

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066748

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

Sentencia 179/2023, de 10 de abril de 2023

Sección 1.^a

Rec. n.º 42/2023

SUMARIO:**Concurso de acreedores. Plan de reestructuración. Aprobación de homologación de plan de reestructuración empresarial. Legislación aplicable. Clases de créditos: formación. Perímetro de afectación.**

Comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones del deudor con sus acreedores o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración. Si bien la comunicación se llevó a cabo antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley 16/2022, la norma transitoria diferencia aquella del procedimiento que en realidad nos atañe, el relativo a los planes de reestructuración. A estos les resulta de aplicación la nueva norma si se negocian bajo su vigencia, es decir, la clave para aplicar el nuevo artículo 586 del TD de la Ley Concursal es el momento en que se negocie el plan de reestructuración. La conclusión no puede ser otra que, en el presente caso, la comunicación de apertura de negociaciones llevada a cabo bajo la vigencia de la normativa anterior, no condiciona la aplicación de la nueva regulación cuando el plan de reestructuración es negociado y homologado judicialmente ya bajo la vigencia de la nueva normativa, la cual, como se ha venido señalando, es aplicable, con independencia de anteriores comunicaciones, a los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación que se presenten a partir de su entrada en vigor. El art. 634 del TRL requiere que, en el instrumento público en el que se formalice el plan de reestructuración, se incluya la certificación del experto en la reestructuración. Sin embargo, entendemos que la exigencia de unidad documental es de mera practicidad, provocando el mismo resultado y cumpliendo la finalidad de tal exigencia con la misma eficiencia, cuando la certificación del experto conste en diferente instrumento público siempre y cuando, además, como es el caso, se aporte en tiempo y forma. La formación de las clases de acreedores debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos. La relatividad y flexibilidad de los institutos concursales permite que algunos acreedores, cuyos créditos podrían verse afectados por el plan, queden excluidos si así se ha previsto en el mismo. Es necesario que la exclusión (perímetro de afectación) esté suficientemente justificada en criterios objetivos (que no sea arbitraria o irrazonable) y no ponga en peligro la viabilidad de la reestructuración y esta decisión podría ser motivo de impugnación en cuanto afecta a la formación de las clases de acreedores.

PRECEPTOS:

RDLeg 1/2020 (TR ley concursal), arts. 586, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 634, 635, 639.1, 654, 655, 656, 661, 674 y 675.

Directiva (UE) 2019/1023 (marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas), art. 11.

PONENTE:

Don Francisco Javier Menéndez Estébanez.

Magistrados:

Don FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ

Don MANUEL ALMENAR BELENGUER

Don JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00179/2023

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Teléfono: 986805108 Fax: 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: MA

N.I.G. 36038 47 1 2022 0330092

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000042 /2023

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: CLC COMUNIC PREVIA CONCURSO Y HOMOLOGACION JUDIC 0000491 /2022

Recurrente: FINALBION, NOVICAP LIMITED , FINANZAREL SL

Procurador: ALBERTO VIDAL RUIBAL, PATRICIA CABIDO VALLADAR , PATRICIA CABIDO VALLADAR

Abogado: GONZALO RUIZ GALLEGO, JOSE CARLOS GONZALEZ VAZQUEZ , JOSE CARLOS GONZALEZ VAZQUEZ

Recurrido: XELDIST CONGELADOS SL, LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ABOGADO DEL ESTADO

Procurador: PAULA LLODEN FERNANDEZ-CERVERA, ,

Abogado: JESUS ANGEL SANCHEZ VEIGA, ,

S E N T E N C I A NUM. 179/23

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

En PONTEVEDRA, a diez de abril de dos mil veintitrés.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de COMUNIC PREVIA CONCURSO Y HOMOLOGACION JUDIC 0000491/2022, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000042/2023, en los que aparecen como partes impugnantes, FINALBION, representado por el Procurador de los tribunales, D. ALBERTO VIDAL RUIBAL, asistido por el Abogado D. GONZALO RUIZ GALLEGO, y NOVICAP LIMITED, FINANZAREL SL representados por la Procuradora de los tribunales Dña PATRICIA CABIDO VALLADAR, asistidos por el Abogado D. JOSE CARLOS GONZALEZ VAZQUEZ y como parte impugnado-deudor, XELDIST CONGELADOS SL, representado por la Procuradora de los tribunales, Dña. PAULA LLODEN FERNANDEZ-CERVERA, asistido por el Abogado D. JESUS ANGEL SANCHEZ VEIGA, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por el Juzgado de Mercantil nº 3 de Pontevedra, con fecha 2 de diciembre de 2022, se dictó auto de homologación cuya parte dispositiva textualmente dice:

"ACUERDO:

1. HOMOLOGAR el plan de reestructuración promovido por la entidad mercantil XELDIST CONGELADOS, S.L.U. titular del CIF B-36.662.757 formalizado en protocolizado en instrumento público, "acta de protocolización de plan de reestructuración" otorgada, en fecha 24 de noviembre de 2022, ante el Notario del Ilustre Colegio de Notarios de Galicia, con residencia en Vigo, Don Pablo Rueda Rodríguez-Vila, protocolo corriente núm. 1.113.

2. Acordar que los efectos del plan de reestructuración se extienden al propio deudor y a todas las clases de créditos afectados por él: i) clase proveedores; ii) clase proveedor aportante; iii) clase frigalsa; iv) clase factor energía; v) clase vinova; vi) clase leasings; vii) clase arrendadores inmuebles; y, viii) clase acreedores financieros.

3. El plan de reestructuración homologado, así como los actos, operaciones y negocios realizados en su contexto no podrán ser objeto de acciones de rescisión concursal, cuando afecten a la financiación interina y/o la nueva financiación.

4. Se reconoce a la financiación interina y a la nueva financiación las preferencias de cobro del Anexo 12 del plan de reestructuración ("Resumen de términos y Condiciones").

5. Se decreta el alzamiento de la suspensión de los procesos de ejecución de créditos no afectados por el plan de reestructuración, y el sobreseimiento de los restantes procedimientos de ejecución.

6. Se acuerda la inscripción de los actos de ejecución del plan de reestructuración en los registros públicos, conforme a la legislación que les sea aplicable.

Expídanse, a instancia de parte, los correspondientes mandamientos dirigidos a las oficinas y a los registros públicos, de la propiedad, de bienes muebles o cualesquiera otros que correspondan a las garantías reales, los mandamientos o instrumentos necesarios para que se inscriban o anoten en las hojas registrales correspondientes a los activos de los que las distintas entidades fueran titulares, si así fuera necesario.

7. Se ordena la inmediata publicación del auto de homologación en el Registro Público Concursal.

8. El acuerdo producirá sus efectos de inmediato y tendrá fuerza ejecutiva, aunque no sea firme."

Segundo.

Notificada dicha resolución a las partes, se planteó incidente de impugnación, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este incidente.

Tercero.

En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Cuestiones formales previas.

1.- En fecha 02/12/2022 se dictó Auto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra homologando el plan de reestructuración promovido por XELDIST CONGELADOS S.L.U., protocolizado en instrumento público el 24/11/2022.

2.- El referido Auto es impugnado por tres acreedores. Dos de ellos, NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., actúan bajo la misma defensa y representación, planteando una impugnación conjunta, y el otro acreedor, FINALBION SV S.A., lleva a cabo una segunda impugnación, tramitándose ambas conjuntamente (658.1 TRLC.), examinándose de forma individualizada los diferentes motivos de impugnación, salvo que admitan un examen conjunto.

3.- Régimen jurídico aplicable. Por ser presupuesto para determinar el marco jurídico de aplicación, se hace necesario resolver el primer motivo de impugnación que plantea FINALBION SV S.A.. Sostiene que no es aplicable al Preconcurso la nueva reforma impulsada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, por lo que no es posible acudir al sistema de formación de clases que ha permitido que en torno a un 25% del pasivo afectado por el Plan, arrastre al 75% restante.

El argumento es que la comunicación de créditos se presentó en el marco y aplicación de la versión del RDL 1/2020, de 5 de mayo, anterior a la reforma provocada por la entrada en vigor en fecha 26 de septiembre de 2022 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. Concretamente se presentó en fecha 29/07/2022, conforme a los arts. 586

y ss TRLC., en su versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor en septiembre de 2022. Razona que, la Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, es muy clara al proponer en numerus clausus las condiciones y términos en los que se aplica la nueva reforma.

4.- La Disposición Transitoria Primera de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que lleva por título: Régimen aplicable a los procedimientos y actuaciones iniciadas después de la entrada en vigor de esta ley, establece que, la nueva regulación será de aplicación, en lo que ahora interesa:

4.º A las comunicaciones de apertura de negociaciones con los acreedores o de la intención de negociarlas que se realicen a partir de su entrada en vigor.

5.º A los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación que se presenten a partir de su entrada en vigor.

La parte impugnante lleva a cabo una interpretación que no se comparte, cuando pretende fijar el mismo régimen jurídico para los planes de reestructuración que derivan, o que están relacionados, con una comunicación de apertura de negociaciones anterior, como si del mismo procedimiento se tratara.

5.- La mencionada Disposición Transitoria refleja la distinción que lleva a cabo la propia Ley Concursal cuando el nuevo Libro II mantiene como dos procedimientos preconcursales separados y autónomos la comunicación de apertura de negociaciones y los planes de reestructuración, que se regulan en títulos diferentes del Libro II, pudiendo existir cualquiera de ellos sin el otro.

