

Artículos

NOVEDADES CONCURSALES RELACIONADAS CON LOS ACREEDORES REALES Y LA EJECUCIÓN DE SUS GARANTÍAS

Antonio José Moya Fernández

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de sus garantías

El presente trabajo tiene por objeto hacer un compendio de las principales novedades introducidas en el ámbito preconcursal y concursal por la Ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal que guardan relación con los acreedores reales desde la perspectiva de la ejecución de sus garantías.

PALABRAS CLAVE:

LEY 16/2022, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, DIRECTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, ACREEDOR REAL, EJECUCIÓN SEPARADA DE GARANTÍA REAL, PROHIBICIÓN DE INICIO Y SUSPENSIÓN O PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES, COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES, EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO, PLAN DE REESTRUCTURACIÓN, FASE DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL, PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA MICROEMPRESAS.

Insolvency regulation novelties regarding real creditors and enforcing their securities

This article summarises the Spanish Insolvency Law's main pre-insolvency and insolvency changes in relation to real creditors in terms of them enforcing their securities.

KEYWORDS:

CONSOLIDATED TEXT OF INSOLVENCY LAW 16/2022, DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 20 JUNE 2019 ON PREVENTIVE RESTRUCTURING FRAMEWORKS, REAL CREDITOR, SEPARATE ENFORCEMENT OF SECURITY, PROHIBITION TO START AND SUSPEND OR STAY ENFORCEMENT, NOTIFYING THE START OF NEGOTIATIONS, DISCHARGING UNPAID CLAIMS, RESTRUCTURING PLAN, INSOLVENCY LIQUIDATION PHASE, SPECIAL PROCEDURE FOR MICROENTERPRISES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 24-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-10-2022

Moya Fernández, Antonio José (2022). Novedades concursales relacionadas con los acreedores reales y la ejecución de sus garantías. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 275-296 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar cómo afecta a los acreedores reales y, más en particular, a la ejecución de sus garantías, la reforma operada por 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 (la “Ley 16/2022” o la “Reforma”).

A tal efecto, dada la amplitud de la Reforma y la limitada extensión y alcance de este trabajo, se ha optado por hacer un compendio de las principales novedades introducidas, por este orden, en el ámbito preconcursal (libro segundo del TRLC), en el concursal (libro primero del TRLC) y en el del nuevo procedimiento especial para microempresas (libro tercero del TRLC) que guardan relación con la ejecución de las garantías reales. Para el análisis de cualesquiera otras cuestiones e implicaciones de la Reforma me remito al resto de los artículos del presente número de la revista.

2. Comunicación de apertura de negociaciones. Ejecución de garantías reales en el precurso

En los dos primeros apartados se analizarán las reformas introducidas en el ámbito preconcursal (libro segundo del TRLC) relacionadas con la comunicación de apertura de negociaciones y los planes de reestructuración.

Como se verá, en materia de comunicación, el régimen que resulta de la Reforma es sustancialmente continuista con el anterior, si bien con algunas novedades nada desdeñables.

2.1. Disposiciones generales en materia de comunicación de apertura de negociaciones

Con carácter previo, interesa destacar dos cuestiones generales relacionadas con la comunicación que deben ser tenidas en cuenta por los acreedores reales de cara a la ejecución de sus garantías.

La primera es que con la Reforma se amplía el número de escenarios en los que cabe la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (y la consiguiente suspensión de las ejecuciones instadas por estos), toda vez que se prevé no solo para los tradicionales supuestos de insolvencia inminente o actual (redacción del artículo 583 TRLC anterior a la Ley 16/2022), sino también para el de probabilidad de insolvencia (redacción del artículo 585.1 y 2 TRLC tras la Ley 16/2022).

La segunda es que, a tenor del artículo 595 TRLC, la comunicación de apertura de negociaciones no produce, por sí sola, el vencimiento anticipado y son ineficaces las cláusulas contractuales que permitan declararlo por razón de esa mera comunicación o de la solicitud de suspensión de ejecuciones. El vencimiento anticipado *ex lege* de los créditos concursales aplazados se sigue produciendo con la apertura de la liquidación (artículo 414 TRLC).

2.2. Efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales: régimen continuista con novedades

El punto de partida del análisis de la reforma debe ser 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 (“DMRP”). Sus líneas maestras en esta materia se establecen en su considerando n.º 32 y en su artículo 6, y son las siguientes:

- i. El deudor debe poder disfrutar de una suspensión temporal de ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva para ser capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones (considerando n.º 32 y artículo 6).
- ii. Cuando así lo disponga la normativa nacional, también debe ser posible que la suspensión se aplique a favor de terceros prestadores de garantías, entre ellos los avalistas y los titulares de garantías (considerando n.º 32 y artículo 6).
- iii. Los Estados miembros podrán prever la denegación de la suspensión de las ejecuciones singulares cuando esta no sea necesaria o cuando no favorezca las negociaciones. Entre los motivos de denegación podría incluirse la falta de apoyo de las mayorías necesarias de los acreedores o, si así lo dispone la normativa nacional, la incapacidad del deudor para pagar sus deudas al vencimiento de estas” (considerando n.º 32 y artículo 6).
- iv. Los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes (artículo 6).
- v. Los Estados miembros podrán excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos (artículo 6).
- vi. La duración inicial máxima de una suspensión de ejecuciones singulares no superará cuatro meses (artículo 6).

- vii. Los Estados miembros pueden ampliar la duración de una suspensión de ejecuciones singulares o acordar una nueva suspensión de ejecuciones singulares a petición del deudor, de un acreedor o, en su caso, de un administrador en materia de reestructuración (artículo 6).
- viii. La duración total de las ejecuciones singulares, incluidas las ampliaciones y las renovaciones, no podrá exceder de doce meses (artículo 6).

Sentado lo anterior, procede analizar cómo ha quedado tras la Reforma la regulación de los efectos de la comunicación de negociaciones sobre la ejecución de garantías reales.

Esta regulación se encuentra, esencialmente, en los artículos 596 y 603 TRLC. El art. 603 TRLC prevé los efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales constituidas por el deudor por deuda propia y ajena. Y el art. 596 TRLC contempla los efectos de la comunicación sobre la ejecución de garantías reales constituidas por terceros por deuda ajena.

En líneas generales, y salvo algunas innovaciones a las que luego se hará referencia, la nueva regulación es continuista con la anterior en cuanto a los efectos de la comunicación de negociaciones. Por un lado, porque se mantiene la regla general de que esta comunicación comporta la prohibición de inicio y suspensión de ejecuciones singulares sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor (artículo 600 TRLC). Y, por otro lado, y en lo que aquí interesa, porque se sigue permitiendo el inicio, seguido de la inmediata suspensión temporal, de las ejecuciones de garantías reales que recaen sobre bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad (artículo 603 TRLC)¹.

Al igual que se establecía en el artículo 591 TRLC anterior a la Ley 16/2022, el vigente artículo 603 TRLC prevé que si la garantía recae sobre bienes o derechos necesarios, una vez iniciada la ejecución, se suspenderá durante un plazo de tres meses a contar desde la comunicación. En tal caso, si la ejecución es judicial, la suspensión la acordará el juez que conozca que ella, y si es extrajudicial, la acordará el juez ante el que se haya presentado la comunicación. Si, por el contrario, la garantía real recae sobre bienes o derechos que no son necesarios para la continuación de la actividad, el acreedor podrá continuar con la tramitación de su ejecución de la garantía real.

Este régimen particular pretende lograr un justo equilibrio entre el derecho del deudor a la suspensión temporal de las ejecuciones singulares y el derecho del acreedor con garantía real a poder instar su ejecución separada en caso de concurso de aquel. De esta manera, cuando se trata de bienes o derechos necesarios para la continuidad, al acreedor se le permite tener por iniciada la ejecución, pero a los solos efectos de que conserve su derecho de ejecución separada en caso de concurso posterior.

