SENTENCIA · AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN 9

SAP V 35/2024

27 de marzo de 2024 · ECLI:ES:APV:2024:35

ÓRGANO	Audiencia Provincial
SEDE	Valencia
SECCIÓN	9
FECHA	27/03/2024
Nº DE RESOLUCIÓN	86/2024
Nº DE RECURSO	140/2023
PROCEDIMIENTO	Civil
PONENTE	Monserrat Molina Pla
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia
ROJ	SAP V 35/2024
ECLI	ECLI:ES:APV:2024:35
ID CENDOJ	46250370092024100032

EN TRES LÍNEAS · COMENTARIO DE NOBROWN

- La Audiencia Provincial de Valencia estima la impugnación del auto del Juzgado de lo Mercantil que había homologado un plan de reestructuración no consensual y declara su ineficacia total.
- El defecto decisivo es la formación de las clases: un crédito con garantía real ya perfeccionada se agrupó con créditos ordinarios y no se formó la clase separada que exige el artículo 624 TRLC.
- Con las clases bien formadas habría ocho y no siete, sólo cuatro a favor, y el plan no alcanza la mayoría del artículo 639.1º TRLC.

PÁGINA EN NOBROWN nobrown.com/jurisprudencia/sap-v-35-2024

TEXTO OFICIAL CENDOJ (www.poderjudicial.es/search) · Roj SAP V 35/2024

MARCAS DE NOBROWN
Resaltado: énfasis de Nobrown en pasajes clave.
Recuadro azul: enlace añadido por Nobrown (artículo o resolución citada).

Esta edición reproduce íntegro y sin alteración el PDF oficial publicado por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial, con sus logotipos y marcadores. Sólo se han añadido esta portada y, sobre las páginas originales, anotaciones de resaltado y de enlace, todas firmadas por Nobrown, que pueden ocultarse en cualquier lector de PDF. Ante cualquier diferencia prevalece el texto oficial. Fuente: CENDOJ (CGPJ). Fecha de la resolución: 27 de marzo de 2024.

Roj: **SAP V 35/2024** - **ECLI:ES:APV:2024:35**

Id Cendoj: **46250370092024100032**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Valencia**
Sección: **9**
Fecha: **27/03/2024**
Nº de Recurso: **140/2023**
Nº de Resolución: **86/2024**
Procedimiento: **Civil**
Ponente: **MONSERRAT MOLINA PLA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJMer, Valencia, núm. 3, 18-05-2023 (proc. 304/2023) ,**
SAP V 35/2024

FONDO DOCUMENTAL

ROLLO N.º 140/2023

JJ

SENTENCIA N.º 86/24

Ilustrísimas. Sras.:

MAGISTRADAS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA

En Valencia, a veintisiete de marzo de dos mil veinticuatro.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA,** el presente procedimiento de impugnación de auto de homologación del plan de reestructuración N.º 000140/2023, dimanante de los autos n.º 000304/2023, sobre homologación de plan de reestructuración no consensual, promovidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, entre partes, de una *como impugnantes* a CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia López Monzo, EVERIS AEROESPACIAL Y DEFENSA S.L.U, representada por la procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Navarro Ballster, NEXA TECHNOLOGIES, SAS y MIDDLE EAS SYSTEMS, FZ, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña María Gisbert Rueda, BANCO SANTANDER, S.A., representada por la procuradora de los Tribunales doña María Claudia Munteanu, BBVA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Arbona Legorburo, BANKINTER, S.A, representada por la procuradora de los Tribunales doña Laura Oliver Ferrer, y COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A., representada por el procurador de los Tribunales don Jorge Ramón Castello Navarro; y *como deudora oponente* a DAS PHOTONICS, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales doña Nerea Hernández Barón, y c *omo acreedora adherida* HEISENBERG 2014, S.L., representada por la procuradora doña Rosa María Correcher Pardo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto de Homologación del Plan de Reestructuración de la mercantil DAS PHOTONICS, S.L., pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en fecha 18 de mayo de 2023, contiene la siguiente Parte dispositiva:" *Ha lugar:*

1.- A los efectos del artículo 647.1º TRLC , acuerdo la homologación del plan de reestructuración de DAS, de 31 de marzo de 2023.

2.- Procédase a la publicación inmediata de este auto en el Registro Público Concursal, adoptándose por la ofcina judicial las medidas oportunas a tal fn y con eventual auxilio de la representación procesal de la deudora.

3.- Se estará a lo establecido en los artículos 635 , 649 - 652 TRLC , respecto de la eficacia y ejecutoriedad del plan de reestructuración. Sin recurso y sin perjuicio de su impugnación en los términos de los artículos 653 y ss TRLC .

Notfíquese.

Acuerdo, mando y frmo.".

SEGUNDO.- Frente al expresado Auto de Homologación se ha formulado impugnación por las acreedoras COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.; BANKINTER S.A.; BBVA, S.A.; BANCO SANTANDER, S.A.; NEXA TECHNOLOGIES, SAS; MIDDLE EAS SYSTEMS, FZ; CAIXABANK, S.A.; y EVERIS AEROESPACIAL Y DEFENSA S.L.U. Verificado el traslado previsto en la Ley, DAS PHOTONICS, S.L., dedujo oposición, adhiriéndose a la misma HEISENBERG 2014, S.L. En sus respectivos escritos propusieron prueba que fue resuelta por este Tribunal.

TERCERO.- Celebrada la vista pública, durante dos días consecutivos, para la práctica de aquella prueba que fue admitida, en concreto para someter a contradicción los informes periciales y para la declaración como testigo perito del experto independiente (Kroll), las partes formularon sus conclusiones y quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

CUARTO.- No se ha dictado sentencia en el plazo de 30 días previsto legalmente, atendida la complejidad de las cuestiones planteadas así como la multitud y diversidad de alegaciones y argumentos existentes a los que había que dar respuesta; todo ello provocado por el número de impugnaciones acumuladas contra el auto de homolgacion del plan de reestructuración de DAS PHOTONICS, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales.

1. El Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia, dictó, en fecha 18 de mayo de 2023, Auto de homologación del Plan de Reestructuración (en adelante, PR) de la mercantil DAS PHOTONIC, S.L., (en adelante, DAS) elevado a escritura pública de fecha 31 de marzo de 2023.

2. Frente a dicha resolución, y conforme a lo establecido en los artículos 653 y siguientes del TRLC se han presentado ante esta Sección 9ª de la Audiencia de Valencia impugnaciones por los acreedores que seguidamente se relacionan:

3. BANCO DE SANTANDER, S.A., sustenta en su escrito, en síntesis, la incorrecta formación de clases (que describe ampliamente en su escrito por referencia al crédito público, al crédito ordinario y al subordinado identificando los acreedores que integran cada una de las siete clases formadas, de las que cuatro votaron a favor y tres en contra), y la inexistencia de una perspectiva razonable de viabilidad de la empresa que justifique el sacrificio exigido (ex art. 654.2º y 4º del TRLC).

4. BBVA, S.A., alega, como motivos de impugnación la falta de cumplimiento de los requisitos de comunicación del Plan y su contenido fraudulento, por referencia a la concreta formación de clases, que califica de incompleta y artificiosa (art. 654.1º y 2º TRLC).

5. COMSA SERVICES FACILITY MANAGEMENT, S.A., (en adelante, COMSA SERVICES), centra sus alegaciones en contra de la homologación en la formación de las clases del Plan objeto de impugnación y en el trato desfavorable que se ha dado a su crédito por referencia a otras clases del mismo rango (art. 654.2º y 655.3º TRLC)

6. BANKINTER, S.A., igualmente cuestiona la comunicación del Plan de Reestructuración y la formación de las clases, así como el trato desfavorable entre acreedores. Añade que el crédito de Bankinter no se encuentra correctamente reconocido, ni en lo que concierne a su importe, ni respecto de las garantías prendarias que resultan del documento 4, manifestando que debería existir una clase de créditos con privilegio especial. Igualmente razona sobre la inexistencia de un plan real de viabilidad dado que no incorpora un mínimo estudio acerca de cómo se van a alcanzar los objetivos de caja y las previsiones de venta. (arts. 654.1º y 2º y 654.4º TRLC)

7. CAIXABANK, S.A., alega, los siguientes motivos de impugnación: i) Defectuosa formación de clases (art. 654.2º TRLC); ii) El Plan no ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de

la empresa en el corto y medio plazo (art. 654.4º TRLC); iii) Falta de aprobación por las clases necesarias, teniendo en cuenta que se ha obviado en el cómputo la incorporación imperativa de una clase separada de créditos con garantía real (art. 655.2.1º en relación con el art. 654.2º TRLC); iv) La clase a la que pertenece la impugnante, de rango ordinario, recibe un trato menos favorable que otras clases del mismo rango (art. 655.2.3º TRLC); y, v) La clase a la que pertenece recibirá un cobro inferior al importe de sus créditos (quita del 95%), cuando la clase 7 de rango inferior sí va a recibir un pago en virtud del Plan (vulneración de la regla de prioridad absoluta, art. 655.2.4º TRLC).

8. EVERIS AEROESPACIAL Y DEFENSA, S.L.U., (en adelante, EADE) centra sus alegaciones en el tratamiento de su crédito en el Plan de Reestructuración, tanto por referencia a la garantía real que invoca a su favor, como al tratamiento como subordinado de la mayor parte de su crédito. Impugna el Plan por incorrecta formación de clases, alegando la infracción del artículo 654.2º TRLC, así como la del artículo 655.2.1º TRLC, por falta de aprobación por la clase o clases necesarias. Igualmente alega trato no paritario, infracción del artículo 655.2.3º TRLC porque la clase a la que pertenece el acreedor impugnante va a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango. Asimismo, argumenta que el Plan no supera el TEST BIC, o regla del interés superior de los acreedores, con infracción del artículo 654.7º TRLC. Motiva, en sus alegaciones, sobre la falta de razonabilidad del plan de viabilidad y el sacrificio desproporcionado de los acreedores, con mención de los artículos 654. 4º y 6º del TRLC, así como la vulneración de la regla de prioridad absoluta (artículo 655.2.4º TRLC).

9. NEXA TECHNOLOGIES, S.A.S., sociedad de nacionalidad francesa, (EN ADELANTE, "NEXA") y la entidad MIDDLE EAST SYSTEMS FZ, LLC, sociedad nacional de Emiratos Árabes Unidos (en adelante, "AMES") dividen su impugnación a la homologación judicial en los siguientes apartados: i) Motivos formales: la formación de las clases de acreedores y la aprobación del Plan no se han producido de conformidad con lo previsto en los capítulos III y IV del Título III del TRLC (art. 654.2º TRLC); ii) Motivos económico-financieros: el Plan supone un sacrificio desproporcionado para los acreedores, por cuanto no supera la prueba del interés superior de los mismos y no se justifica suficientemente por qué es necesario que los acreedores comerciales ordinarios asuman una quita del 95% (art. 654.6º y 7º TRLC); (iii) se refieren, también, al perímetro de afectación, cuestionando la exclusión de algunos "proveedores estratégicos", y la afectación de otros créditos que ostentan la misma naturaleza; (iv) así como a la escasa fundamentación financiera del Plan de Reestructuración (art. 654.4º TRLC).

10. A las impugnaciones indicadas se opone, tanto la deudora DAS, como la mercantil HEISENBERG 2014, S.L., (en adelante HEISENBERG), quien ha apoyado el plan en su condición de financiador interino y aportante de nueva financiación, y que está incluido en la Clase 6 del PR, clase unipersonal.

11. Conviene destacar en este capítulo de antecedentes procesales, que fue solicitada la práctica de prueba y la celebración de vista. La Sala accedió parcialmente a lo postulado en tal sentido, conforme al tenor de los Autos de 22 de noviembre de 2023 y 21 de diciembre de 2023.

12. En fechas 29 y 30 de enero de 2024 se procedió a la celebración de la vista para la práctica de la prueba testifical pericial del experto en reestructuraciones designado en sede de homologación ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3, y la declaración de los peritos para someter a contradicción sus informes y que fueron admitidas en los Autos precedentemente citados, con el resultado que se desprende de los soportes de grabación audiovisual, que, junto con la restante prueba documental practicada en el expediente, servirá para fundamentar las conclusiones que expondremos a lo largo de los siguientes razonamientos.

13. Finalizamos el capítulo de antecedentes indicando que, para un mejor tratamiento de la pluralidad de cuestiones sometidas a la decisión de la Sala, estructuraremos nuestros pronunciamientos en la siguiente forma:

a) Abordaremos, en primer término, las cuestiones procesales planteadas en la vista, a saber: i) la tacha del testigo perito que compareció para la ratificación del informe del experto en reestructuraciones, ii) la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia que la deudora consideró relevante para la resolución del caso.

b) En segundo término, nos ocuparemos de los motivos alegados por las impugnantes en relación con el cumplimiento de los requisitos de comunicación y que se sustentan, en lo esencial, en el incumplimiento de los requisitos de contenido y de forma del Plan, con vulneración de lo establecido en los artículos 585 y 627 del TRLC.

c) En tercer lugar, por ser cuestión ampliamente debatida y por ser necesario para fijar nuestras conclusiones sobre la correcta formación de clases, examinaremos la naturaleza y tratamiento concursal que se ha dado de los créditos controvertidos. En particular, y por este orden, los créditos de la UPV (Clase 1 y Clase 5), del CDTI (Clase 2), de Bankinter (Clase 3) y de EADE (Clase 7).

d) En cuarto lugar, analizaremos los créditos contingentes titularidad de las distintas entidades financieras, su afectación o no por el PR, y su condición de créditos garantizados, dado que alegan la infracción de art. 624 TRLC que prevé que si existen créditos garantizados deberán formar una clase separada.

e) A continuación, nos referiremos al perímetro de afectación del Plan de Reestructuración de Das, pues también ha sido cuestionado por algunos de los impugnantes.

f) Delimitado el perímetro de afectación, entraremos en el examen de la formación de las clases, con las consecuencias inherentes al resultado de nuestro examen.

g) Y finalmente, si procediera, sobre los restantes aspectos sometidos a la valoración del Tribunal: la inexistencia de una perspectiva razonable de viabilidad de la sociedad deudora que justifique el sacrificio exigido; el trato desfavorable que se ha dado a determinados créditos por referencia a otras clases del mismo rango; vulneración de la regla de prioridad absoluta; y que el Plan no supera el " *test bic*" o regla del interés superior de los acreedores.

14. Todo ello en cumplimiento de lo reglado en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- Cuestiones procesales planteadas durante la sustanciación del expediente de impugnación del Plan de Reestructuración.

15. Conforme a lo indicado en el precedente fundamento, empezamos por abordar las cuestiones procesales planteadas durante la sustanciación del expediente ante Sección de la Audiencia, que se concretan en dos: (i) La tacha del perito Sr. Pablo y, (ii) la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia.

2.1. Sobre la tacha de perito D. Pablo .

16. La representación de EADE planteó, mediante escrito presentado el 29 de enero de 2024, poco antes de la celebración de la vista (momento límite conforme lo preceptuado en el artículo 343.2 LEC), y reprodujo en ese mismo acto, la tacha del perito D. Pablo por riesgo de falta de objetividad e interés personal y profesional. Dicho perito emitió su dictamen con fecha 29 de noviembre de 2023, a instancia de HEISENBERG y en relación con las impugnaciones formuladas contra el auto de homologación del Plan de Reestructuración de DAS.

17. En tal dictamen (aportado a las actuaciones conforme el artículo 337.1 LEC) se indica, expresamente, su currículum profesional, expresando que inició su carrera profesional en 1987 en el departamento de auditoría de KPMG y fue admitido como socio de esta firma en 1999; así como que, en el mismo año, el Sr. Pablo , como Socio de KPMG, abrió los departamentos de Forensic y Restructuring de esta firma en Madrid, donde prestó sus servicios hasta mayo de 2007. En septiembre de 2007 fundó Forest Partners, *boutique,* especializada en asesoramiento especializado en investigaciones, disputas, reestructuraciones e insolvencias y asesoramiento en transacciones y *corporate finance*. Forest Partners fue adquirida en febrero de 2019 por Duff & Phelps (actualmente, Kroll), en donde permaneció, hasta mayo de 2022, como *ManagingDirector* de esta firma, liderando las prácticas de *Disputes/Expert Services* y *Restructuring*.

18. Consta, asimismo, el currículum de los socios de Kroll Advisory, que han intervenido como expertos, así como la existencia de coincidencias con alguno/s de ellos, en anteriores labores profesionales.

Valoración de la Sala

19. Sobre la cuestión suscitada cabe extraer las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, el perito Sr. Pablo admitió explícitamente haber coincidido en distintos departamentos o gabinetes profesionales con algún miembro de Kroll y con D. Víctor (que finalmente compareció al acto de la vista) quien, incluso, en algún momento estuvo en situación de dependencia laboral respecto de aquel, que ya no concurría al tiempo de emitir los informes respectivos. También indicó, a instancia de la representación que lo propuso como perito, que, atendida su dilatada vida profesional, también había coincidido en su ámbito de actuación con alguna o algunas de las entidades que aparecen como impugnantes en este procedimiento.

- En segundo lugar, que no concurre, al tiempo de emitir los dictámenes, relación laboral directa entre el Sr. Víctor (que depuso como experto) o los intervinientes en el informe experto, Sres. Pablo Jesús y Abilio , y el Sr. Pablo , que actuó como perito.

20. Entendemos, no obstante, que, sin perjuicio de la valoración que quepa conferir al informe pericial emitido por el Sr. Pablo , en cuanto los aspectos de carácter jurídico que aquel refleja, y dada la coincidencia en aquellas apreciaciones con el emitido por GPartners a instancia de DAS y el informe emitido por Kroll Advisory SL en segundo lugar (en julio de 2023), valorando (i) que el Sr. Víctor , que compareció como testigo-perito en el acto de la vista, no consta como autor en el informe de DAS emitido el 4 de abril de 2023 (es decir, el que sirvió de base a la homologación del plan de reestructuración -tras elevarse el mismo a público en

escritura de 31 de marzo de 2.023) en que, según resulta del propio informe, solo intervinieron en su confección D. Pablo Jesús y D. Abilio , (ii) el carácter o naturaleza de este segundo informe (Kroll 2) que responde a la existencia de las impugnaciones formuladas y tiene un contenido y un objetivo encaminado a desvirtuar aquellas alegaciones, compete a esta Sala, al tiempo de dictar esta resolución, la asunción o no de alguna/s de las conclusiones que los mismos contienen, en la medida en que, aun teniendo en cuenta las circunstancias expresadas, consideremos que sean útiles o necesarias para la resolución de las cuestiones subyacentes.

21. En definitiva, en cuanto a los efectos de la tacha interesados por la parte que la planteó, conviene recordar que la Jurisprudencia ha indicado, al respecto, para lo que traemos a colación la STS, Civil sección 1 del 30 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2238) Sentencia: 373/2007 Recurso: 1934/2000 Ponente: Sr. DE LA CUESTA CASCAJARES que: *"En cualquier caso (...) la doctrina de esta Sala va dirigida, desde antiguo, en la dirección de que la concurrencia de una tacha, en el aspecto en que así se entienda, en un testigo o en un Perito, no impide al Tribunal el poder tener en cuenta, por su razón de ciencia, y en conjunción con otras pruebas, su dictamen o testimonio; y, en sentido inverso, puede el Tribunal no tenerlo en cuenta, aunque no se admita la recusación o tacha, por lo que en ese caso y por si pudiera tener aplicación el principio de la "sana crítica" a que se refiere el motivo 3º, y en contra de él, es también de tener por admitida la prueba en cuanto adecuada a los puntos que se le sometieron a su juicio o dictamen..."*

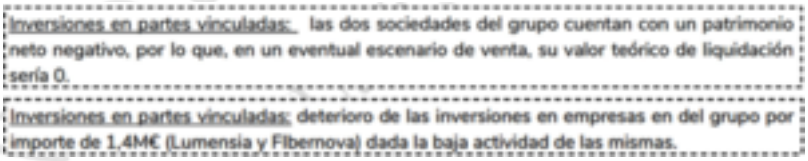
22. En consecuencia, en cuanto no consideramos directamente concurrente ninguna de las circunstancias que establece el artículo 343 LEC para la tacha del perito Sr. Pablo al tiempo de emitir su informe, teniendo además presente el contenido del artículo 348 LEC, la valoración de los dictámenes periciales se efectuará según las reglas de la sana crítica, sin que se aprecie temeridad en el planteamiento, ni se haya invocado el contenido del artículo 344 LEC, a tales efectos.

2.2. Sobre los hechos nuevos alegados por la representación de DAS.

23. La representación de DAS planteó, como hecho nuevo, al inicio del juicio, que por su filial LUMENSIA SENSORS, S.L., se había presentado solicitud de concurso de acreedores sin masa, con fecha 27 de noviembre de 2023, según datos que obran en el Juzgado Mercantil 1 de Valencia, habiendo sido registrado con el número 940/2023 en dicho Juzgado. Tal y como manifestó la representación de DAS, no consta que, a esta fecha, se haya declarado el concurso.

24. Según manifestó la sociedad deudora DAS, tal y como resulta del informe pericial de GPartners (emitido a instancia de DAS, y según manifestaciones de esta), resulta trascendente tal hecho en relación con un ajuste en el activo financiero fijo de 1,36 millones de euros (en cuanto a inversiones en partes vinculadas) al que alude el informe pericial en las páginas 43 y siguientes: *"De acuerdo con lo expresado en el informe del Experto en Reestructuraciones, el ajuste a "cero" de esta partida de 1,36 millones de euros obedece a que ambas sociedades presentan un patrimonio neto negativo y no presentan actividad"*.

25. Ello viene seguido de la mención contenida en el informe KROLL, como IMAGEN 11, en que se indica lo que sigue, con nota al pie referida, igualmente, a la presentación del concurso de LUMENSIA:


Inversiones en partes vinculadas: las dos sociedades del grupo cuentan con un patrimonio neto negativo, por lo que, en un eventual escenario de venta, su valor teórico de liquidación sería 0.

Inversiones en partes vinculadas: deterioro de las inversiones en empresas en del grupo por importe de 1,4M€ (Lumensia y Flbernova) dada la baja actividad de las mismas.

Expone, seguidamente que: *"Se observa que los resultados de los últimos 5 años que hemos podido comprobar son negativos y van acompañados de unas ratios financieras pésimas que empeoran cada año, por todo lo anterior, consideramos que el ajuste efectuado sobre su valoración contable es adecuado. En un escenario de liquidación estas empresas no son vendibles"*.

26. En consecuencia, si bien se considera que el hecho alegado es posterior a la homologación e impugnaciones planteadas, ya se recogía el ajuste aludido en el informe de los expertos y en la pericial emitida a instancia del deudor, sin perjuicio de la valoración que quepa conferir a tal extremo en relación con las cuestiones que suscitan los impugnantes.

TERCERO.- Sobre la falta de cumplimiento de los requisitos de comunicación a los acreedores del Plan de Reestructuración.

27. Abordaremos, bajo este epígrafe, las alegaciones efectuadas por las impugnantes BBVA, S.A., y BANKINTER, S.A., (e indirectamente BANCO DE SANTANDER, S.A., y las entidades NEXA y AMES -que comparecen ambas bajo una misma representación procesal) relativas a la falta de cumplimiento de los requisitos de comunicación del Plan de Reestructuración, que se sustentan, en lo esencial, en el incumplimiento

de los requisitos de contenido y de forma del Plan, con vulneración de lo establecido en los artículos 585 y 627 del TRLC.

28. Se denuncia por los acreedores su falta de conocimiento del inicio de las negociaciones hasta prácticamente tres meses después de la comunicación de negociaciones al Juzgado, dada la reserva con la que se desarrolló el proceso negociador, no teniendo noticia los afectados hasta el momento en que fue necesario para la solicitud de la prórroga a que se refiere el artículo 607 del texto legal.

29. BBVA afirma que DAS se limitó a mandarle un correo electrónico con el Plan realizado en cuya negociación no participó, a fin de que se adhiriera al mismo en el plazo de 2 días.

30. BANKINTER asevera que no fue hasta el 27 de enero de 2023 y por correo electrónico cuando recibió la propuesta del Plan, pese a que la comunicación al Juzgado del inicio de negociaciones fue el 18 de octubre de 2022, con prórroga del plazo de 3 meses por Auto de 20 de enero de 2023 (finalización del plazo el 20 de abril de 2023). No obstante, reconoce en su escrito (alegación segunda relativa a la antelación del traslado del Plan) que es cierto que la ley no exige la negociación con los acreedores y no establece un plazo mínimo de preaviso, pero, a su juicio " *no es lícito, no tener propuesta alguna ni noticias de la deudora en relación al plan en seis meses*", máxime cuando existía una negociación en paralelo con otros acreedores. Y alega -como motivo de impugnación- la falta de cumplimiento de los requisitos de comunicación del Plan de Reestructuración (artículo 655.1 en relación con el artículo 654.1º del TRLC), dado que DAS inició las negociaciones sin contar con su representada, operando la comunicación del Plan sin cumplimiento de los plazos.

31. La oposición de DAS a los argumentos expresados se concreta a los siguientes aspectos: 1) a la afirmación de que DAS no llevó a cabo negociaciones efectivas a los efectos de alcanzar un acuerdo con sus acreedores y 2) la invocada infracción del artículo 627 del TRLC por inexistencia de plazo suficiente entre la comunicación y la elevación a público del Plan de Reestructuración.

32. En lo que a la ausencia de voluntad negociadora se refiere, niega la infracción del artículo 585 del TRLC y señala que el motivo invocado no es una causa de impugnación, sin que sea posible su canalización a través del artículo 654.1º del TRLC. Señala que la falta de voluntad negociadora alegada no tiene cabida como causa de impugnación y, por tanto, no debe ser tenida en cuenta. No obstante, afirma que llevó a cabo todas las gestiones y trámites necesarios para negociar con sus acreedores a los efectos de alcanzar el Plan de Reestructuración que finalmente se aprobó y homologó, lo que queda confirmado a través del apoyo a la prórroga del periodo de protección de la comunicación de negociaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 607 del TRLC. Y añade que el Juzgado Mercantil verificó el cumplimiento de los requisitos de comunicación estipulados en el artículo 627 del TRLC, al momento de dictar el auto de homologación.

33. En lo que concierne al incumplimiento del artículo 627 del TRLC señala que la deudora cumplió escrupulosamente con lo dispuesto en la norma en fecha 27 de marzo de 2023, agotando los tres métodos de comunicación recogidos en la ley (correo electrónico -bloque documental 4-, los *emails* remitidos a los Acreedores Impugnantes, comunicación vía postal -bloque documental 5- y publicación en la página web de DAS -documento 6-). Y se remite al contenido del Auto de 11 de mayo de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cáceres, de homologación del plan de reestructuración de IBERIAN RESOURCES SPAIN, S.L., en el cual se tiene por cumplido con el requisito legal por la simple justificación de la realización de las comunicaciones.

3.1. Marco normativo.

34. El artículo 585.1 del TRLC indica que en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. Resulta del apartado 2 del precepto que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar la comunicación en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Por su parte, el artículo 586 describe el contenido de la comunicación (aspecto no controvertido por los impugnantes en sus escritos) y las normas sucesivas del TRLC se refieren -entre otros aspectos- a la resolución del órgano judicial sobre la comunicación, su contenido y efectos, tanto por referencia a los créditos, como a los contratos y a las acciones y procedimientos de ejecución.

35. En la Sección 5ª del capítulo II del Título II del Libro II, se regula, en el artículo 607, la prórroga de los efectos de la comunicación. La norma establece, en sus apartados 1 y 2 -que son los parágrafos que ahora nos interesan- que: *"1. Antes de que finalice el periodo de tres meses a contar desde la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, el deudor o los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud de la prórroga, pueda resultar afectado por el plan de reestructuración,*

deducido el importe de los créditos que, en caso de concurso tendrían la consideración de subordinados, podrán solicitar del juez la concesión de prórroga de los efectos de esa comunicación por un periodo de hasta otros tres meses sucesivos a la ya concedida. La solicitud de prórroga deberá ir acompañada de informe favorable del experto en reestructuración, si hubiera sido nombrado.

2. La solicitud de prórroga presentada por el deudor deberá ir acompañada de acta de conformidad firmada por los acreedores que representen el porcentaje a que se refiere el apartado anterior, o de una declaración responsable firmada por el mismo por la que manifieste que ha obtenido la conformidad de los anteriores, y del informe del experto si hubiere sido nombrado, en la que se detallarán el estado de las negociaciones y las cuestiones pendientes de acuerdo, y se expresará la identidad de los acreedores que hayan manifestado expresamente oposición a la solicitud de prórroga o no se hubieran pronunciado."

36. En el Capítulo IV del Título III, referido ya al Plan de Reestructuración, el artículo 627 -que se cita como infringido por las impugnantes- dice respecto de la comunicación de la propuesta del Plan a los acreedores: *"1. La propuesta del plan de reestructuración deberá ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados.*

2. La comunicación deberá ser individual, por vía postal o electrónica; o, si no fuera posible por desconocerse su identidad o dirección, mediante anuncio en la página web de la sociedad, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan. Si no fuera posible la comunicación por estos medios, el experto en la reestructuración, cuando haya sido nombrado, o en su defecto quienes vayan a pedir la homologación del plan, solicitarán al letrado de la Administración de Justicia del juzgado competente para conocer de la homologación que ordene la publicación de un edicto en el Registro público concursal, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan.

