

TEMAS

Manual de reestructuraciones empresariales

Directora

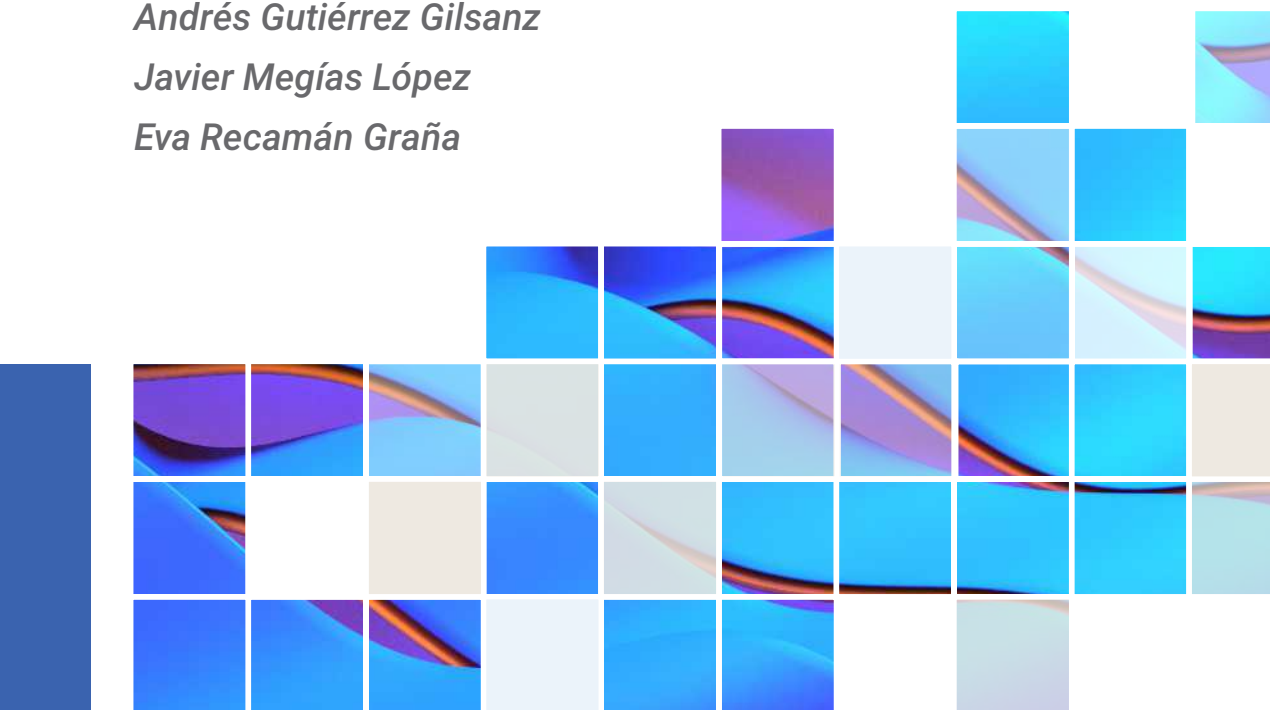
Juana Pulgar Ezquerro

Coordinadores

Andrés Gutiérrez Gilsanz

Javier Megías López

Eva Recamán Graña



III LA LEY

ÍNDICE SISTEMÁTICO

NOTA A LA PRIMERA EDICIÓN	29
TEMA 1. CONCEPTO DE REESTRUCTURACIÓN. José Carlos Vázquez Cueto	39
I. SIGNIFICACIÓN Y ALCANCE DEL TÉRMINO; SU TRASLACIÓN AL TRÁFICO ECONÓMICO.	41
II. UN ESFUERZO DE SISTEMATIZACIÓN DE LA FENOMENOLOGÍA DE LAS REESTRUCTURACIONES.	43
1. Planteamiento	43
2. La reestructuración del empresario	46
A) Descripción y ámbito de actuación.	46
B) Medidas de reestructuración empresarial; una reseña de su régimen jurídico	47
3. La reestructuración patrimonial.	51
A) Consideraciones generales	51
B) Medidas de reestructuración patrimonial; una reseña de su régimen jurídico	52
III. EL DEBATE SOBRE LA FORMACIÓN DE UNA CATEGORÍA NORMATIVA EN TORNO A LA REESTRUCTURACIÓN.	55
BIBLIOGRAFÍA.	58
TEMA 2. SOCIOS Y REESTRUCTURACIONES. Javier Megías López	59
I. INTRODUCCIÓN.	61
II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIO EN UNA SOCIEDAD DE CAPITAL.	61

III.	LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS EN LA ESTRUCTURA FINANCIERA (O DE CAPITAL) DE LA SOCIEDAD.	63
IV.	LAS DECISIONES SOCIALES. LA RELACIÓN DE LOS SOCIOS CON LOS ÓRGANOS SOCIALES.	64
	1. La junta general: principio de mayoría	64
	2. El órgano de administración: organicismo de terceros y control por la junta general	66
V.	EL CONSENTIMIENTO EXCEPCIONAL DE LOS SOCIOS PARA DETERMINADAS DECISIONES SOCIALES	68
VI.	LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL	69
VII.	UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS FRENTE A LA REESTRUCTURACIÓN DE LA SOCIEDAD EN CRISIS: PODER DE DECISIÓN Y POSICIÓN ECONÓMICA ...	70
	1. Crisis patrimonial grave: pérdidas graves.	70
	2. Crisis de solvencia.	71
	A) Concurso de acreedores	71
	B) Planes de reestructuración	72
	BIBLIOGRAFÍA.	74

TEMA 3. REESTRUCTURACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES SOCIALES. Javier Juste Mencía 77

I.	PLANTEAMIENTO	79
II.	FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN: PREPARACIÓN, DECISIÓN, EJECUCIÓN	80
III.	RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: ACCIONES Y ELEMENTOS	82
	1. Acción social y acción individual de responsabilidad ...	82
	2. Conducta antijurídica: vulneración de la ley, incumplimiento de los deberes de lealtad y diligencia	84
	A) Deber de lealtad	84
	B) Deber de diligencia y la regla de discrecionalidad empresarial	86
	3. Relevancia de las instrucciones de la junta general en la imputación	87
	4. Daño y relación de causalidad	88

IV.	PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL Y CONCURSAL	88
1.	Planteamiento: las normas comunitarias sobre deberes de los administradores en la probabilidad de insolvencia y su aplicación en el Derecho español	88
2.	Responsabilidad por deudas en supuestos de falta de disolución por pérdidas	89
3.	Particularidades en materia de deberes de lealtad y diligencia: la atención a los intereses de los acreedores y su incidencia en el ejercicio de acciones indemnizatorias . . .	90
4.	Referencia a la responsabilidad concursal	93
	BIBLIOGRAFÍA	94
 TEMA 4. EL AUMENTO DE CAPITAL. M. ^a Teresa Martínez Martínez		
		95
I.	CARACTERIZACIÓN JURÍDICA Y FUNCIÓN ECONÓMICA . .	97
II.	RÉGIMEN GENERAL (SOCIETARIO) Y ESPECIALIDADES PRECONCURSALES	100
III.	MODALIDADES DEL AUMENTO DE CAPITAL: SUPUESTOS Y REQUISITOS	101
1.	Planteamiento	101
2.	Aumento con elevación del valor nominal	102
3.	Aumento dinerario	103
4.	Aumento con cargo a aportaciones no dinerarias	103
5.	Aumento con cargo a reservas	104
6.	Aumento mixto	106
IV.	EL ACUERDO DE AUMENTO DE CAPITAL ADOPTADO POR LA JUNTA GENERAL	107
1.	Régimen general	107
2.	Especialidades del aumento incluido en un plan de reestructuración	109
V.	LA DELEGACIÓN DEL AUMENTO DEL CAPITAL EN LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	110
1.	La delegación <i>mayor</i> : el capital autorizado	111
2.	La delegación <i>menor</i> para concretar las condiciones para el aumento	112

VI.	LA EJECUCIÓN DEL AUMENTO DE CAPITAL	113
1.	El derecho de preferencia	113
A)	Supuestos de reconocimiento y de no atribución ...	113
B)	Ejercicio y transmisión	115
C)	Exclusión total o parcial	116
2.	Suscripción o asunción y desembolso	117
3.	El aumento incompleto	118
	BIBLIOGRAFÍA	120