Es por ello por lo que, si bien la comunicación se llevó a cabo antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la norma transitoria diferencia aquella del procedimiento que en realidad nos atañe, el relativo a los planes de reestructuración. A estos les resulta de aplicación la nueva norma si se negocian bajo su vigencia. Como se puede observar, el legislador no ha sido todo lo preciso que sería de desear, pues podría haber fijado la aplicación de la nueva ley en momentos de más clara ubicación temporal, como pudiera ser la comunicación del plan a los acreedores o el momento de su formalización en instrumento público (arts. 627 y 634 TRLC., respectivamente). Pero ha optado por un término más impreciso de atender al momento en que se negocie el plan de reestructuración.

6.- La negociación se desarrollará a lo largo de un periodo de tiempo, puede tener momentos de ruptura y aproximación, entre otros. Pudiera pensarse que la aplicación del régimen legal vendrá determinado por el inicio de tales negociaciones, pero lo cierto es que tal momento tampoco tiene una específica plasmación formal. En todo caso, sí existen ciertos hitos que forman parte de la negociación de los planes como es el nombramiento de experto independiente, que en el caso que nos ocupa se lleva a cabo ya bajo la vigencia de la nueva regulación, y su relación con el trámite de homologación judicial, que forma parte del procedimiento de los planes de reestructuración, cuando se pretenda alguno de los efectos a que se refiere el art. 635 TRLC.. Homologación judicial que solo cabe si se ha aprobado el plan de conformidad con lo previsto en dicho título, que es precisamente el instaurado en la nueva regulación. No es baladí que el apartado 5º de la norma transitoria se refiere conjuntamente a los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación que se presenten a partir de su entrada en vigor. Ambos momentos son tratados de forma unitaria, por su evidente conexión, frente a la comunicación de negociaciones que es mencionada en el apartado anterior, de forma separada.

7.- La conclusión no puede ser otra que, en el presente caso, la comunicación de apertura de negociaciones llevada a cabo bajo la vigencia de la normativa anterior, no condiciona la aplicación de la nueva regulación cuando el plan de reestructuración es negociado y homologado judicialmente ya bajo la vigencia de la nueva normativa, la cual, como se ha venido señalando, es aplicable, con independencia de anteriores comunicaciones, a los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación que se presenten a partir de su entrada en vigor. A mayor abundamiento, en el acto de la vista, el testigo Sr. Florencio, que participó en las negociaciones del Plan, ubica temporalmente el inicio de las mismas a finales de octubre de 2022.

8.- Con carácter previo el examen de cuestiones de fondo, plantean los otros acreedores impugnantes, NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., cuestiones formales que configuran uno de los motivos de impugnación del auto de homologación, y en cuanto tales, deben ser examinados con anterioridad. El art. 654 TRLC., como primer motivo de impugnación recoge: 1.º Que no se hayan cumplido los requisitos de comunicación, contenido y de forma que se exigen en el capítulo IV de este título.

9.- Son tres los defectos formales alegados por los impugnantes: a) que el documento recibido que contiene el plan de reestructuración carecía de efectos jurídicos en la medida en que no estaba ratificado por los suscribientes del plan; b) que el plan de reestructuración se ha aportado en copia simple al juzgado para su homologación, lo que no tiene el mismo valor que una copia autorizada y solo tiene efectos informativos; y c) que falta la inclusión en el

instrumento público en el que se formaliza el plan de reestructuración, la certificación del experto en la reestructuración sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan.

10.- Como se ha acreditado documentalmente, constando ya las copias autorizadas de las escrituras públicas que recogen el plan de reestructuración, el informe del experto en materia de reestructuración, y las ratificaciones para la suscripción del plan de reestructuración, los motivos formales pierden fuerza. En el acto de la vista la parte impugnante, atendiendo a la citada documentación aportada por la contraparte, retira las dos primeras cuestiones formales, pero mantiene la existencia de un defecto formal que invalida el plan, al no incluir el instrumento público en el que se formaliza el plan de reestructuración, la certificación del experto en la reestructuración sobre la suficiencia de las mayorías.

11.- El art. 634 del TRLC requiere que, en el instrumento público en el que se formalice el plan de reestructuración, se incluya la certificación del experto en la reestructuración (o, en su caso, del auditor de cuentas) sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan. Tal y como plantea la parte impugnante, el mencionado precepto viene a establecer que la certificación del experto sobre la suficiencia de las mayorías se incluya en el propio instrumento público del plan de reestructuración. No ocurre esto en el caso que nos ocupa, pues el informe del experto en la reestructuración es objeto de protocolización en instrumento público independiente, que es en el que consta, como anexo 1, la mencionada certificación.

Sin embargo, entendemos que la exigencia de unidad documental es de mera practicidad, provocando el mismo resultado y cumpliendo la finalidad de tal exigencia con la misma eficiencia, cuando la certificación del experto conste en diferente instrumento público siempre y cuando, además, como es el caso, se aporte en tiempo y forma al solicitar la homologación judicial. La mencionada certificación obedece a la necesidad de acreditar fehacientemente, por persona independiente y con conocimientos especializados (arts. 674 y 675 TRLC.), el resultado de las votaciones, ofreciendo así confianza en la conclusión sobre si el plan ha sido aprobado, o no, por las clases de acreedores formadas.

Cuando tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han afrontado defectos o irregularidades en actuaciones procesales, que aunque no es el caso por no ser idéntico supuesto en actuaciones ajenas a un proceso jurisdiccional, pero si reglado en la Ley y con posibilidad de su posterior examen judicial, han venido señalando que, los órganos jurisdiccionales han de llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan, guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial.

12.- Las cuestiones sobre si las impugnaciones estaban planteadas en plazo han sido resueltas en este incidente por Auto de 23/02/2023, al que nos remitimos íntegramente.

Segundo. *La caracterización crediticia de FINALBION SV S.A.*

13.- Sostiene esta parte impugnante que el crédito que ostenta frente a XELDIST CONGELADOS SLU es un crédito comercial, toda vez que, FINALBION SV SA al adquirir el crédito del proveedor se subroga en la posición de este último en la relación contractual con XELDIST CONGELADOS SLU; por lo que, en modo alguno, se puede calificar o considerar el crédito de FINALBION SV SA como crédito financiero, en tanto en cuanto: (i) estamos ante un crédito de naturaleza y origen comercial/proveedores; y que, además, (ii) lo adquiere una entidad que no es financiera. Por consiguiente, concluye, el deudor ha incluido incorrectamente a FINALBION en la clase "Financiación" y, por tanto, la formación de clases del Plan no cumple con los preceptos de la TRLC.

Dice la parte impugnante que se convino contractualmente que FINALBION SLU facilite información sobre proveedores de XELDIST CONGELADOS SLU a FINALBION SV SA, para que esta última pueda enviar ofertas de financiación a tales proveedores. Que, en el caso de que un proveedor de XELDIST CONGELADOS SLU acepte la oferta de financiación de FINALBION SV SA sobre los derechos de crédito que ostenta frente XELDIST CONGELADOS SLU, FINALBION SV SA y dicho proveedor firman un Contrato Marco de Cesión Sin Recurso. Que este contrato se firma de forma electrónica a través de la plataforma de financiación de FINALBION. Y, en consecuencia, se producen cesiones individuales de derechos de crédito -esto es, la compraventa del crédito- entre FINALBION SV SA y el proveedor de XELDIST CONGELADOS SLU con el que se haya firmado el Contrato Marco de Cesión Sin Recurso.

14.- El documento 9 aportado por la propia parte impugnante, que plasma el denominado Contrato Marco de Cesión Sin Recurso, ofrece en su primer expositivo información sobre las partes y objeto del contrato de forma que, partiendo de que se configura como una cesión de créditos la relación jurídica principal entre FINALBION SV SA y un acreedor de XELDIST CONGELADOS SLU, la propia impugnante se define, en su calidad de Cesionario,

como una entidad especializada en la adquisición de derechos de crédito y forma parte de un grupo (el), integrado por, entre otras, la sociedad "Grupo Finalbion" española denominada FINALBION, S.L. (el), que tiene entre sus actividades "Agente" proveer financiación a pequeñas y medianas empresas. Asimismo, el Cesionario, directamente y/o a través de otras sociedades pertenecientes a su mismo grupo vinculadas, opera una plataforma tecnológica dotada de una serie de procesos de alto valor añadido y específicamente diseñados para la cesión y gestión de derechos de crédito (la)"Plataforma ".