En el caso de los acreedores públicos, la comunicación se realizará, en todo caso, mediante el servicio establecido en la sede electrónica de cada entidad, y a través del cual se podrá aportar la información del correspondiente formulario normalizado.

3. En el caso de acreedores vinculados por un pacto de sindicación, se aplicarán las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores, si las hubiera."

37. Finalmente, en la Sección 3ª del Capítulo V relativo a la homologación del Plan de Reestructuración, el artículo 654.1, relaciona los motivos de impugnación del auto de homologación del plan por los titulares de créditos afectados contrarios al Plan, cuando éste haya resultado aprobado por todas las clases de créditos (planes consensuales), entre los que el primer motivo se refiere al incumplimiento de " *los requisitos de comunicación, contenido y de forma que se exigen en el capítulo IV de este título*." Y el artículo 655 -relativo a la impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de crédito (no consensuales), que sería el caso que nos ocupa- señala que: " *1. El auto de homologación de un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos podrá ser impugnado por los motivos previstos en el artículo anterior por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan*."

38. En este contexto es en el que procede que resolvamos las alegaciones efectuadas por BBVA y BANKINTER, e indirectamente las efectuadas por SANTANDER, NEXA Y AMES, en sus respectivos escritos de impugnación del Auto de Homologación del Plan de Reestructuración de DAS.

3.2. Valoración por el Tribunal.

39. Para una adecuada solución de la cuestión propuesta por las impugnantes, la Sala considera que procede la distinción de dos situaciones y momentos distintos, al abordar el análisis del motivo de impugnación relativo al incumplimiento de los requisitos de comunicación, contenido y forma a que se refieren BBVA y BANKINTER (e indirectamente las impugnantes ya citadas anteriormente):

1) El relativo a la comunicación al órgano judicial competente del inicio de negociaciones con los acreedores (585 TRLC) para alcanzar un plan de reestructuración. Indicamos ahora, porque es relevante, que esta primera comunicación se dirige al Tribunal y no a los acreedores, y destacamos que el precepto se ubica en el Capítulo I del Título II del Libro Segundo del TRLC.

2) El concerniente a la comunicación de la propuesta alcanzada. Esta comunicación es la que se dirige a los acreedores, y es a ella a la que se refieren los artículos 654.1º y 655.1 del texto legal, dado que se remite expresamente a los requisitos de comunicación, contenido y forma que se exigen en el Capítulo IV del Título III de la ley.

40. La cuestión no es baladí porque, a tenor de los argumentos esgrimidos por las impugnantes, lo que se reprocha al invocar como motivo de impugnación es: (i) la reserva de las negociaciones desarrolladas por DAS

con determinados acreedores -con exclusión de las impugnantes- tras la comunicación al Juzgado y antes de la solicitud de prórroga del plazo, e incluso después de ésta y hasta la comunicación de la propuesta; y (ii) la inexistencia de plazo suficiente entre la comunicación de la propuesta del Plan de Reestructuración y su elevación a público.

41. Pues bien, entendemos que el motivo de impugnación no puede prosperar por las razones que pasamos a exponer:

i) Como ya hemos apuntado, el motivo alegado no comprende la fase a que se refiere el artículo 585 y siguientes del TRLC, de manera que no cabe apreciar respecto de la misma el incumplimiento de los presupuestos de comunicación a acreedores durante esa fase, máxime cuando no se ha puesto en cuestión el cumplimiento de lo establecido en el artículo 607 del texto legal para acceder a la prórroga en ella prevenida, para la que se aportó la correspondiente acta de conformidad firmada por acreedores representantes de más del 50% del pasivo, según se desprende de las propias alegaciones de las impugnantes, con las que se contó a tal fin.

ii) Para ese período, del tenor de la norma no resulta la exigencia de que la negociación se verifique con todos los acreedores que puedan verse afectados por el perímetro del Plan de Reestructuración. El artículo 586.1.3º TRLC señala que el deudor expresará en la comunicación al órgano judicial la " *relación de acreedores con los que haya iniciado o tenga intención de iniciar negociaciones ...*", lo que no significa que sea la totalidad de los afectados. Hemos de añadir a lo anterior que la norma prevé en su regla 9ª la posibilidad de solicitar el carácter reservado de la comunicación. Y en el apartado 3, y es significativo, dice que: " *En cualquier momento, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación,* ***podrá comunicar el deudor al juzgado la ampliación o la reducción de los acreedores*** *con los que mantiene las negociaciones y la modificación del importe individual o total de los créditos* ." (el destacado en negrita es nuestro).

iii) En lo que atañe a la comunicación de la propuesta a los acreedores, como admite Bankinter, el artículo 627 no establece un plazo mínimo de preaviso. El apartado 1 se limita a decir que la propuesta debe ser comunicada a todos los acreedores que pudieran quedar afectados, y el apartado 2 describe la forma en que deberá efectuarse la comunicación. Dicho lo cual, la documental aportada por DAS revela que se llevó a cabo la comunicación individual a que se refiere el precepto. BBVA reconoce la recepción del correo electrónico que aporta, a su vez, como anexo 3 a su escrito. Bankinter también admite que recibió la propuesta del Plan el 27 de marzo de 2023.

42. De cuanto se ha expuesto, no cabe concluir que se haya producido un incumplimiento de lo establecido en el artículo 627 del TRLC dentro del marco del motivo de impugnación del apartado 1 del artículo 655 TRLC por remisión al 654.1º TRLC.

CUARTO.- Importancia del correcto tratamiento de los créditos en el Plan de Reestructuración.

43. Con carácter previo, consideramos oportuno indicar que el supuesto incorrecto tratamiento de los créditos no constituye una causa de impugnación de conformidad con los arts. 654 y 655 TRLC.

44. No obstante, dado que puede tener una clara incidencia en la vulneración directa o indirecta de las normas sobre formación de clases y sobre las mayorías exigidas para la aprobación del plan, a continuación, analizaremos la naturaleza jurídica y tratamiento de aquellos créditos que han resultado cuestionados en los diferentes escritos de impugnación, y ello por los motivos que exponemos a continuación.

45. No podemos obviar que estamos ante un plan no consensual con arrastre entre clases, previsto en el artículo 639.1º TRLC, que ha resultado aprobado por 4 de las 7 clases configuradas, es decir, por mayoría simple y habiendo sido determinante el voto a favor de la Clase 1 y Clase 2 constituidas ambas por un único acreedor cada una de ellas, (UPV y CDTI, respectivamente), cuyos créditos se consideran de naturaleza pública y el 50% de los mismos en un posible concurso de acreedores sería clasificado como crédito con privilegio general, voto necesario la de estos acreedores para la aprobación del PR por mayoría simple de clases. Las otras 2 clases que votan a favor de la aprobación del plan, sin perjuicio de que más adelante nos adentraremos con mayor profundidad en la formación de clases, también son unipersonales, Clase 5 y Clase 6, titularidad de la UPV y de la mercantil Heisenberg 2014, S.L., respectivamente.

46. Con alguna salvedad, la mayoría de las irregularidades planteadas por los impugnantes sobre el tratamiento y naturaleza de los créditos afectos por el PR incide directamente en la formación de las clases y en las mayorías necesarias para su aprobación, de ahí la necesidad de abordar esta cuestión, con carácter previo y profundamente, pues las conclusiones a las que lleguemos resultarán determinantes para resolver sobre las impugnaciones planteadas.

4.1. Sobre el crédito titularidad de la UPV derivado del acuerdo de cooperación suscrito con DAS el 24 de abril de 2018, en virtud del cual se autorizó el uso privado de espacios e instalaciones de dominio público a cambio del pago de un canon. (Clase 1 del PR).

47. El crédito de la UPV deriva de los arrendamientos impagados por parte de DAS incumpliendo el acuerdo de cooperación para la realización de actividades de formación de personal, de investigación científica y desarrollo tecnológico, suscrito entre ambas entidades el 24 de abril de 2018, en virtud del cual se cede el uso en exclusiva a DAS de determinados espacios e instalaciones en la ciudad politécnica de la innovación y se establecen las condiciones que regirán la autorización de ocupación temporal de dichos espacios e instalaciones (documento 14 del escrito de oposición de DAS).

48. Este acuerdo sufrió dos adendas, una, el día 3 de agosto de 2018 autorizando a dos empresas dependientes de DAS el uso de dos espacios más; y, posteriormente, el 29 de octubre de 2018 se suscribió una nueva adenda modificando exclusivamente el Anexo 1 relativo a los espacios e instalaciones cedidas, ampliando las mismas.

49. Además, vino a sustituir un acuerdo marco previo suscrito el 25 de abril de 2014 que, a su vez, el 16 de enero de 2017 fue modificado en cuanto el ámbito espacial de la autorización de ocupación temporal de espacios e instalaciones de la "ciudad politécnica de la innovación".

50. En cuanto a los términos del acuerdo marco de cooperación, destacar la segunda de las cláusulas que expresamente refiere que la concesión del uso exclusivo de los espacios e instalaciones estará sometido al régimen de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana, al tratarse de un uso privativo de los bienes de dominio público, y de aplicación a la UPV conforme al artículo 6.2 de la Ley 4/2007, de 9 de febrero, de la Generalitat, de Coordinación del Sistema Universitario Valenciano, y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

51. En la cláusula sexta se pacta un canon por la " *concesión demanial*", que se fija en 12 euros por m2 actualizable en diciembre de cada año natural, pagadero en los siete primeros días de cada mes y aplicando las minoraciones establecidas en el anexo 2; se fija el pago de gastos comunes (agua, luz, seguridad, limpieza, mantenimiento, ...).

52. Entre las causas de extinción de tal concesión se prevé en la cláusula SEXTA, apartado 12.b) de la misma, la revisión de oficio, en los supuestos establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y, por último, en el apartado 13 de la misma cláusula y en la cláusula OCTAVA, se contempla el "desahucio administrativo" otorgando a la UPV la facultad de promover y ejecutar en vía administrativa el desahucio conforme al artículo 24 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

53. Tal y como hemos indicado, el crédito de la UPV incluido en la Clase 1 deriva del impago de los arrendamientos (canon) pactados en este acuerdo de cooperación. En el PR se le atribuye la condición de crédito de derecho público y queda afectado únicamente el 50% del crédito, en concreto, aquella parte que se considera que en un escenario concursal ostentaría el rango de crédito privilegiado ex art. 280.4º TRLC, como crédito con privilegio general, y se excluye del perímetro de afectación del PR el otro 50% del mismo crédito, es decir, aquella parte que en un escenario concursal ostentarían el rango de crédito ordinario.

54. Los impugnantes cuestionan que se trate de un crédito de derecho público y esgrimen, en síntesis, los siguientes argumentos: (i) por un lado, aunque reconcen que la UPV es un organismo público y que los bienes objeto del contrato están afectos a la función pública propia de la UPV, consideran que el acto del que nace el crédito no deriva del ejercicio de una potestad administrativa sino de la celebración de un contrato de arrendamiento en el marco de su actividad para la realización de trabajos científicos y tecnológicos y que, por lo tanto, actúa como arrendador y las relaciones entre las partes se rigen por normas de derecho privado, tratándose de un contrato instrumental celebrado entre DAS y la UPV, que además es socia de DAS, dentro del marco de sus pactos societarios; y (ii) refieren que la UPV es una persona especialmente vinculada con DAS, dado que es titular del 7,1% del capital social y ha sido miembro del Consejo de Administración de la sociedad deudora, lo que consideran que condiciona la caracterización crediticia de la UPV en un posible escenario concursal.

4.1.1. *Marco normativo y jurisprudencial necesario para entender cuándo estamos ante un crédito de derecho público* **.**

55. Sobre lo que debemos entender como créditos de derecho público nuestro Tribunal Supremo en la sentencia n.º 472/2013, de 16 de julio de 2013, interpretó que se refería a los tributos y demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado o sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas (art. 5.2 Ley General Presupuestaria); pero también lo hizo extensible, cuando proceda, a los créditos titularidad de la Administración autonómica y local

siempre y cuando deriven de sus potestades o funciones administrativas. Interpretación y exigencias que se reiteraron en la STS 296/2018, de 23 de mayo de 2018.

56. Es por ello que a los efectos de resolver sobre la naturaleza de este crédito titularidad de la UPV incluido en la Clase 1, creemos que es necesario adentrarnos en el **concepto de "potestad administrativa"**, que no viene definido por ninguna norma.

57. Partiendo de la normativa y jurisprudencia más contemporánea podemos definir las potestades administrativas como poderes jurídicos reconocidos expresamente por el ordenamiento jurídico, que atribuyen a las Administraciones Públicas, titulares de los mismos, una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas específicas que produzcan efectos actuales o potenciales sobre los particulares y sus ámbitos de interés, en una esfera concreta y que tienen por objeto la satisfacción de los intereses generales. Es decir, son prerrogativas que corresponden a la Administración Pública (por ejemplo, un Ayuntamiento) para el cumplimiento de sus fines y que le permite ejercer sus funciones desde su posición de preeminencia jurídica que se concreta en la sujeción, general o especial, de los ciudadanos e interesados a los actos que dicha Administración dicta en el ejercicio de esas potestades.

58. Son características definitorias de las potestades administrativas:

* Necesidad de previsión normativa expresa que la reconozca.

* El titular debe ser una Administración Pública, nunca los sujetos de derecho privado podrán ejercer potestades administrativas.

En este punto es importante detenernos, pues son sólo las Administraciones Públicas de base territorial las que pueden ejercer las potestades administrativas, mientras que las Administraciones y otras entidades de naturaleza institucional (entre las que se encuentra la UPV) pueden tener, si así lo reconoce expresamente una ley, la capacidad de ejercer sólo determinadas potestades y limitada al ámbito material en el que desarrollan sus competencias.

* Territorialidad. Pues se ejercerán en el territorio de la Administración o sobre los sujetos vinculados por la Administración o que tengan conexión con dicho territorio o ámbito.

* Generalidad y abstracción. La potestad administrativa nunca tiene su origen en una relación jurídica concreta, sino que procede directamente de lo previsto en la ley. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de desarrollar actuaciones administrativas productoras de efectos jurídicos.

Y así, se diferencia de los derechos subjetivos en que éstos tienen su origen en relaciones jurídicas concretas, y tienen su correspondencia con un deber atribuido a un sujeto obligado (por ejemplo, como consecuencia de un contrato). Mientras que la potestad administrativa no tiene su origen en ningún tipo de relación, pacto, o acto concreto, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación previamente definido por la ley.

* Las potestades administrativas no tienen carácter ilimitado y deben regirse por el principio de proporcionalidad.

* Y están sujetas al procedimiento legalmente establecido.

59. Por tanto, debemos diferenciar las potestades administrativas de lo que son propiamente las competencias o funciones que corresponden a las Administraciones y demás entidades de derecho público.

60. En este punto, y atendida la cuestión que se nos plantea, es importante destacar que en el artículo 2.2 de la LO 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, se concreta que " *2. Son funciones de las universidades:*

* *a) La educación y formación del estudiantado a través de la creación, desarrollo, transmisión y evaluación crítica del conocimiento científico, tecnológico, social, humanístico, artístico y cultural, así como de las capacidades, competencias y habilidades inherentes al mismo*

* *b) ..."*

61. En el art. 3.q) de dicha LO 2/2023, se reconoce la autonomía de las Universidades en el ejercicio de sus funciones y, en concreto, en el apartado q) contempla que dicha autonomía comprende la posibilidad de establecer relaciones con empresas con el objeto de desarrollar alguna de sus funciones.

4.1.2. *Valoración de la Sala sobre la naturaleza del crédito de la UPV por arrendamientos.*

62. Al hilo de lo expuesto anteriormente, es innegable que la UPV es una institución de derecho público dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio que goza de autonomía académica, económica, financiera y de gobierno (artículo 1.2 Estatutos de la UPV de 25 de noviembre de 2011), entre cuyos fines se encuentra, (art.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2.b) de los estatutos), " *El estudio, la investigación científica, el desarrollo tecnológico y artístico, así como la participación en procesos de innovación*"; tiene la potestad de realizar actos de disposición sobre cualquiera de sus bienes, con sujeción a los Estatutos y legislación vigente (art. 5.2 Estatutos UPV); y en el artículo 5.3 de sus Estatutos se contemplan las prerrogativas de las que goza en su consideración como Administración Pública.

63. Los bienes vinculados al servicio de la Universidad y que se utilicen y estén destinados al cumplimiento de sus funciones forman parte de los bienes de dominio público universitarios, son bienes demaniales y, por tanto, el rendimiento de su patrimonio, incluidas las rentas, se ingresarán en la Tesorería de la Universidad en aplicación de los correspondientes conceptos de Presupuesto de Ingresos como ingresos patrimoniales, conforme a lo dispuesto en su normativa específica (art. 11, Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana).

64. Es innegable que el acuerdo marco o contrato de cesión de instalaciones y espacios celebrado entre la UPV y DAS se lleva a cabo en el ejercicio de las funciones o competencias que aquélla tiene atribuidas; pero también es cierto que las prestaciones económicas derivadas de dicho acuerdo a cargo del tercero, DAS, si bien guarda una relación directa con sus funciones públicas, no se configura como un ingreso de naturaleza pública sino como ingresos patrimoniales. Por otra parte, respecto de los motivos de extinción de la autorización de uso de dichas instalaciones no se reconoce unas prerrogativas a la UPV que no estén vinculadas con el vencimiento del plazo de otorgamiento, revisión de oficio en los casos expresamente previstos por la ley, renuncia del tercero, mutuo acuerdo, caducidad previa tramitación de expediente contradictorio, disolución o extinción del titular de la autorización. Y se prevé la posibilidad de acudir al desahucio administrativo una vez se extinga el derecho de ocupación.

65. El hecho de que se aplique la normativa administrativa a los contratos suscritos por estas instituciones no nos puede llevar, sin más, a concluir que estamos ante el ejercicio de una potestad administrativa, sino que debemos entender que en el desarrollo de las funciones públicas que tiene atribuidas se le otorgan determinadas competencias, también administrativas, como es celebrar contratos con empresas privadas entre los que se encuentran los contratos de arrendamiento o de ocupación de las instalaciones públicas que gestiona.

66. Lo bien cierto es que estamos ante un crédito, derivado de la obligación de pago de un canon, que nace de una relación jurídica concreta producida entre la UPV y DAS -un acuerdo de arrendamiento de espacios e instalaciones- y la posibilidad de reclamar este canon no tiene su origen directamente en la ley. Llegados a este punto debemos recordar que, tal y como hemos indicado más arriba, las potestades administrativas no emanan directamente de un acuerdo concreto, sino que tienen un carácter genérico, por lo que la conclusión que alcanzamos es que el origen del crédito examinado no dimana del ejercicio de una potestad administrativa.

67. Dentro del ámbito concursal, a los efectos de rango y calificación de créditos, para otorgar la condición de crédito con privilegio general del art. 280.4º TRLC no basta que la titularidad del crédito insinuado dentro del concurso se refiera a un organismo o entidad pública, sino que el origen del crédito, o la causa de su nacimiento, tiene que obedecer a una relación jurídica calificable como ejercicio de potestades propiamente públicas. Por tanto, se está admitiendo que las Administraciones Públicas y sus entes dependientes y autónomos también disponen de ingresos de derecho privado generadores de créditos contra terceros, como es el caso contemplado.

68. Esta clase de relaciones y los créditos derivados de ellas consideramos que no deben dar lugar al reconocimiento del privilegio ya que, no resultan del ejercicio de potestades genuinamente públicas a cuya finalidad responde la concesión de la preferencia concursal con la calificación de privilegio general, sino que ha realizado un acto administrativo en ejercicio de sus funciones o competencias. Y en atención a lo expuesto concluimos que dicho privilegio no debe extenderse a los ingresos privados de las Administraciones Públicas, por lo que este crédito en un supuesto escenario concursal debería ser calificado como ordinario, y además estamos ante un crédito de naturaleza comercial. En sentido similar se pronunció la AP de Madrid, sección 28, en su sentencia n.º 470/2017, de 22 de septiembre.

4.2. Sobre el crédito titularidad de la UPV frente a DAS que nace de la financiación de la Unión Europea de dos proyectos I+D. (Clase 5 del PR).

69. Este crédito tiene su origen en la financiación por la Unión Europea de dos proyectos I+D denominados " *Disrupt*" y " *Retina",* en los que participaron tanto la UPV como DAS y que resultaron beneficiarios de dichos fondos europeos junto con otras empresas.

70. En el proyecto " *Disrupt*" participan la UPV y nuestra deudora, DAS, pero también otras entidades extranjeras y españolas como Microfluidic Chipshop GMBH, el Instituto Valenciano de Oncología (IVO), la Fondazione Irccs Istituto Nazionale Dei Tumori (INT) y Max-Planck-Gesellschaft Zur Forderung Der Wissenschaften EV (MPG).

71. Y en el proyecto "Retina" participan DAS, UPV, Gesellschaft Fur Angewandte Mikro Und Optoelektronik Mit Beschrankterhaftung Amo GMBH (AMO), United Kingdom Research and Innovation (UKRI).

72. Para el desarrollo de tales proyectos se concedieron sendas subvenciones de fondos europeos a distribuir entre todas las empresas que participaban en los mismos, y por lo que aquí nos interesa, el crédito de la UPV se justifica en el hecho de que DAS ha retenido el importe que le correspondía a aquélla por su participación en ambos proyectos, teniendo un derecho de reembolso respecto de dichas cantidades.

73. Se pone de manifiesto que, a pesar de ser un crédito vencido, líquido y exigible, ambas entidades han llegado a un acuerdo de aplazamiento por el que la UPV no reclamará estos importes en tanto en cuanto esté vigente el PR, y que con su consentimiento DAS ha dispuesto y hecho uso de la suma de los 726.448 euros -cuantía a la que asciende el crédito-, en el desarrollo y ejercicio de su actividad.

74. Los que cuestionan el tratamiento dado a este crédito en el PR defienden, en primer lugar, que estamos ante un crédito de naturaleza pública, lo justifican en el hecho de que es titularidad de la UPV que es una entidad de derecho público y que actúa con base en sus prerrogativas administrativas y sometida a derecho público en materia de contratos administrativos. Incluso, algunos impugnantes, llegaron a cuestionar que estemos ante un verdadero crédito de la UPV frente a DAS. En segundo lugar, argumentan que la UPV es una persona especialmente vinculada con DAS dado que es titular del 7,1% del capital social y ha sido miembro del Consejo de Administración de DAS, lo que directamente incide en la calificación que tendría en un supuesto escenario concursal (como subordinado).

75. Esta Sala considera oportuno resaltar que estamos en presencia de un bien fungible, una cantidad de dinero que es titularidad de la UPV y su origen se encuentra en unos fondos percibidos por la UE para el desarrollo y ejecución de dos proyectos I+D, fondos que recibió DAS como líder del proyecto y que, de forma consensuada con la UPV, la parte que le correspondía a ésta no le ha sido entregada sino que DAS ha hecho uso y dispuesto de la misma en el ejercicio de su actividad; pero, en todo caso, existe el derecho de reembolso y estamos en presencia de un crédito exigible en favor de la UPV. Por tanto, en el seno de un concurso de acreedores no sería susceptible del ejercicio de un derecho de separación de los arts. 239 y 240 TRLC, como así parece que insinúa alguno de los impugnantes, sino que debería insinuarse como un crédito dentro del concurso (SSAP Madrid, sección 28, de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:7216) y 22 de septiembre de 2017, (ECLI:ES:APM:2017:12198); SAP Barcelona, sección 15, de 25 de noviembre de 2011). Es por ello que debemos también rechazar otro de los argumentos que esgrime algún impugnante y que descarta que estamos en presencia de un verdadero crédito de la UPV frente a DAS, pues como hemos indicado sí consideramos que estamos ante un crédito que debería insinuarse dentro del concurso.

76. Este crédito, basado en el derecho de reembolso de una suma de dinero que le pertenece a la UPV y que DAS retiene en su poder, no reúne la condición de crédito de derecho público pues, al margen de que se derive de fondos europeos, lo bien cierto es que las relaciones entre DAS y la UPV respecto del mismo no parecen desarrollarse dentro del ámbito de las potestades administrativas de la UPV, es decir, ésta no está actuando en este caso concreto desde una posición de supremacía otorgada por una previsión normativa administrativa que le concede ciertas prerrogativas. Las relaciones entre ambas entidades no surgen de una contratación administrativa, ni la UPV ostenta frente a DAS facultades inherentes a dicha contratación, sino que el crédito nace de un derecho de reembolso por unos fondos otorgados por la Unión Europea a la UPV y a otras empresas, y que retiene en su poder DAS a pesar de que debió entregar esos importes tanto a la UPV como al resto de aquellas empresas e instituciones que participaron en la ejecución de los proyectos subvencionados.

77. Los acuerdos a los que ha llegado la UPV con DAS para no reclamar la entrega de dichos fondos nos podrían llevar a considerar que estamos ante un acto con una finalidad análoga a la de un préstamo, la propia deudora reconoce que ha dispuesto y hecho uso de los fondos que correspondían a la UPV y que ni ésta se los ha reclamado ni piensa hacerlo en tanto en cuanto esté en vigor el PR, así se refleja en el propio plan y ha sido votado favorablemente por la UPV, de tal manera que da por buena la justificación de DAS para no reembolsar esas cantidades. El dinero de los fondos europeos se recibió para dos proyectos, uno que se inicia el 1 de noviembre de 2018 y que ya ha concluido en abril de 2021 (RETINA), y el otro proyecto se inició el 1 de diciembre de 2022 y no finaliza hasta noviembre de 2025 (DISRUPT).

78. Y entendemos que podría ser un crédito de finalidad asimilable a un préstamo, sin serlo, precisamente porque concurre en el mismo la naturaleza devolutiva de la prestación, y aunque no es un acuerdo destinado de forma directa y específica a financiar a la deudora DAS (pues esto es propio de contratos como el contrato de crédito, descuentos, *leasing,* etc) lo bien cierto es que de forma indirecta o concurrente parece que satisface esa misma finalidad económica de financiar a la entidad deudora, y además así se pone de manifiesto también en el propio PR cuando se justifican las razones por las que se crea la Clase 5 con este único crédito. Concurren determinadas circunstancias que permiten apreciar, en consonancia con lo que se expone en el PR,

la posibilidad de que concurra esa finalidad económica de financiación a la entidad DAS por parte de la UPV, tales como: (i) la suma que ha sido objeto de aplazamiento, sobre un total de 1.336.197,8 euros por ambos proyectos, que era la parte de la subvención que le correspondía a la UPV, se aplaza reclamar la entrega de 726.448 euros para que DAS haga uso de ella en el ejercicio de su actividad; (ii) y aunque el compromiso de no reclamarlo manifiestan que lo es mientras esté tramitándose y vigente el PR, lo bien cierto que este dinero se percibió muchos años antes por DAS y no consta que se haya reclamado nunca; y (iii) además, se prevé un pago aplazado en 4 anualidades. En un sentido similar se pronuncia la STS n.º 422/2021, de 22 de junio de 2021, pte. Juan María Díaz Fraile, (ECLI:ES:TS:2021:2366), respecto de un aplazamiento del pago del precio de una compraventa, al que también le atribuye la condición de acto de finalidad análoga a un préstamo a los efectos de subordinar el crédito.

79. En conclusión, respecto del tratamiento otorgado a este crédito, es cierto que el origen del mismo es una subvención pública derivada de fondos europeos pero la única potestad administrativa se encuentra en el origen del derecho a percibir la subvención, es decir, cuando los organismos europeos han resuelto sobre la concesión y asignación a la UPV de la misma como parte de proyectos I+D en los que estaban involucradas varias empresas; pero el derecho de crédito que nace en favor de la UPV a percibir estos fondos no deriva del ejercicio de ninguna potestad administrativa sino que al solicitar la subvención ha llevado a cabo un acto administrativo en ejercicio de sus competencias, y la única potestad ejercitada es la de la Administración concedente de la subvención.

80. Por tanto, la UPV tiene un derecho de crédito no originado por sus propias potestades, es un derecho de crédito inicialmente ejercitable frente al organismo europeo que se lo concedió y más tarde, una vez transferidas dichas cantidades a DAS, como receptora de las mismas y obligada a su distribución, dicho crédito se traslada a modo de reembolso frente a DAS, por lo que nunca se le podría atribuir en un supuesto escenario concursal la condición de crédito con privilegio general del art. 280.4º TRLC por no tratarse de un crédito de naturaleza pública, desacrtando así algunos de los argumentos expuestos por los impugnantes.

81. Como segunda conclusión, el acuerdo existente entre ambas entidades para no exigir el reembolso a DAS, autorizando que ésta disponga y haga uso de esas cantidades para el ejercicio de su actividad, sin que las haya reclamado hasta el momento y con el compromiso de no reclamarlas mientras esté en vigor o produciendo efectos el PR, en el que se prevé la restitución de dicho importe con un aplazamiento de pago de 4 anualidades, permitiría, dentro de un escenario concursal que le atribuyésemos a este crédito una finalidad análoga a la de un préstamo, lo que sí tendría consecuencias de subordinación del crédito pero sólo en caso de que considerásemos a la UPV como persona especialmente relacionada con DAS, en aplicación de los arts. 281.5º, 283.1.1º y 283.2.3º TRLC, lo que abordaremos a continuación.