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 603 y de su puesta en relación con lo previsto en el artículo 568.1 LEC y el 149 TRLC. El artículo 568.1 LEC establece que, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada a los efectos del artículo 57.3 LC para el caso de que pos-

¹ Para un análisis más profundo sobre el particular, *vid.* Azofra Vegas (2022: 110 y ss.).

teriormente sobrevenga el concurso. La referencia al derogado artículo 57.3 LC debe entenderse efectuada al vigente artículo 149.1 TRLC, que establece que la apertura de la liquidación produce la pérdida del derecho de ejecución separada por acreedores reales que no la instaron antes de la declaración de concurso o una vez transcurrido un año desde tal declaración.

Esta regulación se compadece bien con lo dispuesto en la DMRP. Primero, porque cohonesta la exigencia de la norma comunitaria de suspender temporalmente las ejecuciones sobre bienes o derechos necesarios para "*facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración*" con el mantenimiento del derecho de ejecución separada para acreedores con garantía real que, diligentemente, insten la ejecución antes de la declaración de concurso. Y segundo, porque se sigue permitiendo no solo el inicio, sino también la continuación y tramitación de las ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos no necesarios para la continuidad, lo que está en armonía con el considerando 32 y el artículo 6 de la DMRP, que faculta a los Estados miembros para negarse a acordar la suspensión de ejecuciones singulares cuando no sea necesaria.

En vista de lo anterior, se puede concluir que, en lo sustancial, se mantiene el régimen legal anterior. Ahora bien, eso no quita para que la Ley 16/2022 haya introducido algunas novedades en la materia. A continuación se enumeran las más relevantes:

- i. El plazo inicial de suspensión es siempre de tres meses (artículos 600 y 603.1 TRLC) a contar desde la comunicación, que puede ser objeto de una única prórroga por otros tres meses (artículo 607 TRLC). El plazo inicial de tres meses es mayor que el de dos meses que preveía el artículo 588.1 TRLC anterior a la Ley 16/2022 para las comunicaciones efectuadas por personas naturales no empresarias para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- ii. Desaparece la previsión del artículo 591.2 TRLC anterior a la Reforma por la que también se suspendía la ejecución de la garantía real si recaía sobre la vivienda habitual del deudor. El artículo 603.1 TRLC omite referencia alguna a la vivienda habitual y solo suspende la ejecución de garantías reales que recaigan sobre bienes necesarios, por lo que parece que la comunicación no afectaría a la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual del deudor por el mero hecho de serlo², salvo que este pudiera demostrar que es un bien necesario porque desarrolla en ella su actividad empresarial o profesional.
- iii. El artículo 603 TRLC también permite el inicio de la ejecución —con su inmediata suspensión si recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad— de garantías reales constituidas por la sociedad que haya hecho la comunicación en aseguramiento de deuda ajena de otra sociedad del mismo grupo.
- iv. El artículo 596.2 TRLC contempla, como excepción a la regla general de que la comunicación no impide que el acreedor con garantía real de un tercero pueda hacerla efectiva si el crédito garantizado estuviese vencido (artículo 596.1 TRLC), la posibilidad de que la suspensión de ejecuciones se extienda a las garantías personales o reales prestadas por otra

2 En la misma línea, *vid.* Martín Martín (2022).

sociedad del grupo no incluida en la comunicación, cuando la ejecución de tales garantías pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora. Según la exposición de motivos de Ley 16/2022, se pretende con ello evitar el fracaso de las negociaciones y que la sociedad garante tenga que presentar otra comunicación para suspender la ejecución.

- v. El artículo 603.2 TRLC posterior a la Reforma introduce la previsión expresa de que la comunicación de negociaciones no afectará a la ejecución de garantías financieras ni a la facultad de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas en la parte cubierta por ellas.
- vi. Se ha eliminado el artículo 590 del TRLC anterior a la Reforma, por el que se establecía la prohibición de inicio y la suspensión de ejecuciones instadas por acreedores de pasivos financieros sobre cualesquiera bienes del deudor si constaba que, al menos, el 51 % del pasivo financiero total apoyaba la apertura de negociaciones para la suscripción del acuerdo de refinanciación, con el compromiso de no ejecutar durante las negociaciones.

3. Planes de reestructuración

En varios artículos de este mismo número, a los que me remito para evitar repeticiones, se analiza el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración desde distintas perspectivas. En este apartado me limitaré a consignar brevemente las tres previsiones incluidas en la regulación de los planes de reestructuración que guardan una relación más estrecha con la ejecución de garantías reales.

1. La primera de estas previsiones tiene que ver con la obligación del juez de nombrar un experto en la reestructuración cuando el deudor solicite la suspensión general de ejecuciones singulares o su prórroga y el juez considere y justifique que ese nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión (artículo 672.1.3.^o TRLC).
2. La segunda novedad, y la más relevante, es la introducción, en el nuevo artículo 651 TRLC, de un derecho especial de ejecución en favor de los acreedores reales que hayan votado en contra del plan de reestructuración y pertenezcan a una clase disidente en la que el voto favorable al plan haya sido inferior al voto contrario.

Se trata de una innovación de extraordinaria importancia, ya que permite al acreedor real desvincularse de los efectos del plan de reestructuración debidamente aprobado y homologado judicialmente y reclamar su crédito por la vía ejecutiva³. Esto supone una modificación de gran calado con respecto al régimen anterior, bajo el cual el acreedor real disidente o no participante quedaba sujeto a los efectos de un acuerdo de refinanciación (o, en su caso de un acuerdo extrajudicial de

³ Para un mejor entendimiento de las particularidades de este especial derecho de ejecución, *vid.* Azofra Vegas (2022b). Como ahí se explica, este derecho especial fue introducido en la propuesta de anteproyecto de reforma concursal presentada al Ministro de Justicia por la Comisión General de Codificación, de la que el autor formó parte.

pagos), siempre que fuera aprobado por una mayoría cualificada de acreedores homogéneos y homologado judicialmente.

Este derecho se configura como una medida de protección de los acreedores garantizados en respuesta a la introducción en el derecho concursal español, por exigencia de la DMRP, de los planes de reestructuración no consensuales (esto es, los no aprobados por una o más clases de acreedores) y de la consiguiente posibilidad de imposición de un plan de reestructuración a una clase entera disidente (lo que se da en llamar el *arrastré vertical* o *cross-class cram-down* en su acepción inglesa). En concreto, con este mecanismo, que está parcialmente inspirado en el derecho holandés, se pretende evitar que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 639 TRLC, acreedores no garantizados (bien una mayoría simple de clases —con tal de que al menos una de ellas pudiese ser calificada como privilegiada general o especial— o bien una sola clase *in-the-money*) puedan arrastrar e imponer un plan de refinanciación a una clase entera disidente de acreedores reales⁴.

El acreedor real tiene un plazo de un mes para instar la ejecución de la garantía real a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal. Ahora bien, el artículo 651 TRLC permite a los promotores del plan sustituir este derecho por el pago en efectivo al acreedor real del valor de la garantía en un plazo no superior a 120 días (debe entenderse que a contar desde la misma publicación). Para que esta sustitución sea operativa, deberá incluirse el ofrecimiento de pago en el plan.

En cuanto a la ejecución, deben efectuarse las siguientes consideraciones desde un punto de vista procesal:

- i. El ejercicio de este derecho de ejecución producirá el vencimiento *ipso iure* del crédito originario garantizado (artículo 651.1 TRLC).

Para la mejor doctrina, el plazo de un mes para ejecutar es de caducidad, no opera en caso de que los promotores del plan no cumplan su ofrecimiento de pago en metálico del valor de la garantía en el plazo de 120 días y no cabe ejecutar si en el plan de reestructuración se hace ofrecimiento de pago⁵. De esta manera, si no se hace ese ofrecimiento o si, pese a hacerlo, transcurre el referido plazo sin que se efectúe el pago, el acreedor real no se verá arrastrado y podrá ejecutar la garantía.