TEMA 5.	LA REDUCCIÓN DE CAPITAL SOCIAL.	José Ramón Couso Pascual	123
----------------	--	--------------------------------	-----

I.	INTRODUCCIÓN	125
1.	La reducción de capital como modificación estatutaria ...	125
2.	Finalidad y modalidades de la reducción de capital	125
II.	LOS ACREEDORES Y LA REDUCCIÓN DE CAPITAL	126
1.	El acuerdo de reducción de capital	126
2.	Incidencia de la reducción de capital en los derechos de los acreedores.	127
3.	El derecho de oposición de los acreedores: su fundamento	129
4.	El derecho de oposición estatutario en las sociedades de responsabilidad limitada	130
5.	El derecho de oposición en las sociedades anónimas	132
6.	La exclusión del derecho de oposición en la sociedad anónima	134
7.	El ejercicio del derecho de oposición	137
8.	Los efectos del ejercicio del derecho de oposición	137
III.	LA PROTECCIÓN <i>EX POST</i> DE LOS ACREEDORES EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	139
1.	La responsabilidad solidaria de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada	140
2.	Exclusión de la responsabilidad solidaria de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada	141
IV.	LA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN EL DERECHO PRECONCURSAL	142
1.	Cuestiones generales	142

2. La operación acordeón en el marco de un plan de reestructuración.	143
BIBLIOGRAFÍA.	144

TEMA 6. EL AUMENTO DE CAPITAL POR CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS: RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIALIDADES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN. José Carlos González Vázquez . 145

I. INTRODUCCIÓN.	147
II. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL AUMENTO DE CAPITAL POR CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS	148
1. Conceptos generales básicos sobre el aumento de capital por capitalización de créditos	148
A) El aumento por capitalización de créditos: aumento efectivo del capital social	148
B) Naturaleza jurídica de la operación	149
C) La contraprestación de esta modalidad de aumento de capital es siempre una aportación no dineraria ..	151
2. El régimen jurídico general del aumento de capital por capitalización de créditos	152
A) No resulta imprescindible la previa reducción de capital para compensar las pérdidas existentes	153
B) El requisito de la liquidez y exigibilidad de los créditos a capitalizar.	154
C) El informe de los administradores justificativo de la operación	156
D) La certificación del auditor de cuentas y la valoración de la aportación	156
E) La desaparición del derecho de preferencia	160
III. ESPECIALIDADES DE LA CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS COMO CONTENIDO DE UN PLAN DE REESTRUCTURACIÓN	161
1. Consideraciones generales	161
2. Especialidades de la aprobación por los socios del aumento de capital por capitalización de créditos como contenido de un plan de reestructuración.	163
A) Las especialidades societarias de la aprobación de la capitalización de créditos incluida en un plan de reestructuración por la junta general de socios	163

3.	La problemática de la capitalización de créditos sin el acuerdo favorable de la junta general de socios o accionistas.	165
IV.	EL AUMENTO DE CAPITAL POR CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS COMO CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL.	167
1.	Aspectos generales	167
2.	La difícil interpretación del art. 399 bis TRLC	169
	BIBLIOGRAFÍA.	172

TEMA 7. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES INTERNAS. Fernando Marín de la Bárcena Garcimartín 177

I.	INTRODUCCIÓN.	179
1.	Planteamiento	179
2.	Régimen legal	181
A)	Normativa societaria.	181
B)	Normativa concursal y de la reestructuración	181
II.	CARACTERIZACIÓN	182
1.	Tipos de modificación estructural	182
2.	Transmisión en bloque y a título universal	186
III.	EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL. ...	187
1.	Fase preparatoria.	187
2.	Fase de aprobación	191
3.	Fase de ejecución	192
4.	Las modificaciones acordadas por unanimidad	193
5.	La fusión apalancada.	194
IV.	RÉGIMEN JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS	195
1.	Planteamiento. El derecho de enajenación	195
2.	El principio de proporcionalidad en la relación de canje. .	196
3.	Fusiones o escisiones especiales (intragrupa).	198
4.	Remedios a disposición de los socios	200
A)	Sistema de impugnación y nulidad	200
B)	Acciones de indemnización y complemento de la compensación	200
V.	LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES.	201

1. El derecho a obtener garantías adecuadas	201
2. La responsabilidad de las sociedades intervinientes.	203
3. La rescisión concursal como remedio	204
BIBLIOGRAFÍA	205
TEMA 8. ESPECIALIDADES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS. Segismundo Álvarez Royo-Villanova	207
I. ESQUEMA LEGAL Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS	209
1. Introducción: novedades y principios del RDL 5/2023 . . .	209
2. Cómo aplicar las normas de cada Estado: la aplicación distributiva de la ley	210
3. Ámbito de aplicación	211
II. EL PROCEDIMIENTO DE LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS: REGLAS COMUNES	212
1. Especialidades del procedimiento en las operaciones transfronterizas	212
A) El proyecto	212
B) El derecho de hacer observaciones y formular opiniones.	212
C) El informe de los administradores y el art. 88 RDL 5/2023	212
D) El informe de expertos	213
E) Publicidad del proyecto: el artículo 89	213
F) Protección de socios, acreedores y trabajadores	214
G) Acuerdo de Junta y escritura	215
2. El control por parte del estado de origen y la novedad del control del abuso o fraude.	215
A) Primera fase: control de la legalidad	216
B) El control del abuso o fraude	216
3. Trámites posteriores: inscripción en el Estado de destino y cancelación en el de origen	218
A) En el caso de que España sea Estado de origen	218
B) En el caso de que España sea el Estado de destino . .	219
III. LA TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA	221

1.	Concepto y supuestos	221
2.	Procedimiento de transformación transfronteriza cuando España es Estado de origen	222
3.	Procedimiento de transformación transfronteriza cuando España es Estado de destino	223
IV.	LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA.	224
1.	ámbito de aplicación y régimen jurídico	224
2.	Procedimiento.	224
V.	LA ESCISIÓN TRANSFRONTERIZA	225
	BIBLIOGRAFÍA.	227

TEMA 9. LOS NEGOCIOS TRASLATIVOS SOBRE LA EMPRESA.

	Fernando Martínez Sanz	229
I.	INTRODUCCIÓN.	231
II.	ASPECTOS CONCEPTUALES: ¿EMPRESA, NEGOCIO O UNIDAD PRODUCTIVA?	231
III.	BREVE APROXIMACIÓN A LAS DISTINTAS MODALIDADES NEGOCIALES Y DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES	233
1.	Venta de unidad productiva	233
2.	Operaciones societarias o estructurales con resultados similares	234
3.	Arrendamiento de empresa	235
4.	Sobre el mal llamado usufructo de empresa	236
5.	Compraventa de acciones o participaciones sociales	236
A)	En principio, la venta de acciones no es venta de unidad productiva.	236
B)	¿Puede la unidad productiva incluir acciones o participaciones en terceras sociedades?	237
IV.	SUPUESTOS ESPECIALES DE UNIDADES PRODUCTIVAS.	240
V.	REFERENCIA A ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEA LA TRANSMISIÓN DE LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA	241
1.	Sucesión de empresa.	241
2.	Responsabilidad solidaria por las deudas del cedente	242
3.	Subrogación en los contratos afectos a la actividad.	243

VI.	LA TRANSMISIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA COMO CONTENIDO DE UN PLAN DE REESTRUCTURACIÓN Y PRINCIPALES PROBLEMAS QUE ENFRENTA.....	244
1.	Venta de unidad productiva y venta de la empresa como contenido del plan: sobre los «planes liquidativos».....	244
2.	Sobre la subrogación en los contratos afectos a la actividad.....	246
3.	En orden a la sucesión de empresa y asunción de pasivos.....	246
4.	El papel de los socios.....	247
	BIBLIOGRAFÍA.....	248
	TEMA 10. OPAS Y CONTROL DE CONCENTRACIONES. Javier García de Enterría	251
I.	CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, CAMBIOS DE CONTROL Y CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.....	253
II.	CAMBIOS DE CONTROL Y RÉGIMEN DE OPAS DE EMPRESAS EN CRISIS	255
1.	La obligación de formular opa en las sociedades cotizadas.....	255
2.	Los supuestos excluidos de opa.....	256
3.	En particular, la exclusión de opa para las operaciones de salvamento financiero de sociedades cotizadas.....	257
4.	La facultad de dispensa de la CNMV en ausencia de un plan de reestructuración	259
5.	La exención de opa en las tomas de control derivadas de planes de reestructuración.....	261
III.	OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS.....	263
1.	Una primera aproximación.....	263
2.	El régimen de control de concentraciones en la UE: Reglamento de Control de Concentraciones	264
3.	La doctrina de la empresa en crisis	266
A)	Dificultades financieras.....	266
B)	Inexistencia de una solución menos anticompetitiva.....	266
C)	Salida del mercado.....	267
4.	Diferencias y similitudes en la normativa en EE.UU. y en la UE.....	268