Aclara en el exponendo II. Que, con anterioridad a esta fecha, el Agente (o sea, FINALBION, S.L.) ha suscrito uno o varios contratos de confirmación financiera (los (confirming)"Contratos de Confirmación Financiera")con ciertas sociedades españolas (los), que tienen por objeto, entre otros, el "Deudores" suministro recurrente por los Deudores al Agente de información y documentación (la sobre los derechos de crédito que el Cedente ostenta o en el futuro "Información")ostentará frente a los Deudores derivados de sus relaciones comerciales y que reúnan el resto de requisitos y características establecidos en los Contratos de Confirmación Financiera (los ."Derechos de Crédito")

III. Que, con anterioridad a esta fecha, el Agente y el Cesionario han suscrito un contrato que tiene por objeto, entre otros, el suministro recurrente por el Agente al Cesionario de la Información, a los fines de posibilitar al Cesionario contactar con el Cedente a los fines de valorar la posible adquisición por aquél de los Derechos de Crédito o el eventual otorgamiento de financiación o anticipos con cargo a los mismos

Con estas declaraciones contractuales resulta evidente que, la cesión de créditos actúa como un elemento jurídico más de una función general de financiación a través esencialmente del atípico contrato de confirmig que lleva a cabo otra empresa del mismo grupo empresarial, en directa relación con el cesionario, al que informa respecto de tal actividad contractual, de la conveniencia o interés en adquirir por esta otra empresa del grupo, alguno o algunos de los créditos objeto del confirming. Mediante esta forma de operar FINALBION SLU, agente del contrato de confirming, se convierten en acreedores de su cliente al financiarle mediante el anticipo de pagos a sus acreedores, y demás características de este tipo contractual. Mediante la posterior adquisición de los créditos de los proveedores por FINALBION SV SA, se asegura el control y unificación de los derechos de crédito, y la posición también como acreedor frente al inicial cliente de FINALBION SLU, y sirve a la propia mecánica de financiación, como se refleja en el apartado 5 del contrato de gestión de pagos o confirming, concertado entre FINALBION SLU y XELDIST CONGELADOS SLU -aportado como documento 8 por la impugnante-, en el que se prevé expresamente la financiación, adquisición, cesión o anticipo de los Derechos de Crédito Confirmados a una sociedad del Grupo Finalbion, en los términos y condiciones que libremente estipulen proveedores y cesionario, como así se lleva a cabo posteriormente mediante contratos tipo como el aportado como documento 9, titulado Contrato Marco de Cesión Sin Recurso.

15.- De conformidad con el art. 623.4 TRLC., los créditos tienen la consideración de financieros con independencia de la condición de su titular, como expresamente refiere respecto de los contratos de préstamo o de crédito. Pero, además, sin necesidad de ostentar tal cualidad, incluye entre esta tipología contratos financieros sin necesidad de que el acreedor sea o no una entidad financiera, como los contratos de arrendamiento financiero o contratos de factoring o de confirmig.

En el presente caso en que la cesión de créditos que convierte a FINALBION SV SA en acreedor directo, por título propio adquirido de proveedores, no puede eludir su directa relación con el atípico contrato de confirming previo, concertado por el mismo deudor con otra sociedad del Grupo Finalbion y que está en el inicio de la operativa financiera del Grupo al que pertenece FINALBION SV SA. Es por ello por lo que, a los efectos de los criterios para formar clases a que se refiere el art. 623 TRLC, puede tener la consideración de acreedor financiero, y no un mero acreedor por operaciones comerciales.

16.- Aun cuando se admitiera, que no es el caso, la hipótesis de que no se trata de un crédito financiero sino comercial, el motivo tampoco podría tener éxito. Según la certificación del experto en la reestructuración sobre la suficiencia de mayorías, se alcanza la aprobación del plan porque de las 8 clases de créditos, han votado a favor 5, y dos de ellas son de una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial. Se trata, por lo tanto, de un plan de reestructuración no consensual del art. 639.1 TRLC.

17.- Precisamente, la acreedora impugnante, sino hubiera sido calificado su crédito como financiero, sino como comercial, en la forma por ella pretendida, seguiría perteneciendo a una clase de créditos de las que no aprobaron el plan, pues este no fue aprobado ni por la clase general de proveedores, que agrupaba a los créditos comerciales, ni por las clases de "arrendadores de inmuebles" ni la clase de "acreedores financieros". Por lo tanto, la impugnante estaría bien en el primer grupo, bien en el tercero, de las tres clases de créditos que han votado en contra del Plan. Por ello, no afectaría a la mayoría simple de clases necesaria para la aprobación del plan.

18.- Cuando se plantea la impugnación por vulneración directa o indirecta de alguna norma sobre la formación de clases, directamente relacionada con la formación de las mayorías necesarias para la aprobación del

plan, hemos de tomar en consideración el test de resistencia, es decir, que la irregularidad no afecte a las mayorías exigidas por la norma concursal para la aprobación del plan, resultando a tal efecto, inocua, dada su irrelevancia en la formación de las mayorías. Debe tenderse al principio de mantenimiento o conservación de los actos válidos. En este caso, respecto de un negocio jurídico de naturaleza jurídica compleja, como es el plan de reestructuración, con ciertas similitudes con la caracterización del convenio concursal.

En consecuencia, si la comisión de algún error en la formación de las clases en función de la naturaleza del crédito no afecta a las mayorías necesarias para su aprobación, el defecto resulta irrelevante.

Tercero. *La anómala y artificiosa formación de clases según NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L.*

19.- Alegan los mencionados acreedores, como su segundo motivo de impugnación, que la formación de clases y la consiguiente aprobación del plan se ha realizado en disconformidad con lo previsto en los capítulos III y IV del Título III (art. 655.1 en relación con el art. 654.2 del TRLC). Concretamente, alegan la vulneración de la normativa vigente mediante la incorrecta formación de clases. Una formación de clases artificiosa llevada a cabo con el único objetivo de aprobar un plan de reestructuración con el voto a favor de un porcentaje minoritario del pasivo afectado.

Sigue argumentando esta parte impugnante que, en el supuesto que nos ocupa, se han creado nada menos que ocho clases, de las cuales, además, cuatro son de carácter unipersonal, es decir, más que 4 clases son 4 acreedores concretos que, a cambio de un trato claramente preferente y mejor que el dispensado a otros acreedores (incluso, de igual rango concursal) votaron a favor para, así, conseguir una aparente mayoría de clases a favor del plan de reestructuración propuesto. Con el resultado de que, el plan de reestructuración, se ha aprobado con el voto a favor de cinco clases que suponen el 25% del pasivo afectado, y si atendemos únicamente al pasivo que tendría la consideración de crédito ordinario, el voto a favor sería únicamente del 13% del total del pasivo ordinario.

Considera la parte impugnante que, no se han respetado los criterios generales para la formación de clases que establece el art. 623 TRLC, pues no se ha respetado el interés común que subyace entre los créditos del mismo rango concursal, y la separación en distintas clases no está suficientemente justificada conforme a criterios objetivos.

20.- La formación de clases es la siguiente, tal y como los resume la parte impugnante:

1. Clase «Proveedores»: formada por titulares de créditos comerciales derivados de suministro y/o entrega de servicios o mercancías, siempre que no estén incluidos en ninguna de las otras Clases y titulen un derecho de crédito superior a 1.000 euros.

En esta clase se incluyen distintos proveedores como CONGELADOS BASILIO SA, FRIOANTARTIC SA, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA SA, etc. cuyos créditos ascienden a 4.173.679,52 euros (créditos ordinarios).

2. Clase «Proveedor Aportante»: formada por el titular de créditos comerciales derivados de suministro y/o entrega de servicios o mercancías que, en virtud de este Plan de Reestructuración, facilitará entre 1,5 y 2 millones de aportación dineraria para la viabilidad y continuidad del negocio, mediante aportación dineraria o de mercancía. Realmente, conforme al contrato aportado como anexo 5 del plan, a lo que se compromete es a suministrar producto a las tiendas, siendo la deudora mera depositaria del producto.

Se trata de una clase unipersonal formada por CASALNOVA CORUÑA SL cuyo crédito asciende a 548.320 euros (crédito ordinario).

3. Clase «Frigalsa»: formada por el titular de créditos comerciales que es proveedor logístico exclusivo y posee un derecho de prenda sobre la mercancía depositada en los almacenes.

Se trata de una clase unipersonal formada por FRIGALSA cuyo crédito asciende a 224.718,55 euros (crédito con privilegio especial).

4. Clase «Factor Energía»: formada por el titular de créditos comerciales que es suministrador actual y exclusivo de energía eléctrica.

Se trata de una clase unipersonal formada por FACTOR ENERGIA ESPAÑA SAU cuyo crédito asciende a 639.120,77 euros (crédito ordinario).

5. Clase «VinoVA»: formada por el titular de créditos de antiguo socio de la deudora y persona especialmente relacionada a los efectos del art. 283 del TRLC .

Se trata de una clase unipersonal formada por el antiguo socio VINOVA cuyo crédito asciende a 223.022,06 euros (crédito subordinado).

6. Clase «Leasings»: formada por los titulares de créditos derivados de contrato de arrendamiento financiero sobre equipamiento productivo esencial para la continuidad y viabilidad.

Formada por tres entidades financieras cuyos créditos titulan 1.014.430,83 euros (créditos con privilegio especial).

7. Clase «Arrendadores Inmuebles»: formada por los titulares de créditos derivados de contratos de arrendamientos de los inmuebles/locales donde se ubican los establecimientos.

Formada por una pluralidad de acreedores que en conjunto sus créditos ascienden a 267.163,20 euros (créditos ordinarios).

8. Clase «Acreedores Financieros»: formada por los titulares de créditos derivados de contratos de préstamo, crédito o análogos, y todos aquellos otros créditos que, con independencia de su naturaleza, son titularidad de entidades financieras, ya sean bancarias o no bancarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 623.4 del TRLC, a excepción de los créditos afectados de la clase «Leasing» que constituye una clase separada.

Se trata de una pluralidad de entidades cuyos créditos ascienden a 3.334.853,22 euros (créditos ordinarios).

21.- Más concretamente, la plasmación de la vulneración de las normas relativas a la formación de clases que establece el art. 623 TRLC, la encuentra esta parte impugnante, además de cuestionar la creación de clases unipersonales, en dos supuestos:

a) Las Clases «Factor Energía» y «Proveedor Aportante» no deberían ser dos clases separadas, sino formar una sola dentro de la Clase «Proveedores» porque los intereses de todos los acreedores de esas clases son comunes, siendo su rango concursal el de créditos ordinarios.

b) Las Clases «Frigalsa» y «Leasings» no deberían ser dos clases separadas, sino formar una única clase porque ambos son acreedores con privilegio especial, sin que existan razones suficientes que justifiquen la separación en dos clases.