Con todo, no es descartable que, en caso de que el plan prevea la sustitución por pago, pueda existir alguna interpretación que exija que la ejecución se inste, bien dentro del primer mes a contar desde la publicación del plan, o bien dentro del primer mes siguiente al transcurso del plazo de 120 días concedido para el pago, una vez que este no se ha producido.

4 Vid. Azofra Vegas califica a este derecho como de "abstención". Por su parte, para Garcimartín (2021) se trata de una salvaguarda sustantiva particular en el ámbito del llamado "arrastré vertical" y de un derecho de salida de la reestructuración y de ejecución de la garantía cuando la clase a la que pertenece el acreedor real disidente se haya opuesto activamente al plan de reestructuración.

5 Vid. Azofra Vegas (2022).

Es por ello por lo que, hasta que exista una práctica judicial consolidada en ese sentido, no estaría de más que, según las circunstancias del caso y para evitar riesgos, el acreedor valore la posibilidad de (i) instar la ejecución dentro del primer plazo de un mes, a contar desde la publicación del auto, incluso aunque el plan prevea la sustitución por pago (así, si después los promotores no pagasen, no habría dudas de que la ejecución se habría iniciado en plazo); o (ii) si los promotores no pagan, instar al menos la ejecución en el mes siguiente a la fecha de finalización del cómputo del referido plazo de 120 días.

- ii. Para poder enervar el derecho de ejecución, el tenor literal del artículo 651 TRLC exige el pago íntegro del valor de la garantía. A mi juicio, es evidente que no cabe la enervación parcial mediante el pago de parte del valor de la garantía, que solo serviría para minorar la cuantía total que se reclamase en ejecución de la garantía⁶.
- iii. En el auto de homologación se identificarán los acreedores con garantía real que hayan votado en contra del plan y que pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado (artículo 647.2 TRLC).
- iv. La ejecución podrá iniciarse sin el testimonio del auto de homologación, que deberá aportarse al procedimiento en cuanto se disponga de él (artículo 651.1 TRLC). En mi opinión, al permitir el inicio de la ejecución con el auto de homologación del plan de reestructuración, el precepto dota al auto de plena ejecutividad (al quedar claro que lleva aparejada ejecución y que su fuerza ejecutiva no debe confundirse con su eficacia, que se regula aparte en el artículo 649 TRLC)⁷. Ello permite su consideración como título ejecutivo encuadrable en el apartado 9.º (resoluciones procesales que, por disposición legal, llevan aparejada ejecución) o 3.º (resoluciones de homologación de transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso) del artículo 517.2 LEC⁸. De lo contrario, el derecho de ejecución reconocido en el artículo 651 TRLC en favor de acreedores disidentes quedaría vacío de contenido.

El artículo 651.3 TRLC regula el destino de las resultas de la ejecución del siguiente modo:

- A. Si se obtuviese menos que la deuda garantizada, pero más que el valor de la garantía, el ejecutante hará suyas todas las resultas de la ejecución. La diferencia entre esa cantidad y

6 No es este el único caso de ineficacia de la enervación parcial. En términos similares, la posibilidad de rehabilitación de préstamos hipotecarios impagados prevista en el artículo 693.3 de La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC") está condicionada al pago íntegro de las cantidades indicadas en el precepto. Tampoco en el ámbito arrendaticio cabe la enervación parcial, pues la ley no permite que un pago parcial del importe reclamado enerve la acción de desahucio (arts. 22.4 y 440.3 LEC). En este sentido, *vid.* Fuentes-Lojo Rius (2021).

7 Parece que así se supera la polémica suscitada por alguna resolución aislada dictada bajo la vigencia de la derogada Ley Concursal (y no tanto del TRLC, cuyo artículo 614 en su redacción anterior a la Ley 16/2022 confería fuerza ejecutiva al acuerdo de refinanciación) que consideraban que el auto de homologación del acuerdo de reestructuración carecía de fuerza ejecutiva y no era equiparable a los títulos ejecutivos del apartado 3.º del artículo 517.2 LEC. Por todos, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) n.º 21/2015 de 19 de febrero de 2014 (Rec. 226/2014) [LA LEY 259244/2014].

8 La práctica judicial que reconocía fuerza ejecutiva al auto de homologación del acuerdo de refinanciación lo solía hacer incluyéndolo dentro de los títulos ejecutivos de los apartados 3.º y 9.º del artículo 517.2 LEC. Por todos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de 25 de julio de 2018 [LA LEY 98285/2018] resuelve que "este acuerdo tendrá la naturaleza de transacción judicial a los efectos de lo dispuesto en el apartado 10 de la DA 4.ª y 517.2.3.ª y 9.ª de la LEC".

el valor de la garantía se deducirá de lo que, en su caso, hubiese recibido o deba recibir conforme al plan de reestructuración por la parte del crédito no garantizada.

- B. Si se obtuviese menos que el valor de la garantía, el acreedor hará suya todas las resultas de la ejecución, y la parte remanente quedará insatisfecha. Esta previsión es novedosa y va en claro detrimento del acreedor, puesto que si decide ejecutar correrá el riesgo de perder el remanente en caso de que el producto que obtenga de la realización del activo sea inferior al valor de la garantía.

3. Por último, la tercera reforma reseñable en este ámbito es la recogida en el artículo 652.1 TRLC, relativo a garantías de terceros. El precepto mantiene, como regla general, que los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan de reestructuración no verán comprometidos sus derechos contra los garantes personales o reales del deudor (en términos parecidos al artículo 627 TRLC anterior a la Ley 16/2022). Sin embargo, introduce, como excepción a aquella regla, la novedosa posibilidad de extender los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo a las garantías personales o reales prestadas por cualquier sociedad del mismo grupo no sometida al plan, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la deudora. Esta innovación está en línea con la introducida en sede de efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores.

4. Novedades en fase de liquidación concursal

Hasta ahora se han analizado las reformas introducidas en el libro segundo del TRLC relativo al derecho preconcursal. En este apartado y en el siguiente se abordarán las principales novedades producidas en el ámbito del concurso de acreedores regulado en el libro primero del TRLC y, en particular, en sede de liquidación y de exoneración del pasivo insatisfecho.

1. La principal novedad de la Reforma en la fase de liquidación concursal es, a mi juicio, la introducida en el artículo 149.1 *in fine* TRLC, consistente en que *“los titulares de garantías reales recuperarán el derecho de ejecución o realización forzosa cuando transcurra un año desde la apertura de la liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto”*.

Recuérdese que el artículo 149.1 TRLC anterior a la Reforma ya introdujo un cambio con respecto al derogado artículo 57.3 LC para establecer que la apertura de la liquidación producía la pérdida del derecho de ejecución separada si la ejecución de la garantía no se había instado antes de la declaración de concurso (único supuesto previsto en el artículo 57.3 LC) o tras el transcurso de un año desde la declaración de concurso (inciso añadido por el artículo 149.1 TRLC). En consecuencia, antes de la Reforma se admitía el inicio de la ejecución separada una vez transcurrido un año desde la declaración de concurso y hasta la apertura de la fase de liquidación.

El nuevo inciso introducido por la Ley 16/2022 va más allá y posibilita la ejecución separada una vez transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación, siempre y cuando durante ese año no se proceda a la realización del bien o derecho afecto. El precepto habla de que entonces se recupera el derecho de ejecución separada que se había perdido con la apertura de la liquidación.

A los efectos del artículo 149.1 TRLC, deberá entenderse que todavía no se ha enajenado un bien en liquidación y que, por tanto, se puede instar su ejecución separada mientras (i) no se haya dictado resolución judicial firme que acuerde la enajenación o adjudicación del bien y, por tanto, no se haya expedido su testimonio, o (ii) no se haya otorgado la correspondiente escritura de compraventa o transmisión del bien en favor del tercer adquirente⁹.

