tributarias y de Seguridad Social, dispongan de información pertinente sobre el deudor y «*advirtan al deudor sobre cualquier evolución negativa*». Esta categoría de herramientas de Alerta Temprana, al menos por el momento, no ha sido objeto de implementación en España²⁰.

III. INCENTIVOS PROCESALES PARA LA SOLUCIÓN CONSERVATIVA DE LA EMPRESA

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, revertir la dinámica liquidativa de las microempresas en nuestro país requiere la introducción de incentivos para que los deudores actúen tempranamente ante los primeros signos de la insolvencia, detectados o comunicados al deudor como consecuencia, precisamente, de la aplicación de las herramientas de Alerta Temprana.

En este sentido, el propio presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas (art. 686 TRLC), incentiva su tramitación como procedimiento de continuación, reservando el procedimiento de liquidación solo para los escenarios de insolvencia actual, restringiendo así el riesgo de extorsión de los acreedores²¹.

¹⁹ En la versión del precepto en el PLTRLC se decía: “tendrá carácter personalizado, gratuito y confidencial”. Nótese como la eliminación de la nota de gratuidad supone un cambio sustancial respecto la concepción e instrumentalización de estos servicios de asesoramiento a empresas en dificultades.

²⁰ No sucede lo mismo en el ámbito comparado, por ejemplo, en el Derecho italiano, donde el art. 15 CCII prevé una penalización o incentivo negativo para el acreedor público que no ha comunicado al deudor una *evolución negativa*, mientras que, por otro lado, en los arts 24 y sobre todo 25 CCII se regulan las «*Misure premiali*», incluso acumulativas, para el deudor que ha actuado tempestivamente ante las comunicaciones recibidas en aplicación de las herramientas de Alerta Temprana.

²¹ De conformidad con TIRADO MARTÍ, I., “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida?, ob.cit., pág. 243: “La diferencia se explicaría

De esta forma, los acreedores solo podrán solicitar la apertura del procedimiento de liquidación — art. 691 ter TRLC —, e instar la solución liquidativa (*piecemeal liquidation*) — art. 686.3 TRLC —, en los casos en los que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual²², circunstancia cuya concurrencia puede ser objeto de contestación por el deudor — art. 691 quinquies 3.º TRLC —, en cuyo caso primará la solución conservativa mediante la tramitación del procedimiento de continuación.

Esta regulación supone un incentivo para la actuación temprana del deudor ante los primeros signos de su insolvencia, quien, en caso de solicitar la apertura del procedimiento especial en situación de probabilidad de insolvencia, o incluso insolvencia inminente, podrá intentar una solución conservativa de su empresa beneficiándose, además, de los distintos incentivos legales que se prevén en esta sede:

En primer lugar, la posibilidad de presentación de una comunicación de apertura de negociaciones, puesto que el deudor que presenta tempestivamente la comunicación de apertura de negociaciones, puede enervar las solicitudes de concurso especial presentadas por sus acreedores ex. art. 690.5 TRLC, beneficiándose de los efectos asociados a dicha comunicación, entre ellos, la paralización de la suspensión de las ejecuciones del crédito público en los casos que prevé el art. 690.4 TRLC.

El segundo incentivo viene referido por la posibilidad de aplicación de quitas y esperas al crédito de la SS y AEAT — art. 691.5 TRLC a *sensu contrario* —, dentro de los escasos límites que para la afectación de dichos créditos se establecen en el art. 698 ap. 3 y 6 TRLC²³.

porque los acreedores no deben poder forzar la destrucción de un eventual valor de la empresa en funcionamiento, imponiendo una liquidación de los activos que conllevará la paralización y extinción de la empresa, cuando el deudor (o sus socios) no han perdido aun su inversión (porque no hay fondos propios negativos). Se trata, en realidad, de una posibilidad remota, toda vez que los acreedores solo pueden tener interés en la liquidación no agregada de su deudor cuando no hay duda sobre la ausencia de valor de la empresa en funcionamiento”.