De esta forma, las 8 clases quedarían reducidas a cinco en que solo dos clases habrían votado a favor, por lo que no concurriría la mayoría simple necesaria para la aprobación de este plan no consensual prevista en el art. 639.1º TRLC.

22.- El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, considera, en relación a la formación de las clases para la aprobación del plan de reestructuración que no es ninguna novedad en la legislación española, pues hasta ahora, el derecho vigente distinguía entre categorías de acreedores teniendo en cuenta dos variables: su carácter financiero y la existencia de una garantía real. Sin embargo, se dice en este Preámbulo que, al extender la Directiva el ámbito de pasivos susceptibles de afectación, la formación de las clases deviene más compleja.

Esta complejidad aumenta en el supuesto de los Planes no consensuales, en los que adquiere especial relevancia la formación de clases, pues para la aprobación de estos no prima la tradicional mayoría de capital o de importe de los créditos afectados, sino que, como ocurre en el supuesto sometido a examen, la mayoría de clases no tiene que equivaler a la mayoría del pasivo afectado. Incluso generando resultados llamativos, como el ahora tratado, en el que el voto a favor de cinco clases, de las ocho formadas, supone solamente alrededor del 25% del pasivo afectado.

Máxime, cuando este plan no solo arrastra a los acreedores disidentes dentro de una clase (arrastré horizontal o intra-class cram-down), sino a clases enteras de acreedores que han votado en contra del plan (arrastré vertical o cross-class cram-down).

23.- Se hace primar así los intereses de clase frente a las mayorías de pasivo. Es suficiente para su homologación que haya sido aprobado por una mayoría de clases, entre las cuales al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general. O, en su defecto, por al menos una clase de acreedores distinta de los socios y de cualquier otra clase que no hubiese recibido pago alguno o conservado ningún derecho o interés, aplicando los rangos concursales, en caso de una valoración del deudor como empresa en funcionamiento. Una clase que, según la literalidad del art. 639.2º TRLC, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista por esta ley, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. Supuesto en que el voto a favor de una sola clase puede arrastrar al resto, sin importar la cuantía de los créditos afectados, ni establecerse legalmente corrección alguna.

Es decir, incluso se puede imponer el interés de una sola clase frente a una mayoría de clases o de categorías, que no hayan apoyado el plan de reestructuración. Es la previsión del art. 639.2º TRLC que traspone el art. 11 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 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Es por ello que, la disparidad entre el pasivo afectado que vota a favor o en contra de un plan no consensual, y la aprobación del mismo en función de la mayoría de clases, puede resultar llamativo, pero no impide ni obstaculiza su aprobación, ni tampoco, su ulterior homologación.

24.- Sin duda hay un relevante cambio de paradigma, especialmente en la aprobación de los planes de reestructuración no consensuales, en los que la mayoría del pasivo afectado solo cuenta en la votación intra clase, pero no para computar la mayoría simple de clases, como requisito para la homologación del plan a que se refiere el art. 639 TRLC. En estos supuestos adquiere especial relevancia el interés que debe guiar la formación de clases.

El Capítulo III (arts. 622 y ss TRLC) sobre formación de clases, en tanto que los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración votarán agrupados por clases de créditos (art. 622 TRLC), establece en el art. 623 TRLC unos criterios generales, partiendo del principio de que la formación de las clases de acreedores " debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos". Se entiende que " existe interés común entre los créditos de igual rango determinado por el orden de pago en el concurso de acreedores", estos créditos " podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen". Los créditos con garantía real deben constituir " una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases" (art. 624 TRLC); y los créditos de derecho público " una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal".

25.- El art. 623 TRLC establece que, la formación de las clases de acreedores debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos, coincidiendo en su literalidad con el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. El art. 9 Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, traspuesta por la anterior, se refiere a " comunidad de intereses suficiente basada en criterios comprobables", mientras que en su considerando 44 establece la posibilidad de establecer categorías separadas en el caso de " tipo de acreedores que carezcan de comunidad de interés suficiente".

26.- Ante este concepto jurídico-económico indeterminado, que, en cuanto tal, es generador de incertidumbres y cierta inseguridad para concretar su interpretación, el mismo art. 623 TRLC orienta esa comunidad de intereses o interés común, como regla general, a los créditos de igual rango concursal (privilegiados, ordinarios y subordinados). Y lo que se constituye como excepción a la regla general, como es la separación en distintas clases de créditos del mismo rango concursal, exige razones suficientes que lo justifiquen, que deberán atender a criterios objetivos (apartados 1 y 3 art. 623 TRLC). Entre ellas, la propia norma, establece algunos supuestos: A estos efectos se podrá atender, en particular, a la naturaleza financiera o no financiera del crédito, al conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que formen parte de distintas clases, o a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración. Cuando los acreedores sean pequeñas o medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito, deberán constituir una clase de acreedores separada.

Los arts. 624 y 624 bis TRLC, incluyen otros dos supuestos de clases de créditos diferenciadas: los créditos con garantía real sobre bienes del deudor, que constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases; y los créditos de derecho público, que también constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal.

27.- Si el rango concursal de un crédito, en relación al orden de pago en el concurso de acreedores (art. 623.2 TRLC), y que es reflejo de ese interés común para integrarse en la misma clase, hace referencia a la posición jurídica del crédito en relación a las expectativas de cobro en una situación de insolvencia del deudor, los supuestos ejemplificativos y no tasados, que justifican la excepción a la regla general, hacen referencia a elementos que poco o nada tienen que ver con el rango concursal y, por lo tanto, convierten el concepto de interés común en un concepto de múltiples significados, sin un claro criterio jurídico prefijado para su aplicación a concretos supuestos, convirtiéndose en un concepto ampliamente elástico y flexible, bajo el que cobijar múltiples situaciones, con la única exigencia de que la clasificación, separando créditos del mismo rango, atienda a razones suficientes que lo justifique, que pueden ser de lo más variado, siempre que atienda a criterios objetivos.

Criterios como la naturaleza del crédito, crédito con garantía real o crédito público, o financiero/no financiero, sin mayor elemento común que una supuesta relevancia jurídica o económica, tanto en el marco de un proceso concursal, como con anterioridad al mismo, o la alusión a posibles conflictos de interés, o la forma en que los créditos pueden quedar afectados por el plan, reflejan criterios dispares carentes de un claro fundamento común. Es por ello por lo que no puede afrontarse la formación de clases sino desde una visión amplia y flexible, ajustada a las circunstancias de cada supuesto. En los arts. 623.1 y 2, 624 y 624 bis TRLC, se establecen unos criterios legales imperativos, pero en el art. 623.3 TRLC se recogen a su vez criterios de clasificación facultativos, antes destacados, que permiten deducir esa flexibilidad en la formación de clases, sin que exista un límite preciso. Ciertamente el resultado final puede ser llamativo o incluso paradójico, desde la perspectiva de las mayorías de pasivo afectado, pero no por ello contrario al novedoso sistema instaurado.

28.- Esta interpretación se acomoda mejor al drástico efecto de declarar la ineficacia total del plan en la sentencia que resuelve el incidente, en caso de estimación de la impugnación del auto de homologación, si se apreciase una formación defectuosa de las clases (art. 661.2 TRLC). De igual modo, pesa en esta consideración, la previsión legal de una confirmación judicial facultativa de las clases de acreedores ante el juzgado de lo mercantil (art. 625 TRLC), que ni siquiera debe tener una visión de conjunto, sino que puede ceñirse a una o varias clases,

que se resuelve tras un breve trámite de alegaciones con los acreedores afectados, y sin posibilidad de recurso contra la sentencia que lo resuelva, sin admitir siquiera que pueda posteriormente invocarse como motivo de impugnación u oposición a la homologación judicial del plan (art. 626 TRLC).

29.- Tras las anteriores consideraciones, procede su aplicación al supuesto que nos ocupa, valorando si la excesiva creación de clases entre créditos del mismo rango concursal, ordinarios y con garantía real, está, o no, suficientemente justificada atendiendo a criterios objetivos.

30.- Clase "Factor energía". Cuestiona esta parte impugnante que se establezca una clase unipersonal para un solo proveedor de electricidad con el que ha llegado a un acuerdo para el pago del 100% de su crédito por importe total de 698.397 euros.

No le convence a la parte impugnante que se trate de un proveedor crítico para la continuidad y viabilidad. Considera que no es sino un comercializador más de los muchos que existen en el mercado español, por lo que no está justificado que pueda formar parte de una clase unipersonal y exclusiva para el mismo, por tener un interés distinto o potencialmente en conflicto con el resto de acreedores de igual rango concursal. Debería incardinarse dentro de la clase de «Proveedores», con otros créditos ordinarios, algunos como el de GAS NATURAL con una deuda de un importe muy similar al de Factor Energía, siendo también un proveedor de energía.

31.- Sin embargo, objetivamente se constata en el plan de reestructuración que la forma en que el crédito de este acreedor es afectado por el plan es diferente y más beneficiosa, al no sufrir ninguna quita, mientras que la clase "Proveedores" sufrirá al menos una quita del 20% o incluso del 50%. Por lo tanto, es diferente la forma en que queda afectado este crédito, que es criterio legal objetivo que justifica la separación de clase. Criterio que no puede considerarse accesorio o menor, pues se trata de un aspecto sustancial en lo cualitativo y cuantitativo, como es una diferencia de una quita entre el 20% y el 50%.