La Reforma supone que, a partir de ahora, los acreedores reales tendrán tres ventanas de oportunidad para instar la ejecución de su garantía: (i) antes de la declaración de concurso (artículo 145 TRLC); (ii) desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida la ejecución separada sobre ese bien o derecho, o una vez haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación (artículo 148.1 TRLC); y (iii) una vez haya transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que se haya enajenado el bien o derecho afecto (artículo 149.1 TRLC).

Con esta reforma es cada vez menos evidente la afirmación de que el sistema legal vigente privilegia al *ejecutante madrugador* que hubiera iniciado la ejecución antes de la declaración de concurso o inmediatamente después de que transcurriera un año a contar desde esa declaración y antes de que se abriera la fase de liquidación¹⁰.

La valoración de esta innovación es positiva en la medida en que ofrece al acreedor real la posibilidad de sustraerse, sobrevenidamente, de la ejecución colectiva de todo el patrimonio del concursado (incluido el bien o derecho afecto) propia de la fase de liquidación concursal cuando esta no sea operativa y apostar por la ejecución individual separada del bien o derecho afecto. Esta solución será especialmente útil en los casos en los que la fase de liquidación se dilata en el tiempo por multitud de vicisitudes, lo que hasta ahora sucedía con mucha frecuencia, por ejemplo, por la extensión de las diversas fases de realización de bienes o derechos previstas en el plan de liquidación (plan que, dicho sea de paso, con la reforma desaparece en liquidación —donde es sustituido por las reglas especiales que fije el juez y, en su defecto, por reglas legales generales supletorias¹¹— y solo subsiste en el procedimiento especial para microempresas), por la falta de interesados en la adquisición de los activos, por el planteamiento de recursos y la demora en su resolución y en la realización de las operaciones liquidatorias, etc. Entiendo que también deberían poder acogerse a ella los acreedores reales cuyo crédito sea reconocido como privilegiado especial después de la apertura de la fase de liquidación como consecuencia de la estimación de su impugnación de la lista de acreedores¹².

9 Al hilo de lo anterior, nótese que en el artículo 209 TRLC tras la Ley 16/2022, siguiendo la línea iniciada por la normativa concursal de emergencia aprobada durante la pandemia (artículo 15 del Real Decreto-ley 16/2020 y artículo 10 de la Ley 3/2020) y continuada por el artículo 209 TRLC anterior a la Ley 16/2022, establece la preferencia del legislador por la subasta electrónica (sin distinguir entre judicial y extrajudicial, como hacía la regulación anterior) como modo de realización de bienes afectos. En sede de liquidación, el artículo 423 TRLC prevé la regla general (supletoria) de que todos los bienes cuyo valor sea superior al cinco por ciento del valor total de bienes inventariados se realizarán mediante subasta electrónica (en el portal del BOE o en el de cualquier entidad especializada), salvo que el juez decida otra cosa.

10 Afirmación realizada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 febrero de 2019 [RJ 2019\1408].

11 *Vid.* artículos 415 a 423.bis del TRLC tras la Ley 16/2022.

12 Un supuesto similar se enjuició en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª) n.º 35/2020, de 27 de enero de 2020. En aquel caso se denegó la ejecución separada al acreedor real al que se le estimó su impugnación y reconoció su crédito como privilegiado especial tras la apertura de la liquidación.

A su vez, ante la posibilidad de que el acreedor real recupere ese derecho, la administración concursal estará más incentivada para realizar los bienes y derechos afectos en liquidación dentro del plazo de un año. Máxime teniendo en cuenta que el artículo 415.2 TRLC prohíbe establecer reglas de liquidación que supongan dilatarla más de un año y que el artículo 427 TRLC prevé la posibilidad de separación del administrador concursal por prolongación indebida de la liquidación si esta no termina en el mismo plazo de un año a contar desde la firmeza de la resolución de su apertura. Con todo, está por ver si la virtualidad de la reforma no queda empañada en la práctica por la vía de conceder prórrogas a la administración concursal para la realización de las operaciones de liquidación si acredita que la dilación está justificada. A mi juicio, la norma es clara y no cabe impedir ni restringir la recuperación por el acreedor real de su derecho de ejecución separada al año de la apertura de la liquidación.

2. Otra novedad reseñable es que el artículo 423.bis.2 TRLC introduce, como una de las reglas generales supletorias de liquidación, la de que el juez acordará la adjudicación forzosa al acreedor real (o al tercero designado por este) de los bienes o derechos afectos subastados, siempre que (i) la subasta (instada por la administración concursal o el acreedor) resulte desierta; (ii) el acreedor real no haga uso del derecho previsto en la LEC (artículos 651 y 671 LEC) a solicitar la adjudicación de los bienes; y (iii) el valor de estos, según el inventario de la masa activa, sea inferior a la deuda garantizada. Si el valor es superior, se celebrará nueva subasta sin postura mínima. Por todo ello, en adelante, el acreedor real tendrá que asumir que, instada la subasta, cabe la posibilidad de que se tenga que adjudicar el bien sobre el que recae la garantía.

Creo que con esta medida el legislador persigue abreviar la liquidación buscando un punto de equilibrio entre la frecuente reticencia del acreedor real a adjudicarse bienes afectos de escaso valor y la previsión incluida en algunos planes de liquidación de cancelar la garantía si el acreedor real no se adjudica el bien subastado en caso de subasta desierta. Previsión que, en mi opinión —aunque es un tema controvertido— carece de base legal, en tanto que se basa en una interpretación incorrecta e improcedente del artículo 671 LEC. Porque, aunque este precepto habla literalmente de que *“se procederá al alzamiento del embargo”* si el acreedor real no hace uso de la facultad de adjudicarse el inmueble tras la subasta desierta, rectamente debe interpretarse en el sentido de que, en su caso, se procederá a la cancelación de la nota marginal causada por la ejecución de la garantía, pero nunca a la cancelación de la garantía real.

5. La nueva regulación del EPI y la vivienda habitual hipotecada

El TRLC anterior a la Reforma permitía solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (conocido como “BEPI”) si la causa de conclusión del concurso era la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de masa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 486).

Existían, a su vez, dos supuestos de exoneración: (i) la definitiva, prevista en el artículo 488.1 TRLC (cuyo precedente era el artículo 178.bis 3 número 4.º LC), que exigía que el deudor hubiera satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como que, al menos, hubiera intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores o satisfecho el

25 % de los créditos concursales ordinarios; y (ii) la provisional —aunque convertible en definitiva— prevista en los artículos 493 y ss. (cuyo precedente era el art. 178 bis 3 número 5.º LC) para el caso de que el deudor hubiese cumplido un plan de pagos o hubiera dedicado a su cumplimiento determinados recursos durante el plazo de cinco años a contar desde la concesión de la exoneración provisional.

Ambos supuestos de exoneración tenían en común que exigían la previa liquidación del patrimonio del deudor¹³.

La Ley 16/2022 modifica todo el capítulo II del título XI del libro primero del TRLC, que comprende los arts. 486 a 502 y supone una reforma sustancial del régimen de exoneración del pasivo insatisfecho (ahora llamada “EPI”)¹⁴.

Una de las principales novedades que introduce la Reforma es que el deudor persona natural puede conseguir la EPI sin necesidad de la previa liquidación de su patrimonio.

Así, frente a la regulación anterior, en la que el deudor persona natural solo podía obtener la exoneración tras liquidar su patrimonio, el reformado artículo 486 TRLC establece que el deudor persona natural, sea empresario o no, puede conseguir la EPI a través de cualquiera de las dos siguientes rutas o modalidades alternativas: (i) con sujeción a un plan de pagos y sin previa liquidación de la masa activa, conforme a los artículos 495 a 500.bis TRLC, y solo podrá solicitarse antes de que se abra la fase de liquidación; o (ii) con liquidación de su masa activa, si la causa de conclusión del concurso fuera la finalización de la fase de liquidación o la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, conforme a los artículos 501 y 502 TRLC¹⁵.