²² La identificación de la concurrencia de una situación de insolvencia actual en este ámbito se verá condicionada por el contenido diferenciado del deber de solicitar la solicitud de apertura del procedimiento especial (declaración de concurso) por el deudor en este ámbito, el cual se fija por el art. 691.5 TRLC en el plazo de un mes, una vez transcurridos los tres meses de incumplimiento en el pago a que se refiere el artículo 2.4.5 TRLC.

²³ Art. 698.3 TRLC: “Cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de continuación, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de daños extracontractuales, los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección ni en el supuesto de los créditos públicos, la parte que deba calificarse como privilegiada. En ningún caso se verán afectados los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales ni los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional”. A lo que debe añadirse lo dispuesto por la primera parte del art. 698.6 TRLC: “En ningún caso, el plan de continuación podrá suponer para los créditos de derecho público el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario”.

En tercer lugar, constituye también un incentivo para el deudor la posibilidad de enervación de las eventuales solicitudes para la conversión del procedimiento de continuación en procedimiento de liquidación — art. 693 TRLC —, presentadas por los acreedores, las cuales solo podrán prosperar en situaciones de insolvencia actual del deudor.

El cuarto incentivo es la conservación por el deudor de las facultades de disposición sobre su patrimonio para actos de disposición que tengan por objeto la continuación de la actividad empresarial o profesional, siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado — art. 694 TRLC —, sin que los acreedores pueden solicitar la limitación de dichas facultades ex. art. 703 TRLC, al no encontrarse el deudor en situación de insolvencia actual.

En quinto lugar, constituye también un incentivo, la posibilidad de solicitar ex. art. 694.4 TRLC, con mayores garantías de éxito, la suspensión de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional que derivan del incumplimiento de un crédito con garantía real o de un crédito público, tal y como señala el art. 701 TRLC.

La determinación del alcance de este régimen especial requiere una lectura conjunta de los arts. 694.4, 698 ap. 3 y 6 y 701 TRLC, de la cual es posible concluir que la extensión de los efectos suspensivos de las ejecuciones singulares: por un lado, podrá afectar a los acreedores con garantía real sobre los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional; y por otro lado, respecto el crédito público, implicará la suspensión de la fase de realización o enajenación los bienes y derechos necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, siempre que dicho procedimiento de ejecución no se siga contra alguno de los créditos referidos en el art. 698 ap. 3 y 6 TRLC²⁴.

El sexto incentivo para una actuación temprana del deudor microempresario se encuentra en el mantenimiento de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, así como la aplicación del régimen

²⁴ Se muestra muy crítico con esta regulación TIRADO MARTÍ, I., "El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida?", ob.cit., pág. 258 quien señala que: "En efecto, el legislador confunde de nuevo el privilegio material con el privilegio procesal. Los privilegios materiales o sustantivos están dirigidos a determinar la jerarquía de valores en la liquidación de una empresa insolvente, pero tienen en general un efecto neutro sobre la finalidad principal del procedimiento, que es, primero, la maximización del valor del activo, y, segundo, el reparto de dicho activo como establezca la ley. El privilegio procesal, por el contrario, es un privilegio susceptible de destruir el valor de la empresa en funcionamiento, y, por lo tanto, es un privilegio que genera un daño a la colectividad de los acreedores, sin por ello necesariamente mejorar la posición del acreedor cuyo interés se pretende tutelar. En otras palabras, si se quiere privilegiar a un acreedor, hágase a través de la jerarquía de los créditos, no alterando el sistema general de funcionamiento del procedimiento. El artículo 698.3 TRLC deja fuera de los efectos del plan de continuación tanto a los créditos públicos como a los créditos laborales (y a otros créditos por motivos sociales, en coherencia con el sistema de exoneración del pasivo). Aunque no parece una decisión justificada, podría entenderse si se introduce como privilegio sustantivo. Sin embargo, al configurarse de modo que los acreedores laborales o públicos puedan sin límite ejecutar sus derechos sobre activos de la empresa, incluso después de abierto el procedimiento especial, nada impedirá que éstos ejecuten bienes necesarios para la continuación de la actividad".

de ineficacia de las *ipso facto clauses* ex. art. 694 bis TRLC, mecanismos ambos que posibilitan la continuación de la actividad empresarial.