5. El caso particular de la « <i>failing division defence</i> »	270
6. La práctica de las autoridades de competencia respecto a la FFD	271
BIBLIOGRAFÍA	273
TEMA 11. GRUPOS DE SOCIEDADES Y REESTRUCTURACIONES. Mónica Fuentes Naharro	275
I. LA REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA DEL GRUPO: FUSIONES (Y ESCISIONES) ESPECIALES	277
1. Fusiones especiales intragrupo	277
A) Fusión por absorción entre sociedades participadas al 100%	278
a) Fusiones entre sociedades íntegra (y directamente) participadas al 100%: absorción de una filial «hija»	278
b) Fusiones entre sociedades íntegra (pero indirectamente) participadas al 100%: absorción de una filial «nieta»	279
B) Casos «asimilados» a la absorción de sociedades íntegramente participadas	280
C) Fusión por absorción de sociedades participadas directamente al 90% (o más) del capital social	282
2. Escisiones simplificadas.	283
II. LA REESTRUCTURACIÓN DE SOCIEDADES EN CRISIS PARTE DE UN GRUPO	283
1. La Directiva de reestructuración e insolvencia y la Ley 16/2022	283
2. Comunicación conjunta de apertura de negociaciones con los acreedores	284
A) Régimen general de «comunicación conjunta» por sociedades parte de un grupo	284
a) Legitimación activa	285
b) Requisitos de forma y contenido de la comunicación conjunta.	285
c) Juzgado competente	287
B) Efectos de la comunicación conjunta sobre los créditos.	287

a) Efectos sobre las garantías de terceros	287
b) Efectos sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos	288
3. Homologación de planes de reestructuración: en especial, el plan conjunto	288
A) Consideraciones generales	288
B) Los efectos del plan de homologación conjunto: po- sible afectación de garantías intragrupo (o third party releases)	289
C) Protección frente a la rescisión futura en caso de concurso	290
4. Pymes, microempresas y grupos	290
BIBLIOGRAFÍA	292

**TEMA 12. MERCADO DE CRÉDITO Y ESTRUCTURAS DE CAPI-
TAL.** Ignacio Buil Aldana

	295
I. INTRODUCCIÓN: ¿CÓMO SE FINANCIA UNA COMPAÑÍA? .	297
II. LOS MERCADOS DE CRÉDITO	297
1. El mercado primario de crédito	297
2. El mercado secundario de deuda	299
III. LA ESTRUCTURA DE CAPITAL Y LAS CLASES DE DEUDA . .	300
1. El concepto de estructura de capital	300
2. La deuda <i>senior</i> como deuda preferente en la estructura de capital	301
3. La deuda subordinada	303
A) Tipologías	303
B) La deuda subordinada externa	304
a) La deuda mezzanine	305
b) La deuda second lien	309
C) La deuda subordinada interna	309
IV. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA ESTRUCTURA- CIÓN DE FINANCIACIÓN INTERNACIONALES: LAS CONO- CIDAS COMO «DOBLES LUXCO»	311
V. LA FINANCIACIÓN DE EMPRESAS EN CRISIS EN EL DERE- CHO ESPAÑOL	312
BIBLIOGRAFÍA	315

TEMA 13. LA REESTRUCTURACIÓN (RESOLUCIÓN) BANCARIA.	Isabel Fernández Torres	317
I.	CONSIDERACIONES GENERALES	319
II.	OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN. CONCEPTO. SUJETOS	321
III.	LOS REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN	323
IV.	FASE PREVENTIVA DE LA RESOLUCIÓN	324
V.	FASE EJECUTIVA DE LA RESOLUCIÓN	326
VI.	PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN	328
	1. Venta del negocio	329
	2. Transmisión a una entidad puente (situada entre la entidad objeto de resolución y el adquirente final) de	329
	3. La transmisión de activos o pasivos a una sociedad de gestión de activos	330
	4. La recapitalización interna (<i>bail-in</i>)	331
VII.	FINANCIACIÓN DE LA RESOLUCIÓN	335
VIII.	IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES SUPERVISORAS Y DE RESOLUCIÓN	336
IX.	LA PRIMERA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESOLUCIÓN: EL CASO DEL BANCO POPULAR	337
X.	NORMAS APLICABLES AL CONCURSO DE ENTIDADES FINANCIERAS	338
	BIBLIOGRAFÍA	340

TEMA 14. REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y ALERTAS TEMPRANAS.	Cayetana Lado Castro-Rial	343
I.	MODELOS TEÓRICOS DE ALERTAS TEMPRANAS	345
II.	LA ARMONIZACIÓN DE LAS ALERTAS TEMPRANAS EN LA UNIÓN EUROPEA	347
III.	EL SISTEMA ESPAÑOL DE HERRAMIENTAS DE ALERTA TEMPRANA	353
	1. Las alertas tempranas externas	353
	2. Las Herramientas de alerta temprana en el Texto Refundido de la Ley Concursal	355

A)	La herramienta de autodiagnóstico de salud empresarial.	355
B)	El informe registral sobre la posición de riesgo de una sociedad	356
C)	El asesoramiento de empresas en dificultades	356
D)	El deber de advertencia del letrado de la administración de justicia	356
IV.	LAS ALERTAS TEMPRANAS Y LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA PROXIMIDAD DE INSOLVENCIA.	357
V.	LAS ALERTAS TEMPRANAS Y LA EXONERACIÓN DE PASIVO INSATISFECHO	359
	BIBLIOGRAFÍA.	359

TEMA 15. REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y COMUNICACIÓN DE INICIO DE NEGOCIACIONES PARA ALCANZAR UN PLAN DE REESTRUCTURACIÓN. Cristina Asencio Pascual 363

I.	INTRODUCCIÓN.	365
II.	PRESUPUESTOS DE LA COMUNICACIÓN	366
	1. Alcance del presupuesto subjetivo	366
	2. Presupuesto objetivo	368
III.	CONTENIDO DE LA COMUNICACIÓN	369
IV.	RESOLUCIÓN SOBRE LA COMUNICACIÓN.	371
	1. Plazo.	371
	2. Contenido	372
	3. Publicación y recursos	372
V.	EFFECTOS DE LA COMUNICACIÓN	373
	1. Efectos sobre el deudor	373
	2. Efectos sobre los créditos.	374
	3. Efectos sobre los contratos.	375
	4. Efectos sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos	376
	A) Prohibición legal de inicio de ejecuciones y suspensión de las ejecuciones en tramitación	376
	B) Prohibición general o individual de iniciación o suspensión de ejecuciones por decisión judicial	377
	C) De la ejecución de garantías reales.	377

D)	Posibilidad de iniciar o reanudar las ejecuciones . . .	378
E)	Exclusión de acreedores públicos	378
F)	Acreedores no afectados	379
5.	Otros efectos	379
A)	Prohibición temporal de nuevas comunicaciones . . .	379
B)	Efectos sobre la solicitud de concurso	380
C)	Suspensión de la causa de disolución por pérdidas cualificadas	381
VI.	PLAZO DE INICIO DE LOS EFECTOS. PRÓRROGA Y LEVAN- TAMIENTO DE LA PRÓRROGA. DECAIMIENTO DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN	382
1.	Plazo de inicio de los efectos	382
2.	Prórroga de los efectos de la comunicación	382
3.	Levantamiento de la prórroga o de sus efectos frente a de- terminados acreedores	384
4.	Decaimiento de los efectos	385
	BIBLIOGRAFÍA	385
 TEMA 16. LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL: LOS PLA- NES DE REESTRUCTURACIÓN. Juana Pulgar Ezquerro		389
I.	INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE LA REFINANCIACIÓN DE DEUDA A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL PRE- CONCURSAL	391
II.	LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN: CONCEPTO Y PRE- SUPUESTOS	393
1.	Concepto y clases	393
2.	Los presupuestos de los planes de reestructuración	394
A)	El presupuesto subjetivo	394
B)	El presupuesto objetivo	396
C)	La legitimación para solicitar la homologación de un plan de reestructuración	398
D)	Los presupuestos formales: la necesaria formaliza- ción del plan en instrumento público	399
III.	EL CONTENIDO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN .	399
1.	El contenido mínimo de los planes de reestructuración . . .	399
2.	Otros contenidos	401