A ello debe añadirse, también con el aval del experto en la reestructuración (pags. 14 y 15 de su informe), que se trata de un acreedor imprescindible o crítico, y su desagregación del rango concursal, está también justificada en la priorización de la viabilidad del negocio, dado su carácter de proveedor imprescindible de energía, fundamental en una actividad empresarial en que la línea principal de negocio es una cadena de tiendas de congelados (más de 100 establecimientos en Galicia).

En el acto de la vista el testigo Sr. Florencio explicó, de forma convincente, la situación de proveedor estratégico de este acreedor en el mercado eléctrico, y la práctica imposibilidad real de su sustitución en ese mercado, resultando vital para la continuación diaria de la actividad.

32.- Clase "Proveedor Aportante". También cuestiona la misma parte impugnante que se constituya una clase específica y unipersonal de "Proveedor Aportante" para CASALNOVA CORUNA que va a implicar -al igual que en el supuesto anterior- que cobre el 100% de su crédito -aunque con una espera de 5 años-, a diferencia del resto de créditos de igual rango concursal al suyo.

Considera que, el compromiso de aportación dineraria o de mercancías conllevará, en su caso, la protección que el TRLC dispensa para la nueva financiación pero dicha circunstancia, ajena a su consideración como acreedor afectado por el plan no puede justificar que se le configure como una clase unipersonal como proveedor para proporcionarle un mejor trato que al resto de acreedores de igual rango concursal, puesto que cobrará el 100% de su crédito, a cambio de su voto favorable para "sumar" una clase más que permita arrastrar a las clases disidentes que son las que, por el contrario, sufren sustancialmente el sacrificio patrimonial que se deriva del contenido del plan. El resto de los proveedores de mercancías, con créditos ordinarios, están recogidos dentro de la clase de "Proveedores".

33.- Pero esta crítica no es asumible cuando, al igual que en el supuesto anterior, nos encontramos ante una separación de clases que obedece a uno de los criterios facultativos legalmente previstos como es la diferente forma en que queda afectado este crédito por el plan de reestructuración en relación a los créditos de su rango concursal, que son los restantes créditos ordinarios incluidos en la clase "Proveedores", que además, como defiende la propia deudora, existen otras razones suficientes que lo justifican, objetivamente comprobables, pues esta clase se contemplaba desde la génesis del plan de reestructuración como una clase crítica para la supervivencia del negocio de Hiperxel y la viabilidad de la compañía. El objetivo del plan de reestructuración era, desde su inicio, acoger a otros proveedores dentro de esta clase que suministrasen el producto necesario para la campaña de Navidad y dotasen del stock mínimo rotatorio para el resto del ejercicio (vid. página 10 del plan, donde se recoge expresamente como uno de los objetivos de las negociaciones la "generación y búsqueda de nuevos proveedores estratégicos").

En este sentido también se manifiesta el experto en reestructuración, que destaca la importancia estratégica de este acreedor, que apuesta fuertemente por la continuidad de la empresa mediante suministro del propio producto y cadena de distribución logística, aportando cantidades nada despreciables, entre 1,5 y 2 millones de euros de

financiación o soporte adicional para la viabilidad o continuidad de XELDIST, mediante aportación de mercancía o aportación dineraria, según exigencias del Plan. También ha sido razonado en la misma línea, con fundamentos objetivos, por el testigo Sr. Florencio en el acto de la vista.

Ese tratamiento divergente y diferenciado, se sustenta en una situación objetiva de dependencia de estos acreedores estratégicos para poder mantener el funcionamiento básico de la actividad empresarial.

34.- Incluso en el caso de sostenerse un criterio restrictivo en la formación de clases, atendiendo a la doctrina citada por la parte impugnante, el interés común no puede ser solo el interés en cobrar el crédito, ya a través del plan o en un posterior concurso, que siempre está presente como hipótesis realizable. Si así fuera, las clases se hubieran limitado al rango concursal. Es por ello por lo que, desde la variedad de las razones justificativas que proporciona el propio legislador, el diferente tratamiento en el plan de reestructuración es un criterio objetivo que justifica la separación de clases, la desagregación de la clase correspondiente al rango concursal (art. 623.3 TRLC). Precisamente la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en su considerando 44 relaciona el diferente interés en relación al Plan, al señalar que La clasificación en categorías significa el agrupamiento de partes afectadas con el propósito de adoptar un plan de modo tal que refleje sus derechos y la prelación de sus créditos e intereses. Y a continuación, sin restringir la separación de categorías - clases, en nuestra norma de trasposición-, concreta que, los Estados miembros también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente.

La dificultad de estos conceptos es delimitar el interés común suficiente que justifica la integración de créditos en la misma clase, y viceversa. Pero es difícil no encontrar la divergencia de intereses en los supuestos expresamente previstos por el legislador. Lo relevante es evitar la arbitrariedad o el fraude de ley mediante la "manipulación" de clases, que no puede encontrarse en supuestos, como el presente, en que existe una clara justificación objetiva, aunque ello suponga la creación de más clases, sin que además pueda considerarse prohibida la clase "unipersonal", sujeta igualmente a que existan razones suficientes que lo justifiquen fundadas en criterios objetivos, aunque pueda exigirse un examen más intenso en su justificación. El interés de los acreedores en relación a los efectos del plan sobre sus créditos puede entenderse que varía, y resulta divergente con otros, cuando establece en su favor un tratamiento justificado sobre elementos objetivos y estratégicos, que fomenta su implicación en el éxito de la reestructuración.

35.- Finalmente, en relación con la formación de clases, la representación de NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., cuestiona la separación en dos clases de varios créditos con garantía real. Son créditos que gozan del mismo rango concursal: son créditos con privilegio especial y que, por ello, presumiblemente cobrarían en 100% de su crédito en un escenario concursal, al tener suficiente cobertura del mismo conforme al valor de su respectiva garantía. Es por ello por lo que deberían formar una única clase.

Razonan los impugnantes que, tanto la denominada Clase «Frigalsa», formada por el titular de créditos comerciales que es proveedor logístico exclusivo y posee un derecho de prenda sobre la mercancía depositada en los almacenes, cuyo crédito asciende a 224.718,55 euros (clase unipersonal), como la denominada clase «Leasings», formada por los titulares de créditos derivados de contrato de arrendamiento financiero sobre equipamiento productivo esencial para la continuidad y viabilidad y de la que forman parte tres entidades financieras cuyos créditos titulan 1.014.430,83 euros, son dos clases que se conforman por créditos con el mismo rango concursal y de los que tampoco se dan explicaciones o justificaciones adecuadas de dicha subdivisión. Y el art. 624 del TRLC establece que estos acreedores " constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases" y, en este caso, continua la parte impugnante, no se ha justificado, ni poco ni mucho, la razón de dicha separación en contra de la regla general de formar " una clase única", como exige el precepto.

36.- Ciertamente, los créditos con garantía real forman, por criterio legal imperativo, una clase, dentro de las tres clases separadas que contemplan los arts. 624, 624 bis y 623.3, último inciso TRLC: créditos con garantía real, créditos de derecho público y créditos de pymes con sacrificio superior al 50%.

Dentro de la clase de créditos con garantía real, se admite la separación en dos o mas clases, si lo justifica la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados. Es lo cierto que los propios impugnantes reconocen tal heterogeneidad de los bienes sobre los que recaen las garantías, y por ello se limitan en su crítica a la diversificación en dos clases a la falta de una expresa justificación.

37.- Sin embargo, además de contar con el apoyo del experto en la reestructuración, que considera criterio objetivo la clara heterogeneidad de los bienes sobre los que recae la garantía, es lo cierto que se trata de una justificación que se encuentra ínsita en la propia configuración jurídica de cada garantía, tal y como expone con claridad la contraparte, utilizando así no solo criterios objetivos, justificables y comprobables, sino criterios legales estrictos.

La prenda en el caso de Clase «Frigalsa», recae sobre mercancías perecederas, mientras que en el caso de los tres acreedores de la Clase «Leasings», se trata de elementos productivos con vocación de duración y permanencia (maquinaria y neveras). Prenda y arrendamiento financiero, implican garantías en los bienes sobre los que recaen que tienen una diferente regulación, por lo que los derechos que corresponden al acreedor y la forma de ejercitarlos, varían en uno y otro caso. Son diferentes, como señala la parte impugnada, las facultades objetivas de realización del crédito de un acreedor pignoraticio y las que tiene un arrendador financiero, así como los procesos extrajudiciales y judiciales para realizar las respectivas garantías.

38.- No se ha dado una explicación suficiente a la no inclusión en la misma clase de las clases unipersonales de "Acreedor aportante" y "Factor energía", en cuanto acreedores estratégicos con un tratamiento similar: 0 quita y una espera de 5 y 4 años, respectivamente. Tampoco a la inclusión en las clases de acreedores de la clase "Arrendadores", en las que podría cuestionarse si hay realmente una verdadera afectación de sus créditos en los términos del art. 616 TRLC, pues no se prevé en el plan quita alguna, y se establece un pago inmediato, que se estima sea el 31 de diciembre de 2022. Este retraso en el pago sería discutible que implicara una real afectación del crédito en el sentido del citado art. 616 TRLC.