También es novedoso que sea el deudor quien pueda optar por una u otra vía y que el artículo 500.bis TRLC le permita cambiar de modalidad y solicitar la EPI con liquidación de masa activa si la EPI mediante plan de pagos no fuera posible o fuera revocada.

La regulación sobre la extensión, efectos y revocación de la EPI son comunes a ambas modalidades.

Para el caso de que el deudor opte por la ruta del plan de pagos, el artículo 495 TRLC tras la Reforma exige acompañar a la solicitud de EPI las declaraciones de IRPF del deudor y de los miembros de su unidad familiar de los últimos tres años y que el deudor acepte que la concesión de la EPI se haga constar en el Registro público concursal durante el plazo que se establezca en el plan. Este

13 Así se desprendía de lo dispuesto en el artículo 489 TRLC anterior a la Reforma, por el que se establecía que la exoneración definitiva debía solicitarse tras la conclusión del concurso, y en el artículo 497.1 TRLC anterior a la Reforma, que disponía que la exoneración provisional con sujeción a un plan de pagos se extendía tanto a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la conclusión del concurso como a la parte de los créditos con privilegio especial que no se hubiera satisfecho con la ejecución de la garantía, salvo aquella que pudiera gozar de privilegio general.

14 Como gráficamente dice la exposición de motivos de la Ley 16/2022, con la Reforma “en lugar de condicionar la obtención de la exoneración a la satisfacción de un determinado tipo de deudas (como ha venido a recoger el artículo 487.2 del texto refundido de la Ley Concursal), se acoge un sistema de exoneración por mérito en el que cualquier deudor, sea o no empresario, siempre que satisfaga el estándar de buena fe en que se asienta este instituto, puede exonerar todas sus deudas, salvo aquellas que, de forma excepcional y por su especial naturaleza, se consideran legalmente no exonerables”.

15 En la misma línea, el apartado V de la exposición de motivos de la Ley 16/2022 y el artículo 715 TRLC, ubicado en sede del procedimiento especial para microempresas, establecen que los autónomos podrán acceder al procedimiento de segunda oportunidad y solicitar la EPI a partir de cualquiera de los dos itinerarios, ya sea el de liquidación o el de continuación.

puede incluir cesiones de pago de bienes o derechos no necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, pero no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor, ni alterar el orden de pago de los créditos, salvo consentimiento de los acreedores perjudicados (artículo 496 TRLC). La duración máxima del plan de pagos será de tres años, aunque podrá alcanzar los cinco cuando no se realice la vivienda habitual del deudor y, cuando corresponda, de su familia o en los planes de pagos de prestaciones variables (artículo 497.2 TRLC tras la Reforma).

En lo que aquí interesa, la nueva regulación también introduce cambios en el tratamiento legal que reciben las deudas con garantía real. A continuación se resumen las cuestiones más relevantes a tener en cuenta en este ámbito:

1. El artículo 489.1.8.º TRLC califica como no exonerables las deudas con garantía real, ya sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, pero solo hasta el límite del privilegio especial (es decir, hasta el valor de la garantía) calculado conforme a lo dispuesto en los artículos 273 y ss. del TRLC.

Esto cobra especial relevancia en la modalidad de plan de pagos porque, conforme al régimen anterior (derogado artículo 493 TRLC), el plan se refería a créditos no exonerables. Ahora, sin embargo, el vigente artículo 496.1 TRLC deja claro que el plan se refiere a los créditos exonerables que vayan a ser satisfechos dentro del plazo que haya establecido el plan (en similares términos, el artículo 498.bis.1.3.º TRLC habla de "*deuda exonerable afectada por el plan de pagos*"). Y ello sin perjuicio de que también deban tenerse en cuenta y relacionarse en el plan, entre otros, los recursos previstos para la satisfacción de las deudas no exonerables (artículo 496.2 TRLC), lo que servirá para que los acreedores y el juez se formen una opinión sobre la viabilidad del plan de pagos¹⁶.

2. Hasta ahora, una de las principales polémicas que se había venido suscitando en la práctica judicial era la relativa a si el deudor que solicitaba la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI) podía conservar su vivienda habitual hipotecada y en qué casos.

Este debate nació con los acuerdos sobre aplicación del art. 178.bis LC adoptados por los jueces de lo mercantil y el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona en su Seminario de 15 de junio de 2016, que permitían la no realización de bienes sujetos al pago de créditos con privilegio especial si se estaban pagando con cargo a la masa, se podían abonar todos los créditos contra la masa y el valor de la garantía era superior al valor razonable del bien sobre el que recaía la garantía real.

Estos criterios fueron secundados y complementados por una amplia parte de la práctica judicial para justificar la exclusión de la liquidación de la vivienda habitual del deudor afecta al pago de créditos con privilegio especial en supuestos de sobreendeudamiento hipotecario, siempre y cuando: (i) el concursado no estuviera en mora en el pago del préstamo; (ii) el valor previsible de

¹⁶ Téngase en cuenta que el plan presentado por el deudor no requiere la aprobación de los acreedores. Estos podrán, eso sí, hacer alegaciones al plan (artículo 498.2 TRLC) e impugnar la aprobación judicial en los cinco casos previstos en el artículo 498 bis.1 TRLC, entre los que se incluye que el plan no les asegure el cobro de la parte de sus créditos que habrían de satisfacerse en la liquidación concursal, lo que evitará la tentación del deudor de proponer un plan de pagos abusivo.

venta de la vivienda (reflejado en una tasación) no alcanzase para pagar la deuda garantizada viva y (iii) el acreedor con garantía real sobre la vivienda aceptase su exclusión, ya que, de lo contrario, se procedería a su enajenación en fase de liquidación¹⁷.

La anterior solución práctica ofrecida por los juzgados y tribunales ha sido objeto de no pocas críticas. La reforma de la EPI introducida en el TRLC trata de dar respuesta a esta problemática de la vivienda habitual hipotecada¹⁸.

3. El artículo 492.bis.1 regula los efectos de la EPI sobre las deudas con garantía real¹⁹. Este régimen, que —como se ha dicho— es común para las dos modalidades de EPI, consiste en la aplicación de las siguientes reglas²⁰:

- i. Si la garantía real ya se ha ejecutado antes de que se apruebe al plan o se conceda la exoneración en caso de liquidación, solo se exonerará la deuda remanente (artículo 492.bis.1).
- ii. Si la garantía real no se ha ejecutado cuando se presenta el plan, caben dos escenarios.

El primer escenario —que se omite en el artículo— es que la deuda sea inferior al valor de la garantía. En ese caso toda la deuda es no exonerable.

El segundo escenario —este sí expresamente previsto en el artículo— es que la deuda sea superior al valor de la garantía. En tal caso se aplican las siguientes reglas (artículo 492.bis.2), de las que resultará una parte de deuda no exonerable (la cubierta por la garantía) y otra exonerable (la que excede del valor de la garantía):

- A. Se mantendrán las fechas de vencimiento pactadas, pero la cuantía de las cuotas del principal y, en su caso, intereses se recalculará tomado para ello solo la parte de la deuda pendiente que no supere el valor de la garantía. En casos de interés variable se calculará tomando como tipo de interés de referencia el que fuera aplicable conforme a lo pactado a la fecha de aprobación del plan.
- B. La parte de deuda que exceda del valor de la garantía recibirá en el plan de pagos el tratamiento que le corresponda según su clase. La parte no satisfecha quedará exonerada.