	A) Obligaciones de hacer o no hacer	401
	B) Medidas societarias.	401
	C) Principio general de vigencia de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento . . .	402
	D) Sobre la posibilidad de planes de reestructuración liquidativos.	403
IV.	EL PERÍMETRO DE LA REESTRUCTURACIÓN: ACREEDORES AFECTADOS Y EXCLUIDOS.	404
	1. La potencial universalidad de los planes de reestructuración y los pasivos excluidos <i>ex lege</i>	404
	2. Las reestructuraciones selectivas: criterios objetivos y suficientemente justificados	406
V.	LA FORMACIÓN DE LAS CLASES DE ACREEDORES	408
	1. Los criterios legales de formación de las clases de acreedores.	408
	2. La posibilidad de control judicial <i>ex ante</i> de la formación de clases de acreedores.	410
VI.	LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN	411
VII.	LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS EN LA APROBACIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN	412
VIII.	LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN	415
	1. Supuestos en los que es necesaria y requisitos para la homologación.	415
	A) Requisitos para la homologación del plan aprobado por todas clases de acreedores	417
	B) Requisitos para la homologación del plan no aprobado por todas clases de acreedores.	417
	C) La aprobación del plan por el deudor y en su caso por los socios	418
	2. El alcance del control del juez en la admisión a trámite de la solicitud y en la homologación del plan	418
IX.	LA EFICACIA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN: SU EJECUTIVIDAD INMEDIATA.	419
X.	LA IMPUGNACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN HOMOLOGADOS.	421
	1. La impugnación <i>ex post</i> del plan ante la Audiencia.	421

A)	La impugnación del plan aprobado por todas las clases de acreedores	421
B)	La impugnación del plan no aprobado por todas las clases de acreedores	422
C)	La impugnación del plan no aprobado por los socios	423
D)	Otros motivos de impugnación y efectos de la impugnación con éxito	423
2.	Control contradictorio <i>ex ante</i> : la oposición a la homologación del plan de reestructuración	424
XI.	EL INCUMPLIMIENTO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN Y SUS EFECTOS.	424
XII.	LOS «ESCUDOS PROTECTORES» DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN UN EVENTUAL ESCENARIO CONCURSAL.	425
1.	La financiación interina y la nueva financiación: preferencia concursal de cobro	425
2.	La protección rescisoria.	426
XIII.	EL EXPERTO EN LA REESTRUCTURACIÓN	426
1.	La designación y el nombramiento del experto: supuestos obligatorios y facultativos	427
A)	Supuestos de designación obligatoria	427
B)	Supuestos de designación facultativa	429
C)	Los requisitos legales para la designación	429
D)	El nombramiento del experto	430
2.	Las funciones del experto	431
XIV.	LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL DE LAS PYMES: RÉGIMEN ESPECIAL	432
	BIBLIOGRAFÍA.	433
 TEMA 17. EL CONTENIDO REESTRUCTURADOR DEL CONVENIO CONCURSAL. Andrés Gutiérrez Gilsanz		437
I.	INTRODUCCIÓN.	439
II.	LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE LA PERSONA JURÍDICA CONCURSADA COMO CONTENIDO DE UN CONVENIO CONCURSAL	440
III.	EL CONVENIO CON ASUNCIÓN	444

IV.	LA CONVERSIÓN DE CRÉDITOS CONTENIDO DEL CONVENIO	448
1.	Normas generales	448
2.	La conversión de créditos en acciones o participaciones. .	450
A)	Preliminar.....	450
V.	LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO.....	454
	BIBLIOGRAFÍA.....	460

TEMA 18. LA TRANSMISIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS EN LAS FASES COMÚN Y DE LIQUIDACIÓN DEL CONCURSO. José Luis Colino Mediavilla.....	465
---	-----

I.	INTRODUCCIÓN.....	467
II.	REGLAS GENERALES	468
1.	Subrogación en contratos, licencias y autorizaciones . . .	468
2.	Sucesión de empresa.....	469
3.	Efectos sobre los créditos pendientes de pago	469
4.	Enajenación de bienes y derechos afectos a privilegio especial incluidos en establecimientos o unidades productivas	470
5.	Cancelación de cargas.....	471
III.	PRESENTACIÓN DE OFERTAS DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	471
IV.	SOLICITUD DE CONCURSO CON PRESENTACIÓN DE OFERTA DE ADQUISICIÓN DE UNA O VARIAS UNIDADES PRODUCTIVAS.....	473
V.	NOMBRAMIENTO DE EXPERTO PARA RECABAR OFERTAS DE ADQUISICIÓN ANTES DE LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO (PREPACK).....	475
	BIBLIOGRAFÍA.....	478

TEMA 19. EL RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EXTRANJEROS. Elisa Torralba Mendiola . . .	483
--	-----

I.	INTRODUCCIÓN.....	485
II.	EL RECONOCIMIENTO DE PLANES DE REESTRUCTURACIÓN PROCEDENTES DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA	487

1.	El ámbito de aplicación material del RPI bis	487
2.	Cuestiones de procedimiento	489
3.	Los motivos de oposición	490
4.	Efectos del reconocimiento	492
III.	EL RECONOCIMIENTO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EXTRANJEROS EN LA LEY CONCURSAL	493
1.	El ámbito de aplicación material de la Ley Concursal	493
2.	La reciprocidad	494
3.	Cuestiones de procedimiento	495
4.	Las condiciones para el reconocimiento	496
5.	Efectos del reconocimiento	498
IV.	EL RECONOCIMIENTO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN CONFIDENCIALES	499
	BIBLIOGRAFÍA	500

TEMA 20. REESTRUCTURACIÓN DE MICROEMPRESAS.	Eva Recamán Graña	503
--	-----------------------------	-----

I.	INTRODUCCIÓN	505
II.	ESTRUCTURA Y PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL	505
1.	La finalidad del procedimiento especial	505
2.	Unidad procedimental y dualidad de itinerarios	506
3.	Los principios que rigen el procedimiento especial	506
A)	Principio de universalidad	506
B)	Principios procedimentales	506
a)	Principio de intervención mínima de profesionales	507
b)	Principio de celeridad procesal	507
III.	LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL	507
1.	Presupuesto subjetivo	507
2.	Presupuesto objetivo	508
3.	Relevancia del presupuesto objetivo en el plan de continuación	508
IV.	LA TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DEL PLAN DE CONTINUACIÓN	509

1.	Caracteres generales del plan de continuación	509
2.	Presentación del plan	510
3.	Admisión a trámite y comunicación a acreedores. Contenido del plan de continuación.	510
4.	Fase de alegaciones, votación y determinación provisional del resultado	511
5.	Requisitos para la aprobación del plan. Régimen de mayorías	511
6.	Homologación judicial del plan	513
V.	VICISITUDES DEL PLAN DE CONTINUACIÓN	514
1.	Cumplimiento del plan de continuación	514
2.	Incumplimiento del plan de continuación.	514
3.	Frustración del plan de continuación	514
	BIBLIOGRAFÍA.	515

TEMA 2.