4.3.Sobre lacondición de la UPV como persona especialmente relacionada con DAS.

82. Los impugnantes también alegan que la UPV es una persona especialmente relacionada con DAS dado que es titular del 7,1% del capital social y, además, ha sido miembro de su Consejo de Administración.

4.3.1. *Respecto a la titularidad de la UPV del 7,1% del capital social de DAS.*

82. Prevé el artículo 283.1.1º TRLC, en lo que aquí nos interesa, que son personas especialmente relacionadas con el concursado los socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera.

83. Debe concurrir un elemento subjetivo para considerar que estamos ante una persona especialmente relacionada, es decir, que el socio sea titular de los porcentajes de participación en el capital social que en dichos preceptos se indican.

84. El momento a tener en cuenta la existencia de la especial relación con el deudor será "en *el momento del nacimiento del derecho de crédito*".

85. Por lo que respecta al *crédito titularidad de la UPV por el arrendamiento de las instalaciones y espacios* consecuencia del impago de las rentas o canon, resulta indubitado que cuando se suscribió el acuerdo marco de cooperación en el que se establecen las condiciones de la autorización de uso y el pago de la renta o canon por tal uso, la UPV ostentaba un 7,1% del capital social -y ello es así desde el 6 de mayo de 2008 según las últimas CCAA de la UPV que son públicas-, por lo tanto, en el momento en que se constituyó ese acuerdo de arrendamiento de espacios no reunía las condiciones de participación necesarias para entender que estamos ante un persona especialmente relacionada con DAS, pues al tratarse de una empresa no cotizada necesitaría ostentar, al menos, el 10% del capital social para entenderlo así, tal y como exige el art. 283.1.1º TRLC.

86. A la misma conclusión debemos llegar respecto del segundo de los créditos titularidad de la UPV y que consiste en *el derecho de reembolso de las cantidades percibidas de fondos europeos y que retiene DAS*. Cuando se percibieron tales fondos se vincularon a dos proyectos que se iniciaron en el año 2018, el proyecto "Retina", y en el año 2022, el proyecto "Disrupt", por lo tanto, cuando nace el derecho de reembolso de la UPV frente a DAS, tampoco concurre, por los mismos motivos subjetivos y temporales expuestos anteriormente, la condición de persona especialmente relacionada.

87. A efectos de calificación de estos créditos en un supuesto concurso de acreedores, destacar que si bien es cierto que el artículo 281.1.5º TRLC subordina los créditos titularidad de las personas especialmente relacionadas con el concursado; el artículo 281.2.3º TRLC, considera que no serán objeto de subordinación los créditos del 283.1.1º, es decir, los créditos cuyos titulares sí reúnen las condiciones de participación en el capital que allí se indican (5% o 10%), salvo que procedan de préstamos o actos con análoga finalidad.

88. El fundamento de este supuesto legal de subordinación del crédito de los socios con participaciones relevantes (al igual que en el supuesto de las sociedades del grupo del ordinal 4º del mismo 283.1 TRLC), lo encontramos en la presencia de un poder empresarial del acreedor que permitiría atisbar una facultad de control sobre el destino de los fondos que suministra (STS 190/2017, de 15 de marzo).

89. Por lo tanto, los únicos créditos que se subordinarían en el caso del acreedor socio que ostenta los porcentajes de participación en el capital social que prevé el art. 283.1.1º TRLC (5% o 10%, dependiendo de si la sociedad tiene valores admitidos o no a negociación en el mercado secundario oficial), son los préstamos y los actos de análoga finalidad y no los que tengan un origen diverso, pues suponen una entrada de recursos financieros a la sociedad por vía distinta a entrada de capital social.

90. Y así, a diferencia del crédito por el arrendamiento de espacios de la UPV que quedaría fuera del ámbito de la subordinación aun cuando concurriese el requisito subjetivo de persona especialmente relacionada (SSTS n.º 621/2019, de 1 de marzo y n.º 4/2021, de 15 de enero), por aplicación de la excepción del art. 281.2.3º TRLC; no ocurriría lo mismo en el caso del crédito por el derecho de reembolso del importe de la subvención con fondos europeos pendiente de reintegro, pues podríamos entender que en este caso se trata de un acto de análoga finalidad a la de un préstamo y, en consecuencia, por aplicación de la excepción de la excepción del art. 281.2.3º *in fine,* sí le hubiese podido afectar dicha subordinación en un posible escenario concursal (STS n.º 422/2021, de 22 de junio de 2021).

91. En todo caso, negada la condición de persona especialmente relacionada de la UPV la conclusión es la misma para ambos créditos, estamos ante dos créditos de derecho privado, que en un supuesto escenario concursal tendrían la consideración de créditos ordinarios.

4.3.2. *En cuanto a la condición de la UPV como miembro del Consejo de Administración de DAS.*

92. Prevé el artículo 283.1.2º TRLC que ostentarán la condición de persona especialmente relacionadas con la concursada, los administradores, liquidadores y directores generales o que lo hayan sido en los 2 años anteriores a la declaración de concurso.

93. Consta en las actuaciones, (documento 16 del escrito de oposición de DAS), la escritura de formalización y elevación a público del acuerdo del Consejo de Administración de DAS de 30 de marzo de 2021, en el que consta la renuncia de la UPV como miembro de dicho órgano de administración.

94. Debemos tener en cuenta que la renuncia del cargo de administrador es una acto unilateral y voluntario, de tal manera que surte efectos desde el momento en que la sociedad lo conoce mediante la recepción de una notificación fehaciente o mediante certificación del acta de la junta general o del consejo de administración, sin necesidad de su aceptación. Y, al margen de que la inscripción del cese o dimisión del administrador resulta obligatoria (arts. 22.2 del Código de Comercio y 147.1 y 148 del Reglamento del Registro Mercantil), la misma no tiene carácter constitutivo, ningún precepto le atribuye tal condición y es constante la jurisprudencia que así lo entiende también.

95. Por lo tanto, constando el acta del Consejo de Administración de 30 de marzo de 2021 de renuncia de la UPV como miembro del Consejo de Administración de DAS, debemos analizar si en este caso estamos en el supuesto del art. 283.1.2º TRLC, a los efectos de considerar a dicha entidad como persona especialmente relacionada con DAS.

96. Dicho precepto, 283.1.2º TRLC, considera persona especialmente relacionada a aquellos que sean o hubiesen sido en los 2 años anteriores a la declaración de concurso administradores, de derecho o de hecho, liquidadores y directores generales con poderes generales de la empresa. Tanto el documento en el que se contiene el plan de reestructuración como la escritura de elevación a público del mismo son de fecha 31 de marzo de 2023, por lo tanto, ya habían transcurrido los 2 años desde la renuncia de la UPV como miembro

del Consejo de Administración por lo que, no concurren las circunstancias indicadas en tal precepto para considerar que estamos ante una persona especialmente relacionada, ni cuando se suscribe el documento que plasma el PR ni cuando se eleva a público el mismo.

97. En este supuesto, a diferencia de los anteriores supuestos de subordinación de créditos, no existe limitación objetiva a cierta clase de créditos, de tal manera que se subordinarían todos los créditos titularidad de aquéllos que sean o lo hayan sido en los 2 años anteriores a la declaración de concurso miembros del Consejo de Administración, salvo la peculiaridad del contexto específico de las operaciones de refinanciación, en la forma establecida en el art. 283.2 TRLC y que no concurre, tampoco, en el presente caso. En atención a lo expuesto, al no ser persona especialmente relacionada con DAS, los dos créditos de la UPV es un supuesto escenario concursal ostentarían la calificación de ordinarios.

4.4. Sobre el crédito que ostenta el Centro para el Desarrollo Tecnológico e Industrial (CDTI).

98. Este crédito nace de la financiación por parte de CDTI, que es un organismo público empresarial, de 4 proyectos a través de 4 préstamos concedidos a DAS PHOTONICS, nuestra sociedad deudora.

99. Los contratos suscritos con CDTI de los que se derivan los créditos afectos al PR se aportaron a las actuaciones mediante escrito de DAS proveído el 5 de diciembre de 2023, previa admisión de dicha prueba documental por la Sala.

100. El tratamiento que se da a dichos créditos en el PR es de créditos de derecho público quedando afectos al PR en un 50%, en concreto, aquella parte que se considera que en un escenario concursal ostentaría el rango de crédito privilegiado ex art. 280.4º TRLC, como crédito con privilegio general, y se excluye del perímetro de afectación del PR el otro 50% del mismo crédito que en un escenario concursal, se considera, ostentaría el rango de crédito ordinario.

101. Los impugnantes cuestionan el tratamiento de crédito de derecho público sobre la base de los siguientes argumentos: (i) el CDTI no es un organismo público sino una entidad pública empresarial, de naturaleza hibrida, pública y privada, que como financiador de empresas actúa en su ámbito privado; (ii) es un contrato de préstamo amortizable que se regula íntegramente por el derecho privado; (iii) a dicho organismo se le aplica normativa pública en cuanto a su funcionamiento y configuración orgánica, pero no en su relación con terceros, pues en este ámbito actúa bajo el derecho privado.

102. En el PR se justifica su tratamiento como crédito de derecho público partiendo de la naturaleza hibrida, pública y privada, del CDTI en su condición de entidad pública empresarial, y refiere que en las operaciones de financiación actúa haciendo uso de sus facultades administrativas. DAS, por su parte, justifica en su escrito de oposición la consideración de crédito de derecho público por las condiciones en la que se otorgó la financiación: un tipo de interés remuneratorio del 0% no ajustado a las condiciones de mercado; la normativa aplicable que se menciona en los propios contratos, Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014; en los contratos se alude continuamente al término "ayuda pública" definiendo la financiación otorgada como "ayuda". Concluyendo que en el marco de la financiación concedida a DAS, el CDTI actuó en uso de sus potestades públicas.

103. La primera cuestión que debemos dilucidar es la naturaleza jurídica de la ayuda concedida por el CDTI a DAS, para conocer si estamos ante un préstamo o ante una subvención que estaría sujeta a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

104. A los préstamos concedidos por CDTI se refiere expresamente la Disposición Adicional 26 de la Ley 38/2003, cuya rúbrica es " *Subvenciones y otras ayudas concedidas por las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado*", y en cuyo apartado 1 expresamente menciona " *1. Las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado, tendrán siempre la consideración de subvenciones. Su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas".*

105. En el apartado 2 de esa misma Disposició Adicional 26, incorpora una serie de especialidades para determinados organismos entre los que se encuentra el CDTI, y respecto del que establece: " *2. De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público , las siguientes ayudas preservarán sus actuales especialidades:*

a)Los préstamos concedidos por el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) con una parte no reembolsable de hasta un tercio del importe del crédito, que seguirán el régimen previsto en la disposición adicional sexta de esta Ley .".

106. Por tanto, respecto de esta institución se distingue entre los préstamos sin interés o con interés por debajo de mercado reembolsables o con una parte no reembolsable hasta el 30%, en cuyo caso se regirán por su normativa específica (DA sexta de la Ley 38/2003), esto es, por los acuerdos de derecho privado alcanzados entre prestatario y prestamista al margen de la Ley General de Subvenciones a la que, en principio, no quedarán sometidos. En cambio, los préstamos en lo que la parte no reembolsable sea superior a ese 30%, sí quedarán sujetos a la Ley General de Subvenciones.

Valoración de la Sala de los préstamos y créditos del CDTI afectados al PR.

107. Haremos referencia, en primer lugar, a tres de los cuatro préstamos que se mencionan por DAS como origen del crédito de CDTI y, posteriormente, por las particularidades que presenta, abordaremos el cuarto y último de los préstamos de fecha 10 de junio de 2021.

108. *El préstamo concedido el 21 de diciembre de 2016 por el CDTI para el desarrollo del proyecto "RECTOR"*, en la cláusula IV, "importe del préstamo", se concreta que el mismo asciende a la suma de 694.355,57 euros, que supone el 75,04% del total presupuesto para el desarrollo del proyecto, de los que especifica que 486.169,37 serán reembolsables y 208.186,20 euros será la parte no reembolsable, textualmente refiere " *(el 30% calculado sobre la cobertura financiera de la ayuda)"*. Por último, indica que se trata de una ayuda cofinanciada por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

109. *El préstamo concedido para el desarrollo del proyecto "INTERFERIDOR CON SEGUIMIENTO DE SALTO EN FRECUENCIA DE BANDA ANCHA", el 26 de julio de 2018*, ascendía a la suma de 499.397,95 euros, que suponía el 85% del total del presupuesto para el desarrollo de tal proyecto, (cláusula IV), de los que 367.204,37 euros serán reembolsables y 132.193,58 euros la parte no reembolsable, también indica textualmente que representa *"(el 30% calculado sobre la cobertura financiera de la ayuda)"*.

110. *Y el préstamo concedido el 24 de julio de 2019 para el desarrollo del proyecto "DESARROLLO DE DISPOSITIVOS ELECTRO-OPTICOS DE BANDA ANCHA*", que ascendía a la suma de 399.999,60 euros, que supone el 84,91% del total del presupuesto para el desarrollo del proyecto, (cláusula IV), de los que 294.004,12 euros serán reembolsables y 105.995,48 euros corresponden a la parte no reembolsable, y que indica " *(que supone el 30% calculado sobre la cobertura financiera de la ayuda)"*.

111. En todos ellos el tipo de interés de la parte reembolsable se fija en 0% anual (cláusula X), y concretan, también, un calendario de amortización (cláusula XV de los respectivos contratos).

112. Incluyen una cláusula XXIII en todos los contratos relativa al " *CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL PRÉSTAMO"*, y así, en el proyecto RECTOR dicha cláusula es del siguiente tenor: " *XXIII.- CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL PRÉSTAMO*

a. Con el fin de mantener el carácter privilegiado del derecho de crédito que corresponda al CDTI como consecuencia de este préstamo, en su condición de crédito escriturario una vez que el presente Contrato se haya formalizado en escritura pública según se prevé en la cláusula II anterior, la Empresa se obliga formal y solemnemente a no conceder garantía alguna de carácter real a favor de terceros ya sea para garantizar nuevas deudas o deudas ya existentes.

b. Queda asimismo expresamente pactado que el CDTI adquiere derecho a reintegrarse de su crédito derivado del presente Contrato de Préstamo, con carácter preferente a cualquier otro acreedor de la Empresa, sobre las instalaciones, los instrumentos, los bienes de equipo y demás bienes empleados en el desarrollo del Proyecto y los resultados, materiales o no, derivados del Proyecto. Cuando el CDTI así lo requiriera, la Empresa vendrá obligada a otorgar los documentos públicos o privados que el CDTI juzgara oportunos para la plena eficacia frente a terceros de la preferencia crediticia que se estipula en el presente apartado.".

113. Y en los proyectos "INTERFERIDOR" y "DESARROLLO DE DISPOSITIVOS ELECTRO-OPTICOS DE BANDA ANCHA" se añade el siguiente párrafo en la cláusula XXIII de contrato " *a. Las partes, y especialmente la prestataria, reconocen expresamente el carácter privilegiado de este préstamo, comprometiéndose a recogerlo así e informar de ello al administrador concursal que se designe, en caso de ser declara LA EMPRESA en situación de concurso de acreedores";* manteniéndose los apartados a y b del mismo tenor literal descrito anteriormente como apartados b y c, con el mismo tenor.

114. En cuanto al régimen jurídico aplicable, en todos ellos expresamente se menciona el sometimiento a la normativa nacional civil y mercantil aplicable, así como a lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio (cláusula XXIX de todos los contratos).

115. En todo caso, lo más destacable a nuestro entender es que, en todas las escrituras de elevación a público de los contratos objeto de examen -el de 21 de diciembre de 2016, proyecto "RECTOR"; el de 26 de julio de 2018, proyecto "INTERFERIDOR CON SEGUIMIENTO DE SALTO EN FRECUENCIA DE BANDA ANCHA"; y el de 24 de julio de 2019, proyecto DESARROLLO DE DISPOSITIVOS ELECTRO-OPTICOS DE BANDA ANCHA-, se deja expresa constancia, en los exponendos, de que la Comisión Europea adoptó la Decisión de Ejecución de 18 de febrero de 2014 por la que se establece la lista de regiones que pueden recibir financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y del Fondo Social Europeo, y de los Estados miembros que pueden recibir financiación del Fondo de Cohesión durante el periodo 2014-2020. Asimismo, se indica que la Comisión Europea aprobó el 30 de octubre de 2014 el Acuerdo de Asociación de España 2014-2020 donde se incluye el Programa Operativo Plurirregional de Crecimiento Inteligente en la lista de programas apoyados por los Fondos Estructurales europeos, con sus respectivas dotaciones financieras.

116. El programa de crecimiento inteligente 2014-2020, es el documento que concreta la estrategia y objetivos de la Administración general del Estado cofinanciados con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), y con el estímulo y fomento de las capacidades de ejecución I+D empresariales.

117. Además, se especifica que el CDTI actúa como encargado de la gestión y desarrollo de la política de innovación tecnológica del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuyas funciones vienen determinadas en el art. 3.4º del RD 1406/1986, de 6 de junio, y ha sido designado como organismo intermedio del Programa Operativo de Crecimiento Inteligente 2014-2020.

118. En este marco es en el que se conceden los tres primeros préstamos indicados y cuyas cláusulas relevantes hemos expuesto anteriormente en cuanto a la parte reembolsable y no reembolsable, a los intereses al 0% de la parte reembolsable y las fechas de amortización de la cantidad reembolsable.

119. Para determinar si estamos o no ante un crédito de derecho público consideramos determinante que la actuación del CDTI lo fue como organismo intermedio del programa mencionado, y el art. 2 del Reglamento (UE) n.º 1303/2013, de 17 de diciembre de 2013, al que se refiere el exponendo primero, titulado "Definiciones", en su apartado 18), define "organismo intermedio" como " *todo organismo público o privado que actúe bajo la responsabilidad de una autoridad de gestión o de certificación, o que desempeñe funciones en nombre de tal autoridad en relación con las operaciones de ejecución de los beneficiarios*".

120. Por tanto, en estos tres contratos el CDTI actuó como un mero órgano gestor de la política de innovación tecnológica del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Ello determina que las bases para la concesión de las subvenciones han sido determinadas por dicho Ministerio o por el Consejo de Ministros, de tal manera que la actuación del CDTI no tuvo su origen en una decisión autónoma de dicha entidad pública en ejecución de la función de fomento que le atribuyen sus estatutos, sino que vino determinada por la Administración General del Estado, y es por ello por lo que nuestra conclusión es que estamos ante un crédito de derecho público.

121. Respecto de esta cuestión consideramos oportuno mencionar la SAP de Madrid, sección 28, de 15 de diciembre de 2017, (ECLI:ES:APM:2017:17977), a la que se remiten algunos impugnantes para defender que estamos ante un crédito de naturaleza privada. Es cierto que en aquella sentencia la AP concluyó que, en el caso concreto que se sometió a su consideración, el CDTI concedió derechos de crédito que no resultaban del ejercicio de una potestad administrativa conferida por la ley, destacaba dicha resolución que en el ejercicio de sus relaciones con terceros el CDTI se rige por normas de derecho privado, según dispone el art. 2 del Reglamento aprobado por RD 1046/1986, de 6 de junio, y que dicha entidad no dispone de facultades que le permitan imponer decisión alguna a la otra parte contratante, ni existe una previsión normativa expresa que le conceda tal potestad; pero en dicha resolución también se mencionó que " *La única excepción que podría advertirse es la señalada en el Informe de la Abogacía del Estado de 9 de diciembre de 2011, referida a aquellos casos en los que el CDTI actuase como mero órgano gestor de subvenciones cuyas bases hubiesen sido determinadas por los Ministerios de Industria o de Ciencia e Innovación o por el Consejo de Ministros, porque en esos supuestos la actuación del CDTI no tendría origen en una decisión autónoma de dicha entidad pública, en ejecución de la función de fomento que le atribuyen sus estatutos, sino que estaría determinada por la Administración General del Estado.*" , excepción que es el caso de los contratos que estamos examinando, por lo que dicha resolución no nos aparta de nuestras conclusiones y entendemos que se trata de un crédito de derecho público. Otras Audiencias Provinciales también ponen el acento en los extremos que hemos resaltado para concluir que estamos ante un crédito de derecho público, y así, la AP de Guadalajara, sección primera, en su sentencia de 9 de octubre de 2020, o la AP de La Coruña, sección 4ª, en su sentencia de 22 de julio de 2015.

122. Por lo que respecta al cuarto contrato objeto de análisis, *el préstamo de 10 de junio de 2021 para el desarrollo del proyecto "SISTEMA INTEGRADO DE BANDA ANCHA PARA MONITORIZACION ESPECTRAL Y CONTRAMEDIDA DE SEÑALES DE COMUNICACIÓN Y RF"*, el importe del préstamo ascendió a la suma de

786.237,25 euros que supone el 85% del total presupuesto para el desarrollo de tal proyecto, (cláusula IV), de los que 557.303 euros serán reembolsables y 228.933,79 euros corresponden a la parte no reembolsable, y que concreta expresamente *"(que supone el 33% calculado sobre la cobertura financiera de la ayuda)"*.

123. El tipo de interés de la parte reembolsable también se fija en 0% anual (cláusula X) y concreta un calendario de amortización de la parte reembolsable del préstamo (cláusula XV).

124. Incluye una cláusula XXIII relativa al " *CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL PRÉSTAMO"*, del siguiente tenor: " *XXIII.- CARÁCTER PRIVILEGIADO DEL PRÉSTAMO.*

" *a. Las partes, y especialmente la prestataria, reconocen expresamente el carácter privilegiado de este préstamo, comprometiéndose a recogerlo así e informar de ello al administrador concursal que se designe, en caso de ser declara LA EMPRESA en situación de concurso de acreedores.*

b. *Con el fin de mantener el carácter privilegiado del derecho de crédito que corresponda al CDTI como consecuencia de este préstamo, en su condición de crédito escriturario una vez que el presente Contrato se haya formalizado en escritura pública según se prevé en la cláusula II anterior, la Empresa se obliga formal y solemnemente a no conceder garantía alguna de carácter real a favor de terceros ya sea para garantizar nuevas deudas o deudas ya existentes.*

c. *Queda asimismo expresamente pactado que el CDTI adquiere derecho a reintegrarse de su crédito derivado del presente Contrato de Préstamo, con carácter preferente a cualquier otro acreedor de la Empresa, sobre las instalaciones, los instrumentos, los bienes de equipo y demás bienes empleados en el desarrollo del Proyecto y los resultados, materiales o no, derivados del Proyecto. Cuando el CDTI así lo requiriera, la Empresa vendrá obligada a otorgar los documentos públicos o privados que el CDTI juzgara oportunos para la plena eficacia frente a terceros de la preferencia crediticia que se estipula en el presente apartado.".*

125. En cuanto al régimen jurídico, expresamente se somete a la normativa nacional civil y mercantil aplicable, así como por lo establecido en el Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio (cláusula XXIX).

126. En este supuesto, a diferencia de los tres contratos anteriores, el CDTI no actuó como organismo intermedio, nada se menciona al respecto y la concesión de la ayuda fue una decisión autónoma de dicha entidad en el ejercicio de sus funciones previstas en el Reglamento aprobado por RD 1406/1986, de 6 de junio, reformado por RD 1270/1988, de 28 de octubre, conforme al cual entre las mismas se encuentra la de " *4º participar a riesgo y ventura o mediante créditos privilegiados en programas o proyectos de desarrollo tecnológico o de diseño industrial*".

127. Ahora bien, tal y como hemos expuesto más arriba, en la DA 26, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se contiene una importante previsión respecto a la entregas dinerarias otorgadas por entidades de derecho público del sector público que se rijan por el derecho privado, entre las que se encuentra CDTI, y así, se afirma que tendrán la consideración de subvenciones y que su concesión y demás actuaciones contempladas en la ley se entenderá que constituyen el ejercicio de potestades administrativas, lo que supone el sometimiento a la Ley General de Subvenciones en su integridad, siempre y cuando se trate de entregas no reembolsables (sin contraprestación).

128. Y en el apartado 2 de esa misma DA 26, de acuerdo con la DA 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, también prevé que hay ayudas que preservarán sus especialidades, y menciona expresamente al CDTI y las entregas de dinero concedidas con una parte no reembolsable hasta el 30%, en cuyo caso considera de aplicación la DA 6ª de la Ley General de Subvenciones, es decir, se someterá a su normativa específica los acuerdos de derecho privado entre las partes y al margen de la Ley General presupuestaria; pero, si estamos ante una entrega de dinero por el CDTI no reembolsable en cuantía superior al 30%, sí estará sujeto a la Ley General de Subvenciones en su integridad con todo lo que ello conlleva -interpretación que también comparten otras Audiencias, como la AP de Granada, sección 3, en la sentencia n.º 18/2023, de 27 de enero de 2023 (ECLI **:**ES:APGR:2023:53); o la AP de La Coruña, sección 4, sentencia de 22 de julio de 2015, (ECLI:ES:APC:2015:2117)-.

129. A mayor abundamiento, si le resulta de aplicación la Ley General Presupuestaria, tampoco debemos obviar que el art. 38.1 de la misma considera que: *"las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de derecho público, resultando de aplicación para su cobranza lo previsto en la Ley General Presupuestaria*".

130. Por tanto, al encontrarnos ante una entrega de dinero efectuada por el CDTI en el ejercicio de las funciones que le competen de participar en el desarrollo de programas y proyectos de desarrollo tecnológico, y atendido a que el préstamo examinado tiene una parte no reembolsable superior al 30%, en concreto el 33% calculado sobre la cobertura financiera de la ayuda prestada por dicho organismo, en aplicación de los preceptos aludidos debemos entender que también, al igual que en los tres préstamos anteriores, estamos en presencia de un

crédito de derecho público al que le resultará aplicable la Ley General de Subvenciones en su integridad, sin que las partes puedan, de mutuo acuerdo, contravenir dicha legislación aplicable de naturaleza imperativa.

131. Por último, la cláusula XXIII de los cuatro contratos examinados contiene el privilegio de los créditos titularidad del CDTI (obviamente la parte reembolsable) como un " *crédito escriturario*", es decir, al tratarse de un crédito que consta en escritura pública. Al respecto basta decir que los créditos privilegiados o preferentes son aquellos expresamente previstos en la ley con carácter taxativo. Ya con la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, se derogaron varios preceptos del Código Civil y del Código de Comercio que abordaban los créditos preferentes y, en concreto, quedó sin vigencia el art. 913.4º del Código de Comercio que establecía la preferencia general de los créditos escriturarios o en escritura pública sobre los acreedores comunes, por operaciones mercantiles o por derecho civil. No sólo se ha derogado este precepto, sino que dentro del ámbito concursal ya no se contempla la preferencia de estos créditos contenidos en escritura pública.

132. Por tanto, si bien en los supuestos de ejecuciones singulares continúa aplicándose el Código Civil - arts. 1921 a 1929 CC, salvo los apartados a y g del art. 1924- y que el art. 1924.3º CC otorga preferencia a aquellos créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública o sentencia firme por orden de antigüedad de las fechas, a los efectos que aquí nos interesa, en el ámbito concursal y a efectos de preferencia habrá que atender a lo dispuesto en la legislación concursal, en la que no se recoge el privilegio de estos créditos por lo que esta cláusula XXIII no tiene ninguna trascendencia a los efectos que aquí nos interesa.

133. En conclusión, todos los créditos del CDTI afectos por el plan de reestructuración consideramos que tienen la condición de créditos de derecho público, por los distintos motivos expuestos y, por lo tanto, en un escenario concursal sí ostentaría el 50% de los mismos el rango de créditos privilegiados ex art. 280.4º TRLC, como créditos con privilegio general, y el otro 50% del mismo crédito ostentaría el rango de crédito ordinario.

4.5. Sobre la caracterización de parte del crédito titularidad de BANKINTER: válida constitución y tratamiento concursal de la Prenda sin Desplazamiento sobre créditos futuros.

134. Bankinter aporta como documento 4 de su escrito de impugnación el origen de parte de su crédito afecto por el PR. Y así, consta en documento público una póliza de crédito suscrita con DAS (póliza de crédito n.º NUM000) por importe de 1 millón de euros, que mediante cláusula formalizada el 23 de diciembre de 2021 quedó reducida a la cantidad de 600.000 euros, y mediante una nueva cláusula posterior se amplió a 800.000 euros.

135. Con objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le competen a DAS derivadas de dicha póliza, y en especial, para asegurar el reembolso del importe de crédito dispuesto, se pignoró a favor de Bankinter los derechos de cobro que DAS podría ostentar como beneficiario de una subvención solicitada a la Comisión Europea, Dirección General de Defensa Industria y Espacio.

136. Se pactó que las cantidades a percibir por la subvención a medida que se fuesen recibiendo por DAS en la cuenta indicada a tal efecto en la póliza, se destinarían por BANKINTER a amortizar el crédito objeto de la póliza concedida y, una vez reembolsado a Bankinter el principal del crédito y otros conceptos vinculados al mismo, el importe de la subvención que no hubiese sido destinada al reembolso sería de libre disposición de DAS.

137. DAS manifestó ser titular del objeto de la prenda, obligándose a suministrar toda la información necesaria, y el Banco se reservaba la facultad de inspeccionar cualquier documento relativo al objeto pignorado, lo que quedó plasmado en dicho documento.