17 Para una mejor intelección de esta polémica, de la solución propuesta por la práctica judicial y de su cuestionado encaje con el régimen legal aplicable puede consultarse, por su interés, la opinión de García-Villarrubia, Manuel (2022). Sobre el procedimiento a seguir para la exclusión de la vivienda habitual de la liquidación y la posterior concesión de la exoneración, *vid.* Fachal Noguera, Nuria (2022).

18 El apartado I de la exposición de motivos de la Ley 16/2022 dice: “Por último, la ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales”.

19 Este régimen se completa con lo dispuesto en el artículo 492 TRLC, que establece que la exoneración no afecta a los derechos de los acreedores frente a obligados solidarios, fiadores, avalistas, aseguradores y quienes tengan obligación de satisfacer la deuda afectada por la exoneración.

20 Azofra Vegas, en su artículo “¿Es posible la exoneración del pasivo insatisfecho sin liquidación y sin plan de pagos tras la transposición de la Directiva 2019/1023?”, sostiene, con razón, que: “no todos sus apartados se aplican de forma común a cada una de las modalidades de EPI. Así, el apartado 1 es aplicable a la EPI con liquidación, y también a la EPI con plan de pagos pero sólo cuando no se haya ejecutado la garantía real antes de la aprobación provisional del plan. En tanto que el apartado 2 es únicamente aplicable en la EPI mediante plan de pagos, y no a cualquier otra modalidad de EPI”.

- C. Cualquier exoneración declarada respecto de una deuda con garantía real quedará revocada si, incumplida la obligación y ejecutada la garantía, el producto de la ejecución fuese suficiente para satisfacer, en todo o en parte, deuda provisional o definitivamente exonerada.

4. A la vista de esta nueva regulación, cabe plantearse qué ocurrirá con la vivienda habitual hipotecada del deudor en las distintas modalidades de EPI y, en especial, si llegará o no a enajenarse.

- i. En el caso de que el deudor se acoja a un plan de pagos y concurra el primer escenario de arriba (es decir, que toda la deuda sea no exonerable porque la deuda es inferior al valor de la garantía), parece que, en recta interpretación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 490 TRLC, que establece el mantenimiento de las acciones contra el deudor por los créditos no exonerables, el acreedor podría promover la ejecución judicial o extrajudicial de la vivienda, sin que le fuera oponible el plan de pagos.

En el segundo escenario (que la deuda sea superior al valor de la garantía) es donde se plantean más dudas interpretativas. Para un sector doctrinal, el legislador ha optado por someter en el plan de pagos al crédito con garantía real (o, mejor dicho, a la parte de la deuda no exonerable cubierta por la garantía) a una suerte de reestructuración forzosa por ley y, en consecuencia, por no permitir al acreedor la ejecución de la garantía real mientras el deudor cumpla el plan de pagos, al entender que esa realización no beneficia a nadie (ni al deudor, ni al acreedor real, ni a los restantes acreedores)²¹. De esta manera, si el deudor cumpliera el plan en su integridad, podría obtener la EPI sin verse privado de su vivienda habitual hipotecada. Esta interpretación se compadece bien con el espíritu de la Reforma y con el propósito que persigue de que el deudor conserve su vivienda habitual.

Con todo, otro sector doctrinal, al analizar el proyecto de reforma del TRLC, ha sostenido que la enajenación de la vivienda habitual podría llegar a producirse en algunos casos, al entender que las medidas de reestructuración contempladas en el plan solo afectan al pasivo exonerable y que la inclusión (conforme al artículo 497.2.1.^o TRLC) de la previsión de que no se realizará la vivienda habitual del deudor y de su familia no es oponible a los titulares de deuda no exonerable²².

- ii. En el caso de que el deudor se acoja a la modalidad de liquidación, ante la ausencia de norma que permita excluir la vivienda, todo parece indicar que, dentro de la liquidación, se producirá la enajenación de todos los bienes y derechos de la masa activa, incluida la vivienda habitual del deudor²³.

21 Sobre el particular, *vid.* Azofra Vegas (2022: 295 y 296). Para el autor, que forma parte de la Comisión de Expertos que elaboró la propuesta de reforma concursal, se produce una "reconfiguración" legal de la deuda garantizada y el acreedor no puede ejecutar el bien en tanto el deudor efectúe el pago de esas nuevas cuotas "recalculadas". Según el autor, el nuevo tratamiento de las deudas garantizadas ofrece una solución legal para el caso de que el deudor mantenga en su patrimonio bienes o derechos gravados.

22 En ese sentido, *vid.* Fachal Noguera (2022).

23 Comparten esta opinión Fachal Noguera (2022) y García-Villarrubia (2022).

- iii. No es ocioso subrayar que, a la vista de que el artículo 501 TRLC, relativo a la solicitud de EPI tras liquidación, se aplica no solo a los casos de insuficiencia sobrevenida de masa (apartado 2), sino también a los concursos sin masa en los que no se hubiera acordado la liquidación (apartado 1), la doctrina científica más autorizada se ha planteado si, con base en lo dispuesto en el referido artículo 501.1 y el nuevo art. 37 ter.2 TRLC, cabría admitir la EPI sin liquidación y sin plan de pagos (lo que es especialmente polémico en el caso de concurso sin masa del apartado d del artículo 37 bis TRLC, cuando los gravámenes que pesan sobre de los bienes son superiores a su valor de mercado). Comparto la opinión de ese sector doctrinal, basada en razones de peso, de que no cabe admitir tal posibilidad, por ser contraria a la DMRP y a la literalidad y al espíritu de la Ley 16/2022²⁴.

6. Procedimiento especial para microempresas

La Reforma incorpora un nuevo libro tercero al TRLC, por el que se crea un procedimiento especial para microempresas, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023, y cuyas líneas maestras se analizan en otro artículo de esta publicación. Sin perjuicio de la obligada remisión a él, en este trabajo se hará referencia únicamente a las normas específicas del nuevo procedimiento que guardan relación con la ejecución de garantías reales.

1. En materia de comunicación de apertura de negociaciones para microempresas, el artículo 690.3 TRLC establece que es de aplicación el régimen general previsto en el libro segundo, título II, capítulos I y II para la comunicación de apertura de negociaciones (artículos 585 a 610 TRLC) — anteriormente descrito y que se da por reproducido en aras de la brevedad— aunque con algunas especialidades. Como ocurre en el régimen general, aquí también se permite el inicio de ejecuciones de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. La novedad es que la suspensión de la ejecución, una vez iniciada, se configura como un efecto opcional —que debe entenderse que solo opera a instancia del deudor— y no como preceptivo o automático.

Así, mientras en el artículo 603.1 TRLC se expresa claramente esa idea de obligatoriedad de suspensión con términos como “se suspenderá” y “la ordenará”, en el párrafo segundo del artículo 690.4 TRLC se utilizan expresiones como “se podrá suspender exclusivamente en la fase de realización o enajenación”, “la podrá ordenar” y “la suspensión en su casos acordada”. La literalidad del precepto no deja lugar a dudas sobre su interpretación y es acorde con el carácter modular²⁵ y flexible con el que, según la exposición de motivos de la Ley 16/2022, se configura el proce-

24 Sobre el particular, en esa línea Azofra Vegas (2022: 295-296) afirma: “creo que, sin realizar el test definitivo de la realización o ejecución de la garantía real, que permita conocer cuál era en efecto la parte de la deuda garantizada cubierta por la garantía real, y cuál la parte sobrante (naturalmente exonerable), sólo es posible permitir la exoneración parcial de deuda garantizada, por referencia al valor de la garantía, en una EPI mediante plan de pagos, aplicando el art. 492 bis.2 TRLC tras la Ley 16/2022 cuando sea aplicable”. En sentido parecido, vid. Cuenca Casas (2022), que opina que la reestructuración de la deuda hipotecaria del artículo 492 bis está pensada exclusivamente para el deudor que se acoge al plan de pagos y que se debería abrir la fase de liquidación siempre que se solicite la exoneración.