De todas formas, tomando en consideración la validación de la formación de clases que se desprende de los apartados anteriores, si hubiera lugar a alguna modificación en virtud de estas últimas consideraciones, resultaría inocuo para la formación de las mayorías favorables a la aprobación del plan, pues seguiría existiendo la mayoría simple de clases necesaria para su aprobación. Superando así el test de resistencia, la causa de impugnación tampoco podría prosperar, como hemos señalado anteriormente.

Cuarto. El perímetro de afectación.

39.- La representación de NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L. cuestiona, enmarcando la temática en el ámbito de la formación de clases, que se ha dejado fuera de la clase de acreedores financieros, tanto a las entidades financieras titulares del créditos-ICO como a IBERCAJA, titular de un crédito de 126.029,05 euros que tendría un aval de AvalMadrid.

Sostiene que no son atendibles los argumentos que constan en el plan para excluir de la afectación a estos acreedores, por dos motivos. El primero, en relación con IBERCAJA, porque la existencia de la garantía de un tercero es una circunstancia meramente objetiva, que no justifica su exclusión como crédito no afectado por el plan. El segundo, en relación con los créditos ICO, porque dado que la clase de acreedores financieros ha sido deliberadamente confeccionada para ser arrastrada sin contar con su adhesión mayoritaria, resultaba irrelevante que el Ministerio tuviera o no agilidad suficiente para dar su autorización o no a la adhesión al plan y, finalmente, es incierto que no se conozcan las consecuencias de una adhesión de la entidad sin dicho consentimiento: el aval se perjudica.

40.- Aun cuando, como señala la representación de HIPERXEL, la delimitación del perímetro de afectación, a pesar de estar conectada con la formación de clases, no son la misma cosa, sin embargo, a los efectos de la impugnación del auto de homologación, si cabe considerar su inclusión en el ámbito de la correcta formación de clases, aunque sea en su sentido negativo.

Si bien no existe una causa de impugnación que expresamente haga mención al perímetro de afectación en los arts. 654 a 656 TRLC, la referencia del art. 654.2º TRLC, como causa de impugnación, a que la formación de las clases de acreedores y la aprobación del plan, no se hayan producido de conformidad con lo previsto en los capítulos III y IV de este título, puede abarcar cuestiones relativas al perímetro de afectación. Ciertamente lo relativo a dicho perímetro no se contempla expresamente en el capítulo III de formación de clases, y hay una referencia en el contenido del plan en el art. 633.8ª TRLC, que debe incluir entre sus menciones mínimas: Los acreedores o socios que no vayan a quedar afectados por el plan, mencionados individualmente o descritos por clases, así como las razones de la no afectación. Pero, como se ha señalado, la delimitación del perímetro de afectación resulta esencial, pues es premisa básica para la correcta formación de las clases de créditos.

A fin de valorar si cabe, o no, un control judicial sobre la formación del perímetro de afectación y su relación con la formación de clases, el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, establece con claridad que: La ley, siguiendo a la Directiva, deja a los interesados que, en función de las necesidades de cada caso y del proceso de negociación, decidan si quieren afectar a la totalidad del pasivo o solo a una parte, y la cuantía o identidad de esta. El control judicial sobre cómo se han agrupado los créditos para formar las distintas clases presupone un control sobre cómo se ha delimitado ese «perímetro de afectación» y garantiza que responda a criterios objetivos y suficientemente justificados. La única excepción al principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación son los créditos públicos, los créditos laborales, los alimenticios y los extracontractuales (el subrayado es nuestro). Examen, y criterios para el mismo, muy similar al que el art. 623 TRLC marca para la formación de clases. Por lo que cabe concluir que, una correcta formación del perímetro de afectación debe examinarse en el marco de la

decisión sobre una correcta formación de las clases que, lógicamente, resultaría afectada -al igual que, posiblemente, las mayorías para aprobar o no el plan- si se excluyen indebidamente clases de créditos que deberían formar parte del pasivo afectado, al igual que, si se incluyen créditos en la formación de clases que deberían haber quedado fuera del perímetro de afectación.

41.- En el plan de reestructuración se excluyen del perímetro de afectación los acreedores con créditos inferiores a 1.000 euros, los créditos públicos, y los créditos ICO y análogos. Son estos últimos los cuestionados por la parte impugnante.

A pesar de los motivos de impugnación, el plan expone con claridad las razones de la no afectación (art. 633.8ª TRLC), las cuales pueden considerarse objetivas y suficientemente justificadas. Que un crédito esté garantizado por un tercero es un criterio objetivo, pues deriva de un hecho perfectamente constatable, ajeno a interpretaciones subjetivas. Además, en el supuesto examinado, confluye un elemento que permite consideraciones jurídicas específicas como es que los terceros garantes, o bien son entidades de Derecho Público , (Ministerio de Economía y Sostenibilidad-ICO) o están participadas por tales, como sucede con AvalMadrid SGR (Sociedad de Garantía Recíproca cuyo principal accionista es la Comunidad de Madrid).

42.- Conviene subrayar que, en la disciplina del plan de reestructuración no rige el principio concursal de universalidad de la masa pasiva. Señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre: La ley, siguiendo a la Directiva, deja a los interesados que, en función de las necesidades de cada caso y del proceso de negociación, decidan si quieren afectar a la totalidad del pasivo o solo a una parte, y la cuantía o identidad de esta. Lo que se plasma en los arts. 616 y ss TRLC. Es por ello por lo que, además de los créditos excluidos legalmente del perímetro de la afectación: los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales, distintas de las del personal de alta dirección (art. 616.2.I TRLC), o los créditos de derecho público (porque no concurren los requisitos para poder ser afectados por el plan (art. 616.2.III TRLC), cabe que el plan excluya voluntariamente determinados créditos del tal perímetro.

La exigencia legal es que el plan exprese las razones de la no afectación, y que estas se consideren suficientes. Es por ello por lo que, criterios materiales, temporales o de oportunidad estratégica, entre otros, pueden servir de tal suficiente justificación.

43.- Las dos razones que expresa la contraparte justifican suficientemente la decisión. La primera que, por su carácter público, no existía tiempo material para negociar con el ICO y para que el plan, en caso de haber recibido el apoyo de las entidades financieras, fuera también apoyado y aplicable al ICO/ Ministerio de Economía- (como fórmula para vincularle ex artículo 652. TRLC). En el acto de la vista el testigo Sr. Florencio, a preguntas de una de las partes impugnantes, se atrevió a estimar en, como mínimo un mes, para que pudiera contestar la AEAT. Así como que el plan se estuvo negociando dos meses. De ahí dedujo la parte impugnante que bien se pudo plantear a tiempo la petición de autorización. Sin embargo, no puede considerarse que hubiera contestado efectivamente en ese plazo del mes, ni que pudiera haberse visto la procedencia de interesar esa autorización desde el primer día del inicio de las negociaciones. Las dificultades de negociación en tiempos tan exiguos es un elemento relevante a tomar en consideración para su exclusión del pasivo afectado.

La segunda, que la novedad de los planes de reestructuración hacía imposible prever si, una vez incluidos en el perímetro estos créditos ICO dentro de la categoría de «Acreedores Financieros», se perjudicaría el aval público de las entidades financieras al quedar "arrastrada" por entero esa clase, aun no habiendo votado positivamente el plan.

No puede dejar de apreciarse que los nuevos planes de reestructuración se instauran con la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor el 26 de septiembre, y el plan que ahora nos ocupa se empezó a negociar al poco tiempo de esa entrada en vigor, por más que pudieran conocerse sus antecedentes en sede de tramitación parlamentaria, planteando dudas jurídicas no desdeñables, como la reseñada por la parte impugnada, en orden a la aplicación de la Disposición Adicional Octava, tanto en cuanto a la exigencia de aprobaciones por la Administración tributaria si se quiere afectar con el plan a los créditos ICO -la norma no fija plazo alguno para conceder o denegar la autorización-, que complicaban la negociación que necesitaba cerrarse lo antes posible; como en la forma en que podrían quedar afectados los avales, especialmente cómo opera la imposición forzosa o arrastre del plan respecto de estos créditos cuando no hayan votado a favor por falta de autorización, e incluso respecto de las limitaciones que establece la norma sobre aspectos que no pueden ser afectados por el plan de reestructuración respecto de estos créditos. Es una materia que genera incertidumbre, y como prueba de ello, a escasos meses de la entrada en vigor, la mencionada Disposición Adicional Octava ya ha sido modificada por el art. 105 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre.

Todo ello razones suficientes para la no afectación de estos créditos. Tal resultado nos exige de profundizar acerca de si el examen del perímetro de afectación debe identificarse plenamente con la formación de clases

también en lo que respecta a los efectos de una sentencia que estimara esta causa de impugnación, según la previsión de ineficacia total del plan que se recoge en el art. 661.2 TRLC, o podría reconducirse formalmente a alguna otra causa de impugnación menos agresiva contra la eficacia del plan, como las relativas al contenido de este que se prevé en el art. 654.1º TRLC.

44.- En otro orden de cosas, hemos de insistir en que, no cualquier irregularidad o vulneración en la formación de clases debe determinar el grave efecto de la ineficacia total del plan a que se refiere el art. 661.2 TRLC. Los defectos en tal formación de clases deben implicar una alteración en el resultado de la votación para la aprobación del plan. Si resulta inocua, no debe ser tomada en consideración. El art. 654.2º TRLC solo hace referencia a que la formación de clases y la aprobación del plan no se hayan llevado a cabo de conformidad con lo establecido en los capítulos III y IV, pero el art. 655.2.1º TRLC contempla como causa de impugnación en los planes no consensuales, que no se aprueba por la clase o clases necesarias.