138. El objeto de la prenda quedó identificado en los siguientes términos: los derechos de cobro de una subvención por importe de 1.316.142,88 euros; dentro del programa europeo de desarrollo industrial de defensa, en la convocatoria EDIDP-SME-2020, y proyecto EDIDP-SME-2020-82-SIGNAL.

139. No consta en las actuaciones ningún tipo de documentación relativa a dicha subvención, ni la resolución sobre su concesión, ni en qué términos se concedió, ni tan siquiera si se ha cobrado, aunque de las alegaciones de las partes parece deducirse que no se ha percibido cantidad alguna vinculada a la misma y que está pendiente la resolución sobre su adjudicación.

140. La sociedad deudora, DAS, no sólo reconoce en su escrito de oposición que el crédito derivado de esta póliza suscrita con BANKINTER sí está afecto por el PR y que, a su vez, está garantizado con una prenda sobre un derecho de crédito futuro, puesto que la garantía se constituye sobre una subvención que a la fecha de aprobación del PR no se ha percibido. Defiende que mientras que el crédito subyacente sí ha nacido, el crédito futuro sobre el que se constituye la prenda es una mera expectativa, no ha nacido y no nacerá hasta que se perciba la subvención, lo que va íntimamente unido a la viabilidad de DAS, hecho éste que considera impide que podamos entender que estamos ante un crédito garantizado.

4.5.1. *Marco legal y jurisprudencial de la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros. Presupuestos para su válida constitución y tratamiento concursal*

141. Sin perjuicio de que en una primera etapa prevaleció una solución restrictiva a la posibilidad de constituir una prenda sobre los derechos de crédito del deudor que formen parte de su patrimonio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitió esta posibilidad a partir de la sentencia de 19 de abril de 1997, en la que se entendió que el derecho de prenda no puede circunscribirse a las cosas materiales, consecuencia de una interpretación literal del art. 1864 CC. Criterio éste que ha sido reiterado en una consolidada jurisprudencia y que además obtuvo carta de naturaleza normativa en la Ley Concursal de 2003, en el art. 91.1.6º LC en su redacción original, como se declaró en la STS n.º 704/2007, de 20 de junio: *" La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1.977 , 27 de octubre de 1.999 , 25 de junio de 2.001 , 26 de septiembre de 2.002 y 10 de marzo de 2.004 , nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2.003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6 .º)"*.

142. Este reconocimiento de los créditos como objeto de prenda se manifestó, también, incluso para los créditos futuros en el art. 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, tras la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que introdujo los párrafos segundo y tercero a dicho artículo en los siguientes términos: " *Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.*

Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento.Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles".

143. En cuanto al tratamiento concursal que debe otorgarse a la prenda sobre créditos futuros, bajo la vigencia del art. 90.1.6º LC, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 42/2015, la doctrina jurisprudencial sostuvo que cuando dicho precepto hacía alusión en su redacción a los créditos futuros se refería a la obligación garantizada y no al activo patrimonial pignorado, por lo que no contenía ninguna regla específica sobre la prenda sobre créditos futuros. (Recordemos su redacción: " *6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso*".).

144. A pesar de esta falta de previsión normativa en la STS n.º 186/2016, de 18 de marzo, en la que se citan las sentencias n.º 125/2008, de 22 de febrero y n.º 650/2013, de 6 de noviembre, en relación con la clasificación concursal de los créditos garantizados con prenda sobre créditos futuros, criterio que se reiteró posteriormente en la STS n.º 180/2017, de 13 de marzo, se consolidó la doctrina jurisprudencial de admitir y reconocer la posibilidad de constituir una prenda sobre los créditos futuros, y así se concluyó en la última sentencia mencionada: *"... **la admisión de la cesión de créditos futuros va aparejada a la admisión de la pignoración de créditos futuros**, sin perjuicio de la distinta relevancia concursa derivada de lo diferentes efectos generados con la cesión de créditos y con la pignoración de créditos. Si se admite la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones **deberíamos reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados"*** .

145. La reforma introducida por la Ley 42/2015 en el artículo 90.1.6º LC tuvo por objeto precisamente regular el régimen concursal de la prenda sobre créditos futuros que, como apuntó el Tribunal Supremo en las sentencias anteriormente mencionadas, carecía de previsión normativa puesto que cuando aludía a créditos futuros se refería a la obligación garantizada ("prenda de créditos futuros") y no al activo patrimonial pignorado ("prenda sobre créditos futuros").

146. Este precepto -el art. 90.1.6º LC tras la reforma- determina los requisitos para poder clasificar un crédito garantizado con prenda sobre crédito futuro como privilegiado especial, requisitos que se mantienen inalterables en el actual art. 271.3 TRLC en los siguientes términos: " *3. Si se tratare de prenda sobre créditos futuros, será necesario que, antes de la declaración de concurso, concurran los dos siguientes requisitos:*

1.º Que los créditos futuros hubieran nacido de contratos perfeccionados o de relaciones jurídicas constituidas antes de esa declaración.

2.º Que la prenda estuviera constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, se hubiera inscrito en el registro público correspondiente.".

147. Por su parte, en *la resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008* (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), se clarifica lo que debemos tener en cuenta que para entender que estamos ante una prenda ordinaria de crédito o ante una prenda sin desplazamiento, y los requisitos de oponibilidad y de constitución de ambas.

148. Respecto de *la prenda ordinaria de crédito*, de creación jurisprudencial (STS 19 de abril de 1997), sus requisitos son: el consentimiento de los contratantes, que la cosa pignorada sea propiedad del pignorante, que tenga plena disposición sobre el bien pignorado, que exista una causa (asegurar el cumplimiento de una obligación), y para que tenga eficacia *erga omnes* es necesario que haya un desplazamiento de posesión, a favor de un tercero o del acreedor, y que se formalice en instrumento público para que surta efectos frente a terceros (art. 1865 CC). No obstante, ante la intangibilidad o inexistencia de corporeidad, la doctrina considera que el desplazamiento posesorio se produce con la entrega de la representación documental de tal bien incorporal. Destaca que la notificación de la prenda al deudor no es un requisito de constitución de la prenda.

149. Respecto de *la prenda no posesoria o sin desplazamiento*, para su constitución se requiere, además de que se trate de un bien de los fijados en la ley, (art. 54 LHMYPSD, tras la reforma de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre), que ésta se formalice en escritura o póliza y que se inscriba en el Registro de Bienes Muebles, no para su constitución, pero sí para su eficacia, y la falta de inscripción privará al acreedor pignoraticio de los derechos que le concede la ley (art. 3 LHMPSD).

150. Esta resolución de la DGRN es interpretada y analizada por la *STS 965/2023, de 15 de junio de 2023 , Pte. Díaz Fraile, recurso n.º 5500/2019,* en los siguientes términos: " *Ciertamente, la resolución DGRN de 18 de marzo de 2008 entendió que la modificación introducida en el art. 54-III LHMPSDP por la Ley 41/2007 , al admitir la prenda sin desplazamiento de posesión, y su consiguiente inscribilidad registral, de créditos (incluso futuros), no cerraba el paso a la posibilidad de que a partir de su entrada en vigor pudiesen seguir constituyéndose prendas ordinarias o posesorias sobre tales derechos de crédito. Ahora bien, la prenda sin desplazamiento de posesión no inscrita (i) no puede considerarse válida y eficazmente constituida pues, conforme al párrafo tercero del art. 3 LHMPSDP, "la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley ", y según el último inciso del art. 54.3 LHMPSDP "para su eficaz constitución deberá inscribirse en el Registro de Bienes Mueble"; (ii) ni, a falta de inscripción, se transforma automáticamente en una prenda ordinaria o posesoria, pues le falta el requisito constitutivo de la entrega de la posesión al acreedor o un tercero.".* (el subrayado es propio).

151. A los efectos que aquí nos interesan, a tenor del art. 271.3 TRLC, y en consonancia con la interpretación dada por la STS 965/2023 al art. 96.1.6º LC tras la reforma de la Ley 42/2015 y de redacción similar al vigente art. 271 TRLC, debemos distinguir dentro de concurso: (i) las " *prendas sobre créditos*" para las que, a los efectos de la clasificación del crédito como privilegiado especial " *será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso";* y (ii) como un supuesto claramente diferenciado, la " *prenda sobre créditos futuros*", en cuyo caso sólo gozarán de privilegio especial cuando antes de la declaración de concurso concurran los dos requisitos que se señalan en el art. 271.3 TRLC: letra a), que nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la declaración; y, letra b), que la prenda esté constituida en documento público o, *en caso de prenda sin desplazamiento de la posesión*, se haya inscrito en el Registro Público correspondiente. Considera la STS mencionada que, tal y como dice la doctrina, en la prenda sin desplazamiento el desplazamiento posesorio es sustituido por la publicidad registral.

152. Esta STS 965/2023, de 15 de junio de 2023, es determinante para la resolución de la cuestión planteada, dado que es la primera que se pronuncia sobre la nueva redacción del art. 90.1.6º LC tras la reforma de la Ley 40/2015, y que contiene, como novedad, una regla específica para la "prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros", doctrina aplicable a la interpretación del art. 271.3 TRLC pues ambos preceptos tienen la mima redacción. Jurisprudencia reiterada y consolidada en la reciente STS 1764/2023, de 19 de diciembre de 2023, pte. Díaz Fraile (ECLI:ES:TS:2023:5663).

4.5.2. *Valoración de la Sala del crédito de BANKINTER garantizado con prenda.*

153. Esta Sala considera que en la escritura pública de 7 de julio de 2022 suscrita entre BANKINTER y DAS PHOTONICS se formalizó, además de una póliza de crédito entre dicha entidad financiera y la sociedad deudora, una prenda sin desplazamiento de la posesión (documento 4 del escrito de impugnación de BANKINTER). Dicha prenda sin desplazamiento de la posesión recae sobre un crédito futuro -una subvención solicitada pero pendiente de resolver su adjudicación- y no consta inscrita en el Registro de Bienes Muebles.

154. En cuanto a la modalidad de la prenda, no tenemos dudas de que estamos ante una prenda sin desplazamiento de la posesión, no podemos entender que se trata de una prenda ordinaria común dado que no nos consta la representación documental del crédito (resolución de la subvención) que ha sido pignorado, y por tanto no hubo desplazamiento de posesión a favor de un tercero o del acreedor.

155. Respecto del objeto sobre el que recae, tampoco tenemos duda de que se ha pignorado un crédito futuro, en concreto los derechos de cobro que DAS ostenta como posible beneficiario de una subvención solicitada a la Comisión Europea, Dirección General de Defensa Industria y Espacio.

156. La primera dificultad que hemos encontrado para entender válidamente constituida la prenda sin desplazamiento es que al no constar documentación alguna sobre la subvención solicitada que ha sido objeto de prenda, también desconocemos si se autorizaría a DAS a enajenar o disponer en favor de un tercero sus derechos como titular de la misma, lo que resultaría determinante para entender si cabía la sujeción de los derechos de DAS a una prenda sin desplazamiento.

157. Por otra parte, consideramos que los créditos futuros son aquellos que están por nacer y pueden tener su origen en distintas relaciones jurídicas que pueden comprender desde un contrato hasta una subvención pública o, incluso, una obligación tributaria.

158. Y en este caso concreto no nos consta que se haya resuelto sobre la concesión y asignación de la subvención objeto de la prenda sin desplazamiento, desconocemos de qué circunstancias depende que se haga efectiva y nazca el derecho a cobrar la misma, sólo nos consta la solicitud cuyos términos se han reflejado en el contrato suscrito entre DAS y BANKINTER.

159. Partiendo de las anteriores premisas y de la interpretación del derogado art. 96.1.6º LC dada por la STS 965/2023, de 15 de junio de 2023, y reiterada en la STS 1764/2023, de 19 de diciembre de 2023, precepto cuya redacción es idéntica a la del art. 271.3 TRLC, no cabe otra conclusión más que entender que cuando este precepto establece el requisito de que la prenda sobre créditos futuros esté constituida en documento público o, en caso de prenda sin desplazamiento, que se hubiera inscrito, está diferenciando dos modalidades de prenda distintas sobre créditos futuros: la común, para la que se exige únicamente el documento público, y la prenda sin desplazamiento, para la que se exige, además del documento público, la inscripción registral.

160. En este caso no nos consta tal inscripción registral por lo que la garantía no estaría válidamente constituida, y ello no significa que se transforme en una prenda ordinaria o posesoria sobre crédito futuro con la que bastaría el instrumento público, pues faltaría, en todo caso, el requisito constitutivo de la entrega de posesión al acreedor o un tercero, porque estamos ante una prenda sin desplazamiento.

161. Por tanto, debemos recharzar las alegaciones de BANKINTER, que defiende que es titular de un crédito privilegiado, puesto que no nos consta que concurran los presupuestos -escritura pública e inscripción en el Registro de Bienes Muebles- ni para entender válidamente constituida la prenda sin desplazamiento (art. 54.3 LHMPSD), ni para entender que su crédito derivado de una póliza garantizada con una prenda sin desplazamiento sobre un crédito futuro (subvención), es un crédito que en un supuesto escenario concursal ostentaría la condición de privilegiado especial, dado que aunque sí se elevó a escritura pública no acreditan que esté inscrita en el Registro correspondiente (Registro de Bienes Muebles).

4.6. Sobre el crédito de EADE en el Plan de Reestructuración.

162. Abordaremos, bajo este epígrafe, las alegaciones efectuadas por la representación de EADE en relación con el tratamiento que de su crédito se ha realizado en el Plan de Reestructuración de DAS, desde una doble perspectiva: 1) Su consideración como persona especialmente relacionada, que justifica la inclusión de su crédito en la Clase 7; y 2) la garantía real que invoca respecto de tres patentes tituladas por DAS y su eventual incidencia en el marco que se debate.

163. Según se desprende del escrito de impugnación presentado por EADE, el pasivo total afectado por el PR asciende a la cantidad de 22.332.559 euros, respecto del que el crédito ostentado por ella (9.034.174 euros) representa el 40,45%. En lo que concierne a su clasificación, cabe distinguir:

- 1.996.000 euros clasificado como " *Crédito comercial y financiero de empresa no PYME*", que ha quedado incluido en la Clase 3.

- 7.038.174 euros clasificado como " *Crédito con persona especialmente relacionada e intereses*", incluido en la Clase 7, cuya calificación es objeto de controversia, pues la impugnante sostiene que no debe considerarse tal crédito como subordinado por lo que no puede incluirse en la indicada clase, junto con otros créditos que sí ostentarían tal calificación en un escenario concursal.

164. En conexión con lo anterior, la impugnante, en la alegación quinta de su escrito alega ostentar un derecho real de hipoteca mobiliaria de máximo o seguridad de primer rango (documento 16) que garantiza su crédito frente a DAS hasta un importe total máximo de 12.368.582,56.-€, constituida sobre las siguientes patentes concedidas e inscritas en la Oficina Española de Patentes y Marcas, que, de acuerdo con el certificado de valoración incorporado a la escritura de constitución de la Hipoteca, tienen un valor mínimo de mercado de 8.050.000 euros:

- Patente P200803762, con la denominación " *Estructura de cruce entre guías fotónicas integradas*", concedida con fecha 2 de junio de 2011 y en vigor.

- Patente 200930317, con la denominación " *Enlaces inalámbricos digitales con modulación de fase multinivel basados en fotónica*", concedida con fecha 16 de junio de 2009 y en vigor.

- Patente P201231182, con la denominación " *Sistema para establecer un enlace analógico por fibra óptica de alto margen dinámico para altas frecuencias*", concedida con fecha 30 de mayo de 2013 y en vigor.

165. La *escritura pública de hipoteca mobiliaria es de fecha 17 de enero de 2023*, otorgada ante el notario de Madrid, D. José Ortiz Rodríguez, con el número 199 de su protocolo, *inscrita*, tras las subsanaciones solicitadas, *en el Registro de Bienes Muebles de Madrid* en la misma fecha en que fue constituida y presentada a inscripción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria. Afirma que tiene su origen en el incumplimiento por parte de DAS de las obligaciones contractuales asumidas frente a EADE (que describe en la página 17: un reconocimiento de deuda en abril de 2021, con promesa de hipoteca mobiliaria sobre las patentes, vencido anticipadamente por incumplimiento, que motivó el otorgamiento de la hipoteca en ejercicio del poder irrevocable que le había sido concedido a tal fin).

166. Destaca la impugnante, EADE, que ni el PR ni tan siquiera el informe del experto independiente, KROLL, hacen constar la existencia de un derecho real de garantía a favor de EADE, que de haberse tenido en consideración cambiaría la clase asignada a este pasivo. Sin embargo, su existencia consta expresamente en la memoria de las cuentas anuales del año 2021, reformuladas por los administradores de DAS con fecha 22 de diciembre de 2022. Y afirma que " *DAS ha omitido deliberadamente la existencia de la Hipoteca Mobiliaria (o de cualquiera de los derechos reales de garantía constituidos a favor de EADE), con la única finalidad de obtener (en fraude de Ley) las mayorías previstas en el artículo 639 TRLC para la aprobación del PR y su posterior homologación, ...*"

167. La representación de DAS se opone a las consideraciones expuestas, argumentando, en síntesis, que su crédito ha sido correctamente tratado en el PR, al tiempo que solicita que no se tengan en cuenta y se inadmitan los documentos ilegibles aportados por EADE anexos a su impugnación. Afirma, seguidamente, que la impugnante mezcla temas concursales con preconcursales, que EADE actuó de mala fe en la constitución de la garantía que invoca y añade que dicha garantía no estaba constituida en el momento del inicio de las negociaciones por DAS, amén de que la hipoteca que esgrime carece de valor porque el crédito cubierto por la potencial garantía es cero.

168. Sobre su condición de persona especialmente relacionada (a los efectos de la subordinación -Clase 7- de la mayor parte del crédito) lo era en el momento del nacimiento del crédito porque tenía una participación indirecta -a través de otras empresas- superior al 10% en el capital de DAS (el 14,19% concretamente).

4.6.1. *Marco normativo y jurisprudencia aplicable:*

a) *Sobre las personas especialmente relacionadas y las excepciones a la subordinación del crédito. Relación entre los créditos con garantía real y las personas especialmente relacionadas desde la perspectiva de los efectos de la solicitud de homologación de un Plan de Reestructuración.*

169. Del artículo 270 del TRLC resulta que son créditos con privilegio especial: " *1.º Los créditos garantizados con hipoteca legal o voluntaria, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados*.". Y del artículo 271.1 TRLC (el destacado es nuestro) se desprende que " *1. Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía* ***antes de la declaración de concurso*** *con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación*

específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores ."

170. Conforme al contenido del artículo 283 TRLC, se consideran personas especialmente relacionadas con el deudor en concurso, quienes, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un 10% del capital social si la sociedad no tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial. Por tanto, a los efectos de aplicación de la norma se han de tomar en consideración los dos elementos objetivos que resultan del precepto: 1) el porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de la entidad deudora, 2) el momento temporal de vinculación, esto es, aquel en que se produce el nacimiento del crédito.

171. A su vez, buscamos la conexión con el artículo 281 que identifica los créditos subordinados, y establece en su apartado 2, respecto de las personas especialmente relacionadas, las excepciones a la subordinación. La norma indica - en lo que interesa ahora - (los destacados son nuestros) que: " ***Por excepción*** a lo establecido en el número 5º del apartado anterior [créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley] *, los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado* ***no serán objeto de subordinación*** *en los siguientes casos: [...]* ***3ºLos créditos a que se refieren los números 1º y 4º del artículo 283 cuando los titulares reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican****, salvo que procedan de préstamos o de actos de análoga finalidad* ."

A. *Sobre la promesa de hipoteca y la hipoteca mobiliaria*.

172. El artículo 1862 del C. Civil dispone que la promesa de constituir prenda o hipoteca " *sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*".

173. Según señala la doctrina, el incumplimiento de la constitución de la hipoteca prometida determina el derecho del acreedor a elegir entre pedir una indemnización derivada del incumplimiento, o exigir el cumplimiento de la obligación prometida, sin que, en tanto en cuanto no se constituya efectivamente la hipoteca, pueda ejercitarse la acción hipotecaria, dado que hasta ese momento el acreedor no adquiere derecho real sobre el bien objeto del contrato.

174. Conforme al contenido del artículo 1875 del Código Civil, para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya acceda al Registro, de manera que - como señala el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de octubre de 2007 y 7 de noviembre de 2017- el derecho real no se perfecciona si no se produce la inscripción en el Registro, por tratarse la inscripción de un elemento constitutivo del derecho real de hipoteca.

175. Respecto de la hipoteca mobiliaria, el artículo 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión (LHMPSD) también impone su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro que establece la Ley, de manera que la falta de inscripción privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede. Cuando se trate de una hipoteca mobiliaria sobre propiedad industrial (en particular sobre patentes, que es lo que ahora nos ocupa) y sin perjuicio a la remisión a las respectivas leyes reguladoras de los distintos derechos comprendidos en la norma, el artículo 45 de la LHMPSD contiene la previsión de que la garantía registral se reputa constituida a los efectos previstos en la Ley desde que quedare inscrita en el Registro de Bienes Muebles.

176. El artículo 71 de la LHMPSD, a su vez, dispone: " *En el Libro Diario se hará constar, por orden riguroso de entrada, el día y la hora de la presentación de los títulos referentes a hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento, debiéndose practicar las inscripciones correspondientes en el plazo de treinta días, a contar desde esa presentación*". Por su parte, el artículo 416 del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, se refiere al asiento de presentación que se extiende en el Libro Diario al ingreso de cualquier título que pueda producir en el Registro alguna inscripción. Una vez extendido dicho asiento, se hace constar en el documento el día y hora de la presentación, mediante la oportuna nota.

177. Y del artículo 24 de la Ley Hipotecaria resulta, y es relevante a los efectos del caso que se nos plantea, que: " *Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma*". En interpretación de la norma, el Tribunal Supremo, en la antigua sentencia de 12 de noviembre de 1970 (ECLI:ES:TS:1970:97, Pte. Sr. Peral García), destacó los efectos retroactivos que el artículo 24 de la Ley Hipotecaria otorga a la inscripción, subrayando -en referencia al caso enjuiciado- que la sentencia recurrida había atendido correctamente a la cuestión indicada, dado que

la fecha de inscripción hubiera sido -si no hubiera adolecido de otros defectos que impedían su inscripción- la de la fecha en que presentó el título en el Registro.

178. Finalmente, la LHMPSD señala en su artículo 10 que el acreedor hipotecario o pignoraticio gozará para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922.2º, 1926.1º del Código Civil, dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales, decretando que en " *caso de concurso, la preferencia y prelación del acreedor hipotecario o pignoraticio se regirán por lo establecido en la Ley Concursal*".

4.6.2. *Valoración por el Tribunal:*

A. Sobre los documentos aportados por EADE junto con el escrito de impugnación **.**

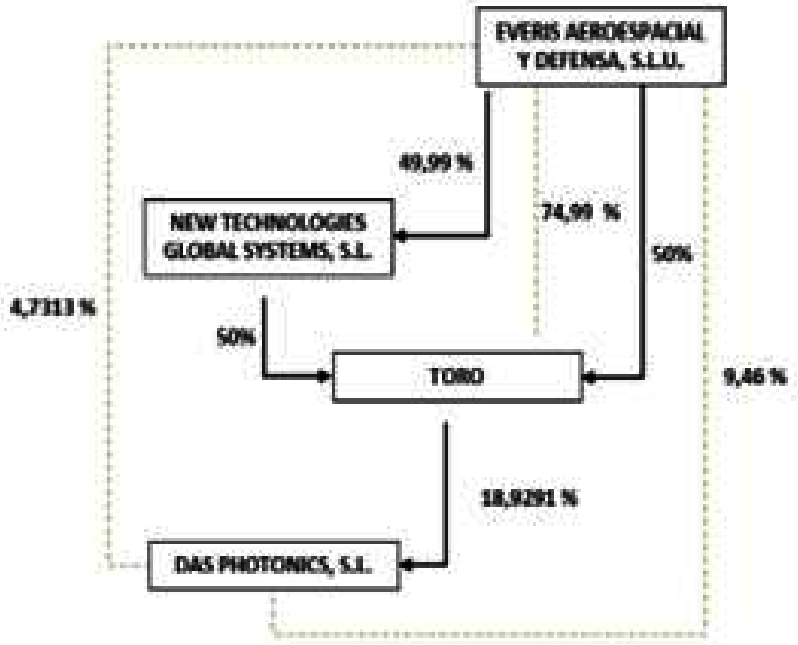
179. La Sala, por Auto de 22 de noviembre de 2023 acordó: " *Admitir el conjunto de los documentos aportados por las litigantes con ocasión de las respectivas impugnaciones y oposición al Auto de Homologación de 18 de mayo de 2023 , teniendo asimismo por designados la totalidad de los documentos unidos al expediente*". Frente a dicha resolución, DAS interpuso recurso de reposición (resuelto por este Tribunal el 21 de diciembre de 2023), sin plantear ni cuestionar la admisión de la documental aceptada por la Sala, centrando sus alegaciones en otras cuestiones ajenas a lo que ahora nos ocupa, por lo que la cuestión relativa a la admisión documental ya quedó zanjada.

180. Dicho esto, DAS, con ocasión de la emisión de sus conclusiones en el acto de la vista celebrada los pasados 29 y 30 de enero, argumentó que los documentos admitidos por este Tribunal no pueden constituir prueba, y que debe prescindirse de su valoración por ser ilegibles.

181. La Sala estará a lo que resulta de lo establecido en los artículos 318, 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que concierne, respectivamente, a la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados, sin que del hecho de que la copia reprográfica aportada o resultado de la digitalización del documento sea de mayor o menor dificultad de lectura, pueda derivarse la privación de efectos al documento aportado al proceso. La Sala ha constatado que, pese a las dificultades que entraña la lectura de alguna de las páginas de la escritura de constitución de la hipoteca inmobiliaria de 17 de enero de 2023, y, en particular, de alguno de los anexos protocolizados en ella, se accede a su contenido, como hemos tenido oportunidad de constatar con ocasión de la revisión de la documental aportada. En cualquier caso, se trataría de un defecto subsanable (231 LEC), que no priva de fuerza probatoria al documento, ni de su condición de medio de prueba como se ha pretendido por la representación de DAS, primero al oponerse a su admisión y después en las conclusiones emitidas tras la celebración de la vista.

B. Sobre la condición de persona especialmente relacionada de EADE respecto de DAS.

182. DAS alega que EADE es persona especialmente relacionada por su participación indirecta -a través de otras sociedades- en el capital de la deudora en un porcentaje superior al 10% (14.20%), lo que queda representado a través del siguiente esquema aportado al expediente:



183. No siendo controvertido el porcentaje de participación, la cuestión litigiosa radica en determinar, a tenor del artículo 283 del TRLC, el momento del nacimiento del derecho de crédito a fin de valorar si a la indicada fecha EADE tenía o no esa participación indirecta en DAS, así como -a tenor de la impugnación de EADE-, la naturaleza de los créditos, puesto que afirma entra de lleno en la excepción del artículo 281.2.3º TRLC, que elimina la subordinación del crédito que ostenta.

184. DAS afirma (página 36 de su escrito) que la participación de EADE en DAS no permaneció invariable a lo largo del tiempo, por lo que casa los porcentajes de participación con las distintas fechas de nacimiento de los créditos que se fueron generando, lo que le permite concluir que del total adeudado a EADE resulta la existencia de créditos ordinarios y créditos subordinados, en la proporción que se ha reflejado en la Clase 3 (ordinarios) y Clase 7 del PR (subordinados). La parte de crédito ordinario, por tanto, se contempla no por referencia a su naturaleza, sino por su nacimiento en un momento en el que EADE no superaba la participación indirecta que requiere la subordinación.

185. Por su parte, lo que alega EADE se resume en los siguientes argumentos: a) DAS ha incluido el crédito de EADE en la Clase 7 sin tener en consideración la naturaleza de su crédito como crédito comercial por suministros, que no deriva ni de un préstamo, ni de un acto con análoga finalidad, por lo que concurre la excepción a la subordinación prevista en el artículo 281.2.3º del TRLC; b) añade que es cierto que el crédito por importe de 1.400.000 euros derivado del Contrato de Préstamo nació antes de la adquisición por parte de TORO de su participación en el capital social de DAS, y es por esa razón que DAS lo ha calificado como ordinario y lo ha incluido en la Clase 3; c) e insiste en que, amén de ser de aplicación el 281.2.3º TRLC, además, EADE ostenta un derecho real de garantía en la forma de Hipoteca Mobiliaria y debería haberse creado una concreta clase para acreedores con garantía real.

186. Dicho cuanto antecede en conexión con el anterior esquema y alegaciones de las partes, conviene hacer referencia a los hitos temporales y contenido de las relaciones comerciales y sociales entre las litigantes.

187. Dejando al margen el Acuerdo de Colaboración de 27 de junio de 2018 (documento 19), y los contratos de la misma fecha de suministros de componentes, licencias de explotación de patentes y préstamo convertible en capital por un importe de 3.300.000 euros, del tenor de los documentos obrantes en autos, y del propio relato de EADE (páginas 40 y 41) resulta que el momento en el que EADE supera en el 10% la participación indirecta en DAS (documento 18) se sitúa en la fecha del 17 de septiembre de 2018 por su participación en Toro (9,46%) dado que con anterioridad, y por su participación en NTGS únicamente alcanzaba el 4,7313% (la suma de ambos porcentajes nos sitúa en el 14,20% reconocido).