25 El apartado V de la exposición de motivos dice: “Uno de los aspectos más innovadores de este sistema es su carácter modular. Tradicionalmente, el Derecho concursal lleva aparejados una serie de efectos automáticos que tienen costes fundamentalmente para los acreedores. El procedimiento especial permite a las partes que soliciten su aplicación solo si así lo desean: este es el caso de la paralización de ejecuciones sobre activos con garantía real y del nombramiento de profesionales”.

dimiento especial para microempresas. Esta flexibilidad se traduce en que determinados efectos automáticos del derecho concursal, como la suspensión de ejecuciones de garantías reales, solo se activan a instancia de parte. Otras diferencias adicionales con respecto al régimen general son la reducción de seis a tres meses de la duración máxima de la eventual suspensión de las ejecuciones y la reanudación automática de la ejecución suspendida una vez transcurrido el referido plazo de tres meses.

Todas estas diferencias hacen que el régimen especial establecido para microempresas sea equiparable al previsto en sede general (artículo 605 TRLC) para la suspensión de las ejecuciones de acreedores públicos que recaigan sobre bienes o derechos necesarios²⁶. Con este régimen se pretende dotar de agilidad al procedimiento y reducir los tiempos muertos de tramitación y los costes superfluos que lleva aparejada toda paralización y reanudación de ejecuciones, especialmente para los acreedores con garantías reales. Está por ver si la puesta en práctica de este procedimiento especial por nuestros tribunales, que andan sobrecargados de trabajo y escasos de medios materiales y humanos, no echa por tierra ese buen propósito.

2. Por lo que se refiere a los efectos de la apertura del procedimiento especial para microempresas, el artículo 694.4 TRLC establece que *"la suspensión de las ejecuciones no afectará a los créditos con garantía real, sin perjuicio de que el deudor lo solicite de acuerdo con los supuestos que así lo permitan en este Libro tercero"*. Como se verá a continuación, estos supuestos varían en función de si se tramita el plan de continuación o de liquidación.

3. En el procedimiento especial de continuación el deudor puede solicitar, mediante formulario, la suspensión de las ejecuciones sobre bienes y derechos necesarios que deriven de incumplimiento de un crédito con garantía real, con independencia de si la ejecución se había ya iniciado o no en el momento de la solicitud (apartados 1 y 2 de artículo 701 TRLC). Si se acuerda, la suspensión se mantendrá hasta que se compruebe objetivamente que no se aprobará un plan de continuación y, en todo caso, por un máximo de tres meses desde el decreto por el que aquella se tuviera por solicitada, transcurridos los cuales la ejecución se reanudará automáticamente (artículo 701.3 TRLC). Tras, en su caso, la oposición del acreedor a la suspensión (también mediante formulario presentado electrónicamente) —que no tiene efectos suspensivos— y las alegaciones del deudor, podrá señalarse vista. El auto que resuelva la oposición será irrecurrible.

4. Conforme al artículo 712 TRLC, el deudor también podrá solicitar (mediante formulario) la suspensión de ejecuciones (iniciadas o no en el momento de la solicitud) de garantías reales que recaigan sobre bienes o derechos necesarios en el procedimiento especial de liquidación (apartados 1 y 2). El régimen de tramitación y de oposición es el mismo que en fase de plan de continuación (apartado 4). La diferencia estriba en que para acordar la suspensión en liquidación se exige que exista, además, una posibilidad objetiva razonable de que la empresa o las unidades productivas puedan transmitirse en funcionamiento. No existirá tal posibilidad cuando así lo manifieste el deudor en su solicitud de apertura de la liquidación o resulte del plan de liquidación (apartado 1).

26 Nótese que, en el apartado III de la exposición de motivos, se configura como excepcional la posibilidad de suspender ejecuciones de créditos públicos: *"Así, la norma contempla que en estos casos la regla general es la imposibilidad de suspensión de ejecuciones singulares de los acreedores públicos y que, como excepción, la suspensión exclusivamente podrá acordarse durante la fase de realización o enajenación de los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor por un período limitado a tres meses"*.

Una vez acordada la suspensión, se alzarán automáticamente tras el transcurso de tres meses o antes, si se comprueba objetivamente que no cabe la transmisión de la empresa en funcionamiento (apartado 3). Si la liquidación se abriese tras el fracaso de un plan de continuación, la suspensión acordada, en su caso, durante la tramitación del plan podría prolongarse durante un cuarto mes adicional (apartado 5).

5. Por último, dada su relevancia en la ejecución de garantías reales dentro del procedimiento especial de liquidación, conviene destacar que, en el ámbito de las operaciones de liquidación (para las que, como máximo, se establece un plazo máximo de duración de solo tres meses, prorrogables a instancia del deudor y de la administración concursal por un cuarto mes adicional) el TRLC contempla las siguientes formas de realización de bienes:

- i. La liquidación de bienes individuales o de categorías genéricas de bienes se producirá a través del sistema de plataforma electrónica previsto al efecto²⁷ y, complementariamente, mediante entidad especializada, a menos que se justifique debidamente conforme a criterios objetivos (artículo 708.3 TRLC).
- ii. La transmisión de la empresa o de unidades productivas se llevará a cabo conforme a las reglas del libro primero, con determinadas especialidades previstas en el artículo 710 TRLC, o mediante la presentación de una oferta de adquisición con la solicitud de liquidación, de acuerdo con las reglas de los artículos 224.bis a 224.quáter TRLC.

Al hilo de lo anterior, resulta novedosa la previsión del artículo 708.6 TRLC, por la que se establece que, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones de liquidación, será título inscribible la certificación generada electrónicamente por la referida plataforma de liquidación. Todo parece indicar que esa certificación se convierte en el título transmisivo inscribible del dominio, en lugar del testimonio del auto o decreto de adjudicación o de la correspondiente escritura de enajenación o transmisión a los que se refiere el artículo 673 LEC ubicado en sede de procesos de ejecución. Es una innovación relevante, que contrasta con lo previsto en el artículo 649.3 LEC aplicable a subastas en procesos de ejecución, conforme al cual la certificación electrónica expedida por el portal de subastas *online* del BOE tiene la función de acreditar la finalización y el cierre de la subasta e identificar al mejor postor y su postura, pero no la de suplir al posterior testimonio del decreto de adjudicación o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, que es el único título inscribible.

A mi modo de ver, uno de los principales problemas que plantean el artículo 708.6 TRLC y la disposición adicional segunda de la Ley 16/2022, relativa a la plataforma electrónica, es que no condicionan expresamente la expedición e inscripción del título inscribible —la certificación electrónica generada por la plataforma— a que la adjudicación sea firme y se haya procedido al pago del precio del remate o, en su caso, de la adjudicación (el apartado 12 de la disposición adicional

27 Según el apartado V de la exposición de motivos de la Ley 16/2022, la plataforma de liquidación “será de acceso gratuito y universal, y en ella se volcarán los activos de todos los procedimientos especiales de microempresas en liquidación. Se conformará un catálogo de bienes, organizados por categorías, según criterios comerciales, y enajenables de manera individual o por lotes. La venta de los activos se realizará tanto a través de venta directa por acceso externo al catálogo de los clientes como a través de la realización de subastas electrónicas periódicas, que deberán ser más frecuentes en las etapas iniciales del periodo de liquidación”.

segunda solo dice que la plataforma expide el certificado, que debe entenderse equivalente a la certificación de la que habla el artículo 708.6 TRLC, una vez ejecutada la operación de liquidación.

Los artículos 670.8 LEC ("*[a]probado el remate y consignado (...) la diferencia entre lo depositado el precio total del remate, se dictará el decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio*") y 673.II LEC ("*[s]erá título bastante para la inscripción (...) el testimonio (...) en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio*"), ubicados en sede de subastas en procesos de ejecución, condicionan la expedición, entrega e inscripción al título de adquisición inscribible al pago a que la adjudicación sea firme y al pago, previo o simultáneo, del precio del remate (en caso de subasta con postores) o de la adjudicación (en caso de subasta sin postores).