En séptimo lugar, el deudor que solicita la apertura del procedimiento especial en situación de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, se beneficia de la posibilidad de oponerse a la automática conversión del procedimiento de continuación en procedimiento de liquidación ex. art. 697 TRLC por falta de presentación por el deudor o los acreedores de un plan de continuación en el plazo de 10 días desde la apertura del procedimiento de liquidación.

En octavo y último lugar, constituye sin lugar a dudas un incentivo de primer orden, la muy relevante protección frente a las acciones de rescisión presentadas por acreedores, experto en la reestructuración o administración concursal ex. art. 695 TRLC de la que goza el deudor en situación de probabilidad de insolvencia o insolvencia inminente, puesto que dichas acciones de reintegración sólo podrán ser presentadas en caso de insolvencia actual del deudor.

IV. INCENTIVOS SUSTANTIVOS PARA LA SOLUCIÓN CONSERVATIVA DE LA EMPRESA

Los incentivos procesales para la solución conservativa de la empresa expuestos en el apartado precedente constituyen un estímulo para que, el deudor microempresario, actúe de forma temprana ante los primeros signos de la insolvencia, pues le permiten obtener ventajas procedimentales durante la tramitación del procedimiento especial que favorecen la aprobación de un plan de continuación.

A su vez, en la medida que el deudor recurre de forma temprana a los marcos de reestructuración preventiva, cabe presumir que el mismo se encuentra en una mejor posición financiera y operativa para lograr una hipotética solución conservativa de la empresa, a diferencia de lo que sucedería en el caso de encontrarse en situación de insolvencia actual.

Hechas estas consideraciones, los incentivos procesales antes expuestos y la más idónea situación financiera de la microempresa que actúa tempestivamente ante los primeros signos de la insolvencia, de poco sirven si, a nivel sustantivo, el contenido de las medidas a las que puede acogerse el deudor en sede del procedimiento especial de continuación, no permite una efectiva reestructuración de la deuda de este tipo de empresas.

En este sentido, resulta fundamental el contenido del art. 698 TRLC, en relación tanto con los créditos afectados por el plan de continuación, como con respecto la formación de clases, votación y aprobación del plan de continuación.

Por lo que respecta a los créditos afectados por el plan de continuación, el principal obstáculo para la efectividad del mismo es la limitada capacidad de afectación al crédito público ex. art. 698 ap. 3 y 6 TRLC tal y como se ha expuesto anteriormente, lo que constituye un verdadero desincentivo de primer orden para el microempresario que apuesta por la solución conserva-

tiva de su empresa, ya que esta puede verse truncada, precisamente, como consecuencia de no poder reestructurar este tipo de deuda²⁵.

Por otro lado, el art. 698 TRLC respecto a las reglas de formación de clases, reproduce las propias de los planes de reestructuración del Libro Segundo, si bien introduce diversos incentivos que pueden considerarse interesantes para su aprobación: presunción de voto favorable a la adopción del plan por parte del acreedor que no vote; reducción de las mayorías para considerar aprobado el plan por cada clase: mayoría simple del pasivo de cada clase frente a los 2/3 del pasivo exigidos en sede del Libro Segundo, así como en el caso de acreedores con garantía real mayoría de 2/3 del pasivo frente a 3/4 en caso de planes de reestructuración; o incluso la “curiosa” presunción de voto favorable del plan por la AEAT, en caso que este contenga una quita no superior al quince por ciento del importe de sus créditos ordinarios.