188. El 30 de diciembre de 2019 TORO vendió las participaciones que tenía en DAS a MEDIA TELECOM. El 1 de diciembre de 2020 (documento 20 de la impugnación de EADE), DAS, EADE, TORO, MEDIA TELECOM y NTC suscribieron un acuerdo ("Acuerdo Global") para regir las relaciones existentes entre ellos (elevado a público mediante escritura de 2 de diciembre de 2020).

189. En este Acuerdo, entre otros extremos afectantes a los contratos mencionados anteriormente, DAS reconoció adeudar a EADE la cantidad de 8.530.746,59 euros, derivada de importes pendientes de pago como contraprestación por los activos suministrados en virtud de pedidos impagados en el marco del Contrato de Suministros (deuda comercial incluida en el PR por importe de 7.130.746,59 euros) y el importe de otros 1.400.000 euros, derivados del Contrato de Préstamo. En la página 18 del instrumento notarial consta incorporado, como ANEXO 1, el acuerdo de referencia, resultando de la página 19 la descripción de los diversos contratos entre las partes que adoptaron el acuerdo, y en particular y respecto de EADE se refiere a un contrato de suministro de componentes, amén de la cesión de derechos de crédito de Toro a su favor en el marco de los contratos que igualmente se describen (licencia, préstamo, prestación de servicios...). El reconocimiento de deuda que consta en el apartado 4 del indicado documento anexo, refiere el grueso de la deuda -como ya hemos apuntado- al concepto de suministros.

190. De todo ello concluimos que:

I) Aun teniendo EADE la consideración de persona especialmente relacionada por referencia al momento del nacimiento de la deuda comercial por suministros, Clase 7, la naturaleza del crédito entraría en el ámbito de la exclusión de la subordinación del crédito por aplicación de la excepción del artículo 281.2.3º TRLC, al resultar de un crédito comercial por suministros, y por lo tanto no debe ser objeto de subordinación.

II) No se discute sobre el importe, origen y momento de nacimiento del crédito incluido en la Clase 3 -ordinario-, el derivado del contrato de préstamo, por lo que nada hemos de apuntar ahora, sobre él, sin perjuicio de lo que indicaremos a continuación sobre la constitución de la garantía y posibilidad de que los créditos de EADE tengan en un supuesto escenario concursal el rango de créditos privilegiados.

C. Sobre la constitución de la garantía en favor de EADE.

191. Para la adecuada solución de las cuestiones jurídicas que se someten a nuestra valoración en relación con la garantía real que invoca EADE, conviene tener presente la siguiente secuencia temporal que resulta de la documentación aportada al expediente:

- El 14 de abril de 2021 DAS y EADE suscribieron contrato de promesa de hipoteca mobiliaria, que fue elevado a público el día 15 de abril (documento 16 de la impugnación de EADE, en el que consta descrito el contenido de dicha escritura). A la expresada fecha, y a la vista de cuanto hemos dejado expuesto anteriormente, EADE no tenía a su favor derecho real alguno sobre las patentes controvertidas.

* En fecha 7 de junio de 2022 EADE practicó requerimiento notarial a DAS -previa determinación del saldo deudor en la forma pactada por las partes- a fin de que la deudora procediera al cumplimiento de la promesa de constitución de hipoteca en el plazo máximo de diez días desde la recepción del Acta sobre los activos objeto de ella.

DAS no ha negado el hecho descrito en el escrito de impugnación de EADE (página 17) sobre el contenido de la memoria de las cuentas anuales de 2021, reformuladas en fecha 22 de diciembre de 2022, y en particular de la nota 12.5, que quedó transcrita en los siguientes términos, (el destacado es nuestro): " ***En relación a la deuda que la Sociedad mantiene con uno de los anteriores accionistas (...) la Sociedad mantiene como garantía varias patentes*** *en base a la elevación a público del "Contrato de Promesa de Hipoteca Mobiliaria" formalizado el 15 de abril de 2021. Dichas patentes no presentan un valor neto contable significativo al 31 de diciembre de 2021. Asimismo,* ***la Sociedad se comprometió a aplicar el importe pendiente de cobro recibido del contrato con el cliente principal de la Sociedad (...) al pago de dicha deuda (...) mediante un compromiso de constitución de una prenda de primer rango sobre los derechos de crédito que derivan del mencionado contrato*** *(...). Tal y como se describe en la nota 2.5, con fecha 23 de septiembre de 2022, la Sociedad ha recibido demanda de ejecución de dichas garantías".*

Es más, en la página 32 de su escrito de oposición a la impugnación, DAS reconoce que " *las obligaciones garantizadas vencieron en enero de 2022*" y lo hace para imputar mala fe a la adversa, por haberse esperado a constituir la garantía en enero de 2023, obviando que había sido requerida (y desatendido el requerimiento) para el cumplimiento de la promesa de hipoteca.

* Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 26 de octubre de 2022 se acuerda tener por efectuada la comunicación prevista en los artículos 584 TRLC, a solicitud de DAS.

* No habiéndose atendido por DAS el requerimiento reseñado, y en virtud del poder irrevocable otorgado por DAS a EADE para esta circunstancia, en fecha 17 de enero de 2023 se procede al otorgamiento de la escritura pública de constitución del derecho real de hipoteca mobiliaria de primer rango (de máximo o seguridad) a favor de EADE hasta un importe total máximo de responsabilidad de 12.368.528,56 euros, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial personal e ilimitada de DAS en los términos del artículo 1911 del C. Civil.

* Según se desprende del documento 16 de la demanda, en la misma fecha se presentó ante la Consejería de Economía, Hacienda y Empresa de la Comunidad de Madrid, la correspondiente declaración tributaria -autoliquidación- " *a los efectos de acceso al registro del correspondiente documento*."

* Igualmente consta la práctica de asiento de presentación en el Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid, a las 13:45 horas del mismo día 17 de enero de 2023, según factura emitida por el indicado Registro el 14 de abril de 2023, relativa a la inscripción del contrato de hipoteca mobiliaria, que nos ocupa.

* Del documento notarial se desprende, lo que consideramos muy relevante: (i) que la escritura no modifica los términos ni las condiciones del Acuerdo suscrito entre las partes en fecha 14 de abril de 2021 de Modificación, Subrogación, Resolución y Reconocimiento de Deuda; y (ii) la responsabilidad hipotecaria total se distribuyó (página 19 de la escritura) en los siguientes términos: a) la patente descrita con la letra A del Anexo I, respondería por principal hasta un máximo de 2.843.582,20 euros, sus intereses ordinarios y de demora hasta un máximo de 426.537,33 y 853.074,66 euros para costas y gastos judiciales y extrajudiciales, b) y por las mismas cantidades, cada una de las patentes descritas con la letra B y C en el Anexo I.

* Por Auto de 20 de enero de 2023 se concede prórroga a DAS para efectuar la comunicación prevista en los artículos 584 y siguientes TRLC.

* Por Auto de 22 de marzo de 2023 se designa a KROLL ADVISORY, S.L, como Experto en la Reestructuración (documento 3 de la impugnación de EADE).

* El 27 de marzo de 2023 DAS informa por correo electrónico a EADE que su crédito está afecto al Plan de Restructuración y que pretende negociar con sus acreedores (documento 4 de la impugnación de EADE).

* El 29 de marzo de 2023 DAS comunica a EADE por correo electrónico el borrador del Plan de Restructuración, que adjunta al correo (documento 5 de la impugnación de EADE), procediéndose a elevar a Escritura Pública (para su protocolización) el PR en fecha de 31 marzo de 2023 (documento 6 de la impugnación de EADE).

* Seguidamente DAS solicita la homologación del Plan según se desprende de la Diligencia de ordenación de 5 de abril de 2023 (documento 7).

192. Atendido el *iter* cronológico expuesto, y a tenor del artículo 24 de la Ley Hipotecaria y jurisprudencia que lo interpreta en los términos que hemos expuesto, la perfección de la garantía real se produjo el 17 de enero de 2023 y no, como alega DAS en la página 33 de su escrito de oposición, el 12 de abril de 2023.

193. Con ello decae la argumentación del escrito de oposición de DAS (página 34) cuando afirma que la hipoteca no estaba correctamente constituida en el momento de elevación a público del PR y solicitud de homologación (31 de marzo y 4 de abril de 2023 respectivamente).

194. Como hemos descrito -al examinar el *iter* cronológico que resulta de la documental aportada al expediente- al tiempo de elevarse a público el Plan de Reestructuración el 31 de marzo de 2023, la hipoteca mobiliaria se había perfeccionado, porque una vez inscrita en el Registro sus efectos se retrotraen al momento en que se practicó el asiento de presentación, y ese momento no es otro que el de las 13:45 horas del 17 de enero de 2023.

195. Señalado lo anterior, tampoco podemos acoger los argumentos esgrimidos por DAS en relación con el valor cero de la garantía que expresa en la página 35 de su escrito, al no poder desconocer los siguientes elementos de juicio relevantes:

* En el marco de los derechos reales (y al margen de la prohibición del pacto comisorio a que se refiere el artículo 1859 del Código Civil), responde la cosa que constituye la garantía. Es frente a la cosa contra la que, en su caso, se dirigiría la ejecución (artículos 1858 y 1876 del C. Civil).

De la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:1993:6648, Pte. Sr. Malpica González Elipe) resulta que *"...la esencia de la garantía hipotecaria estriba en la facultad "erga omnes" que le es inherente de promover la realización del valor del bien hipotecado con la consiguiente enajenación del mismo en la subasta pública como instrumento legal de tal realización de valor, lo que no puede ser desconocido por nadie..."*.

* En el presente caso, los bienes sobre los que recae la garantía están perfectamente identificados (las patentes sobre las que se constituye la hipoteca mobiliaria, que hemos dejado descritas), con su correspondiente responsabilidad fijada en el título por principal, intereses y costas. Así se desprende de la escritura de constitución de hipoteca (documento 16 de la impugnación de EADE), por lo que, a tenor del documento, existe una valoración hipotecaria superior a cero, sea cual sea el efectivo valor de realización que pudiera derivarse de su eventual ejecución, o su valor de mercado.

* No cabe desconocer, por otra parte, que quien titula una garantía puede, en el proceso de su ejecución, pedir su adjudicación si concurren los presupuestos legales para ello conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se remite el artículo 81 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

* Frente al informe del experto independiente y los dictámenes periciales emitidos a instancia de DAS y de Heisenberg, EADE ha aportado al proceso el informe pericial de AUREN (ratificado en la vista y explicado en cuanto a su contenido) del que resulta una estimación positiva, que no podemos obviar en el contexto de la valoración de la prueba aportada al expediente.

Dicho informe pericial incorpora, como ANEXO 4, un certificado de valoración de patentes que -entre otros extremos- y en referencia a él, en la página 21 de 93, indica que " *Con el objeto de atender a la solicitud del Registro de Bienes Muebles de la Provincia de Madrid, se adjunta al ACTA DE SUBSANACIÓN 1, el certificado de tasación de las patentes hipotecadas, consistente en un "Certificado de Valoración de Patentes" expedido por un tercero experto independiente, ALESCO PARTNERS CONSULTING, SL, en adelante CERTIFICADO VALOR DE PATENTES (véase adjunto al ACTA DE SUBSANACIÓN 1 en el Anexo 4 del presente Informe). Dicho certificado resume las conclusiones del informe del experto, para determinar su valoración*", añadiendo que su valor de mercado en diciembre de 2022 ascendía, como mínimo a 8.050 mil euros, de acuerdo con el certificado expresado.

196. En conclusión, del análisis expuesto en torno al crédito de EADE, debemos concluir que:

i) Si bien es cierto que en el momento del nacimiento de los créditos comerciales EADE superaba el porcentaje necesario para ser considerada como persona especialmente relacionada, no es menos cierto que no cabe

desconocer las excepciones del artículo 281.2 3º TRLC respecto de la subordinación de los créditos para el caso de superación de los porcentajes legales (en este caso del 10%), por lo que respecto del crédito reconocido por suministros es de aplicación la excepción indicada, de manera que no cabría su subordinación en un supuesto escenario concursal.

ii) A la vista de los propios argumentos de la oposición de DAS (por referencia a la fecha de elevación a público del Plan de Reestructuración) y del análisis de la secuencia fáctica de los hechos que hemos expuesto más arriba, se desprende que EADE tenía constituido a su favor un derecho real de garantía que no cabe desconocer, ni por referencia a la parte del crédito reconocido por DAS e incluido en la Clase 3, es decir el derivado del contrato de préstamo, ni respecto de la parte correspondiente al crédito por suministros e incluido en la Clase 7. Por tanto, ambos créditos en un escenario concursal tendrían el rango de créditos con privilegio especial.

4.7. Conclusiones de la Sala sobre la naturaleza y el tratamiento, en un supuesto escenario concursal, de los créditos cuestionados (rango concursal).

197. Todas las cuestiones resueltas en el presente fundamento de derecho tendrán incidencia y serán determinantes para cuando abordemos la supuesta vulneración directa o indirecta de las normas sobre formación de clases, y dada la extensión del análisis, a causa de los distintos y extensos argumentos esgrimidos en los escritos de impugnación, hemos considerado oportuno sintetizar las conclusiones alcanzadas:

a) el crédito de la UPV por arrendamientos tiene la condición de crédito de derecho privado (en el PR se le tratado como crédito de derecho público), y en un supuesto escenario concursal tendría el rango de crédito ordinario;

b) el crédito del CDTI sí tiene la condición de crédito de derecho público (y así se concibe también en el PR), y en un escenario concursal sería calificado el 50% como crédito con privilegio general y el otro 50% como crédito ordinario;

c) los créditos titularidad de BANKINTER no gozan de garantía real válidamente constituida -pues no consta inscrita la prenda sin desplazamiento sobre un crédito futuro, una subvención, en el Registro de Bienes Muebles- (el PR tampoco reconoce que este crédito esté garantizado con un derecho real), por lo tanto, es un crédito de naturaleza financiera cuyo rango concursal sería, en un supuesto concurso de acreedores, el de crédito ordinario;

d) el crédito titularidad de la UPV por un derecho de reembolso de una subvención europea, tampoco es un crédito de derecho público (el PR tampoco le otorga esta condición de derecho público) y, al no ostentar la UPV la condición de persona especialmente relacionada, el tratamiento en un supuesto escenario concursal sería el de crédito ordinario;

e) la UPV no es una persona especialmente relacionada con la sociedad deudora por no alcanzar los umbrales de participación en el capital social de DAS exigidos en el TRLC en el momento del nacimiento de sus respectivos créditos (ostentaba únicamente el 7,1% del capital social);

f) EADE es titular de 2 créditos, uno derivado de un contrato de préstamo y otro derivado de un crédito comercial por suministros; ambos créditos están garantizados con una Hipoteca Mobiliaria -sobre unas patentes- que ha sido válidamente constituida mediante escritura pública e inscripción en el Registro de Bienes Muebles con efectos desde el 17 de enero de 2023, cuando se realizó el asiento de presentación; EADE en el momento en que nace el crédito derivado del contrato de préstamo no era una persona especialmente relacionada con DAS, pero sí lo era cuando nace el crédito por suministros, si bien la naturaleza comercial de este segundo crédito, en un escenario concursal impediría la subordinación del mismo por aplicación de la excepción del art. 281.2.3º TRLC. Por tanto, el rango concursal de ambos créditos en un supuesto escenario de un concurso de acreedores sería el de créditos con privilegio especial.

QUINTO.- Tratamiento de los avales con contragarantías. Los créditos contingentes y el perímetro de afectación del plan de reestructuración. Legitimación para impugnar el plan.

5.1. Tratamiento de los avales con contragarantías titularidad de Banco Santander, BBVA y Caixabank.

198. Alega Banco Santander que, además de los créditos ordinarios (financieros) incluidos en la Clase 3 del PR, es titular de un crédito con garantía real que se ha dejado fuera del perímetro de afectación del plan. Se trata de un crédito que deriva de un aval de 910.000 euros no ejecutado y garantizado con un derecho real de prenda sobre participaciones de un fondo de inversión de la mercantil deudora. Considera y denuncia que debería formarse una clase en el PR que comprendiese los créditos con garantía real y en la que se incluyese este crédito y el de otras entidades financieras todos ellos garantizados, como el BBVA o Caixabank, en aplicación del artículo 624 TRLC. Consecuencia de lo anterior el PR no hubiese sido aprobado por mayoría simple de

clases. Los documentos relativos a estos avales con garantía real de prenda se aportan junto con el escrito de impugnación, documento 3.

199. El BBVA también alega que el PR ha olvidado incluir dentro de su perímetro de afectación una serie de créditos de los que es titular y que derivan, también, de unos avales emitidos con cargo en una póliza de crédito, pendientes de vencimiento y no ejecutados, y aunque reconoce que serían créditos contingentes al estar garantizados con una prenda resultarían calificados en un escenario concursal como créditos con privilegio especial. Denuncia que se ha infringido el art. 624 TRLC al omitir en el PR una clase de créditos privilegiados especiales lo que hubiese desembocado en la no obtención de la mayoría necesaria para su aprobación, (documentos 7 a 10 de su escrito impugnación).

200. Caixabank argumenta, en el mismo sentido que las anteriores entidades financieras, ser titular, además de los créditos derivados de operaciones de financiación sin garantía real afectados por el PR e incluidos en la Clase 3, de unos créditos no incluidos en el perímetro de afectación del plan y derivados de la constitución de avales emitidos en vigor y sin ejecutar, avales que cuentan con una garantía real para el caso de ejecución total o parcial, consistente en la constitución de una prenda sobre el saldo depositado a favor de la deudora en diversas cuentas bancarias abiertas, entonces, en la entidad BANKIA, S.A., (hoy titularidad de CAIXABANK), (documentos 3, 4, 5, 6 y 7 de la impugnación).

201. Todas las entidades financieras mencionadas reconocen que no son créditos exigibles, pues los avales no han resultado ejecutados, pero que deberían entenderse incluidos en el perímetro de afectación del plan y, en consecuencia, faltaría una clase de créditos con privilegio especial en el que se incluirían todos ellos, en cumplimiento del art. 624 TRLC.

202. Se trata, en todos los casos, de unos avales constituidos en garantía de la devolución de las cuotas de las cantidades reembolsables recibidas por el CDTI para la financiación de los proyectos denominados RECTOR, HOFER, DEOBA y SATAMINA (y que hemos analizado en el fundamento de derecho cuarto, cuando abordamos la naturaleza y tratamiento del crédito titularidad del CDTI), así como un aval ante el First Abu Dhabi Bank por la financiación del proyecto UAE TEWS, avales que, a su vez, gozan de una contragarantía real adicional, (un derecho real de prenda), prestada por el deudor principal, DAS, sobre efectivos en cuenta corriente en el caso de BBVA y Caixabank, sobre imposiciones a plazo fijo también en el caso del BBVA, y sobre participaciones en un fondo de inversión en el caso del Banco Santander. Así consta del documento 9 aportado con la oposición de DAS, que es un detalle de los avales de las entidades financieras mencionadas y que se corresponde con la documental aportada por éstas para justificar su existencia. Este documento 9 no resultó impugnado ni cuestionado por las entidades financieras.

203. El Tribunal Supremo ha abordado la cuestión del tratamiento que ostentan dentro del concurso para el caso de que el fiador o avalista asumiera la condición de acreedor frente al deudor principal, es decir, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza o aval. Mientras no se ejecuten los avales estamos ante créditos contingentes, y una vez ejecutados en todo o en parte se aplica el actual 263.2 TRLC " *2. Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador.*

Una vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado, la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador."

204. La interpretación dada por la STS 22/2020, de 16 de enero, respecto del crédito garantizado con fianza en el concurso del deudor, perfectamente aplicable al aval, en interpretación del derogado 87.6 LC, vigente 263.2 TRLC, es el siguiente: " *El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal"*. Y así lo reitera en la STS n.º 61/2020, de 3 de febrero : *"aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado"*.

205. De este modo, si estuviésemos en presencia de unas pólizas de contragarantía, un aval sin más, los créditos de estas entidades financieras, ejecutado el aval, en aplicación del art. 263.2 TRLC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionada, se subrogarían en la posición del acreedor original con la clasificación que resultara menos gravosa para el concurso, pero si, además, estas pólizas se concertaron con una garantía real adicional prestada por el deudor principal (un derecho de prenda), dicha garantía no cubre el crédito del acreedor inicial y el deudor sino que se han constituido entre el deudor y el avalista para garantizar la ejecución de esos avales, en ese caso, no se vería afectado por la norma del 263.2, último párrafo, del TRLC, y debería ser reconocido, dentro del concurso, como un crédito con garantía especial, tal y como concluye la STS n.º 262/2020, de 8 de junio de 2020, (ECLI:ES:TS:2020:1588), pte. Sr. Sancho Gargallo.

206. Ahora bien, en el caso concreto sometido a nuestra consideración, no estamos ante avales que hayan sido ejecutados, por lo tanto, nos encontramos ante créditos contingentes que en el seno del concurso de acreedores no deberían ser clasificados hasta que no desapareciese la contingencia, y ello, sin perjuicio de que, tal y como refieren las entidades impugnantes, en caso de que se ejecutaran los avales sí entrarían en el concurso como créditos privilegiados especiales en los términos que hemos expuesto. (STS n.º 209/2022, de 15 de marzo de 2022, ponente: Excmo. Sr. Sancho Gargallo).

207. Resuelto el tratamiento que correspondería a los créditos de dichas entidades en un supuesto escenario concursal, abordaremos a continuación las cuestiones que plantean como motivo de impugnación en relación con el perímetro de afectación y la formación de clases, al reivindicar que resulten éstos afectados por el plan mediante la creación de una clase específica de créditos privilegiados especiales.

5.2. Los créditos contingentes y el perímetro de afectación del plan de reestructuración.

208. Con la Ley 16/2022 se prevé expresamente que las partes tienen libertad para delimitar el perímetro de afectación del plan, y así, podrán formar parte de éste cualesquiera acreedores, con algunas excepciones y límites que abordaremos en el siguiente fundamento de derecho.

209. Según el art. 616 TRLC son " *créditos afectados"* aquellos que en virtud del plan de reestructuración sufran alguna modificación de sus términos o condiciones. Sin embargo, hay otros créditos que no pueden resultar afectos o sólo pueden serlo bajo estrictos requisitos, y así, los créditos públicos sí podrán verse afectados en los términos del 616 y 616 bis TRLC, es decir, para verse afectados el deudor debe estar al corriente de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, y deben tener una antigüedad inferior a dos años, y ello sin perjuicio de los límites (sin quita y con esperas limitadas) previstos en el art. 616 bis TRLC; igualmente se prevén restricciones muy significativas para la extensión de los efectos del plan a los créditos o préstamos garantizados por aval del Estado como parte de las medidas urgentes extraordinarias adoptadas para hacer frente a la crisis económica y social del COVID-19 (DA 8ª de la Ley 16/2022); tampoco puede afectar a los créditos por alimentos, créditos por responsabilidad extracontractual y a los créditos derivados de las relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección; ni a las garantías financiera reguladas por Real Decreto-Ley 5/2005, de tal manera que no es posible restringir la capacidad del acreedor para acelerar los créditos garantizados hasta el valor de las garantías.

210. Por su parte, el propio art. 616.3 TRLC prevé que los créditos por repetición, subrogación o regreso quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal si así se establece en el PR, y si este crédito de repetición o regreso gozase de garantía real, será tratado como crédito garantizado.

211. Tras la Ley 16/2022, expresamente se prevé que los créditos contingentes y los sometidos a condición sí pueden ser afectados por el plan de reestructuración (art. 616.2 TRLC), es decir, se refiere a los fiadores y avalistas del deudor frente a quienes aún no se ha ejecutado el aval o la fianza en el momento de aprobarse el plan, pero que si se ejecuta, automáticamente, se convertirán en acreedores frente al deudor; del mismo modo que si se concede una póliza de crédito al deudor hasta un determinado límite, del que el deudor ha dispuesto sólo una parte, por el resto que no ha dispuesto también podrá verse afectado en los mismos términos expuestos, es decir, se ampliará o elevará su derecho de crédito hasta el límite dispuesto por el deudor de forma unilateral.

212. Las dudas que se plateaban, antes de la reforma por la Ley 16/2022, eran en torno a las reglas de cómputo que les resultan aplicables a efectos de obtener las mayorías necesarias para la aprobación del PR. Y en el actual art. 617.4 TRLC sí se abordan las reglas aplicables a los créditos contingentes, litigiosos o sometidos a condición suspensiva, que prevé " *se computarán por su importe máximo, salvo que en el plan de reestructuración se hubieran incluido por una cantidad inferior. Si finalmente se materializaran, solo se verán afectados por la cuantía correspondiente al importe incluido en el plan.*".

5.3. Valoración de la Sala. Legitimación para impugnar el plan.

213. Tal y como se indica en el informe del experto independiente, página 12, en la Clase 3 del PR se incluyen los créditos comerciales y financieros que en un escenario concursal tendrían la consideración de ordinarios; y se especifica que dentro de esta clase " *se incluyen los créditos con entidades financieras que se encuentran garantizados con aval público otorgado por el Instituto de Crédito Oficial*" (es decir, se refiere a los préstamos ICO). Nada se dice de estos otros créditos cuyo origen son los avales con contragarantías titularidad del BBVA, Banco Santander y Caixabank (también del Banco Sabadell, pero esta entidad no ha presentado demanda de impugnación del PR).

214. Las propias entidades financieras impugnantes reconocen que los créditos contingentes analizados no se encuentran dentro del perímetro de afectación del PR, y lo que pretenden, vía impugnación del plan, no es sólo que se les incluya dentro de dicho perímetro de afectación, sino que, se concluya que con ellos se debió formar una clase independiente de las existentes, en concreto, una clase de créditos privilegiados especiales lo que determinaría la incorrecta formación de clases.

215. Por lo tanto, las entidades financieras impugnantes son titulares de dos tipos de créditos diferentes: unos, que están incluidos dentro de perímetro de afectación y en concreto en la Clase 3 del PR; y, por otra parte, son también titulares de una serie de créditos -avales con contragarantías todavía no ejecutados- que han quedado fuera del perímetro de afectación como créditos contingentes. Este motivo de impugnación lo alegan como titulares de los créditos contingentes, es decir, como acreedores no afectados por el PR, al considerar no sólo que deberían estar afectados sino que, en su condición de créditos garantizados con un derecho real, debería existir una clase específica de créditos privilegiados para ellos.

216. Esta Sala considera que el hecho de que exista la posibilidad de incluir los créditos contingentes en el PR no significa que necesariamente deban estarlo, y ello aun cuando gocen de una garantía real (prenda), pues es una opción o elección del deudor pero no una imposición. Ahora bien, también es cierto que el Preámbulo de la Ley 16/2022 refiere que la decisión del deudor debe responder a " *criterios objetivos y suficientemente justificados"*, lo que debemos entender conforme con el artículo 633.8º TRLC que contempla que entre el contenido mínimo de plan deberá mencionarse " *8.ª 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."* .

217. Si bien es cierto que la configuración de perímetro de afectación no es, por sí misma, un motivo de impugnación o de oposición previo contradictorio del plan de reestructuración, y que tampoco se prevé como motivo de impugnación en la Directiva UE 2019/1023, las resoluciones judiciales dictadas hasta este momento abogan por esta posibilidad (con base en el preámbulo de la Ley 16/2022 y los considerandos e la Directiva UE 2019/1023).

218. De tal manera que, si algún acreedor considera que se ha delimitado de forma incorrecta el perímetro de afectación del PR en el sentido de que no responde a un criterio objetivo, existe una tendencia, hasta el momento, a considerar que cabría impugnar el plan por una incorrecta formación de clases (SAP Pontevedra n.º 179/2019, sección 1ª, de 10 de abril de 2023, caso Xeldist; sentencia n.º 26/2023, de 4 de septiembre de 2023, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, caso CELSA). En todo caso, lo que sí es una cuestión pacífica y unánime, hasta el momento, en los Juzgados y Tribunales es que el perímetro no se puede delimitar de manera arbitraria o irracional, que ha de obedecer a criterios objetivos y su control se realizará a través del control de la formación de clases de la que es premisa y que sí se regula como un expreso motivo de oposición o de impugnación (art. 654.2º TRLC. En el siguiente fundamento de derecho abordaremos las diferentes posturas doctrinales existentes sobre este tema y la opción de esta Sala al respecto.

219. En todo caso, de admitirse esta posibilidad del control judicial del perímetro de afectación del PR, de lo que no le cabe duda a esta Sala es que los legitimados para introducir este motivo de impugnación serían los acreedores afectados por el plan que no estuviesen de acuerdo con la delimitación del perímetro de afectación.