SOCIOS Y REESTRUCTURACIONES

Javier Megías López
Profesor titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIO EN UNA SOCIEDAD DE CAPITAL
- III. LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS EN LA ESTRUCTURA FINANCIERA (O DE CAPITAL) DE LA SOCIEDAD
- IV. LAS DECISIONES SOCIALES. LA RELACIÓN DE LOS SOCIOS CON LOS ÓRGANOS SOCIALES
 - 1. La junta general: principio de mayoría
 - 2. El órgano de administración: organicismo de terceros y control por la junta general
- V. EL CONSENTIMIENTO EXCEPCIONAL DE LOS SOCIOS PARA DETERMINADAS DECISIONES SOCIALES
- VI. LAS COMPETENCIAS DE LA JUNTA GENERAL
- VII. UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS FRENTE A LA REESTRUCTURACIÓN DE LA SOCIEDAD EN CRISIS: PODER DE DECISIÓN Y POSICIÓN ECONÓMICA
 - 1. Crisis patrimonial grave: pérdidas graves
 - 2. Crisis de solvencia

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En el presente Capítulo se aborda, como planteamiento teórico general, la posición de los socios de una sociedad de capital encaminada a una reestructuración, tanto en perspectiva jurídica como su relación con el patrimonio social. Es necesario realizar una aproximación a la relación que tienen los socios con la sociedad como persona jurídica, antes de explorar la relevancia que tienen en la construcción de la voluntad social a través de los órganos sociales. Todo ello es determinante para comprender cuál es su capacidad de influencia en la toma de decisiones que impliquen una reestructuración, ya se encuentre la sociedad en situación de crisis o no.

Ello es de interés singular después de la incorporación en el Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva por medio de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. Tras la regulación actual, la condición de los socios como parte afectada por las soluciones preconcursales ha dado un giro trascendental, con la introducción de normas de coordinación entre el Derecho de sociedades y el Derecho de la insolvencia que rompen algunos esquemas tradicionales en la comprensión de la posición jurídica de socio.

II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE SOCIO EN UNA SOCIEDAD DE CAPITAL

Cualquier aproximación a la posición de los socios en las sociedades de capital debe partir de la atribución de personalidad jurídica propia a la sociedad (arts. 116.2 CCom; 19 ss. y 33 LSC). La evolución histórica de las sociedades mercantiles muestra una tendencia progresiva hacia una separación entre la sociedad y las personas de los socios, que en la aproximación más elemental se manifiesta, en perspectiva externa, a través del uso de una razón o denominación social diferenciada del nombre de sus socios, pero que en su análisis más avanzado supone, sobre todo, una autonomía patrimonial con capacidad de obrar. La formación de un patrimonio separado conduce inevitablemente la separación de la responsabilidad de la sociedad y la responsabilidad de los socios.

La persona jurídica es una construcción del Derecho puramente funcional, para facilitar la consecución de los fines de una organización de personas a través de la creación de un nuevo sujeto de Derecho, que permite la atribución de derechos y obligaciones a la colectividad a través de la unificación de rela-

ciones. Ello no es sino una fórmula para ordenar eficientemente las expectativas de los sujetos interesados en ese patrimonio, ya sea los miembros de la organización (socios), ya terceros (acreedores), sin necesidad de identificar por separado o individualmente esas expectativas sobre cada uno de los bienes que forman el patrimonio. El resto de los atributos de la personalidad jurídica son principalmente accesorios a la autonomía patrimonial, ya sea para identificar el sujeto titular de esos derechos y obligaciones (denominación), ya para localizar su derecho aplicable (domicilio y nacionalidad).

Pues bien, en las relaciones jurídicas internas de una sociedad de capital, el elemento que organiza la posición de los socios en la persona jurídica es el capital social. Las aportaciones de los socios al capital, orientadas a formar el fondo común o patrimonio necesario para alcanzar el fin social, permiten además estructurar la posición jurídica de aquellos en la organización, con la atribución de derechos asociados en mayor o menor medida a su condición de aportante. La asignación de acciones o participaciones facilita una unidad de medida de la parte alícuota del aportante en el capital e, indirectamente, en el patrimonio neto. La función organizativa del capital social permite distribuir entre los socios los principales derechos sociales en una relación directamente proporcional al peso de su aportación en el capital total: derecho de voto, derecho de preferencia, derecho de participación en las ganancias y derecho a la cuota de liquidación se conceden en teniendo en cuenta esa proporcionalidad, sin considerar ahora la posibilidad de privilegios, en su caso. Pero, estrictamente hablando, la atribución de acciones o participaciones a los socios no les concede una porción de capital, ni naturalmente de patrimonio, sino únicamente la porción de derechos que deriva de su condición de socio.

El derecho que vertebra patrimonialmente hablando la posición jurídica del socio es el derecho a la cuota de liquidación. Aunque el derecho en sí mismo se manifiesta únicamente con ocasión de la disolución y liquidación previas a la extinción de la persona jurídica, lo cierto es que la expectativa a la cuota de liquidación determina su posición económica respecto al patrimonio social en cualquier momento durante la vida de la sociedad, y en definitiva el valor real de su participación en la organización. Una hipotética cuota de liquidación calculada a tiempo presente, fuera de un escenario de liquidación, determina lo que idealmente recibiría en caso de salida onerosa de la sociedad, ya sea por transmisión de su condición de socio, ya por separación o exclusión; o en situaciones equivalentes que requieran la valoración de su participación en la sociedad, como modificaciones estructurales traslativas.

Todo ello debe tener en consideración, por supuesto, que la posición jurídica de socio es compleja y no en todo caso concede derechos en relación proporcional a las partes alícuotas sobre el capital. Sucede, naturalmente, en relación con los derechos que posee sin peso relativo a una cuota, como el derecho de información (arts. 196 y 197 LSC), o el derecho de asistencia a la junta en SRL (art. 179.1 LSC). Pero también en referencia a los derechos atribuidos en atención a una cuota mínima de participación por exigencia legal o estatutaria, como el derecho de asistencia a la junta general en SA (art. 179.2 LSC), la legitimación para impugnar acuerdos (art. 206 LSC), el derecho de solicitud de convocatoria de una junta general (art. 168 LSC), el de solicitud de complemento de convocatoria en SA (art. 172 LSC), la solicitud para requerir acta notarial de la junta

(art. 203 LSC), la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad (art. 240), o para solicitar nombramiento de auditor (art. 265 LSC). Y no se olvide también los casos en los que la atribución de derechos permite que los estatutos rompan la proporcionalidad legal, como en el derecho de voto en la SRL (arts. 96.3 y 188.1 LSC) y en SA (arts. 188.3 y 527 LSC), el derecho de participación en las ganancias (art. 95 LSC) o en la cuota de liquidación (art. 392); cuando no directamente suprimir dichos derechos, como es el caso de las acciones o participaciones sin voto (art. 98 LSC).

III. LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS EN LA ESTRUCTURA FINANCIERA (O DE CAPITAL) DE LA SOCIEDAD

El fin de pretendido por la atribución de personalidad jurídica a la sociedad mercantil es facilitar la explotación de una empresa, entendida en su sentido objetivo como actividad económica organizada destinada a la producción o distribución de bienes o de servicios en el mercado con habitualidad. Con la personalidad jurídica es posible no solo explotar eficientemente una actividad ambiciosa gracias a la unificación de los recursos aportados al fondo común, diversificando además el riesgo inherente a la empresa, sino que permite desvincular la condición de empresario de las personas de los socios, atribuyéndosela sin matices a la sociedad como único sujeto titular de la empresa y por tanto de los derechos y las obligaciones derivados de la explotación. En términos patrimoniales, ello implica necesariamente que la riqueza generada con el patrimonio de la persona jurídica a través de la explotación de la empresa solo enriquece de manera directa a la persona jurídica; y, al contrario, la pérdida patrimonial lo será directamente solo de la persona jurídica.

En este punto, es de interés la posición de los socios en la llamada estructura de capital de la sociedad. Aunque esta cuestión se tratará en extenso en otro capítulo de esa obra, dedicado al Mercado de crédito y las estructuras de capital, es pertinente una mención ahora para los fines de este capítulo.

El concepto económico de estructura de capital incluye todos los recursos que financian la empresa (en sentido objetivo), incluyendo la financiación propia en forma de capital social, que en términos contables se incluye en el patrimonio neto del balance, en concreto como fondos propios. La condición de financiadores de los socios aportantes es por tanto especial, pues no se trata de acreedores al uso, sino que se les concede un conjunto complejo de derechos que, en último término, les permitirá recuperar una parte del patrimonio neto en caso de liquidación. Como fondos propios, se trata de un pasivo no exigible, y no tiene un vencimiento o exigibilidad predeterminados. Pero, en todo caso, en la jerarquía de cobro de la estructura de capital, los socios siempre serían los últimos en percibir esa eventual cuota de liquidación. Esta regla estructural aparece reconocida expresamente por el Derecho de sociedades al tratar la división del patrimonio social en el momento de la liquidación: «los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social» (art. 391.2 LSC). No podía ser de otra manera, si tenemos en cuenta que, como principio elemental de las sociedades de capital, se predica que sus socios arriesgan lo

aportado al haber social, y solo tendrán derecho de «recuperación» tras la disolución de la sociedad y cuando exista remanente una vez se haya satisfecho a todos los acreedores. No es, por tanto, una recuperación estrictamente hablando, puesto que nada asegura que perciban en liquidación los activos aportados al capital, sean dinerarios, sean no dinerarios; y desde luego no se prevé que la dilación desde que aportaron hasta que eventualmente perciben la cuota de liquidación sea remunerada (intereses). Como decimos, e insistimos, se trata de una consecuencia de la posición de socio en la persona jurídica, que no les atribuye directamente una parte del capital social, ni indirectamente una parte del patrimonio neto, sino un conjunto de derechos sobre cuestiones relativas a ese patrimonio.