Es decir, si a pesar de la existencia de algún defecto en la formación de clases, una vez tomado en consideración, el resultado sigue siendo la aprobación del plan, no se le puede otorgar una eficacia impugnativa que anule la totalidad de este, cuyo mantenimiento, en la medida de lo posible, obedece al principio de conservación de los actos y negocios.

45.- En el supuesto enjuiciado la mera inclusión de los acreedores financieros excluidos, en la clase de "acreedores financieros", no habría alterado el sentido de la votación en contra del plan, pues así había votado dicha clase.

Quinto. *El trato menos favorable que otro acreedor del mismo rango.*

46.- Coinciden todos los impugnantes en el siguiente motivo que invocan contra la homologación del plan de reestructuración. Tanto la representación de NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., como la de FINALBION SV S.A., invocan como motivo de impugnación el previsto en el art. 655.2.3º TRLC: Que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango.

El argumento es que estos acreedores tienen la consideración de acreedores ordinarios, este sería su rango concursal. Precisamente por ello se consideran tratados de peor manera cuando el resto de acreedores ordinarios, incardinados en otras clases, sufren quitas y esperas muy inferiores. El resumen de las clases de acreedores con rango de acreedor ordinario es el siguiente:

- Proveedores: Tienen dos alternativas: 50% de quita y espera de 6 años (con calendario de pagos) o 20% de quita y espera de 5 años (con calendario de pagos conforme a un rappel del 5% de ventas) -
- Proveedor Aportante: 0% de quita y espera de 5 años.
- Factor Energía: 0% quita y espera de 4 años
- Arrendadores: 0% quita y pago inmediato
- Acreedores financieros: 85% de quita y espera de 6 años.

A ello añade el mayor agravio con créditos financieros que han quedado fuera del perímetro de afectación y, por lo tanto, no resultan afectados de ningún modo, manteniéndose incólumes sin quita ni espera alguna.

47.- No se cuestiona por la parte impugnada la existencia de ese trato menos favorable entre créditos que, siendo del mismo rango, han sido incluidos en clases diferentes. Lo que defiende la parte impugnada es que, en los supuestos como el que nos ocupa de reestructuraciones forzosas, solo cabe reprobar el plan si el tratamiento discrepante es injusto, desproporcionado. Debe darse cabida al test de equidad bajo el principio de no discriminación injustificada. De otro modo no tendría sentido admitir diferentes clases de créditos, aunque sean del mismo rango, sino puede establecerse un trato diferenciado o divergente.

48.- Pocas dudas se plantean respecto de la finalidad de esta nueva normativa sobre marcos de reestructuración. El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, asegura que tal finalidad es asegurar la continuidad de empresas y negocios que son viables pero que se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente concurso. De aquí cabe deducir con claridad la interpretación favorable a los planes de reestructuración en la forma en que los configura legalmente el legislador. Es por ello por lo que se ha realizado una interpretación favorable a su eficacia en la materia relativa a la formación de clases, especialmente cuando surgen mayores focos de tensión como es en los planes no consensuales, en que clases de acreedores que han votado en contra, se ven afectadas -arrastradas- por el plan del que, incluso como clase, disienten.

49.- También se recoge en el citado Preámbulo que: Para garantizar el buen funcionamiento de cualquier mecanismo de decisión colectiva resultan imprescindibles ciertas garantías procedimentales. La ley vincula estas garantías a la concurrencia de tres elementos fundamentales: una correcta configuración de las clases de acreedores afectados por el plan de reestructuración, que son quienes van a tomar la decisión; una mayoría cualificada favorable dentro de cada una de estas clases y, por último, el respeto a un valor económico mínimo cuando haya acreedores o clases de acreedores disidentes.

Ese respeto a un valor económico mínimo y el respeto a los acreedores disidentes ha llevado al legislador a configurar unos motivos de impugnación de la homologación del plan relacionados con la posición económica del acreedor disidente en el plan.

Como expresión de esta protección está el interés superior de los acreedores, de forma que el plan no supera esta prueba cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor (art. 654.7º TRLC); o la regla de la prioridad absoluta, que se expresa en el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en que "nadie puede cobrar más de lo que se le debe ni menos de lo que merece", y se concreta en los motivos de impugnación -respecto de los planes no consensuales- 2º, 3º y 4º del art. 655 TRLC, es decir, ninguna clase de acreedores debe recibir en la ejecución del plan un valor actual neto superior al importe de sus créditos (acciones o participaciones) antes del plan, ni tampoco mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior (o los socios) van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración. De igual modo, como segunda dimensión de la exigencia de que nadie reciba menos de lo que se merece, se contempla como límite que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes no pueden recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango.

Motivos de impugnación que tratan de mantener un principio de igualdad o de paridad entre los créditos afectados por el plan, de forma que cabe la impugnación si los créditos de quien impugna no han sido tratados de con arreglo a tales principios respecto de otros créditos de su clase, en los supuestos de planes consensuales (art. 654.5º TRLC); y también, cuando la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango (art. 655.2.3º TRLC).

50.- Las partes litigantes defendieron en el acto de la vista, con sólidas consideraciones jurídicas, interpretaciones totalmente opuestas de la interpretación de una de las manifestaciones de las reglas expuestas, que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango (art. 655.2.3º TRLC). La posibilidad de sostener posiciones tan encontradas evidencia los problemas interpretativos a que nos enfrenta esta concreta cuestión.

La parte impugnante viene a sostener que este principio de trato paritario no admite excepciones. Una lectura literal de la norma justificaría tal posición. En los planes consensuales el art. 638.4º TRLC establece como requisito que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria. En consonancia con tal exigencia, se prevé como motivo de impugnación no respetar dicha paridad inter clase (art. 654.5º TRLC). Además de esta regla de paridad dentro de una misma clase, para los supuestos de planes no consensuales, se insiste en esta regla de paridad y de tratamiento en equidad de los créditos que, formando de una clase disidente, no debe recibir un trato menos favorable que otros créditos incluidos en diferente clase, pero que corresponden al mismo rango.

Ante este supuesto nos encontramos, no resultando controvertida ni la calificación ni la existencia de un trato claramente desigual entre créditos ordinarios de una clase y de otra, con unas diferencias sustanciales en materia especialmente de quitas. Precisamente la norma del art. 654.5º TRLC es una regla de paridad que amplía la recogida respecto de los planes consensuales, para garantizar el trato homogéneo no ya entre créditos de la misma clase o categoría, sino también entre clases o categorías del mismo rango.

51.- En apoyo de una interpretación literal está que el legislador únicamente ha previsto una excepción, a modo del test de equidad o discriminación justificada, en relación a la regla de la prioridad absoluta recogida en el art. 655.4º TRLC, - que no es la que ahora examinamos-, y no la contemplada en el art. 655.3º TRLC. -que es la que resulta de aplicación al caso-, pues en el art. 655.3º TRLC, solo admite la superación de la regla de prioridad cuando sea imprescindible para la viabilidad de la empresa y los créditos no resulten perjudicados injustamente, en relación a la regla del mencionado ordinal 4º, sin referencia alguna al ordinal 3º. Así se desprende de la justificación de esta excepción en el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, cuando expone que: No obstante, y como consecuencia de ese principio de flexibilidad que informa toda la ley, se permite que, en casos excepcionales, el plan se aparte de la regla de prioridad absoluta y deje algo de valor a una o varias clases de créditos de rango inferior, o a los socios, si ello es manifiestamente necesario para garantizar la viabilidad de la empresa y no perjudica injustificadamente los derechos de las clases de acreedores afectados que hayan votado en contra del plan.

Es por ello por lo que el trato paritario, homogéneo, entre créditos del mismo rango, pertenezcan o no a la misma clase, pudiera llegar a considerarse como un principio que no admite excepción. De esta forma se configura también como un límite infranqueable a la tentación de establecer "clases manipuladas", mediante una excesiva formación de clases separadas para contemplar un diferente trato que provoque una desigualdad o falta de paridad entre créditos del mismo rango.

52.- La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en su considerando 55 dispone que: En el caso de la reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, los Estados miembros deben velar por que las categorías disidentes de acreedores afectados no se vean injustamente perjudicadas con arreglo al plan propuesto y deben proporcionar una protección suficiente a estas categorías disidentes. Los Estados miembros deben poder proteger a una categoría disidente de acreedores afectados garantizándole un trato al menos igual de favorable que el de cualquier otra categoría del mismo rango y más favorable que el de cualquier categoría con menor prelación. Los Estados miembros pueden proteger a una categoría disidente de acreedores afectados garantizando que dicha categoría disidente reciba su pago íntegramente si una categoría con menor prelación recibe cualquier pago o conserva cualquier interés en el plan de reestructuración (regla de prelación absoluta). (..).

La excepción la contempla en su considerando 56, exponiendo que:

Los Estados miembros deben poder prever excepciones a la regla de prelación absoluta, por ejemplo cuando se considere justo que los tenedores de participaciones mantengan determinados intereses en el plan a pesar de que una categoría de mayor prelación se vea obligada a aceptar una reducción de sus créditos o de que proveedores de suministros básicos cubiertos por la disposición relativa a la suspensión de ejecuciones singulares reciban su pago antes que categorías de acreedores de mayor prelación. Los Estados miembros deben poder escoger cuál de los mecanismos de protección anteriormente indicados ponen en práctica.