220. Los acreedores no afectados por el plan, es decir, aquellos cuyos créditos han resultado excluidos del plan y que quisieran estar dentro de dicho perímetro, porque consideren que es mejor opción o porque tienen algún interés en dicha afectación, consideramos que no estarían legitimados para impugnar u oponerse al plan por causa de una incorrecta formación de clases en conexión con la delimitación del perímetro de afectación. Veamos como el art. 654 TRLC (plan aprobado por todas las clases) cuando enumera los motivos de impugnación otorga legitimación a " *los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan de reestructuración* ", y el art. 655 TRLC (relativo al plan no aprobado por todas las clases), se remite a las causas de impugnación del artículo anterior y legitima a " *acreedores que no hayan votado a favor del plan*" y contempla otros motivos de impugnación específicos legitimando a *" los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado".*

221. A distinta conclusión llegamos cuando el problema son las garantías de las que pueda estar dotándose a los acreedores financieros en el marco del plan. En este caso, el artículo 670.2 TRLC sí legitima a los acreedores

no afectados por el plan para impugnar u oponerse al mismo, pero por los motivos concretos relacionados con la financiación interina y nueva financiación aportada, motivos enumerados en el 670.1 TRLC, y, además, también podrán impugnarlo porque consideren que el plan no resulta necesario para evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo.

222. En nuestro caso, Banco Santander, BBVA y Caixabank -como titulares de una serie de créditos que están fuera del perímetro de afectación- impugnan el plan por causa de una incorrecta formación de clases, en concreto, porque defienden que debería existir en el PR una clase de créditos con privilegio especial, en cumplimiento del art. 624 TRLC, de los que se consideran son titulares y que a voluntad de la entidad deudora han quedado, de forma injustificada, fuera del perímetro de afectación. Tal y como hemos expuesto, son titulares de créditos contingentes consistentes en avales con contragarantías que no han sido todavía ejecutados (art. 617.4 TRLC).

223. Es por todo ello que concluimos que este motivo de impugnación también debe ser desestimado, porque, en lo que respecta a estos créditos, las entidades financieras no son acreedores titulares de créditos afectados por el plan y no están legitimados para impugnarlo por causa de una incorrecta formación de clases en conexión con la delimitación del perímetro de la reestructuración.

SEXTO.- El perímetro de afectación del plan de reestructuración.

224. Las entidades NEXA y AMES argumentan, incardinándolo dentro del motivo de impugnación de la defectuosa formación de clases, que se ha dejado fuera del perímetro de afectación del plan determinados créditos sin justificación para ello, y alegan, en síntesis, en su escrito de impugnación conjunto, lo siguiente:

- Se ha excluido del plan de reestructuración los denominados " *proveedores estratégicos",* y en el listado extraído del propio PR se observa que quedan fuera del perímetro del plan ciertos proveedores de servicios que, por la naturaleza de los servicios que prestan, carecen del carácter estratégico que pretende otorgarles DAS, tales como la compañía de prevención de riesgos laborales, los asesores jurídicos y fiscales de DAS, empresas de telefonía y mensajería, (en concreto se señala a: *SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, S.A., (8.183 euros); COVATUR LIMPIEZAS Y SERVICIOS, S.A., (3.920 euros); MAS PREVENCION, SERVICIO DE PREVENCION, S.L.U., (2.784 euros); HERRERO & ASOCIADOS, S.L., (2.084 euros); ASESORIA FISCAL MONTES, S.L., (1.447 euros), VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., (731 euros); y DHL EXPRESS SPAIN, S.L.U., (55 euros).*

* Se excluye el 50% del crédito titularidad de la UPV y del CDTI, incluidos en la Clase 1 y Clase 2 del PR, respectivamente, es decir, aquella parte de sus créditos que considera la sociedad deudora que en un escenario concursal ostentarían la condición de crédito ordinario, mientras que el otro 50%, que tendrían la consideración de crédito privilegiado general, consecuencia de que les atribuye la condición de créditos de derecho público, sí están afectos por el PR, y con ello consigue que estos acreedores cobren el 100% de sus créditos, mientras que el resto de ordinarios sufre una quita del 95%.

* También se excluye del plan el 100% de la deuda tributaria que tiene un calendario más favorable o que cuenta con aplazamientos, en concreto AVANZA (45.448 euros); MINISTERIO DE HACIENDA E INNOVACION (45.787 euros); HACIENDA PUBLICA (76.929 euros); y ORGANISMOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL (117.170 euros).

225. Por su parte, la mercantil EADE también considera que el perímetro del pasivo afectado es arbitrario, que no responde a criterios objetivos y comprobables, cuestionando que queden fuera del perímetro determinados acreedores públicos (AVANZA, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, el 50% de los créditos titularidad de la UPV y CDTI), y una serie de proveedores que se denominan " *estratégicos"* y que lo son tanto como otros créditos que sí han decido incluir en el PR (como por ejemplo, los créditos de la UPV con los que se ha formado la Clase 1 o la Clase 5). De esta manera, son los acreedores de la Clase 3, Clase 4 y Clase 7 los que soportan el coste de la reestructuración, ya que sufren quitas del 95% y del 99%, mientras que existen acreedores que no resultan afectados, sin quita alguna.

226. En concreto esta entidad (EADE) refiere:

* La inclusión del crédito de la UPV en el PR y la formación de la Clase 5 con el mismo, al tiempo que se excluyen otros créditos de la misma naturaleza (empresas que también participaron en los proyectos Disrupt y Retina y que no están afectados por el perímtro), resulta arbitraria y con la única intención de formar el número de clases necesario para obtener la mayoría para la aprobación del PR, tratándose aquélla (Clase 5) de una clase fraudulenta y artificiosa;

* La afectación del 50% crédito de la UPV por arrendamientos de las instalaciones donde DAS ejerce su actividad, con el que se ha formado la Clase 1, también responde a la misma intención de crear una clase artificiosa porque no hay ninguna justificación para no dejarlo fuera del perímetro, como al resto de acreedores estratégicos.

* Niega la condición de crédito de derecho público de los créditos de la Clase 1 y Clase 2 (titularidad de la UPV y CDTI) y, por lo tanto, carece de todo sentido excluir del plan el 50% de los mismos, lo que vulnera tanto la regla del trato paritario con el resto de los acreedores del mismo rango concursal, ordinarios, como las normas de la formación de clases.

227. Concluye esta entidad que el perímetro de afectación del PR no está bien definido porque existen créditos de la misma naturaleza afectados y otros no afectados sin que concurra una justificación aceptable; y porque, de un mismo crédito, un 50% está afectado y el otro 50% no lo está, sin que se haya justificado de forma objetiva esta distinción.

228. Si bien es cierto que las mercantiles que cuestionan el perímetro de afectación lo incardinan dentro de la causa de impugnación de la incorrecta formación de clases, como ya hemos apuntado en el fundamento de derecho anterior, no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina, aunque las resoluciones judiciales que se han dictado hasta el momento, con especial relevancia y referencia a la SAP de Pontevedra n.º 179/2023, de 10 de abril de 2023, Rollo 42/2023, (caso Xeldist), sí lo abordan desde la perspectiva de la infracción de las normas sobre la formación de clases (art. 654.2º TRLC). No obstante, como hemos dicho, es una cuestión dudosa y, así, la propia entidad EADE como argumento para defender que el perímetro de afectación no se ha configurado correctamente menciona que se ha vulnerado el principio de no discriminación (art. 655.2.3º TRLC), junto con el de la incorrecta formación de clases.

229. La toma de postura al respecto no es una cuestión baladí, pues entender que el perímetro de afectación está relacionado con la infracción de las normas sobre la formación de clases o con la vulneración del principio de no discriminación tiene consecuencias diferentes en caso de ser estimada la impugnación. Por ello, antes de entrar a examinar las cuestiones concretas planteadas por los acreedores impugnantes, abordaremos si estamos ante una posible causa de impugnación o no, y en caso afirmativo, en qué ordinal lo incardinamos, es decir, si dentro del principio de no discriminación (art. 655.2.3º TRLC) o dentro de la infracción de las normas sobre formación de clases (art. 654.2º TRLC).

6.1. Marco normativo y doctrinal relativo perímetro de afectación. Posible control judicial y límites.

230. El actual régimen de planes de reestructuración está concebido para actuar sobre todos los acreedores, con algunas excepciones. Las partes tienen libertad para determinar el perímetro del plan y, si así lo desean, podrán formar parte de dicho perímetro cualesquiera acreedores, con algunas excepciones, incluidos los comerciales. La Ley 16/2022 ha dotado a las partes de una gran flexibilidad en el diseño del plan de reestructuración.

231. El perímetro de afectación es, en principio, universal, con las excepciones y limitaciones que se prevén en el art. 616 TRLC, es decir, cualquier crédito, incluso los contingentes y sometidos a condición, pueden verse afectados por el PR salvo los créditos de alimentos, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección.

232. Es cierto que la delimitación incorrecta del perímetro de afectación del PR no se enumera entre los motivos de oposición previa contradictoria, como tampoco constituye un motivo de impugnación, ni en el TRLC (arts. 654 y 655 TRLC) ni en la Directiva UE 2019/1023, y por ello existe cierta discrepancia en la doctrina sobre el tratamiento que debe darse a las impugnaciones que alegan que la delimitación del perímetro de afectación es incorrecta, y más concretamente si la elección del perímetro afecta a la formación de clases o al principio de no discriminación. La ley no da respuesta a esta cuestión, pero sí proporciona algunas pistas, lo que nos permitirá tomar postura al respecto.

233. *Una primera posibilidad* sería la de atribuir al deudor plena libertad en la delimitación del perímetro de afectación del PR, al amparo del art. 616 TRLC, con la consecuencia de que si no se afectan determinados umbrales no despliega sus efectos la protección a efectos de rescisión y el tratamiento singular del dinero nuevo (Capítulo VI TRLC), de tal manera que el deudor puede incluir en el plan algunos créditos y dejar otros al margen de él, libremente.

234. Los que defienden esta postura consideran que a pesar de que el legislador parece que ha optado por incentivar reestructuraciones amplias, si el deudor prefiere afectar sólo a una parte de su pasivo, no hay nada que reprocharle.

235. *La segunda opción*, que defiende parte de la doctrina, es aquella que considera que la decisión del deudor a la hora de delimitar el perímetro de afectación podrá infringir la regla de no discriminación entre acreedores del mismo rango concursal, pero no supone una infracción de las reglas sobre formación de clases.

236. Los argumentos a su favor son varios, en concreto, que la causa de impugnación relativa a la formación de clases prevista en el art. 654.2.º tiene la siguiente redacción " *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", y ello supone una remisión a los arts. 623 y siguientes TRLC; y el perímetro de afectación se aborda en el Capítulo II (arts. 616 y siguientes TRLC), es decir, no se encuentra regulado dentro de los preceptos relativos a la formación de clases. Además, de la redacción del art. 633.5º TRLC que prevé que el plan mencionará " *Los acreedores cuyos créditos van a quedar afectados por el plan*", se puede concluir que se permite al solicitante decidir acerca del perímetro de la deuda que quiere reestructurar, lo que puede deducirse, también, de la propia redacción de la Directiva cuando en el art. 8.1.c) se exige que en el plan se identifiquen " *las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deudas*".

237. Por otra parte, las reglas y criterios de formación de clases se aplican únicamente a los créditos afectados por la reestructuración y no a los que están fuera del perímetro, por lo que dejar un crédito o parte del mismo fuera de la reestructuración no supone una incorrecta formación de clases. Pero también defienden que ello no supone que no se tenga ningún límite -como apunta la primera opción expuesta-, sino que la elección del perimetro podrá examinarse desde el respeto al principio de no discriminación (art. 655.2.3º TRLC).

238. Por tanto, consideran que el único control judicial que procede es que la decisión del deudor a la hora de delimitar el perímetro no suponga una discriminación entre acreedores del mismo rango concursal, es decir, no cabe distinguir entre créditos iguales, del mismo rango concursal, dejando algunos dentro del perímetro y otros fuera.

239. En apoyo de esta postura argumentan también que la regla de la no discriminación se desenvuelve en dos planos distintos: *dentro de la misma clase*, como regla imperativa, es decir, para que el PR sea aprobado se exige que los créditos que estén dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria (art. 638.4ª TRLC), lo que puede controlarse antes del auto de homologación por el juez, y también después de auto de homologación mediante la causa de impugnación prevista en el art. 654.5º TRLC, " *5.º Que sus créditos no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su clase*". Y en este plano resulta obvio que no puede haber un control del perímetro de afectación, pues si lo que exige la ley es dar un trato igual a los acreedores de una misma clase, a los créditos que han quedado fuera del perímetro no se les puede aplicar porque su ámbito es *inter* clases.

240. Pero desde el segundo plano, en el que el principio o regla de la no discriminación actúa *entre créditos del mismo rango concursal,* sí puede entrar en juego para controlar el perímetro de afectación, de manera que si cabe impugnar el plan porque un crédito incluido en una clase ha recibido un trato menos favorable que otro crédito del mismo rango concursal y que ha sido separado en otra clase (art. 655.2.3º TRLC), nada impide impugnar el plan porque unos créditos han sido afectados por el PR y otros créditos del mismo rango y naturaleza han quedado fuera de perímetro, mientras aquéllos soportan el peso de la reestructuración, con base en este principio de no discriminación.

241. Por último, existe *una tercera postura* sobre el control del perímetro de afectación, y que es la opción unánime de las resoluciones judiciales dictadas por los Juzgados de lo Mercantil hasta el momento y, especialmente, por la SAP de Pontevedra n.º 179/2023, caso Xeldist, que fue la primera, y es aquélla que considera que el perímetro de afectación no se puede delimitar de forma arbitraria o irracional y debe obedecer a criterios objetivos, de tal manera que su control debe realizarse a través del control de la formación de clases, es decir, a través del motivo de oposición o impugnación del art. 654.2º TRLC, y ello porque la correcta configuración del perímetro es la premisa necesaria para proceder al control de la correcta formación de clases. La legitimación para la impugnación u oposición fundada en la incorrecta formación del plan, tal y como ya hemos expuesto en el fundamento de derecho quinto, sólo la tendrán los acreedores afectados por el plan.

242. Hemos considerado oportuno detenernos en esta cuestión porque la opción de si la incorrecta formación del perímetro de afectación infringe la regla de no discriminación (art. 655.2.3º TRLC) o las normas sobre formación de clases (art. 654.2º TRLC) determinará los efectos de la posible sentencia estimatoria de la impugnación. Y así, en caso de entender que infringe la regla de no discriminación, si se estima la impugnación, no se extenderán los efectos del PR únicamente frente al acreedor o acreedores impugnantes; mientras que si entendemos que el perímetro de afectación es premisa necesaria de una correcta formación de clases, estimar la impugnación por este motivo supondría una sentencia declarando la ineficacia total del PR (art. 661 TRLC).

243. En el TRLC no se dice nada para el caso de que se estime la oposición o impugnación de un plan de reestructuración por causa de una mala formación del perímetro de afectación, pero si asumimos que está dentro del ámbito de la correcta o incorrecta formación de clases, en principio, debería provocar los mismos efectos, es decir, la ineficacia total del plan.

6.2. Postura de la Sala sobre el control de la delimitación del perímetro de afectación.

244. Descartamos la posibilidad de atribuir al deudor plena libertad a la hora de definir el perímetro sin que quepa ningún tipo de control judicial ni tan siquiera a través de la oposición pevia o impugnación del auto de homologación del PR a instancia de parte.

245. El principal problema que encontramos a esta primera opción, que descartamos, es que puede favorecer el fraude de ley si dejamos el perímetro de afectación fuera de todo control judicial, y así, en el caso de planes de reestructuración no consensuales en los que se presenta un plan para su homologación que no cuenta con el apoyo de la mayoría de su pasivo, pero que produce el efecto arrastre del pasivo disidente, podría provocar que el deudor se concierte con aquellos acreedores cuyo voto necesite y que deje fuera a aquellos acreedores que considere oportunos a los efectos de obtener la mayoría necesaria para aprobar el PR.

246. Esta Sala considera que cuando se pretende la homologación de un PR con el apoyo de una minoría del pasivo, (pensemos en el PR que estamos examinando y que ha sido aprobado por el 16,28% del pasivo afectado arrastrando al 83,72% restante que votó en contra), estamos ante un escenario de excepcionalidad y los Tribunales no pueden quedar al margen sino que deben examinar si el instrumento que el legislador ha facilitado se está utilizando correctamente y no de forma fraudulenta o con abuso de derecho.

247. Por otra parte, también creemos que el control judicial del perímetro de afectación desde la perspectiva de la quiebra del principio de no discriminación, segunda de las posturas expuesas, presenta algunas dificultades insalvables tales como que *dicho principio opera como control del PR pero sólo respecto de los créditos afectados*, y así resulta de los preceptos que regulan este principio o regla. Por un lado, se exige para la homologación del plan que los créditos incluidos dentro de una misma clase sean tratados de forma paritaria, (art. 638.4º TRLC), o se prevé como causa de impugnación contra el auto de homologación y alegada por los titulares de los créditos afectados que han votado en contra dentro de la misma clase, que sus créditos no haya sido tratados de forma paritaria con otros créditos de su misma clase (art. 654.5º TRLC); ambos preceptos son inaplicables a aquellos créditos que han quedado fuera del perímetro de afectación pues lo que exigen es que, *dentro de la misma clase* los créditos estén sujetos a la regla de no discriminación. Y, por otro lado, esta regla también resulta aplicable a los créditos afectados que sean del *mismo rango concursalpero que hayan sido separados en distintas clases,* y así el art. 655.2.3º TRLC prevé como causa de impugnación el trato menos favorable al acreedor que pertenece a una clase frente a los acreedores de otra clase y su mismo rango. En ambos casos los preceptos aplicables se refieren a créditos afectados, es decir, que están dentro del perímetro de afectación del PR.

248. Por tanto, consideramos que la regla de no discriminación sólo es aplicable a los créditos afectados (dentro de la misma clase o entre clases separadas pero que incluyen créditos del mismo rango), por lo que no sirve para controlar o comparar los créditos que están dentro del perímetro con los créditos que están fuera del perímetro porque se caería en el absurdo de que siempre habrá un trato menos favorable, dado que los créditos afectados están sujetos a quitas y/o esperas, y respecto de los créditos no afectados no se adopta ninguna medida y se mantienen inmunes al plan.

249. La ley no exige que si se decide la afectación de un crédito, todos los que sean de la misma naturaleza también deban quedar afectados, de la misma manera que no todos los créditos de la misma naturaleza y rango es obligatorio que estén incluidos dentro de la misma clase; pero sí nos indica cuáles son los criterios que deben guiar a los Tribunales a la hora de realizar el control judicial sobre cómo se deben clasificar los créditos afectados, y consideramos que éstos son los mismos criterios que deberán guiar el examen del perímetro de afectación. Por ello, entendemos que la correcta formación del perímetro de afectación es la premisa o presupuesto previo para una correcta formación de las clases por los motivos que exponemos a continuación.

250. En el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 16 de setiembre, apartado III, párrafo 17, se menciona expresamente, " *El capítulo II se ocupa de definir qué se debe entender por créditos afectados por un plan de reestructuración y su valoración. Créditos afectados son aquellos que, de conformidad con el plan, vayan a sufrir una modificación de sus términos o condiciones, con independencia de que además se altere su valor real. 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 y negrita es propio).

251. Como puede apreciarse, expresamente se menciona que el perímetro de afectación es premisa de una correcta formación de clases, también que el mismo debe estar sometido a control judicial, y que los criterios para este control son los mismos que para la formación de clases -criterios objetivos y suficientemente

justificados; por tanto, su correcta formación debe ser examinada en el marco de una correcta formación de clases y los criterios que se nos facilitan son los mismos que se aplican para la formación de clases del art. 623 TRLC.

252. Además, en el artículo 623 TRLC que es el que establece los criterios generales de formación de clases, no se prevé que la aplicación de estos criterios sea exclusiva para los créditos afectados por el plan; y el art. 633 TRLC que regula el contenido de los planes de reestructuración, en el apartado 8º, exige que se mencionen individualmente o descritos por clases, los acreedores o socios que vayan a quedar fuera del perímetro de afectación y *las razones de la no afectación*.

253. Es por todo ello que consideramos que el control judicial del perímetro debe hacerse con base en los mismos criterios que se utilizan para separar los créditos en distintas clases; de esta manera podrían dejarse fuera por ejemplo los créditos garantizados e incluir los ordinarios, y dentro de éstos, dejar fuera los financieros e incluir los comerciales, entre otros. Por ello, siempre y cuando se haya justificado suficientemente con base en unos criterios objetivos el perímetro de afectación, deberá desestimarse la impugnación por defectuosa formación de clases. Y ello sin perjuicio de que luego continúe examinándose si se han respetado estos mismos criterios en la formación de clases de los créditos afectados por el plan.

254. Consideramos oportuno destacar que este control judicial, al igual que el de la formación de clases, debemos entenderlo sin perjuicio de la flexibilidad que preside todo el sistema y respecto de cada caso concreto, es decir, atendiendo a las características concurrentes en cada plan de reestructuración que se someta a nuestra consideración, sin pretensiones de dar, y menos en estos momentos tan tempranos, criterios comunes, insalvables, inamovibles o genéricos, tal y como entiende, también, la SAP de Pontevedra de 10 de abril de 2023, caso Xeldist, cuando dice en relación con la formación de clases, punto 27, párrafo segundo, " *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.*

6.3. Valoración de la Sala de la impugnación del perímetro de afectación del PR de DAS PHOTONICS.

255. Partiendo de las anteriores premisas, este Tribunal considera que los interesados tienen plena libertad para configurar el perímetro de afectación, es decir, en función del proceso de negociación y de las necesidades de cada caso pueden afectar a todo el pasivo o sólo a una parte del mismo, así como la cuantía o identidad de la parte que deciden excluir. De tal manera que además de los excluidos legamente (art. 616.2 TRLC), cabe que se excluyan otros créditos voluntariamente.

256. La única exigencia legal es que exprese las razones de esta exclusión y que éstas se consideren suficientes, además debe responder a criterios objetivos, es decir, no puede ser una decisión oportunista ni arbitraria sino que puede responder a criterios de diversa índole como temporales, de oportunidad estratégica, la naturaleza de los créditos, entre otros.

257. En este caso concreto, en el Anexo 7 del PR se dan las razones para excluir del perímetro a los denominados "proveedores estratégicos", es decir, aquellos que considera necesarios para el desarrollo de la actividad diaria de la sociedad deudora, y a los que considera que aplicarles determinados sacrificios impediría que siguieran sirviendo y prestando sus servicios a DAS.

258. NEXA y AMES refieren que algunos de los proveedores que quedan fuera del perímetro, por la naturaleza de sus servicios, no pueden entenderse estratégicos -la compañía de prevención de riesgos laborales, los asesores jurídicos y fiscales de DAS, las empresas de telefonía y mensajería-. Pero tampoco aportan ninguna razón para entender que no son servicios que concurran en la actividad diaria de la mercantil deudora.

259. En cualquier caso, aunque considerásemos que carecen de la condición de proveedores estratégicos, al tratarse de créditos comerciales que en un escenario concursal ostentarían la calificación de ordinarios, pasarían a estar incluidos en la Clase 3 -"comerciales y financieros no PYMES"- o en la Clase 4 -"créditos titularidad de PYMES"-; y atendida la cuantía de esos créditos en el momento de la aprobación del PR y la cuantía de los créditos incluidos en dichas clases 3 y 4 y que el 100% votaron en contra de la aprobación del plan, tal novedad no habría alterado el voto dentro de estas clases que se habría mantenido en contra de la

aprobación del plan, por lo que tampoco se habría modificado el régimen de mayorías y el resultado habría seguido siendo la aprobación del plan.

260. Respecto de la exclusión del perímetro de afectación del 50% de los créditos de la UPV incluido en la Clase 1 y del crédito del CDTI incluido en la Clase 2. Se justifica en el PR la no afectación por el hecho de que al tratarse de créditos de derecho público, cuyo rango concursal en un supuesto escenario concursal sería el de ordinarios, no podrían estar sometidos a quitas y sólo a esperas no superiores a 18 meses, en aplicación de art. 616 bis TRLC, y ello podría provocar, de incluirlos en el perímetro del PR, que se impugnase el plan por el resto de titulares de créditos ordinarios afectados de un trato menos favorable.

261. Analizaremos, en primer lugar, si la no afectación del 50% del crédito titularidad del CDTI obedece a razones justificadas: es un crédito de derecho público y por tanto sujeto a reglas especiales en cuanto a las posibles quitas y esperas (art. 616 bis TRLC) frente al resto de ordinarios; además, es un crédito que ostentaría el rango de ordinario -frente al otro 50% incluido en la Clase 2 que ostentaría el rango de privilegiado general- y por tanto, tendría que haberse formado una clase separada pues serían de distinto rango (ordinario y privilegiado), y en aplicación del art. 624 bis TRLC tampoco podría encajar en ninguna otra clase de las configuradas en el PR; razones éstas que consideramos responden a criterios objetivos y que el deudor en ejercicio de la libertad para configurar el perímetro, entre las que pueden encontrarse también razones estratégicas y atendida la naturaleza del crédito, ha decidido que el mismo no sea afectado por el PR.

262. No podemos llegar a la misma conclusión respecto del 50% del crédito titularidad de la UPV incluido en la Clase 1. Y ello porque, tal y como hemos razonado en el fundamento derecho cuarto, apartado 4.1, no estamos ante un crédito de derecho público y por tanto no está afecto a ninguna regla especial ni imperativa que justifique la separación del crédito al 50%, con base en el distinto rango que ostentaría cada porción en un escenario concursal, sino que estamos ante un crédito que el 100% ostentaría el rango de ordinario, por tanto, ninguna razón objetiva concurre para que esté fuera del plan el 50% mientras el otro 50% sí esté afecto al plan.

263. Ahora bien, al igual que hemos razonado para el supuesto de los proveedores estratégicos, hemos de insistir en que no cualquier irregularidad debe traer consigo la ineficacia total del plan, en aplicación del art. 661.2 TRLC, pues si la irregularidad relativa a la formación de clases en relació con el perímetro de afectación no implica una alteración en el resultado de la votación para la aprobación del plan, no debemos tomarla en consideración.

264. Por tanto, apreciado el defecto señalado, lo bien cierto es que la mera inclusión del 50% del crédito de la UPV en la Clase 1 no consideramos que habría alterado el sentido del voto de esta clase, que es una clase unipersonal y que habría mantenido el mismo sentido de la votación a favor de la aprobación del plan.

265. Respecto de la exclusión del perímetro de los créditos públicos que disponen de un calendario más favorable, sí la encontramos justificada en que el calendario de pago que disponen los mismos es más favorable que el que resultaría de la aplicación del 616 bis TRLC en caso de haber decidido que resultaran afectados por el plan; y así consta del documento 8 adjunto a la oposición de DAS. Por tanto, se considera debidamente justificada, con base en criterios objetivos, su no afectación en el plan.

266. Por último, también hemos entendido justificada por criterios temporales y estratégicos dirigidos a la viabilidad del plan de reestructuración y a facilitar la continuidad de la empresa que, a diferencia de otros proveedores estratégicos, se hayan incluido dentro del perímetro de afectación los créditos titularidad de la UPV con los que se han formado las Clase 1 y Clase 5, si bien por motivos distintos de los alegados en el PR.

267. Así, aunque la formación y afectación de la Clase 1 se justificó porque se trataba de un crédito de derecho público, ya hemos dicho que no concurre tal condición en el crédito titularidad de la UPV derivado de los arrendamientos. Ahora bien, lo que no podemos negar es la concurrencia de ciertas particularidades que, por razones estratégicas, nos permiten entender justificada su afectación por el perímetro del PR a diferencia de otros proveedores también estratégicos, y que han quedado fuera del perímetro de afectación. Atendemos, especialmente, a la naturaleza del crédito que lo es por arrendamientos de los espacios e instalaciones donde DAS realiza su actividad empresarial; actividad que está vinculada con la finalidad que le corresponde a la UPV como entidad de derecho público, en su función de promoción de la investigación y desarrollo tecnológico; y además, dichos arrendamientos forman parte de un acuerdo marco de colaboración que va mucho más allá de la mera cesión o alquiler de espacios e instalaciones. Es por ello que entendemos que concurren razones justificadas para que este crédito esté afecto por el perímetro, y no responde a un mero oportunismo o intención de crear una clase artificialmente para obtener la mayoría necesaria para la aprobación del plan, sino que es evidente el interés en la viabilidad del plan y en favorecer la reestructuración de la UPV, lo que la distingue de otros acreedores igualmente estratégicos pero que han quedado fuera del perímetro.

268. También concurren ciertas peculiaridades en el crédito titularidad de la UPV por un derecho de reembolso aplazado incluido en la Clase 5. En este caso debemos poner el acento en el compromiso de no reclamar el reembolso de una cantidad que se le tiene que transferir y el acuerdo de aplazamiento en 4 pagos anuales. Es cierto que se excluyen del perímetro otros créditos que dimanan del mismo proyecto DISRUT, y que son titularidad de otros socios que concurren en el mismo proyecto junto con DAS y la UPV -MAS PLANK GESELLSCHAFT ZUR FORDERUNG DEL WISSENSCHAFTEN (MPG), que ostenta un crédito de 303.469 euros frente a DAS, que es el importe pendiente de ser transferido como socio del proyecto europeo, y FONDAZIONE IRCCS INSTITUTO NAZIONALE DEI TUMORI (INT), que también es socio en el mismo proyecto y al que se le adeuda por el mismo concepto -importe también pendiente de ser transferido del proyecto europeo en el que colaboran- en la suma de 213.750 euros-. También aparecen fuera del perímetro de afectación otros acreedores por importes pendientes de ser transferidos a socios de proyectos europeos distintos a DISRUPT, como la UNIVERSIDAD DE CADIZ, socio del proyecto IDC-IMAGIR, al que se le debe transferir 22.419 euros (Anexo 7 del PR y Anexo 6, apartado " *6.2. Acreedores estratégicos*", del primer informe del experto independiente -Kroll-).