Con todo, respecto a la aprobación del plan, la regla sin duda más relevante es la contenida en el art. 698.1 TRLC que exige, para la válida aprobación del plan, que el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales, hayan prestado su consentimiento al eventual plan propuesto por los acreedores y, si el mismo, contuviera medidas que afectaran a los derechos políticos o económicos de los socios, que éstos hayan prestado su acuerdo²⁶, de conformidad con las reglas previstas en el Libro Segundo, esto es, art. 631 TRLC²⁷.

²⁵ De nuevo muy crítico a este respecto TIRADO MARTÍ, I., “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida?, ob.cit., pág. 267: “Dejar fuera de los créditos con privilegio de la solución concordataria supone no haber entendido el funcionamiento de los sistemas de aprobación de acuerdos por un sistema de clases, que se determinan sobre la base de su valor económico. A diferencia de lo que tradicionalmente ocurría con el convenio concursal, que solo afectaba a acreedores ordinarios — e indirectamente a los subordinados — un sistema de plan de continuación acordado por clases respeta las preferencias relativas entre acreedores y protege sus derechos mínimos a través de mecanismos como las reglas de prioridad (absoluta o relativa) entre clases y el principio del interés de los acreedores en la liquidación. Para proteger a un acreedor no es necesario excluirlo; al excluirlo, se le deja fuera de la solución, y se le otorga un privilegio procesal que puede resultar muy perjudicial para la colectividad de acreedores, incluidos aquellos con una prioridad económica superior en la liquidación. Como ya se señaló, esta regla relativa a los créditos públicos puede ser especialmente problemática en el contexto de las microempresas, entre las que el crédito público forma parte importante del pasivo”.

²⁶ De conformidad con, GARCIMARTÍN, F., “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV)”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, pág. 87: “La Directiva entiende que los socios o dueños de estas empresas no tienen una posición meramente inversora en la sociedad, sino que contribuyen fundamentalmente con otros activos; y, además, existe el riesgo de que la eventual imposición de un plan de reestructuración pudiese provocar un efecto contraproducente al generar un incentivo a la solicitud del concurso. Por ello, establece que los planes de reestructuración no puedan imponerse a este tipo de deudores”.

²⁷ Con carácter referencial, se han ocupado del estudio de esta cuestión: BERMEJO GUTIÉRREZ, N., “Los socios y el reparto del excedente de la reestructuración”, *El derecho concursal y la transposición de la directiva sobre reestructuración preventiva*, GARNACHO CABANILLAS, L., ARIAS VARONA, F.J (dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 2022, págs. 199-232; BUIL ALDANA, I., “Socios y financiación en tiempos de crisis COVID-19 y transposición de la Directiva de reestructuración temprana: una propuesta de Régimen Jurídico”, *Revista General de*

Por lo que respecta a las salvaguardas sustantivas en la adopción del plan de continuación²⁸, llama la atención que, si bien en sede del Libro II, la concurrencia de todas estas salvaguardas se revisa *ex post*, con ocasión de la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración por los acreedores — art. 655 TRLC —, sin embargo, en sede del procedimiento especial, este examen judicial tiene lugar *ex ante* y en dos momentos diferenciados:

En primer lugar, con ocasión de la propia aprobación del plan de continuación, ya que el art. 698.5 TRLC parece establecer como requisito para la aprobación del plan, la superación por el mismo del test de no enriquecimiento injusto (*no more than 100% rule o reverse rule*), así como el test equidad horizontal o regla de la paridad de trato (*no unfair discrimination test*). Ahora bien, pese a establecerse en sede de aprobación del plan, dichos requisitos no serán objeto de control judicial sino con ocasión de la homologación judicial — art. 698 bis ap.6 2.º y 3.º TRLC —, siempre que la misma no se haya producido de forma tácita.