Su traslación al articulado de la Directiva no va más allá, y la única excepción a la regla de prioridad absoluta la recoge en el art. 11.2, cuando dispone que: los Estados miembros podrán establecer que los créditos de los acreedores afectados en una categoría de voto disidente sean plenamente satisfechos por medios idénticos o medios equivalentes cuando una categoría de rango inferior haya de recibir cualquier pago o conservar cualquier interés en el marco del plan de reestructuración. Posteriormente añade que: Los Estados miembros podrán mantener o introducir excepciones a lo dispuesto en el párrafo primero cuando sea necesario para lograr los objetivos del plan de reestructuración y siempre que este no perjudique injustamente los derechos o intereses de cualquier parte afectada.

53.- En principio, el legislador español ha limitado la excepción a un supuesto concreto de la regla de prioridad absoluta en el art. 655.3º TRLC en relación al art. 655.2.4º TRLC, en línea con el único supuesto que contempla de forma expresa la Directiva en el primer párrafo del citado art. 11.2, no introduciendo otras excepciones que, si bien la Directiva admite puedan establecerse, queda a la discreción de los Estados miembros.

54.- Sin embargo, no tanto a modo de excepción, sino como una interpretación flexible de la regla que examinamos, moderadora de su literalidad, en atención a la finalidad de la reforma para facilitar el alcance y vigencia de planes de reestructuración que favorezcan la viabilidad de las empresas, podría sostenerse que la regla no hace referencia únicamente a una mera apreciación de diferente trato, y en tal caso, mas desfavorable para el acreedor disidente de la clase arrastrada, sino que la norma lo que pretende es proteger de una discriminación injusta entre clases del mismo rango, no debiendo tratar de forma desigual e injusta a quienes son iguales en rango. No cabe admitir diferencias de trato no justificadas.

Como hemos señalado anteriormente, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en su considerando 55 hace referencia a que las categorías disidentes de acreedores afectados no se vean injustamente perjudicadas con arreglo al plan propuesto (..) (el subrayado es nuestro).

55.- Esta interpretación podría explicar mejor la apuesta de la nueva regulación por el sistema de formación de clases para la aprobación del plan de reestructuración, que permite incardinar créditos del mismo rango en clases diferentes, precisamente en función de la diferente forma en que van a quedar afectados por el plan (art. 623 TRLC).

56.- Ahora bien, el diferente tratamiento que conlleve un tratamiento menos favorable para el acreedor disidente se convierte en injusto cuando resulta desproporcionado. Desproporción que no puede medirse en relación con la conveniencia o necesidad de aprobar el plan para mantener la viabilidad de la empresa, sino que debe realizarse desde la protección de la posición económica del acreedor disidente en relación a los otros acreedores del mismo rango, aunque estén en clases diferentes, por un principio de justicia en el reparto económico de las

pérdidas o recortes, de forma que el valor de la reestructuración sea repartido también de forma mínimamente igualitaria.

Una posición maximalista que permitiera cualquier tratamiento, por desproporcionado que fuere, con fundamento en que es inevitable mejorar la afectación de unos determinados por el plan dada la posición estratégica de sus titulares, para favorecer su aprobación con el beneplácito de estos acreedores necesarios para la continuidad de la empresa, no es aceptable. Convertiría a otros acreedores, con similar posición en función de su rango, en los auténticos financiadores de la reestructuración, a pesar de su oposición al plan, cuando en realidad son los más perjudicados en el tratamiento de sus créditos. Se afecta de esta forma, de una manera desproporcionada, y por ello injusta, su posición económica. Por otro lado, vaciaría de contenido el límite que exige un trato igualitario entre acreedores del mismo rango del art. 655.2.3º TRLC.

57.- En el supuesto que nos ocupa, la comparación del tratamiento que en el plan se lleva a cabo de los créditos ordinarios de los acreedores disidentes, y de otros acreedores ordinarios, por lo tanto, del mismo rango, supondría una vulneración de la prohibición que conlleva el motivo de impugnación previsto en el art. 655.3º TRLC, cualquiera que fuera la interpretación que se llevara a cabo de la misma de las que hemos considerado posibles.

Aún cuando acudiéramos a la moderación de la regla mediante la valoración del carácter proporcional de alguna diferencia de trato en perjuicio del acreedor disidente, entendemos que, en el caso examinado, claramente no lo supera. Existe una desproporción insalvable entre, para unos acreedores ordinarios, de quitas del 20% o del 50%, e incluso en algunos casos sin quita alguna, más unas esperas entre 4 y 6 años, y una quita del 85% con una espera de 6 años, a los acreedores financieros, de los que forman parte los impugnantes. Debe destacarse que el pasivo afectado que vota a favor del plan supera en poco los 2.600.000 euros, mientras que los acreedores arrastrados superan los 7.700.000 euros. Ciertamente los acreedores financieros superan escasamente los 3.300.000 euros, y los acreedores impugnantes, en concreto, superan en poco los 2.100.000 euros. Pero estos datos dan una idea de la desproporción, no solo con los acreedores del mismo rango que no sufren quita alguna, y que con la formación de clases han sido esenciales para alcanzar la mayoría simple, sino incluso con otros acreedores ordinarios que, aunque no han impugnado la homologación, no han votado a favor del plan, y que pueden elegir entre quitas del 20% y del 50%, con esperas de 5 o de 6 años respectivamente.

Incluso en la alegación en el acto de la vista por la parte impugnada que reducía la diferencia de quita entre los financieros, (85%) y los comerciales con mayor quita (50%) a un 35%, que en relación con el pasivo suponían 776.023,22 euros, (un 6,17% del total), la propia parte impugnante reconoce que esa diferencia es siempre a costa de los créditos de los impugnantes. Son en realidad los que soportan el coste económico del plan, perdiendo un 85% de su crédito.

58.- Ahondando en el resultado de la prueba practicada de la vista, en el testimonio del representante legal de NORGESTIÓN, Sr. Florencio, que participó en las negociaciones y elaboración del Plan, se dijo que optaron por una quita del 85% a los financieros porque eran acreedores que no les interesaban, porque ya esa inversión no producía retorno, y se trataba de una inversión ya ineficiente, porque los únicos acreedores de interés eran los comerciales, esenciales para la continuación de la actividad de la empresa. Máxime cuando, como evidenciaba la defensa de la parte impugnada a través de sus preguntas y posteriormente en su informe, esa era la real justificación del trato económico dispar, frente a unos acreedores que habían procedido ya al vencimiento anticipado de sus créditos, y a su reclamación judicial y extrajudicial.

Una situación prácticamente de insolvencia actual en la que se encontraba la deudora al momento de negociar el plan de reestructuración, complica inevitablemente una situación de por sí ya compleja, especialmente por la naturaleza de la actividad en la que era vital la campaña de Navidad que estaba comenzando. Pero tal situación no convierte cualquier solución alentadora de la continuación de la actividad, especialmente a través de un plan de reestructuración, en fundamento absoluto y prioritario que pueda justificar cualquier merma de los variados derechos e intereses que confluyen en estos marcos de crisis empresarial. El respeto de la posición económica y los legítimos derechos de todos los acreedores, especialmente de los disidentes, en los planes no consensuales, conforman un sistema de controles y límites para evitar un tratamiento injusto y desproporcionado de unos acreedores en beneficio de otros. La carga económica de la reestructuración debe ser repartida de forma paritaria o equitativa entre los acreedores, sin que la apuesta a favor del plan, o la oposición al mismo, puedan tener relevancia al tomar en consideración estos límites de equidad.

59.- En otro orden de cosas, los términos literales del art. 655.3º TRLC, no permite la comparación sobre la paridad con los créditos no afectados, que no forman parte de clase alguna. Admitir tal comparación nos llevaría al absurdo de que este motivo de impugnación siempre prosperaría si hubiera créditos del mismo rango que han quedado fuera del perímetro de afectación en relación con los que han quedado dentro, pues mientras los primeros no sufrirían modificación alguna, los segundos se verían siempre afectados, normalmente de forma negativa, mediante quitas, esperas o cualquier otro contenido propio de un plan de reestructuración.

60.- La consecuencia de lo hasta aquí expuesto, es que este motivo de impugnación debe prosperar. Los efectos previstos en el art. 661.1 TRLC, es declarar la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a los acreedores impugnantes, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios.

Siendo este el resultado, y que el mismo no variaría si se procediera al examen del resto de los motivos de impugnación, hace innecesario este, que se centraba ya en la vulneración de la regla de la prioridad absoluta por el mantenimiento de todos los derechos de los socios, ya en del interés superior de los acreedores por recibir menos que en caso de liquidación concursal, o por no estar la deudora al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.

Sexto. Costas.

61.- Lo razonado en los fundamentos anteriores evidencia las serias dudas, cuando menos de derecho, que plantea la aplicación del nuevo marco de reestructuración establecido de forma novedosa en nuestro ordenamiento por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, y que justifica suficientemente hacer uso de la excepción al principio de vencimiento objetivo que recoge el art. 394.1 LEC, no procediendo especial imposición de costas, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Procede estimar la impugnación planteada por la representación procesal de NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., y de FINALBION SV S.A., contra el Auto de homologación dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, en el procedimiento de homologación judicial de plan de reestructuración núm. 491/2022, en el sentido de declarar la no extensión de los efectos del plan a los acreedores impugnantes NOVICAP LIMITED, FINANZAREL S.L., y FINALBION SV S.A., subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios.

No ha lugar a especial imposición de costas.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Dese a esta sentencia la misma publicidad que al auto de homologación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.