269. La justificación de incluir en el perímetro el crédito de la UPV, frente a los créditos del resto de participantes en los proyectos europeos y beneficiarios de las subvenciones, es que los intereses de la UPV van más allá del mero reembolso de dichos importes como socios de los distintos proyectos, y de ahí el compromiso adquirido de la UPV de no reclamar judicialmente los importes que se le deben, a pesar de tratarse de un crédito líquido, vencido y exigible, y permitir el uso por parte de DAS del importe que le corresponde en dichas subvenciones, pactando que el reembolso se produzca en 4 pagos anuales dentro del marco de la reestructuración; estas circunstancias debemos entenderlas como razones objetivas para la afectación del mismo y no de los demás a los que hemos hecho referencia. Estas razones no dejan de ser objetivas por el hecho de que no se someta a una quita al crédito de la UPV, pues pensemos que estamos en el ámbito de proyectos de investigación subvencionados con fondos europeos, y es el organismo europeo correspondiente el que decide la asignación y cuantía de los mismos, por lo que no cabría una disposición de dichos importes por parte de DAS ajena a la propia finalidad del desarrollo del proyecto, ni tan siquiera consta, de los términos de la subvención concedida, la posibilidad de que la UPV pudiera disponer de la misma pactando una quita.

270. Por último, a pesar de que se alega que las entidades NEXA y AMES también son proveedores estratégicos y deberían quedar excluidos del plan, de las propias manifestaciones de las partes, y así lo verifica el experto independiente en su segundo informe aportado junto con el escrito de oposición de DAS, su afectación al plan no es un riesgo para el desarrollo de la actividad de la sociedad deudora pues los servicios de estas entidades ya estaban suspendidos por los incumplimientos contractuales de DAS, de tal manera que también constan razones objetivas y justificadas para su no exclusión como proveedores estratégicos.

271. Consideramos oportuno reiterar que este control judicial del perímetro de afectación, al igual que el de la formación de clases, hay que entenderlo sin perjuicio de la flexibilidad que preside todo el sistema y respecto de cada caso concreto, es decir, atendiendo a las características concurrentes en cada plan de reestructuración que se someta a nuestra consideración.

272. Además, como también mencionaremos más adelante en relación con la formación de clases, no toda irregularidad o vulneración debe determinar el grave efecto de la ineficacia total del plan (art. 661.2 TRLC), sino que, si la irregularidad resulta inócua no debemos tomarla en consideración, o si se toma en consideración y el resultado de la aprobación del plan se mantuviese, por no alterar el sentido de la votación, tampoco debería producir los efectos mencionados de la ineficacia total, y en este mismo sentido también se pronuncia la sentencia del caso Xeldist.

273. No podemos negar que a este Tribunal se le han planteado serias dudas de hecho y de derecho en relación con las cuestiones planteadas y analizadas en el presente fundamento de derecho por lo que, al estar en los albores de la aplicación e interpretación de esta nueva normativa y de este nuevo instrumento legal -el PR-, que necesariamente ira evolucionando, hemos concluido que no cabe la estimación de la impugnación por una defectuosa elaboración del perímetro de afectación del plan, para así continuar con el análisis de la correcta formación de clases, dentro ya de los créditos afectados por el perímetro del PR.

SEPTIMO.- Sobre la defectuosa formación de clases.

274. Todos los acreedores impugnantes denuncian la defectuosa formación de clases contenida en el PR, bien directa o indirectamente a través del perímetro de afectación, que ya hemos analizado en el fundamento de derecho anterior. Y así, impugnan el auto de aprobación del PR por el incumplimiento de las normas recogidas en los Capítulos III y IV del Título III del TRLC, con base en el art. 654.2º TRLC al que se remite el art. 655.1 TRLC. Los preceptos dedicados a la formación de clases son los artículos 622 a 624 bis TRLC.

275. Consideran los impugnantes que el incorrecto tratamiento de sus respectivos créditos y de otros créditos incluidos dentro del plan ha conducido a la creación de 7 clases de forma artificiosa, con la única intención de obtener una aparente mayoría de clases necesaria para su aprobación, alegando la infracción de los arts. 623 a 624 bis TRLC por los distintos motivos y argumentos que abordaremos a continuación.

276. Consideramos oportuno describir que en el momento de la aprobación del PR el pasivo ascendía a 25.473.098 euros, siendo el pasivo afectado por el plan de 22.332.559 euros (el 88% del total del pasivo), se ha obtenido la aprobación del PR con el voto a favor de 4 clases que ostentan el 16,28% del pasivo afectado, arrastrando al 83,72% restante que votó en contra.

277. La formación de clases cuestionada es la siguiente:

1. Clase 1.- Clase de créditos públicos . (**vota a favor del PR**)

Incluye el 50% de un crédito titularidad de la UPV derivado de un acuerdo de cooperación para la realización de actividades de formación de personal, de investigación científica y desarrollo tecnológico, suscrito entre ambas entidades el 24 de abril de 2018, en virtud del cual se cede el uso en exclusiva a DAS de determinados espacios e instalaciones en la ciudad politécnica de la innovación a cambio de un canon, que ha resultado impagado.

Se trata de una clase unipersonal y asciende a 160.006 euros, en concreto, aquella parte (el 50%) que en un escenario concursal ostentaría el rango de crédito privilegiado ex art. 280.4º TRLC, como crédito con privilegio general.

No prevé quitas y sí una espera de 18 meses (art. 616 bis TRLC).

2.- *Clase 2.- Créditos con el Centro de Desarrollo Tecnológico y la Innovación, E.P.E. (CDTI).* (**vota a favor del PR**).

Incluye el 50% de los créditos titularidad del CDTI que derivan de operaciones de financiación de 4 proyectos de investigación, crédito al que se le atribuye, también, la condición de crédito de derecho público.

Se trata de una clase unipersonal y asciende a 561.796 euros, en concreto, aquella parte (el 50%) que en un escenario concursal ostentaría el rango de crédito privilegiado ex art. 280.4º TRLC, como crédito con privilegio general.

No tendrá quitas y se establece una espera de 3 años, una modificación de los intereses previstos en los contratos iniciales (el 0%) que se fijará en un tipo fijo del 2%, manteniendo las garantías existentes (avales bancarios).

3.- *Clase 3.- Créditos comerciales y financieros de empresas no PYMES.* (**vota en contra el 100%).**

Esta clase está formada por las entidades financieras y titulares de los créditos comerciales, cuyo rango concursal sería el de créditos ordinarios, y excluye a las PYMES. Incluye también los créditos garantizados con aval público otorgado por ICO y el crédito derivado de un contrato de préstamo otorgado por EADE que está garantizado con un derecho real de hipoteca mobiliaria sobre unas patentes.

Se trata de una pluralidad de titulares cuyos créditos ascienden a 9.964.388 euros.

Se les impone una quita del 95% y el 5% restante se fracciona en 3 pagos iguales (el 31 de diciembre de 2023, 31 de diciembre de 2024 y 31 de diciembre de 2025).

4.- *Clase 4.- Créditos titularidad de pequeñas y medianas empresas (PYMES).* (**vota en contra el 100%**).

Incluye créditos, con rango de ordinario, que son titularidad de PYMES y el PR supone un sacrificio superior al 50% del importe de su crédito (art. 623.3 TRLC).

Está constituida por una pluralidad de acreedores cuyos créditos ascienden a 1.410.043 euros.

Se les impone una quita del 95% y el 5% restante se fracciona en 3 pagos iguales (el 31 de diciembre de 2023, 31 de diciembre de 2024 y 31 de diciembre de 2025).

5.- *Clase 5.- Crédito titularidad de la Universidad Politécnica de Valencia por la obligación de reembolso por DAS de la parte correspondiente a dicho organismo de la ayuda concedida por la Unión Europea.* (**vota a favor**).

Este crédito nace de una ayuda concedida por la UE en el marco de dos proyectos (*Disrupt* y *Retina*) en los que participan DAS y la UPV junto con otras empresas de forma conjunta. Aunque DAS percibió para su distribución la parte que correspondía a la UPV en tales ayudas, aquélla no le entregó el dinero, de tal manera que la UPV ostenta un derecho de reembolso frente a DAS.

La UPV y DAS refieren haber alcanzado un acuerdo por el que la primera no reclamará estos importes en tanto en cuanto esté en trámite la aprobación del PR.

Se trata de una clase unipersonal y el crédito asciende a 726.448 euros.

No se le impone ninguna quita, y se prevé un calendario de pagos del crédito íntegro en 4 plazos (1 de junio de 2023, 1 de junio de 2024, 1 de junio de 2025 y 1 de junio de 2026).

6.- *Clase 6.- Financiación interina.* (**vota a favor**)

Los créditos incluidos son los derivados de la financiación interina concedida por la mercantil HEISENBERG que asciende a 2.187.670 euros, y que es necesaria e imprescindible para el buen fin de la reestructuración y para su posterior ejecución, a través de la inyección de dinero nuevo.

Los créditos se capitalizarán al 95% de su importe y el 5% restante no estará sujeto a quitas y se abonará en 3 plazos (el 31 de diciembre de 2023, el 31 de diciembre de 2024 y el 31 de diciembre de 2025).

Se trata de una clase unipersonal.

7.- *Clase 7.- Créditos con persona especialmente relacionada e intereses.* (**vota en contra el 100%**) **.**

En esta clase se incluye tanto el crédito comercial por suministros de la mercantil EVERIS AEROESPACIAL Y DEFENSA, S.L.U., (EADE), que es socio con una participación de más del 10% del capital social de DAS, como el crédito de las entidades Banco Santander, BBVA y Caixabank, por los intereses, y se justifica que estén agrupados en la misma clase porque ambos tipos de créditos, en un concurso potencial, serían subordinados.

Asciende a un pasivo total de 7.322.209 euros.

El crédito de EADE, además de naturaleza comercial, está garantizado con un derecho real de Hipoteca Mobiliaria.

Se les impone una quita del 99% y el 1% restante se pagará tras 3 años de carencia y, a partir de ese momento, en 7 años, el 31 de diciembre de cada año.

278. El PR está formado por 7 clases de las que 4 han votado a favor -todas ellas unipersonales con créditos pertenecientes a sólo 3 acreedores, UPV, CDTI y HEISENBERG-, que representan al 16,28% del pasivo afectado y arrastran al otro 83,72 %, que votó en contra.

7.1. Marco normativo general sobre la formación de clases.

279. Si bien el TRLC es claro en relación con el régimen de mayorías exigible para la aprobación del plan, no lo es tanto respecto de los criterios que deben regir en la formación de clases, a pesar de que se trata de una cuestión esencial. No podemos obviar que hemos pasado de un modelo que se basaba en la mayoría de los pasivos (en los antiguos planes de reestructuración), a un modelo de aprobación por mayoría de clases, que no tiene por qué coincidir con la mayoría del pasivo afectado por el plan, como ocurre en el PR que estamos examinando.

280. De esta forma, una mayoría de clases que representa un porcentaje del pasivo mínimo, en relación con el total del pasivo afectado, puede aprobar el plan y arrastrar a las demás clases de acreedores disidentes, siempre que, al menos, una de esas clases que votan a favor, hubiera sido calificada, en un posible concurso, como crédito privilegiado (art. 639.1º TRLC), o, incluso, una sola clase que esté *in the money* podrá "arrastrar" a las restantes clases en un plan, (art. 639.2º TRLC). Es lo que denominamos los planes no consensuales, es decir, aquellos que no han sido aprobados por todas las clases, a diferencia de los planes de reestructuración aprobados por todas las clases de acreedores, contemplados en el art. 638 TRLC.

281. La dificultad de los planes no consensuales estriba en conciliar una cierta flexibilidad en la formación de clases de acreedores y el principio o regla de la mayoría que preside la aprobación de todo plan de reestructuración, ya que de permitirse una excesiva proliferación de clases puede corromperse el principio mayoritario y que el plan se apruebe por unos acreedores residuales que, además, no son los que asumen las consecuencias económicas de su decisión, sino que son los acreedores disidentes los que acaban sufriendo las consecuencias de la reestructuración.

282. En la formación de clases el punto de partida es el art. 622 TRLC que prevé que los créditos afectos por el plan voten agrupados por clases de créditos. Acto seguido se recogen los *criterios legales para la formación de las clases*, que podemos sintetizar de la siguiente manera: (i) una cláusula general; (ii) cuatro reglas de separación de clases que necesariamente han de respetarse, es decir, imperativas; y (iii) unos criterios adicionales que nos ayudarán a concretar esa cláusula general, es decir, qué criterios nos permitirán formar otras clases, más allá de las clases obligatorias (arts. 623 a 624 bis TRLC).

283. **El criterio o cláusula general** para la formación de clases está recogida en el art. 623.1 TRLC, en el que se establece que la formación de clases debe responder a la existencia de *un interés común* para los

integrantes de cada clase determinado *conforme a criterios objetivos*, en consonancia con el art. 9.4 de la Directiva 1023/2019, que habla de " *comunidad de intereses"* o *"criterios comprobables"*. Por tanto, la primera conclusión que debemos extraer es que la formación de clases no debe depender de criterios subjetivos o personales de los acreedores, aunque éstos puedan tener un interés común.

284. **Las reglas o criterios imperativos en la formación de las clases** son cuatro:

(i) El primer criterio es *el rango concursal, determinado por el orden de pago*, lo que significa que los créditos de distinto rango concursal deben separarse en clases distintas - art. 623.2 TRLC-. Se trata de una regla de separación vertical de los créditos.

Por lo tanto, en lo sustancial, la formación de clases deberá ajustarse a los criterios de clasificación de los créditos concursales, recogidos en el Capítulo III del Título V del Libro I del TRLC que regula el concurso de acreedores, en sus artículos 269 y siguientes. Y, en consecuencia, la división de clases se corresponderá con la naturaleza de los créditos: créditos privilegiados, créditos ordinarios y créditos subordinados. Y dentro de los créditos privilegiados, el propio TRLC distingue entre los créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general.

Esta regla implica que los créditos garantizados no pueden estar incluidos en la misma clase que los no garantizados, o los ordinarios en la misma clase que los subordinados.

(ii) El segundo de los criterios imperativos es que *los créditos con garantía real deben constituir una clase separada del resto* (sin perjuicio de que puedan separarse en una o más clases, lo que analizaremos más adelante), y así lo dice expresamente el art. 624 TRLC. Criterio éste que viene impuesto también por el art. 9.4 y considerando 44 de la Directiva 1023/2019.

(iii) El tercer criterio legal imperativo es aquél que impone que *los acreedores, PYMES, a los que el PR les va a suponer un sacrificio superior al 50% del importe de su crédito*, también deben constituir una clase de acreedores separada (art. 623.3 *in fine).*

(iv) Por último, *los créditos públicos* también deberán constituir una clase separada (art. 624bis TRLC).

285. Por tanto, vemos como se imponen una serie de reglas imperativas, la primera de ellas podríamos decir que se trata de una separación vertical de los créditos pues distingue entre los diferentes rangos concursales (privilegiados, ordinarios y subordinados) y las otras tres reglas se aplican dentro el mismo rango concursal, dividiendo horizontalmente los créditos del mismo rango en distintas clases. Es por ello por lo que, para afrontar la impugnación del presente plan de reestructuración ha sido necesario abordar todas las cuestiones planteadas sobre la naturaleza de los créditos afectados y su tratamiento en un supuesto escenario concursal, incluso el tratamiento de los créditos derivados de avales con contragarantías que, como créditos contingentes, se han excluido del perímetro de afectación. El análisis de la caracterización y tratamiento concursal de los créditos ha sido esencial para saber y decidir si se han respetado los criterios o reglas de formación de clases y el régimen de mayorías para la aprobación del plan no consensual que estamos examinando.

286. **Los criterios adicionales para la formación de clases**. Dentro del respeto a los criterios imperativos, el legislador nos ofrece otros criterios que pueden ser utilizados para separar los créditos del mismo rango en clases distintas:

(i) *Cuando haya razones suficientes que lo justifiquen* y que deben atender a *criterios objetivos* (así se dice en la SAP Pontevedra del caso Xeldist), tales como: el *interés común* o *el tipo de crédito de que se trate*, lo que se deduce de los propios ejemplos que nos ofrece el legislador cuando apunta a " *la naturaleza financiera o no financiera del crédito, al conflicto de intereses que puedan tener los acreedores que forman parte de distintas clases, o a cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración*" (art. 623.3 TRLC). Esta interpretación consideramos que es lo más acorde al art. 9.4 de la Directiva 1023/2019, que se refiere a " *criterios comprobables*" o al considerando 44 de la Directiva que hace una referencia a " *derechos sustancialmente similares*".

En este punto consideramos oportuno detenernos, especialmente en relación con la interpretación que pueda darse al último supuesto ejemplificativo del art. 623.3 TRLC que permitiría entender como causa justificada para la separación de clases, entre créditos del mismo rango, la mera voluntad del deudor, al decidir dar a unos un trato diferente a otros. Es decir, cuando la decisión del deudor de separar los créditos de igual condición se justifica en " *cómo los créditos vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración*", creemos que no debemos interpretar que el deudor puede formar las clases que desee atribuyendo un trato distinto a dos créditos de igual rango. Una conclusión así nos conduciría no a un sistema con criterios flexibles en

la formación de clases, que compartimos y asumimos, sino a una ausencia total de reglas en materia de formación de clases.

Esta Sala considera que, en aplicación del art. 623 TRLC, la separación en distintas clases y el trato diferenciado entre créditos de la misma condición deberá siempre justificarse atendiendo a criterios objetivos, es decir, sólo en el caso de que los intereses de los acreedores incluidos en una y otra clase sean distintos y, sin embargo, comunes dentro de cada clase, podremos entender justificada la formación de dos o más clases con créditos de igual rango o de la misma condición y, por ende, también deberemos entender justificado el trato diferente, aunque nunca discriminatorio (es decir, menos favorable).

En conclusión, este trato diferencial no justificado es un problema de defecto en la formación de clases (art. 654.2º TRLC), y debe ser examinado desde esta perspectiva y, sólo si lo supera analizaremos si ese trato diferencial inicialmente justificado para separar en distintas clases los créditos de igual condición es, o no, discriminatorio (art. 655.2.3º TRLC), con las distintas consecuencias que supone estimar la impugnación por un defecto en la formación de clases o por un supuesto de discriminación. Los Tribunales debemos examinar si ese trato diferencial que sirve para separar una clase en dos, a pesar del mismo rango concursal, se hace con la única intención de aprobar el plan de reestructuración o si responde a criterios objetivos.

(ii) Cuando se trate de *créditos con garantía real*, también se permite separarlos en clases distintas *atendiendo a la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados.* Ahora bien, este criterio, a pesar de la rotundidad del art. 624 TRLC, puede no ser el único que permitiría separar los créditos garantizados en clases diferentes, pues si entendemos el rango concursal en relación con el orden de pago, también deberían separarse en dos clases diferentes si existe una primera o segunda garantía, aunque recaiga sobre el mismo bien. No obstante, acudir a otros criterios adicionales atendida la literalidad del precepto será cuestión a abordar en cada PR tras valorar las razones o justificación que se dé para la separación en distintas clases.

287. Si bien es cierto que el criterio que ha ido imponiéndose en las distintas resoluciones judiciales que se han dictado es que la formación de clases debe afrontarse por el juez con una visión amplia, flexible y ajustada a las circunstancias de cada caso concreto, esta Sala también aprecia que del tenor de los preceptos examinados (arts. 622 a 624 bis TRLC, que abordan la formación de clases), la intención del legislador es imponer una interpretación favorable a la agregación entre los créditos afectados del mismo rango, y será la separación o desagregación en distintas clases dentro del mismo rango la que necesitará una " *justificación suficiente",* cuando estemos ante planes no consensuales. Además, no vale cualquier justificación, pues ésta debe ajustarse a los criterios que aportan dichos preceptos, y en caso de que no se ajusten a los mismos debe prosperar la impugnación con las consecuencias que supone apreciar una defectuosa formación de clases.

288. El principal problema lo encontramos en los planes no consensuales y en la formación de clases distintas con créditos del mismo rango concursal, pues si se separan clases del mismo rango y todos aprueban el plan no hay problema, y si la separación de clases responde a que se trata de créditos de distinto rango, tampoco habrá nada que objetar.

289. Por otra parte, tampoco podemos olvidar que los protagonistas de la reestructuración son los acreedores y los acuerdos alcanzados entre ellos con el deudor, y su finalidad debe ser siempre preservar el interés superior de la continuidad de la actividad empresarial. El Tribunal debe limitarse al control de legalidad, a garantizar el respeto de los criterios normativos cuyo objetivo es priorizar el interés común de todos los acreedores, con la finalidad de evitar que tales acuerdos, en el fondo, oculten otros fines.

290. En nuestro plan de reestructuración se impugna una indebida formación de clases por infracción de las normas imperativas previstas en los arts. 623 a 624bis TRLC. Especialmente, los acreedores impugnantes denuncian que el tratamiento de los créditos dado en el PR es erróneo, lo que ha conducido a una formación de clases artificiosa (arts. 624 y 624bis TRLC) y, además, que se han separado créditos en distintas clases a pesar de ser del mismo rango concursal y sin ninguna razón que lo justifique más allá de crear clases de forma artificiosa para obtener la mayoría necesaria para su aprobación, cuestiones éstas que abordaremos a continuación.

7.2. Análisis de las cuestiones planteadas sobre la formación de clases. Valoración de la Sala:

A. *La **clase 1** " Clase de crédito público", unipersonal, titularidad de la UPV; y la **clase 2** "Créditos con el Centro de Desarrollo Tecnológico y la Innovación, E.P.E. (CDTI)", unipersonal, titularidad del CDTI* .

291. Las razones alegadas son compartidas para ambas clases algunas de ellas, y otras son específicas para la clase 1 (crédito titularidad de la UPV) y, en síntesis, son las siguientes:

a). En común para ambas clases 1 y 2. Consideran los impugnantes que el art. 624 bis TRLC es imperativo y obliga a que los créditos de derecho público estén todos incluidos en la misma clase, sin posibilidad de

separarlos en distintas clases, de tal manera que la Clase 1 y Clase 2, en caso de entender que estamos ante créditos de derecho público, deberían formar una única clase. Y así, quedarían reducidas las clases de 7 a 6 de las que sólo habrían votado a favor 3, por lo que no concurriría la mayoría simple necesaria para la aprobación del plan no consensual (art. 639.1ª TRLC, mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase que en el concurso habría sido calificada como crédito privilegiado).

Se cuestiona, también, como un defecto de formación de clases, que sólo se han incluido dentro del perímetro el 50% de dichos créditos públicos, la parte que ostenta el rango de créditos privilegiados generales, y se ha dejado fuera del perímetro de afectación del plan el otro 50% de los créditos de derecho público, aquellos que ostentarían el rango de ordinario. Esta cuestión ya ha sido analizada en el fundamento de derecho anterior, y nos remitimos a lo allí expuesto para rechazar este argumento.

b). Con carácter alternativo, niegan que se trate de créditos de derecho público, tanto el que es titularidad de la UPV como el que es titularidad del CDTI, y defienden que son créditos de derecho privado: Uno, de naturaleza comercial (el de la UPV), y el otro, de naturaleza financiera (el de CDTI), por lo que tales créditos deberían formar parte de la clase 3 *"créditos comerciales y financieros no PYMES"*, como créditos de igual rango que son (ordinarios). Y así, al quedar reducida las clases de 7 a 5, de las que únicamente votaron a favor 2, tampoco concurriría la mayoría simple necesaria para la aprobación del PR.

c). Por último, y en relación exclusivamente con la clase 1, el crédito titularidad de la UPV, alegan que es una persona especialmente relacionada con DAS PHOTONICS y por ello debería estar incardinada en la clase 7 " *Créditos con persona especialmente relacionada e intereses",* debiendo desaparecer la clase 1 y de esta manera las clases quedarían reducidas a 6 y tampoco habría obtenido el PR la mayoría necesaria para su aprobación.

292. *La **clase 2**, unipersonal, el 50% del crédito titularidad de CDTI, de derecho público, cuyo rango en un supuesto escenario concursal sería el de privilegiado general* . El art. 624 bis TRLC establece que los créditos de derecho público constituirán una clase separada entre las clases de su mismo rango concursal. Por tanto, habiendo ya resuelto que estamos ante un crédito de naturaleza pública, (fundamento de derecho cuarto), cuya clasificación en un supuesto escenario de concurso de acreedores sería el 50% crédito con privilegio general, el hecho de que se configure una clase unipersonal para CDTI como titular de un crédito de derecho público y que comprenda únicamente aquella parte del crédito que ostenta el rango de privilegiado general, (el 50%), es respetuoso con las reglas de formación de clases del TRLC.

293. La alegación de que los créditos de derecho público deben formar una única clase sin posibilidad de formar clases diferenciadas o separadas en aplicación del art. 624 bis TRLC, y que por lo tanto la Clase 1 y Case 2, en caso de haber sido ambas inclusivas de créditos de derecho público, infringirían dicha regla imperativa al incluir cada una de ellas un crédito unipersonal de naturaleza pública y ambos del mismo rango concursal (privilegiados generales).

294. Este argumento también decae desde el momento en que consideramos que los créditos titularidad de la UPV, tanto el incluido en la clase 1 (por derechos de arrendamiento) como el incluido en la clase 5 (por un derecho de reembolso de una subvención, que ha decidido no reclamar a DAS), no son créditos de derecho público, por lo que no procede que concurran en la misma clase por este motivo.

295. Ahora bien, al hilo del argumento esgrimido por algunos impugnantes, si bien es cierto que el art. 624 bis TRLC es una regla imperativa y que exige que dentro de su mismo rango concursal haya una clase separada de créditos de derecho público, no consideramos que ello implique que todo el crédito público deba estar incluido en una única clase ya que la propia dicción del artículo permite tantas clases separadas como créditos de derecho público de distinto rango haya.

296. Cuestión distinta es si dentro del mismo rango concursal, y existiendo varios créditos de derecho público, deberían estar todos agrupados en la misma clase o cabría aplicar los criterios adicionales del art. 623.3 TRLC, es decir, si los créditos públicos de un mismo rango concursal obligatoriamente deben estar en la misma clase, o podrán separarse en distintas clases cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Al respecto, consideramos que si bien es cierto que la literalidad del art. 624bis TRLC parece no admitir que se acuda a los criterios adicionales para diferenciar los créditos públicos del mismo rango concursal, se trata de una cuestión que creemos deberá analizarse en cada caso concreto y dependerá de las razones que se ofrezcan para separar los créditos públicos en diferentes clases. Cuestión distinta es que sea fácil encontrar las razones que justifiquen la separación, máxime si tenemos en cuenta que cuanta más proliferación de clases exista más peligro hay de que las impugnaciones prosperen porque las razones de la separación no respondan a criterios objetivos comprobables. En todo caso, si hemos dado por bueno que unos créditos públcos queden dentro del perímetro y otros fuera del prímetro, atendida la justificación y las razones objetivas alegadas, no vemos problema para que estos mismos criterios puedan servir para separar estos créditos en diferentes clases, pero en tod caso, habrá de examinarse en cada caso concreto.

297. Análisis de ***la clase 1*** *, unipersonal, formada por el 50% del crédito titularidad de la UPV y derivado de los derechos de arrendamiento de espacios e instalaciones* **.**

298. El argumento de que las clases 1 y 2 deberían reducirse a una única clase, atendida la naturaleza pública de ambos créditos (el de CDTI y el de la UPV) y la aplicación imperativa del art. 624bis TRLC, ha decaído desde el momento en que consideramos que no estamos ante un crédito de naturaleza pública, sino que este crédito, a diferencia del de CDTI, no reúne tal condición. Por lo tanto, su rango en un supuesto escenario concursal no sería el de crédito privilegiado sino el de crédito ordinario (el 100% del crédito y no sólo el 50%) y, en consecuencia, no cabe la inclusión de ambos créditos en la misma clase porque no cabe la formación de una clase con créditos de distinto rango (privilegiado general y ordinario, ex art. 623.1 y 2 TRLC) y porque el crédito público, además, debe formar una clase separada de los demás dentro de su mismo rango (art. 624bis TRLC).

299. En segundo lugar, tampoco acogemos el argumento de que la clase 1 debería desaparecer porque el crédito de la UPV debe estar junto con los créditos de la clase 7 " *Créditos con persona especialmente relacionada e intereses"*. Y así, la formación de la clase 7 y los créditos que la integran encuentra su justificación en que se trata de créditos cuyo rango concursal sería el de subordinados, por ser su titular una persona especialmente relacionada con la sociedad deudora y por tratarse de intereses, y la UPV no tiene la condición de persona especialmente relacionada con DAS y su crédito en un escenario concursal no sería calificado como subordinado sino como ordinario, y no es factible que formen parte de la misma clase los créditos de distinto rango concursal, *ex* art. 623.2.TRLC.