En segundo lugar, con ocasión del control judicial previo a la homologación del plan de reestructuración, puesto que el art. 698 bis ap.6 4.º y 5.º TRLC exige como requisitos cumulativos para la homologación del plan (junto al

Insolvencias y Reestructuraciones, núm. 1, 2021, págs. 121-150; DÍAZ MORENO, A., “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, págs. 7-64; Id. “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia”, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, BERMEJO GUTIÉRREZ N., MARTÍNEZ FLÓREZ A., RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Pamplona, Civitas, 2019, págs. 233-310; IRIBAREN BLANCO, M., “Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, págs. 97-139; Id. “El papel de los socios y la tutela de sus intereses en la reestructuración de las sociedades en dificultades financieras”, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, BERMEJO GUTIÉRREZ N., MARTÍNEZ FLÓREZ A., RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Pamplona, Civitas, 2019, págs. 137-178; JUSTE MENCÍA, J., “La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado”, *Revista General Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, págs. 45-64; LORENZO CAMACHO, M.S., “La repercusión del plan de reestructuración preventiva sobre la posición jurídica de socio (a propósito del artículo 631.3 PRLC)”, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, DÍAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J., BRENES CORTÉS, J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (dirs.), CIFREDO ORTIZ, P., ORTÍZ MÁRQUEZ, M.R. (coords.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, págs. 385-407; MELERO BOSCH, L.V., “Algunas reflexiones en torno al deber de fidelidad del socio en la reestructuración preventiva de las sociedades de capital”, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, BERMEJO GUTIÉRREZ N., MARTÍNEZ FLÓREZ A., RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), Pamplona, Civitas, 2019, págs. 207-232; ORTIZ MÁRQUEZ, M.R., “La importancia de la participación del socio en los marcos de reestructuración preventiva”, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, DÍAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J., BRENES CORTÉS, J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (dirs.), CIFREDO ORTIZ, P., ORTÍZ MÁRQUEZ, M.R. (coords.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, págs. 351-384; PULGAR EZQUERRA, J., “El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 102, 2022;

²⁸ Un análisis detallado del contenido de estas salvaguardas puede encontrarse en GAR-CÍMARTIN, F., “La reforma del Derecho Preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, DÍAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J., BRENES CORTÉS, J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (dirs.), CIFREDO ORTIZ, P., ORTÍZ MÁRQUEZ, M.R. (coords.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, págs. 33-61.

resto incluidos en el mismo apartado), respectivamente, los siguientes: que el plan supere el test de eficiencia (*BIC test* or *no worse off rule*); y la exigencia de que “el plan sea justo y equitativo”, condición que se considera cumplida cuando, “la clase de acreedores que haya votado en contra reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior” (*Relative Priority Rule*), así como también que “los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente” (prohibición sacrificio desproporcionado)²⁹.

La aplicación de la *Relative Priority Rule* y no la *Absolute Priority Rule* a los planes de reestructuración se explica por la necesidad, para la aprobación del plan ex. art. 698.1 TRLC, de recabar el consentimiento del deudor o sus socios a través de la adopción del correspondiente acuerdo favorable de la junta de la sociedad. En este sentido, la posibilidad que el deudor pueda recibir algún importe de la prima de reestructuración, puede constituir un incentivo tanto para la presentación por su parte de un plan de continuación, como para adherirse a un eventual plan de continuación presentado por los acreedores³⁰.

²⁹ Con carácter referencial acerca de la aplicación de estas salvaguardas con ocasión de la impugnación del auto de homologación de un plan de reestructuración no aprobado por todas las clases de créditos: ARIAS VARONA, F.J., “Distribución equitativa y reglas de prioridad en las reestructuraciones”, *El derecho concursal y la transposición de la directiva sobre reestructuración preventiva*, GARNACHO CABANILLAS, L., ARIAS VARONA, F.J (dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 2022, págs. 171-198; GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Mayorías y arrastres en las reestructuraciones preconcursales”, *El derecho concursal y la transposición de la directiva sobre reestructuración preventiva*, GARNACHO CABANILLAS, L., ARIAS VARONA, F.J (dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 2022, págs. 143-170; FLORES SEGURA, M., “La prueba del interés superior de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 318, 2020; LEURA, M., “La reestructuración forzosa de la deuda: una evolución del “intra-class cramdown” al “cross-class cramdown”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 51, 2020, págs. 171-200; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “El arrastre de acreedores en la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su transposición al Derecho preconcursal español”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 66, 2022, págs. 133-162; MARTOS MORENO, J.L., “La impugnación del plan de reestructuración”, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, DÍAZ MORENO, A., LEÓN SANZ, F.J., BRENES CORTÉS, J., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (dirs.), CIFREDO ORTIZ, P., ORTÍZ MÁRQUEZ, M.R. (coords.), Cizur Menor, Aranzadi, 2022, págs. 575-596; PULGAR EZ-QUERRA, J., “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022; Id. *Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, Madrid, La Ley, 3.ª ed, 2021, 1246 págs; Id. “Financiación interina, nueva financiación y planes de reestructuración”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm. 3, 2021, págs. 119-162; THOMAS PUIG., P.M., “La homologación judicial de los planes de reestructuración”, *La Ley mercantil*, núm. 92, 2022.