Como puede observarse, la conexión entre, de un lado, la posición jurídica de socio en la consideración global del capital social como conjunto de derechos y, de otro, la posición económica del socio en la estructura de capital o deuda de la empresa procede principalmente del derecho a la cuota de liquidación y, por tanto, de una valoración de la empresa. No es una relación perfecta, pues hay muchos matices en la valoración de la empresa que no son pertinentes en la valoración de liquidación, pero ofrece un escenario relativamente común.

IV. LAS DECISIONES SOCIALES. LA RELACIÓN DE LOS SOCIOS CON LOS ÓRGANOS SOCIALES

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, es natural comprender que los socios no tienen poder de decisión directo en las sociedades de capital. Como principio también consustancial a las sociedades de capital, estas acogen una organización corporativa que impulsa tanto su actividad interna como su actividad externa: la voluntad de la sociedad, como persona jurídica, se manifiesta y ejecuta a través de órganos, y no puede existir sin estos. Y, a tal efecto, como es sabido, la Ley prevé que las sociedades de capital cuenten con dos órganos de carácter necesario: la junta general y el órgano de administración. Así, aunque en sí mismos los órganos carecen de personalidad jurídica, es posible imputar al órgano una voluntad propia distinta de la voluntad de los individuos que integran el órgano. De modo que la decisión del órgano será eficaz como decisión social sin importar que algunos de los miembros de los órganos o los mismos socios no estén conformes con dicha decisión, siempre que respete las reglas establecidas para formar la voluntad del órgano. Y será eficaz, también, con independencia de los cambios posteriores en los individuos que componen el órgano, que quedan vinculados por las decisiones anteriores válidas.

Así, el poder de decisión de los socios en una sociedad de capital viene determinado por cómo se haya previsto su poder de influencia en los órganos sociales a través de los derechos conferidos por su parte alícuota de capital social.

1. La junta general: principio de mayoría

La junta general es el órgano predisposto por la Ley para que los socios intervengan en la vida social haciendo uso de las competencias atribuidas al órgano (arts. 159 ss. LSC). Es decir, los miembros que forman el órgano son los

socios, que encuentran en este la única manera de intervenir en la vida social manifestando su voluntad propia. Al ser un órgano colegiado, se rige por unas reglas de funcionamiento de estricto cumplimiento para la validez de la decisión del órgano como decisión societaria. En resumen, debe convocarse, constituirse y adoptar acuerdos por mayoría. Y, por tanto, no es un órgano permanente, sino que es necesaria la formalidad de la reunión para su eficaz funcionamiento. También es oportuno recalcar que la junta general es un órgano deliberante de carácter interno y no ejecutivo, por lo que necesita de la colaboración del órgano de administración para la preparación y ejecución de las decisiones adoptadas en su seno.

En este contexto, se percibe cómo tiene una posición central la regla de mayoría de votos en la adopción de acuerdos por la junta general, como principio esencial de funcionamiento de la organización corporativa propia de las sociedades de capital. Como hemos indicado, y salvo los privilegios estatutarios permitidos en la SRL, la atribución del derecho de voto a los socios es proporcional a la participación en el capital social (art. 188 LSC), lo que refleja un principio plutocrático en la manifestación del poder en las sociedades de capital. A través de dicha regla de mayoría, la voluntad del órgano se forma con la unificación de aquellas voluntades individuales de los socios expresadas a través de su voto y homogéneas en cuanto a su contenido, de modo que el resultado agregado alcance la mayoría establecida en la norma jurídica. Los socios que no forman parte de la mayoría que ha votado a favor y ha determinado la formación de la voluntad del órgano, y por tanto de la sociedad, quedan sometidos a la decisión adoptada (art. 159.2 LSC).

Se afirma que la regla de mayoría para la adopción de acuerdos en un grupo de individuos con intereses homogéneos es eficiente porque se manifiesta una tendencia a la maximización de ese interés homogéneo a través de las sucesivas decisiones que se adopten por el grupo, por lo que su traslado a las decisiones de una sociedad por medio del órgano de socios recoge esa misma idea. La decisión colectiva mayoritaria tiende a generar la maximización de valor del patrimonio común.

De otro lado, una regla de unanimidad en la adopción de acuerdos sería altamente ineficiente, no solo por razones prácticas de operatividad funcional en sociedades con numerosos socios, sino porque la concesión de vetos que propicia supone un elevado riesgo de conductas de expropiación de los intereses del grupo para favorecer intereses individuales no compartidos. Por ello, como principio esencial de las sociedades de capital, no se admite la regla de unanimidad para los acuerdos de la junta general.

Sin embargo, no debe desconocerse que la regla de mayoría no es perfecta, pues encierra también un riesgo oportunista de los socios que detentan ese control del poder de decisión a su través. La regla de mayoría se basa en una presunción de que el interés social equivale a esa pluralidad cualificada de voluntades particulares de contenido idéntico que unifican en el acuerdo la voluntad del órgano, en la idea, además, de que a mayor riesgo en la empresa, mayor interés por ella. Es decir, sirve para aproximar qué opción entre los distintos intereses legítimos de los socios es la más común. En realidad, solo será así en la medida en que la voluntad de la mayoría sea razonable en sentido objetivo,

pertenezca a la causa del contrato de sociedad y pueda ser comprendida dentro de la cláusula general del interés social, pues no se permite a la mayoría decidir en contra de ese interés común de los socios. Por ello, cualquier decisión de la junta general, aun superando el filtro de la regla de mayorías, es susceptible de ser impugnada si resulta contraria al interés social, pues la opción de la mayoría no siempre equivale a este interés (art. 204.1 LSC). Y de ahí que se excluya el descargo de responsabilidad de los administradores por las decisiones que hayan sido adoptadas, autorizadas o ratificadas por la junta general (*rectius*, por la mayoría en la junta) (art. 236.2 LSC).

2. El órgano de administración: organicismo de terceros y control por la junta general

Sin ánimo exhaustivo, hemos de mencionar también la relación de los socios con el órgano de administración, en términos de influencia. El punto de partida es el llamado organicismo de terceros propio de las sociedades de capital, en las que es irrelevante la condición de socio de los miembros del órgano de administración, salvo que los estatutos establezcan otra cosa (art. 212.2 LSC). Es una característica típica de la organización corporativa, al contrario de lo que sucede en las sociedades personalistas, en las que los socios son administradores natos (v.gr. arts. 129 y 148.4 CCom); y, por extensión, en las comanditarias por acciones, en las que no se puede atribuir la administración más que a los socios colectivos (art. 252 LSC). La única excepción en la que se exige la condición de socio para ser nombrado administrador en las sociedades de capital se presenta en el caso del nombramiento por cooptación en un consejo de administración de una sociedad anónima, que requiere designación «entre los accionistas» (art. 244 LSC), salvo en las sociedades cotizadas [art. 529 decies.2.a) LSC]. En todo caso, como mencionaremos, no solo es posible nombrar administrador a una persona que tenga la condición de socio, sino que además es muy habitual.

Salvo algunos supuestos a los que aludiremos a continuación, el nombramiento de los administradores es competencia de la junta general de socios (art. 214 LSC), que decidirá como es preceptivo de acuerdo con su funcionamiento colegiado, y por tanto tras su convocatoria, constitución y acuerdo mayoritario correspondiente. Esta atribución de competencia es una manifestación de la posición de control que detenta la junta sobre el órgano de administración, en su condición teórica de órgano supremo jerárquicamente, con reflejo también en otros asuntos relativos a la relación del administrador con la sociedad: renovación en el cargo, retribución, responsabilidad o cese. Como vemos, la expresión de la voluntad de nombrar administradores no procede de los socios directamente, sino que es una decisión de la propia sociedad formulada por la junta general, a través de las reglas de expresión de la voluntad de este órgano, como característica de la representación orgánica que ejercen los administradores en la persona jurídica (y al contrario que la designación en una representación voluntaria).