300. Recordemos que la UPV no es una persona especialmente relacionada con DAS PHOTONICS porque dos años antes del PR ya había dejado de ser miembro del Consejo de Administración (art. 283.1.2º TRLC), y, además, cuando nació el crédito que ostenta frente a la deudora, no ostentaba el porcentaje de participación del capital social que se exige para que se considere persona especialmente relacionada (art. 283.1.1º TRLC) ya que era titular únicamente de un 7,1% del capital social. En todo caso, en este punto, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto de la presente resolución.

301. La siguiente cuestión a abordar, partiendo de que estamos ante un crédito de naturaleza comercial y ordinario, es si existen razones suficientes que justifiquen la creación de la Clase 1 como clase separada de la Clase 3 que incluye el resto de créditos ordinarios de naturaleza comercial y no PYMES, es decir, créditos de la misma naturaleza y rango concursal que el crédito de la UPV y que el deudor ha decidido desagregar

302. La justificación que consta en el PR, así como en el informe del experto independiente, atiende a la naturaleza pública de este crédito como motivo para formar una clase separada. Ya hemos concluido que esta justificación no es válida y es consecuencia del tratamiento equivocado que se ha dado a este crédito en el PR.

303. A partir de aquí lo que nos planteamos es, si al no resultar válida la justificación dada por el deudor y el experto independiente para la formación de la Clase 1, ello es suficiente por sí solo para entender que se han vulnerado las reglas de formación de las clases o si, la Sala, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la naturaleza del crédito titularidad de la UPV y los intereses diferentes que existen entre la UPV y el resto de acreedores ordinarios comerciales, puede apreciar que concurren otras razones distintas de las alegadas por la entidad deudora y si éstas son suficientes para justificar que se forme una clase separada de aquella que agrupa a los créditos de su mismo rango y naturaleza comercial -incluidos todo ellos en la Clase 3-.

304. Esta cuestión es determinante porque si consideramos que la creación de la Clase 1 no es correcta porque no concurren razones objetivas que justifique su desagregación de la Clase 3, resultará que, de haberse formado correctamente las clases hubiesen resultado 6 clases en lugar de 7, y no se habría obtenido la mayoría exigida en el 639.1º TRLC.

305. Atendiendo a las circunstancias concurrentes y que constan en relación con este crédito titularidad de la UPV, creemos que sí concurren criterios objetivos que permiten dar por buena la formación de esta Clase 1 separada de la Clase 3 que congrega el resto de créditos comerciales con rango concursal de ordinarios. Así, ponemos el acento en la naturaleza del crédito por los arrendamientos de espacios e instalaciones de la UPV para el desarrollo de la actividad empresarial de DAS; actividad que está vinculada con la finalidad que le corresponde a la UPV como entidad de derecho público, en su función de investigación y desarrollo tecnológico; dichos arrendamientos forman parte de un acuerdo marco de colaboración que va mucho más allá de la mera cesión o alquiler de espacios e instalaciones, por lo que entendemos tiene un especial interés en la viabilidad del plan y en favorecer la reestructuración, en contraposición con los créditos incluíos en la Clase 3 cuyo interés común es obtener la satisfacción de sus créditos. Además, tal desagregación también está justificada en que es esencial y necesaria para garantizar la viabilidad de la mercantil deudora, es decir, para la continuación diaria de su actividad dado que es la propietaria de las instalaciones donde DAS desarrolla los proyectos europeos en los que está inmersa, y por lo tanto hay una situación objetiva de dependencia para mantener la continuidad de la actividad.

306. En atención a lo expuesto consideramos que, al igual que la Clase 2, la formación de la Clase 1 es correcta, entendemos que su separación de la Clase 3 está justificada a pesar de ostentar el mismo rango concursal -créditos ordinarios-, y su desagregaión ha obedecido a razones objetivas suficientes que contraponen los intereses de la UPV frente al resto de créditos comerciales y financieros.

B. *La* ***clase 3*** *"Créditos comerciales y financieros de empresas no PYMES.".* Los argumentos esgrimidos por los impugnantes son los siguientes:

a). La entidad Caixabank cuestiona la procedencia de que se agrupen en una misma clase los créditos comerciales y financieros, debiendo estos créditos estar separados en 2 clases diferentes, por lo que no habría 7 sino 8 clases de las que habrían votado 4 a favor y 4 en contra, no concurriendo la mayoría simple necesaria para la aprobación del plan no consensual.

b). La entidad EADE refiere como causa de impugnación que en la Clase 3 se han incluido créditos financieros que gozan de privilegios, y que han sido alegados por las entidades financieras (menciona a BANKINTER y al Banco Santander). También su propio crédito derivado de un Contrato de Préstamo con DAS está garantizado con un derecho real de hipoteca mobiliaria, por lo que, concluye, debería formarse una clase separada de créditos privilegiados.

307. En las reglas de formación de clases no se prevé un derecho a formar una clase independiente dentro de los ordinarios afectados, salvo cuando se trata de pequeños acreedores que se ven afectados en más de un 50% sus créditos, o cuando se refiere al crédito público. Fuera de estos dos casos, los créditos afectados por un mismo rango sí pueden separarse en distintas clases, pero siempre que haya razones que así lo justifiquen.

308. El propio art. 623.3 TRLC da una serie de ejemplos de supuestos que admitirían la separación en clases de los créditos del mismo rango concursal, y así prevé que cabría, por ejemplo, separar en dos clases distintas los ordinarios afectados, una para los financieros y otra para los comerciales, pero, en todo caso, el criterio interpretativo debe ser favorable a la agregación de créditos y no a la desagregación, y, por tanto, no existe un derecho a formar una clase independiente dentro de los ordinarios afectados, salvo las excepciones meniconadas, aunque hubiese razones que pudiesen justificar la separación en dos clases. Es por ello, que el primer argumento esgrimido debe ser rechazado.

309. La impugnación de EADE relativa a la incorrecta formación de la Clase 3 se centra, por un lado, en que en la misma se incluyen créditos con entidades financieras que están garantizados, lo que ebemos descartar. Y así, en relación con el crédito de BANKINTER, ya dijimos que no se trata de un crédito con una garantía real (fundamento de derecho cuarto, al no estar válidamente constituida la prenda sin desplazamiento sobre un crédito futuro para ostentar la condición de crédito privilegiado); y en relación con los avales con contragarantías titularidad de las entidades financieras, también hemos dicho que son créditos contingentes y que están fuera del perímetro de afectación del PR de forma justificada (fundamento de derecho quinto). Por otro lado, alega que se ha incluido en esta Clase 3 un crédito de su titularidad derivado de un contrato de préstamo que nació antes de que EADE adquiriese la condición de persona especialmente relacionada en DAS, y que se trata de un crédito garantizado, y en este punto sí compartios la infracción alegada por esta entidad.

310. En el fundamento de derecho cuarto, apartado 4.6., ya dijimos que al tiempo de elevarse a público el PR, el 31 de marzo de 2023, ya se había perfeccionado una hipoteca mobiliaria en garantía de dicho crédito titularidad de EADE, hipoteca que recae sobre unas patentes que hemos dejado descritas. Es cierto que la hipoteca mobiliaria se inscribió en el Registro de Bienes Muebles el 12 de abril de 2023, si bien, como consecuencia de que los efectos de la inscripción deben retrotraerse al momento en que se practicó el asiento de presentación, el día 17 de enero de 2023, a las 13.45 horas, debemos entender que en el momento de la aprobación del PR ya estaba válidamente constituida, por aplicación de los arts. 45 y 71 LHMPSD y el art. 24 LH.

311. Es por ello que en la Clase 3 sí apreciamos la infracción de reglas imperativas sobre la formación de clases, y así, se han agrupado créditos que pertenecen a rangos concursales diferentes, además de los créditos comerciales y financieros de no PYMES, cuyo rango en un supuesto escenario concursal sería de ordinarios, se ha incluido un crédito financiero, el de EADE, cuyo rango concursal sería el de privilegiado por tener válidamente constituida a su favor una garantía real en el momento de la aprobación del PR.

312. Además, también se ha infringido otra norma imperativa, la del art. 624 TRLC que exige que los créditos con garantía real sobre bienes del deudor constituyan una clase única, y por lo tanto separada de las demás, lo que no se ha verificado pues no consta una clase de créditos privilegiados. De esta manera no habría 7 sino 8 clases y el PR ya no nos consta que hubiese obtenido la mayoría simple necesaria para su aprobación, de conformidad con el art. 639.1º TRLC.

C. *En la* ***clase 4*** *"Créditos titularidad de pequeñas y medianas empresas (PYMES)".* Sostiene EADE que en esta clase se han incluido créditos ostentados por el acreedor ELISEO PLA RAMIREZ, S.L., cuya cifra de ventas del

año 2020 y 2021, según la información pública disponible, ascendió a más de 45 millones de euros y contaba con 79 empleados, por lo que no debería estar incluida en la clase de los créditos ordinarios titularidad de no PYMES. Refiere que este hecho pone de manifiesto que el experto independiente no ha realizado una adecuada verificación de los acreedores incluidos en las diferentes clases del PR.

313. El crédito titularidad de ELISEO PLA RAMIREZ, S.L., y reconocido en el PR es de 1.185.844 euros (así consta también en el informe del experto independiente), y está incluido en la clase 4 que engloba un pasivo afectado en la clase de 1.410.043 euros.

314. Las PYMES son aquellas empresas que ocupan a menos de 250 personas y su volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o su balance general anual no excede de 43 millones de euros. La definición de una PYME está recogida en el artículo 2 del Anexo I del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de la Unión Europea. Los datos para el cálculo del personal e importes financieros serán los correspondientes al último ejercicio contable cerrado y se calculan sobre una base anual, a partir de la fecha en que se cierran las cuentas (art. 4.1 Anexo I).

315. Por su parte, el artículo 4.2 del Anexo I mencionado, proporciona estabilidad y certidumbre a las empresas que se encuentran próximas a los umbrales definidos y corren riesgos de superarlos temporalmente durante un ejercicio excepcional o en mercados volátiles. Así, si una empresa supera los máximos establecidos (tanto de efectivos como financieramente) durante el año de referencia, podrá conservar la condición de PYME que tenía al inicio del año contable; si supera alguno de los niveles máximos durante dos periodos contables consecutivos, perderá esta condición.

316. Si damos por bueno que la mercantil ELISEO PLA RAMIREZ, S.L., excede de los umbrales indicados en lo que respecta al ámbito financiero, y que no estamos ante una PYME, es cierto que su inclusión en la clase 4 del PR no sería correcta, si bien llama la atención que no sea dicha entidad la que cuestiona que se le haya atribuido la condición de PYME.

317. Pero este hecho tampoco nos puede llevar a la conclusión, sin más, de que estamos ante una incorrecta formación de clases que ha incidido en la mayoría necesaria para la aprobación del plan. La irregularidad planteada, en caso de darla por buena, no afectaría a las mayorías exigidas para la aprobación del PR dado que se habría obtenido el mismo resultado, y ello es así porque la mercantil ELISEO PLA RAMIREZ, S.L., votó en contra de la aprobación del PR dentro de la clase 4, y la clase 3 también votó en contra de su aprobación, de modo que seguiría perteneciendo a una clase de créditos que no aprobaron el plan y nada hace prever que, en ese caso, hubiese cambiado o modificado su voto en contra dado que todos los créditos de la clase 3 y 4 están afectados por el PR en la misma medida, es decir, con la misma quita (95%) y espera.

318. De esta forma, entendemos, como también lo hace la SAP de Pontevedra, n.º 179/2023, de 10 de abril de 2023, caso Xeldist, fundamento de derecho segundo, que si la comisión de algún error en la formación de clases, en función de la naturaleza del crédito, no afecta a las mayorías exigidas por la norma concursal para su aprobación, el defecto resultará irrelevante, por aplicación del denominado test de resistencia, por lo que en nuestro caso rechazamos este argumento como motivo para estimar una incorrecta formación de clases.

D. *Sobre la **clase 5**, " Crédito titularidad de la Universidad Politécnica de Valencia por la obligación de reembolso por DAS de la parte correspondiente a dicho organismo de la ayuda concedida por la Unión Europea. "*. Los impugnantes alegan, en síntesis:

a). Carece de sentido separar este crédito en una clase diferente a la de la Clase 1, que engloba un único crédito también titularidad de la UPV, y de la Clase 2, atendida su condición de crédito de derecho público. (alegaciones de BBVA, BANKINTER, NEXA y AMES), y con ello consideran que se ha vulnerado el ar. 624bis TRLC.

b). En caso de que consideremos que estamos ante un crédito privado, cuyo rango en un supuesto escenario concursal sería el de ordinario, carece de toda justificación que tenga un tratamiento distinto al resto de acreedores que ostentan su mismo rango concursal mediante la creación de una clase unipersonal y separada de la Clase 3 (créditos comerciales y financieros no PYMES). (alegaciones del Banco Santander y COMSA).

c). Por la condición de la UPV como persona especialmente vinculada, debería estar incluido este crédito en la clase 7, y no existir como clase independiente. (alegación de EVERIS).

319. En primer lugar, y según hemos razonado en esta resolución en distintos fundamentos de derecho, el crédito titularidad de la UPV incluido en la Clase 5 no es de naturaleza pública, como tampoco lo es el crédito de la UPV incluido en la Clase 1, y así, la justificación de que ambos créditos deben formar una única clase junto con el crédito del CDTI atendiendo exclusivamente a su condición de créditos de derecho público de conformidad con el art. 624bis TRLC, debe ser desechada.

320. En segundo lugar, también hemos descartado que la UPV reúna la condición de persona especialmente relacionada con DAS pues no ostentaba la participación exigida en el art. 283.1º TRLC en el momento del nacimiento de su crédito, por lo que el argumento de que la clase 5 debería desaparecer e incluirse en la clase 7, también debe ser rechazada.

321. A continuación abordaremos el argumento consistente en que carece de toda justificación la creación de la Clase 5 al margen de la Clase 3, que comprende los créditos ordinarios comerciales y financieros no PYMES.

322. La justificación que se nos ofrece en el PR, y que reproduce el experto independiente en su informe, se centra en la naturaleza del crédito titularidad de la UPV puesto que el mismo tiene su origen en dos proyectos I+D desarrollados por DAS y subvencionados con fondos europeos en los que participaban varias empresas, entre las que se encuentra la UPV como receptora de parte de la subvención. La UPV ha permitido a DAS la disposición y uso de los importes que le correspondían de la subvención de los mencionados proyectos, ostentando así un derecho de reembolso sobre los mismos tras alcanzar un acuerdo de aplazamiento en la reestructuración para su pago, en tanto en cuanto esté vigente el PR.

323. En primer lugar, no estamos ante un crédito de derecho público y, en segundo lugar, aunque pudiésemos entender que se trata de un crédito que nace de un acto análogo a la finalidad económica de un préstamo, lo que hemos apuntado como posibilidad en el fundamento de derecho cuarto, al no ser la UPV una persona especialmente relacionada con DAS en un escenario concursal estaríamos ante un crédito con rango ordinario y no subordinado. Partiendo de esta premisa, consideramos que sí concurren razones suficientes para separar esta clase 5 del resto de créditos ordinarios incluidos en la clase 3 del PR a pesar de tener todos ellos el mismo rango concursal en un supuesto concurso de acreedores -el de créditos ordinarios-.

324. Esta cuestión también es determinante, porque si consideramos que la creación de la clase 5 no es correcta, por no entender justificada la desagregación de la clase 3, resultaría evidente que de haberse formado correctamente las clases no se habría alcanzado la mayoría necesaria para la aprobación del PR, pues de 7 hubiesen resultado 6 clases y no se habría obtenido la mayoría exigida en el 639.1º TRLC.

325. Es un crédito que nace del acuerdo privado entre ambas entidades en virtud del cual la UPV cedió a DAS el uso de un dinero que provenía de la concesión de una subvención europea, para que dispusiera del mismo sin ningún tipo de contraprestación. Dinero que, además del tiempo ya transcurrido sin requerir a DAS su restitución, la UPV se compromete a no reclamar mientras esté vigente el PR y éste produzca efectos, y en el propio PR se aplaza su devolución en 4 pagos anuales. Consideramos que se trata de un crédito de distinta naturaleza al resto de créditos financieros y comerciales no PYMES incluidos en la Clase 3, además, concurre en la UPV un evidente interés en la viabilidad del plan y en favorecer la reestructuración a diferencia del resto de créditos financieros y comerciales, cuyo interés común es la satisfacción de sus créditos en la medida de lo posible.

326. Además, justifica la entidad deudora - y lo suscribe el experto independiente- que en caso de que no se restituyera esta suma a la UPV como partícipe de un proyecto I+D subvencionado con fondos europeos, ello impediría que DAS continuase participando en este tipo de proyectos subvencionados, por lo que no cabe otra conclusión que entender que estamos ante un crédito muy relevante a efectos de poder continuar con la actividad empresarial de DAS y, además, también determinante para el buen fin de la reestructuración, que permite entender justificada su desagregación de la Clase 3.

327. Nos queda otra cuestión que analizar en relación con este crédito de la Clase 5, ya que debemos afrontar si entendemos justificado que estén separados los créditos de la UPV en dos clases diferentes, la Clase 1 y la Clase 5, atendido que ambos créditos no sólo coinciden en su titular, sino que también ostentarían en un supuesto escenario concursal el rango de créditos ordinarios.

328. Como ya hemos analizado, dentro del respeto a los criterios imperativos, el legislador ofrece otros criterios que pueden utilizarse para separar créditos del mismo rango en clases distintas, cuando haya razones que así lo justifiquen y atendiendo a criterios objetivos tales como el interés común o el tipo de crédito de que se trate.

329. Las razones alegadas en el PR para justificar la creación de la Clase 1 y la Clase 5 de forma separada deben ser rechazadas, ello es así porque se justifica en la naturaleza pública del crédito de la Clase 1 lo que ha sido descartado por este Tribunal y por tanto no resulta aplicable el art. 624bis TRLC; por tanto, lo que debemos es valorar si existen otras razones que justifiquen su separación, pues es evidente que existe un interés común. En todo caso, el hecho de que la UPV sea la titular de ambos créditos no impide que pueda producirse la desagregación de ambos en dos clases diferentes si concurren razones que así lo justifiquen.

330. Es cierto que hemos entendido que ambos créditos son estratégicos para el desarrollo de la actividad y para la viabilidad del PR; ninguno de los dos créditos está sometido a quitas en el plan. Y así, se prevé para el pago del crédito de la Clase 1 un plazo de espera de 18 meses y sin quita, es decir, el pago íntegro de los

arrendamientos pendientes el 17 de abril de 2024; y el derecho de reembolso de la Clase 5, al que tampoco se establecen quitas, se pagará en 4 pagos anuales, siendo el primero de ellos en junio de 2023, y con un compromiso de no reclamarlo judicialmente mientras esté vigente el PR.

331. No puede negarse que el tipo de créditos que engloba cada uno de ellos es de muy distinta naturaleza. Así, el crédito de la Clase 1 no es un crédito comercial al uso sino que se trata de los arrendamientos de espacios e instalaciones donde desarrolla la actividad DAS. A su vez, el crédito de la Clase 5 es de naturaleza muy distinta a un crédito por arrendamientos, se trata de un derecho de reembolso que se ha decidido aplazar sin ningún tipo de contraprestación y que desde un punto de vista económico pudiese resultar un acto de análoga naturaleza a un préstamo. Ello podría justificar que queden afectados de forma diferente en el PR lo que, en su caso, debería examinarse desde el punto de vista del principio de no discriminación, pero en todo caso nos sirve para entender justificada dicha desagregación en distintas clases que puede responder a diferentes criterios.

332. El propio legislador entre los criterios generales de formación de clases, cuando alude a que puede haber razones suficientes que justifiquen que créditos de un mismo rango concursal puedan separarse en distintas clases, a través de los ejemplos que menciona en el art. 623.3.TRLC contempla que el tipo de crédito de que se trate puede ser un criterio objetivo a tener en cuenta para la desagregación de clases, y en este caso estamos ante créditos de muy distinta naturaleza.

E. *Sobre la* ***clase 6****. " Financiación Interina"* . Aunque algunos acreedores impugnantes (BBVA, Banco Santander, BANKINTER) cuestionan que se trate de una clase unipersonal separada y consideran que debería formar parte de la clase 4, otros acreedores como EADE, reconocen que la clase 6 no infringe la legalidad en cuanto a la formación de clases, pero alega que con la formación de esta clase concurre la causa de impugnación del art. 655.2.3º TRLC, la del trato menos favorable de créditos de igual rango.

333. Lo bien cierto es que la financiación interina puede ser una clase afectada por el plan en la que se establezcan unas condiciones que raramente conllevarán una quita, y además puede ser una clase que vota a favor de su aprobación, pues nada lo impide. Ahora bien, en caso de que se impugne la creación de esta clase lo que debe examinarse es si efectivamente esa financiación es necesaria para garantizar la viabilidad de la sociedad deudora.

334. Igualmente cierto es que del informe del experto independiente se constata que DAS requiere de financiación interina para poder cubrir sus necesidades de circulante, y así, HEISENBERG ha ido otorgando esta financiación para hacer frente a nóminas, cubrir necesidades de tesorería e inversión y otras necesidades operativas, y a fecha de la aprobación del PR la suma aportada ya ascendía a 2.187.670 euros, habiéndose ésta incrementado considerablemente con posterioridad puesto que sigue esta mercantil haciendo frente a las necesidades de la sociedad deudora. Se trata de un crédito esencial para continuar con la actividad empresarial y para la viabilidad del PR, siendo su máximo interés la prosperabilidad del PR. Por tanto, encontramos más que justificada la desagregación de este crédito del resto de las clases que agrupan créditos ordinarios. En este caso, la concesión de la financiación no se ha realizado con la única finalidad de poder aprobar el PR sino para garantizar la viabilidad de la sociedad deudora.

335. Cuestión distinta sería, que el tratamiento dado en el PR a los créditos del mismo rango incluidos en las distintas clases que hemos analizado, superen la causa de impugnación prevista en el art. 655.2.3º TRLC, es decir, que las clases a las que pertenecen los acreedores impugnantes y que han votado en contra de la aprobación del PR -Clases 3 y 4- hayan recibido un trato menos favorable que las otras clases del mismo rango -Clases 1, 5 y 6- que han votado a favor de la aprobación del PR, lo que entraríamos a analizar únicamente en caso de que considerásemos que la formación de clases ha sido correcta, pues un trato diferenciado mediante la separación en distintas clases de los créditos del mismo rango concursal, no significa que deba permitirse un sacrificio desproporcionado o un trato discriminatorio entre créditos del mismo rango.

F. *Sobre la* ***clase 7*** *" Créditos con persona especialmente relacionada e intereses.".* La mercantil EADE es titular de un crédito comercial en la suma de 7.130.746,59 euros y, si bien reconoce que en el momento del nacimiento del mismo ya ostentaba una participación de más del 10% en el capital social de DAS y que por tanto era persona especialmente vinculada con la sociedad deudora, considera que este en un escenario concursal no sería subordinado, por lo que entiende que su inclusión en la clase 7 es errónea y vulnera las normas sobre formación de clases. Además, mantiene que su crédito ostenta una garantía real válidamente constituida que no se ha tenido en cuenta en el PR y que por tanto debiera existir una clase de créditos con garantía real con los 2 créditos de su titularidad (el derivado del contrato de préstamo incluido en la Clase 3 y el derivado del crédito comercial por suministros incluidos en la clase 7), incurriendo el PR en la infracción de una norma imperativa, la del art. 624 TRLC.

336. Se comparten los argumentos alegados por EADE, y así, tal y como hemos expuesto en el fundamento de derecho cuarto, apartado 4.6., entendemos que si bien cuando nace el crédito incluido en la Clase 7 esta

entidad ostentaba la condición de persona especialmente relacionada con DAS, ello no significa que en un supuesto escenario concursal este crédito tuviera la calificación de subordinado lo que, de entrada, supone la infracción del art. 623.2 TRLC pues se ha incluido en la misma clase créditos que en un escenario concursal no ostentarían el mismo rango concursal.

337. Y no ostentaría el rango de subordinado el crédito de EADE porque aunque tiene la condición de persona especialmente relacionada en el momento del nacimiento de la deuda comercial por suministros (al ostentar más del 10% del capital social de DAS), la naturaleza de su crédito entraría dentro de la excepción de la subordinación del crédito del art. 281.2.3º TRLC (al no tratarse de un préstamo o acto de análoga finalidad), pues estamos ante un crédito comercial por suministros.

338. Además, respecto de este crédito también consideramos que se ha omitido que se trata de un crédito garantizado con un derecho de hipoteca mobiliaria (sobre determinadas patentes que ya hemos descrito), de tal manera que también se ha infringido la regla imperativa del art. 624 TRLC que establece que " *los créditos con garantía real sobre bienes del deudor constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases.",* remitiéndonos en este punto también al análisis efectuado en el fundamento de derecho cuarto.

339. En conclusión, esta Sala considera que la impugnación del PR debe ser estimada, consecuencia de una formación defectuosa de las clases, y especialmente se acogen los argumentos expuestos por la mercantil EADE, y al apreciar esta causa de impugnación es innecesario entrar en el análisis de las demás causas de impugnación alegadas.

OCTAVO.-Conclusiones y efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación.

340. Este Tribunal es consciente de que los planes de reestructuración son un instrumento legal introducido en la Ley 16/2022 de trasposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019, que nacen con la intención de que las empresas puedan evitar la insolvencia o salir de ella, es decir, nacen con la intención de velar por la preservación del tejido empresarial y contribuir a evitar la desaparición de empresas que podrían ser viables gracias a la reestructuración, aunque ello suponga la renuncia o sacrificio de los acreedores afectados.

341. Es por ello que hemos abogado por una interpretación flexible de las reglas y criterios que rigen la formación de clases para, en la medida de lo posible, respetar el principio de conservación de los actos y negocios. Así, atendidas las circunstancias concretas del PR sometido a nuestra consideración, hemos entendido justificadas determinadas decisiones relativas al perímetro de afectación y a la configuración de las clases y hemos optado por una interpretación favorable al mantenimiento de la reestructuración siempre que hemos apreciado un mínimo de razonabilidad y justificación.

342. No obstante, la conclusión de esta Sala, tras el análisis de las cuestiones planteadas, no puede ser otra que entender que el motivo de impugnación sobre la defectuosa formación de las clases debe prosperar por los motivos expuestos, especialmente por infracción de las reglas imperativas previstas en el art. 623.2 TRLC -al incluir en la Clase 3, créditos con rango de ordinarios y privilegiados en un supuesto escenario concursal, y en la Clase 7, créditos que tendrían el rango de subordinados y privilegiados, clases de distinto rango concursal-. También por la infracción del art. 624 TRLC, que exige que los créditos con garantía real (EADE) constituyan una clase única, y la consecuencia es que no habría 7 sino 8 clases, de las que nos consta que sólo cuatro habrían votado a favor y por lo tanto no se alcanzaría la mayoría simple necesaria para la aprobación del PR (art. 639.1º TRLC).

343. Y ello con los efectos señalados en el art. 661.2 TRLC, es decir, con la consiguiente declaración de la ineficacia total del plan de reestructuración sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe de acuerdo con la legislación hipotecaria.

344. Los efectos de la presente sentencia se producirán, sin posibilidad de suspensión o aplazamiento, el día siguiente de su publicación en el Registro Público Concursal.

NOVENO.- Costas.

345. Esta Sala aprecia la existencia de serias dudas de derecho en la aplicación de la normativa de los nuevos planes de reestructuración introducidos por la Ley 16/2022, lo que hemos puesto de manifiesto a lo largo de nuestra fundamentación y así, hemos abordado las discrepancias doctrinales sobre algunas cuestiones como los criterios para entender justificada la desagregación de clases o el tratamiento del perímetro de afectación -dentro de la formación de clases o dentro del principio de no discriminación- aportando aquellos argumentos que fundamentan nuestra decisión, pero teniendo en cuenta que nos encontramos en un momento inicial en la aplicación de esta normativa tan novedosa.

346. Asimismo, también nos hemos enfrentado a serias dudas de hecho cuando hemos tenido que analizar algunos de los argumentos relativos al perímetro de afectación o a la desagregación en distintas clases de créditos que en un escenario concursal ostentarían el mimo rango (en concreto, en el análisis de las cuatro clases formadas con créditos ordinarios, Clases 1, 3, 4, y 5). Especialmente, en el análisis de la justificación de la creación de la Clase 1, descartadas las razones dadas por el deudor en el PR para la formación de la misma hemos optado por analizar otras circunstancias concurrentes y que nos constaban para entender que estábamos ante una clase cuya desagregación de la clase 3 estaba justificada, pero con base en motivos distintos de los alegados por el deudor y el experto independiente.

346. Estas dudas de hecho como de derecho a las que nos hemos enfrentado, a pesar de la estimación de la impugnación, justifica que no impongamos las costas en aplicación de la excepción del art. 394.1 LEC, debiendo asumir cada parte sus costas y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

SE ESTIMA la impugnación contra el auto n.º 200/2023, de 18 de mayo de 2023, dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia, en el procedimiento de homologación judicial de plan de restructuración n.º 304/2023 y, en consecuencia, declaramos la total ineficacia del plan de reestructuración de la mercantil DAS PHOTONICS, S.L.

No procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

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

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución no cabe recurso alguno, **y siendo firme la misma,** con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia sin necesidad de ulterior declaración.

Así lo acuerdan, mandan y firman las Ilustrísimas. Sras. Magistradas de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