³⁰ En este sentido, GARCÍMARTIN, F., “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV)”, ob.cit., págs. 82-83: “En particular, la utilización de esta suerte de excepción a la regla de prioridad absoluta pueda juzgarse imprescindible para mantener a los accionistas en la empresa por el valor o los activos intangibles que aportan, o para mantener determinados contratos de suministro de bienes o servicios que resulten indispensables para la viabilidad empresarial, o cuando se trate de una pequeña empresa en la medida en que el plan no se puede imponer contra la voluntad del deudor y sus socios... La regla de prioridad absoluta encuentra poca justificación cuando se impide que se “arrastre” a la que sería la clase de acreedores residuales: los socios (pág. 87)”.

En general, sobre ambas reglas de prioridad, AMADO DE LA RIEGA, C., “El arrastre entre clases en la directiva y su potencial encaje en derecho español: ‘Absolute priority rule’ vs. ‘Relative priority rule’”, *La directiva de la (UE) 2019/1023 sobre insolvencia (Estudios desde diferen-*

En todo caso, situados en este contexto, si bien es cierto que el art. 698 bis ap.2 TRLC prevé como incentivo sustantivo, la posibilidad de una homologación tácita del plan de continuación — medida que, a primera instancia, parecería “compensar” el control judicial *ex ante* de las salvaguardas sustantivas como requisito para la homologación judicial del plan —, no es menos cierto que dicha homologación tácita no será posible: cuando se incluya a los acreedores públicos (con el alcance permitido) en el plan de continuación; cuando la aprobación del plan se haya conseguido con una mayoría del pasivo cuyo voto se ha considerado positivo por ausencia de voto; en todo caso, si el deudor o cualquier acreedor titular de créditos afectos por el plan, solicita un pronunciamiento expreso sobre la homologación al juez,

En definitiva, y a diferencia de lo que ocurre en sede de los planes de reestructuración del Libro Segundo, en la mayoría de los casos, el auto de homologación del plan de continuación no se dictará, y por lo tanto el auto de homologación no surtirá efectos, sino previo examen judicial de sus requisitos sustantivos de fondo³¹, lo que puede demorar la eficacia del plan de continuación, en el mejor de los casos, entre 30 y 60 días³² con respecto a la propia de los planes de reestructuración (art. 647 y 649 TRLC).

Igualmente, debe señalarse que tampoco se prevé ningún tipo de regla transitoria durante la pendencia del trámite de homologación judicial, respecto la eficacia o no del plan de continuación, así como tampoco en relación a los efectos del art. 694 TRLC y medidas de los arts. 701 y ss TRLC que, en su caso, se hubieran podido adoptar.

Por último, y para el caso de homologación judicial del plan de continuación, tampoco se prevé, al menos de forma expresa, ninguna regla similar a la establecida por el art. 651 TRLC en sede de los planes de reestructuración, con respecto la posibilidad de los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan de, cumpliendo los requisitos establecidos por el precepto, 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, o bien que el plan de reestructuración prevea la sustitución de dicho derecho por una *cash option*.