Pero, precisamente, la regla de mayorías que impera en la junta general habilita a los socios que controlan la decisión mayoritaria en la junta no solo para nombrar (y controlar) a los administradores de su conveniencia, sino para nombrarse a sí mismos administradores. Se trata de un conflicto de interés calificado

como posicional, que no impide el voto de los socios afectados ni genera una presunción de vulneración del interés social en el acuerdo (art. 190.3 LSC), reconociendo implícitamente una prioridad del ejercicio de la cuota de poder sobre la manifestación del conflicto. La consecuencia inevitable es una disminución indirecta de la autonomía del órgano de administración, particularmente presente en las sociedades cerradas, en las que los socios de control no quieren perder en el órgano de administración el poder que tienen en la junta.

Hay, sin embargo, algunas excepciones puntuales a la competencia de la junta general para el nombramiento de administradores. No procede detenerse en la explicación de su régimen, sino solo hacer una breve mención. La primera es la designación de los primeros administradores de una sociedad, que proviene del contrato de sociedad recogido en la escritura de constitución, y por tanto es una designación unánime de los socios fundadores [art. 22.1.e) LSC]. Es lógico, pues todavía no existe la junta general como órgano de la persona jurídica.

La segunda excepción es el nombramiento por cooptación, disponible para sociedades anónimas en los casos en que el modo de organizar la administración sea un consejo de administración (art. 244 LSC), permitiendo al consejo nombrar a consejeros para llenar vacantes sobrevenidas siempre que sea posible su funcionamiento colegiado: convocatoria, constitución por asistencia de la mayoría del colegio legal y acuerdo mayoritario. Responde a una necesidad de agilidad en la recuperación de la regularidad de la composición del órgano, por una menor agilidad de constitución de la junta en las sociedades anónimas.

La tercera excepción es el llamado sistema de representación proporcional, también previsto en la ley únicamente para el consejo de administración de sociedades anónimas (art. 243 LSC). Este supuesto tiene mayor relevancia teórica para la relación entre los socios y el órgano de administración. A través de este sistema, se permite a socios o grupos de socios titulares de una participación minoritaria en el capital social que designen a un número de consejeros que refleje su proporción o cuota de capital en relación con el total de miembros del consejo. Se trata de una herramienta de tutela de la minoría accionarial, tal y como se previó en su origen, a través de la que se introduce un peso específico de esa minoría en el consejo equivalente a su peso relativo en la junta. Por tanto, este nombramiento no es una manifestación de la voluntad de la sociedad, sino únicamente del accionista o accionistas agrupados que ejerzan su derecho de designación. Por este motivo, la posición jurídica de los consejeros designados por el sistema de representación proporcional genera numerosos problemas teóricos y prácticos. A pesar de su mayor similitud con una representación voluntaria, debe concluirse que estos consejeros tienen una posición jurídica en el órgano equivalente a la del resto de miembros, integrando la representación orgánica y no siendo considerado un representante inmediato o mandatario de la minoría que le nombró, sino un consejero que ha de tutelar el interés común de todos los socios, al igual que los consejeros nombrados por la junta no son representantes o fiduciarios de los socios de control que permitieron su nombramiento asambleario. Pues para todos rige el deber de ejercer el cargo con imparcialidad o independencia de juicio respecto de instrucciones o vínculos con terceros, como manifestación fundamental del deber de lealtad [art. 228.d) LSC].

TEMA 16.

LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL: LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

Juana Pulgar Ezquerra
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

- I. INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE LA REFINANCIACIÓN DE DEUDA A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL PRECONCURSAL
- II. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN: CONCEPTO Y PRESUPUESTOS
 - 1. Concepto y clases
 - 2. Los presupuestos de los planes de reestructuración
- III. EL CONTENIDO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN
 - 1. El contenido mínimo de los planes de reestructuración
 - 2. Otros contenidos
- IV. EL PERÍMETRO DE LA REESTRUCTURACIÓN: ACREEDORES AFECTADOS Y EXCLUIDOS
 - 1. La potencial universalidad de los planes de reestructuración y los pasivos excluidos *ex lege*
 - 2. Las reestructuraciones selectivas: criterios objetivos y suficientemente justificados
- V. LA FORMACIÓN DE LAS CLASES DE ACREEDORES
 - 1. Los criterios legales de formación de las clases de acreedores

2. La posibilidad de control judicial *ex ante* de la formación de clases de acreedores

VI. LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

VII. LA POSICIÓN DE LOS SOCIOS EN LA APROBACIÓN DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

VIII. LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

1. Supuestos en los que es necesaria y requisitos para la homologación
2. El alcance del control del juez en la admisión a trámite de la solicitud y en la homologación del plan

IX. LA EFICACIA DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN: SU EJECUTIVIDAD INMEDIATA

X. LA IMPUGNACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN HOMOLOGADOS

1. La impugnación *ex post* del plan ante la Audiencia
2. Control contradictorio *ex ante*: la oposición a la homologación del plan de reestructuración

XI. EL INCUMPLIMIENTO DEL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN Y SUS EFECTOS

XII. LOS «ESCUDOS PROTECTORES» DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN EN UN EVENTUAL ESCENARIO CONCURSAL

1. La financiación interina y la nueva financiación: preferencia concursal de cobro
2. La protección rescisoria

XIII. EL EXPERTO EN LA REESTRUCTURACIÓN

1. La designación y el nombramiento del experto: supuestos obligatorios y facultativos
2. Las funciones del experto

XIV. LA REESTRUCTURACIÓN PRECONCURSAL DE LAS PYMES: RÉGIMEN ESPECIAL

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN: EL TRÁNSITO DE LA REFINANCIACIÓN DE DEUDA A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL PRECONCURSAL

El tradicional concepto y funciones del derecho de tratamiento de las dificultades económicas de las compañías, está siendo objeto de una evolución en conexión con el recientemente iniciado proceso de armonización del derecho europeo de la insolvencia, a través de la Directiva UE 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas en inhabilitaciones y medidas para aumentar la eficiencia de dichos procedimientos, partiendo de una aproximación económico-financiera más que jurídica a dichas dificultades.

Así frente a la tradicional función liquidativa en interés de los acreedores encomendada tradicionalmente al derecho concursal, se produce el tránsito hacia una finalidad de reestructuración preventiva, que permita conservar empresas viables, en dificultades económicas, al margen de los tradicionales procedimientos concursales, evitando por tanto su declaración y con ello los costes económicos, temporales y reputacionales que dichos procedimientos conllevan.

Se parte de un concepto amplio de reestructuración, comprensivo de medidas que conlleven un cambio en la composición, condiciones o la estructura de los activos y el pasivo o en cualquier otra parte de la estructura de capital del deudor, permitiendo separar unidades rentables de las que no lo son y, sobre todo, adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales que cambian en supuestos de dificultades económicas. En definitiva, la reestructuración de empresas en crisis conlleva la reestructuración financiera y operativa, con el fin de que la empresa pueda en ocasiones, en combinación con cambios estructurales, continuar su actividad económica y mantener el empleo, satisfaciendo a los acreedores a través de la maximización del valor de los activos.

Se persigue así no solo la protección de los derechos de crédito de los acreedores, como había sido tradicional, sino también de otros grupos de interés tradicionalmente denominados en el ámbito societario con el término «stakeholders» (trabajadores, inversores, accionistas). En la directiva UE 2019/1023, se ha optado por residenciar la regulación de esta reestructuración preventiva no tanto en el marco del derecho de sociedades, cuanto en sede del derecho de la insolvencia en un sentido amplio, aun cuando constituye una cuestión doctrinalmente discutida, habiéndose entendido en ocasiones que nos encontramos ante una categoría nueva y autónoma, independiente pero transversal, respecto de las mencionadas disciplinas jurídicas

Los fundamentos de la reestructuración preventiva de empresas se sitúan en una aproximación contractualista y convencional a la crisis económica versus la solución tradicional procesalista-concursalista, no obstante, la posibilidad contemplada también de reestructuraciones forzosas, que constituyen no obstante una excepción a la regla general del carácter consensual de estas soluciones.