Ni siquiera en el caso excepcional del artículo 670.6 LEC se admite la posibilidad de inscribir el título sin haber pagado el precio del remate. Lo que permite este precepto (en relación con lo dispuesto en los artículos 673.II LEC y 107.12º del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria) es la expedición del testimonio del decreto de aprobación del remate antes de haberse pagado el precio a los solos efectos de que el mejor postor obtenga financiación para atender el pago del precio del remate y del depósito para participar en la subasta y constituya la conocida como hipoteca sobre el derecho del rematante. La solicitud de ese testimonio suspende el plazo para pagar el precio del remate, que se reanuda una vez entregado el testimonio al solicitante. Pero incluso en ese caso, una vez abonado el precio, se expide un segundo testimonio, el del decreto de adjudicación, que es el verdadero título inscribible en el que se hace constar la aprobación del remate y el pago del precio²⁸.

Por todo lo anterior, creo que, con carácter general, el artículo 708.6 TRLC debería modificarse y completarse en el sentido de establecer que la certificación electrónica que genere la plataforma al final de la subasta no debería ser título inscribible hasta que se acredite que el mejor postor haya procedido a completar el pago íntegro del precio ofrecido. En esa misma línea, la certificación generada al cierre de la subasta sí que podría hacer las veces de título inscribible en los siguientes casos: (i) cuando el rematante o mejor postor sea el acreedor real y el precio del remate sea inferior a la deuda originaria garantizada cubierta por la responsabilidad hipotecaria, de manera que se compense con ella en el importe concurrente (lo que en el ámbito anglosajón se denomina como "*credit bid*"); y (ii) cuando el rematante sea un tercero que acredite haber pagado el precio o importe del remate antes o simultáneamente a la generación de la certificación.

Con esta modificación se evitarían los problemas derivados de supuestos de quiebra de la subasta, en los que el rematante o mejor postor, pese a no abonar su puja en el plazo conferido al efecto (cuya duración no se establece en el TRLC, siendo de cuarenta días en el artículo 670.1 LEC), pretenda inscribir su título con base en la certificación generada al cierre de la subasta. Problemas que podrían verse acrecentados en caso de que los siguientes postores por orden decreciente de las pujas hubieran optado por hacer reserva de postura, ya que el TRLC no contempla este supuesto (que sí está regulado en los artículos 649.3 II y 652 LEC).

28 Vid. Achón Bruñén (2018).

Por el contrario, la generalización de la posibilidad de expedir e inscribir la certificación electrónica pese a no haberse pagado el precio del remate daría lugar a problemas de orden civil, procesal y registral de todo tipo y de muy difícil o imposible solución.

Sería deseable, por tanto, que aprovechando el futuro desarrollo reglamentario de la plataforma electrónica, también se modifique el TRLC en el sentido indicado.

Con las modificaciones propuestas —que pretenden encontrar el punto de equilibrio entre la agilización del remate y adjudicación en favor del rematante, la adecuada protección del acreedor real y la necesaria seguridad en el tráfico jurídico— esta innovación podría ayudar a reducir el frecuente retraso judicial en la expedición del testimonio del auto o decreto de adjudicación y agilizar mucho la inscripción de la transmisión, con el consiguiente ahorro de tiempo y costes para los adjudicatarios (que, generalmente, son los acreedores reales o terceros designados por ellos). Tanto es así que, no sería de extrañar que, si el sistema funciona, esta reforma se acabe extrapolando a la LEC.

7. Conclusiones

En definitiva, el cambio de paradigma operado por la Ley 16/2022 también ha supuesto la introducción de reformas significativas que afectan a los acreedores reales desde la perspectiva de la ejecución de sus garantías.

Las novedades más relevantes se han producido en el ámbito preconcursal de la comunicación de la apertura de negociaciones con acreedores (con la incorporación y eliminación de supuestos de suspensión de ejecuciones) y de los planes de reestructuración (confiriendo al acreedor real el derecho de abstención que le permite desvincularse del plan y ejecutar la garantía real para evitar el arrastre vertical).

Ahora bien, frente a lo que inicialmente pudiera pensarse por la necesaria trasposición de la DMRP, la Reforma no se ha quedado ahí y también ha supuesto modificaciones de calado en la tramitación del concurso, entre las que destacan: (i) dentro de la fase de liquidación, la resurrección del derecho de ejecución separada de garantías reales en liquidación (que beneficiará a los ejecutantes “menos madrugadores”), la preferencia del legislador por la subasta electrónica y la posibilidad de adjudicación forzosa al acreedor real de determinados bienes afectos de escaso valor cuya subasta haya resultado desierta; y (ii) la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho (ya que el deudor podrá obtener la EPI con sujeción a un plan de pagos y reconfiguración legal de deuda sin necesidad de perder su vivienda habitual hipotecada).

Por si fuera poco, se ha creado el nuevo procedimiento especial de microempresas, sobre cuya operatividad se ciernen muchas dudas, en el que cabe la suspensión de ejecuciones a instancia del deudor en determinados supuestos y que todavía precisa del desarrollo de uno de sus pilares, la plataforma electrónica de liquidación de activos (que generará certificaciones que harán las veces de títulos inscribibles en el Registro).

En conjunto, desde el punto de vista de la ejecución de las garantías reales, la reforma introducida por la Ley 16/2022 merece una valoración inicial positiva en tanto en cuanto trata de buscar un punto de equilibrio entre, por un lado, fomentar las soluciones preconcursales y dotar de una mayor agilidad al concurso y, por otro lado, la necesaria protección y respeto al acreedor garantizado para mantener un adecuado funcionamiento del mercado de crédito. Eso sí, a partir de ahora, los acreedores garantizados tendrán que estar especialmente vigilantes y ser aún más proactivos, si cabe, para salvaguardar y hacer valer sus derechos, especialmente habida cuenta de que también podrán ser objeto de arrastre por otras clases de acreedores (incluidos los no garantizados), de la brevedad de muchos plazos y de la introducción y supresión de trámites en sede preconcursal y concursal (como la sustitución del plan de liquidación por reglas de liquidación especiales y generales supletorias). En todo caso, habrá que esperar a que la Reforma esté más rodada y a que se consolide la práctica judicial que la aplique para poder hacer una valoración más adecuada de su resultado.

Bibliografía

ACHÓN BRUÑÉN, M^a José (2018). Ejecución civil. Dineraria y no dineraria. 654 preguntas y respuestas, Madrid: Sepin.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2022). La suspensión de ejecuciones en el precurso tras la Ley 16/2022. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n.º 7 extraordinario.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2022). Comentario al artículo 651. En J. PULGAR EZQUERRA (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2.ª edición.

CUENA CASAS, Matilde (2022). Reforma concursal: segunda oportunidad y ejecución de la vivienda habitual. *El Notario del Siglo XXI*, n.º 105.

FACHAL NOGUER, Nuria (2022). Exoneración del pasivo insatisfecho y vivienda habitual del concursado, *Almacén de Derecho*, 25 de mayo de 2022 (<https://almacenederecho.org/exoneracion-del-pasivo-insatisfecho-y-vivienda-habitual-del-concursado>).

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro (2021). El laberinto jurídico de los juicios de desahucio por impago y su problemática práctica. *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, n.º 149.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel (2022). La vivienda habitual y la exoneración del pasivo insatisfecho. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 109.

GARCIMARTÍN, Francisco (2021). Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Almacén de Derecho*, 22 de diciembre de 2021 (disponible en <https://almacenederecho.org/los-creditos-con-garantia-real-en-el-anteproyecto-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-ley-concursal>).

MARTÍN MARTÍN, Álvaro José (2022). El acreedor hipotecario en la reforma concursal (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/el-creedor-hipotecario-en-la-reforma-concursal>).