Parecería sin embargo que esta regla pueda resultar de aplicación por la vía de su aplicación supletoria ex. art. 689.1 TRLC, al igual que la contenida en el art. 652 TRLC acerca del mantenimiento de las garantías de terceros, por los acreedores que no hubieran votado a favor de la aprobación del plan de continuación, si bien en este caso el acreedor deberá mantener una ac-

tes ordenamientos), CANDELARIO MACÍAS, M.I., PACCHI, S. (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 63-78.

³¹ Nótese como, además en sede del plan de continuación, este examen incluye también la comprobación que: “Se hayan observado los requisitos y efectos previstos en este libro respecto de los acreedores públicos y el deudor se encuentre al corriente en el pago de las deudas tributarias y de seguridad social devengadas que hayan surgido con posterioridad a la solicitud de apertura del procedimiento especial de continuación” (art. 698 bis ap.6. 7.º TRLC).

³² A este respecto, debe tenerse en cuenta que, al igual que en sede del plan de reestructuración para el caso de la extensión de efectos a clases de acreedores disidentes (art. 635 en relación con el art. 672.1. 4.º TRLC), también en este supuesto en sede del plan de continuación se exige el nombramiento de un experto en reestructuración — art. 698 bis ap. 5 TRLC —, el cual deberá pronunciarse sobre el valor del deudor como empresa en funcionamiento.

titud proactiva votando expresamente en contra de la aprobación del plan para evitar la aplicación de la regla de voto favorable tácito del art. 698.8 TRLC antes expuesta.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, los numerosos incentivos procesales dispuestos en el Libro Tercero para favorecer la adopción de un plan de continuación por el deudor que ha actuado de forma temprana ante los primeros signos de la insolvencia, no se complementan adecuadamente con el régimen de salvaguardas sustantivas establecidas para la adopción de dichos planes.

En este sentido, y más allá de la controvertida cuestión del tratamiento privilegiado del crédito público, debería revisarse la conveniencia de mantener para las microempresas un régimen de eficacia del plan de continuación supeditado al previo control judicial de fondo de sus requisitos, en sede de adopción del auto de homologación, algo que, sin embargo, no ocurre en relación con las medianas y grandes empresas, donde este control se realiza con carácter *ex post*, en sede de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración.

A mayor abundamiento, no parece que este régimen guarde correspondencia con los principios de celeridad, economía procesal, ahorro de costes y, en última instancia, respuesta temprana frente a la insolvencia, que dicho procedimiento pretende promover como medio para ofrecer una respuesta eficaz ante la insolvencia de las microempresas que permita alcanzar soluciones conservativas y no meramente liquidativas para este tipo de empresarios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- GARCIMARTÍN, F., “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el Libro IV)”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, págs. 51-91.
- GÓMEZ ASENSIO, C., “Alerta Temprana y Exoneración de Pasivo”, *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, GÓMEZ ASENSIO, C (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, págs. 69-89.
- “Reestructuración, Concurso y Exoneración del Deudor Persona Natural”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 52, 2021, págs. 323-356.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “La modificación del chapter 11 en el derecho concursal norteamericano: la ley de reestructuración de pequeñas empresas”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 47, 2019, págs. 215-223.
- MORAL ESCUDERO, J., “Alertas Tempranas y Estadística Concursal en la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, págs. 27-49.
- PULGAR, EZQUERRA J., “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 323, 2022.
- TIRADO MARTÍ, I., “El procedimiento especial para micropymes en el texto refundido: ¿una oportunidad perdida?”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 7, 2022, págs. 237-279.

- “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*, núm.3, 2021, págs. 211-253.
- TIRADO MARTÍ, I., MOKAL, R., “Special consideration for micro, small and medium enterprises”, *Best practices in European restructuring: contractualised distress resolution in the shadow of the law*, Milano, Wolters Kluers, 2018, págs. 233-254.
- VELASCO, A., “Estadísticas concursales y preconcursales REFOR”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 6, 2022, págs. 453-463