Cuando un deudor es incapaz de cumplir regularmente sus obligaciones, concurren, generalmente, dos circunstancias; De un lado, en el marco general del derecho de obligaciones y contratos generador frecuentemente en el tráfico de la obligación de pagar, han podido alterarse sobrevenidamente las circunstancias inicialmente existentes en el momento de celebración del contrato, no conteniéndose en este «a priori» cláusulas de renegociación o revisión, entre otras razones, dado que no es posible prever al cien por cien las contingencias que podrían llegar a producirse, pudiendo de otro lado, esta previsión apriorística *ex ante* de la revisión o renegociación del contrato, dificultar cuanto no imposibilitar en ocasiones el acuerdo original, ante el conocimiento de que este podría ser posteriormente «destruido» o «modificado» por un cambio de circunstancias.

De otro lado, el deudor no tiene nueva financiación o no puede refinanciarse, ampliando o renovando la financiación inicialmente existente.

Lo que los marcos de reestructuración preventiva persiguen, entre otros aspectos, es propiciar la modificación *a posteriori* de las condiciones del contrato fijadas «a priori», en un marco de flexibilidad contractual y replanteamiento de algunas posiciones crediticias, en principio con la aceptación por amplias mayorías de acreedores bajo un principio mayoritario y la superación del principio de relatividad contractual (*res inter alios*) —eludiéndose así uno de los problemas de la renegociación voluntaria de contratos—, propiciándose la referida financiación a través de la regulación de adecuados incentivos.

Se trata de una aproximación más económica que jurídica, que intenta atribuir la decisión sobre la empresa en dificultades a quienes conservan valor económico en esta, lo que requiere su previa valoración, intentándose evitar los dos riesgos que esta opción negocial suele conllevar en la práctica; De un lado, el riesgo de «resistencia» de ciertos acreedores a unirse al acuerdo aceptado por la mayoría de los acreedores y en su caso por los socios que tradicionalmente han tenido el control de la reestructuración, cuando esta como es habitual requiere la adopción de medidas societarias (filializaciones, modificaciones estructurales, conversión de deuda en capital, aumento o reducción de capital, operaciones acordeón...) tratando en ocasiones de obstaculizarla acudiendo a estrategias como la solicitud de declaración del concurso invocando un deber legal (art. 5 TRLC) o negándose a adoptar en junta dichas medidas. Asimismo, se trataba de evitar el riesgo de una posible «expropiación» de valor a los socios que pueden ser «arrastrados» por medidas societarias de reestructuración, aunque no las hayan adoptado en junta.

Esta opción conlleva la superación de tradicionales paradigmas de derecho privado (relatividad contractual) y un desplazamiento en ocasiones del derecho de sociedades (derechos de suscripción preferente, posición de los socios como

propietario las compañías, normas de convocatoria y quórum de constitución de la junta y de mayorías..., que da lugar a lo que podríamos calificar como un derecho de sociedades en crisis.

La Directiva UE 2019/1023 se transpuso a nuestro derecho en virtud de la ley 16/2022 de modificación del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC) dando lugar al libro II (Del Derecho Preconcursal) en el que se regula la comunicación de inicio de negociaciones para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración previstos para grandes empresas y pymes, así como al libro III en el que se regula un procedimiento especial para microempresas, que excluye la aplicación del libro I y Libro II del TRLC y que podría calificarse como «híbrido» ya que regula no solo la tradicional solución concursal a las dificultades económicas sino también los llamados «Planes de continuación», equivalentes en cierta medida a los planes de reestructuración del libro II TRLC.

Los planes de reestructuración representan en nuestro derecho la última etapa de un largo proceso de reformas de la ley concursal 22/2003 (ley Olivencia) durante el período comprendido entre los años 2008-2014, con la introducción de los acuerdos de refinanciación como solución alternativa al tradicional concurso de acreedores que posteriormente se incorporaron al Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo... y han sido sustituidos en virtud de la ley 16/2022 por los planes de reestructuración, de contenido más amplio al incidir no solo en el pasivo, sino también en el activo de la compañía.

El cambio de terminología desde los acuerdos de refinanciación a los planes de reestructuración, se justifica no solo por el contenido más amplio de estos últimos, sino además porque la reestructuración ya no es necesariamente y en todo caso el resultado de un acuerdo entre el deudor y algunos acreedores, aun cuando esta sea la regla general, sino que pasa a ser un proceso de negociación y decisión colectiva, cuyo contenido en ocasiones y bajo ciertos requisitos puede ser decidido por una sola clase de acreedores o una mayoría simple de estas e impuesto a las demás clases de acreedores (Reestructuraciones no consensuales).

II. LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN: CONCEPTO Y PRESUPUESTOS

1. Concepto y clases

En el art. 614 TRLC se definen los planes de reestructuración en términos paralelos a los empleados en la Directiva UE 2019/10123, como aquellos que tienen por objeto «la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos».

En su regulación se ha optado por una mínima estructura procedimental con el fin de que resulten flexibles en la práctica y puedan adaptarse a las diferentes reestructuraciones que puedan alcanzarse, con una intervención judicial limi-

tada en principio en el marco de la decisión mayoritaria de los acreedores y que se concreta fundamentalmente en la confirmación u homologación del plan alcanzado e inspirada en los principios de necesidad y proporcionalidad.

En cuanto a la tipología de los planes de reestructuración, podemos distinguir, de un lado, planes de reestructuración no homologados posibles en el marco de la autonomía de la voluntad y con los límites de esta (art. 1255 CC) y que no estando sometidos al libro II TRLC, no pueden beneficiarse de la protección legal proporcionada (art. 615 TRLC *a sensu contrario*). De otro lado, los planes de reestructuración homologados regulados en el libro II TRLC y aprobados por el juez, lo que es necesario cuando se pretenda, extender sus efectos a los acreedores o clases de acreedores que no hayan votado a favor del plan, o a los socios de la persona jurídica que no hayan aprobado el plan, así como cuando se pretenda proteger la nueva financiación y la financiación interina y reconocerles la preferencia de cobro o se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración (arts. 615 y 635 TRLC).

A su vez, dentro de los planes homologados podemos distinguir planes consensuales aceptados por todas las clases de acreedores y en su caso por los socios (art. 638.3.º TRLC) y planes no consensuales (art. 639 TRLC), que no han obtenido el apoyo de todas y cada una de las clases formadas y en su caso de los socios, pero que pueden ser homologados judicialmente si concurren determinadas circunstancias, la denominada reestructuración forzosa en la Directiva UE 2019/1023 (*cross-class cram-down*).

2. Los presupuestos de los planes de reestructuración

En el título I del Libro Segundo del TRLC se regulan los presupuestos del concurso, no aludiéndose a los presupuestos del procedimiento preconcursal, porque en puridad no estamos ante un procedimiento tradicional con fase de apertura y conclusión, dada la opción de política legislativa por una mínima estructura procedimental.

Así, se regulan los presupuestos de acceso a los planes de reestructuración, esto es quienes pueden disfrutar de estos (presupuesto subjetivo), en qué condiciones económicas (presupuesto objetivo) y con qué requisitos de forma (requisitos formales). Se trata de presupuestos comunes al Derecho preconcursal, es decir, aplicables tanto para la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (arts. 585 y ss. TRLC) como para los planes de reestructuración (arts. 614 y ss. TRLC).

A) El presupuesto subjetivo

En el art. 583 TRLC se delimitan los requisitos de la persona deudora que puede acceder a los planes de reestructuración regulados en el libro II del TRLC, exigiéndose de un lado que el deudor sea persona natural o jurídica, y de otro que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional que se persigue mantener en el marco de un plan de reestructuración, no pudiendo por tanto acudir a estos planes para reestructurar su deuda las personas naturales consumidoras.

Asimismo, se excluyen legalmente del ámbito subjetivo del precurso, a los siguientes deudores:

— Empresas de seguros (empresa de seguros directos de vida o distintos del seguro de vida que haya recibido autorización, con arreglo a lo dispuesto en el art. 14) o de reaseguros (la que haya recibido autorización con arreglo al art. 14 para desarrollar actividades de reaseguro), tal como se definen en el art. 13, puntos 1 y 4, de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

— Entidades de crédito (art. 4, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012).

— Empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, como se definen en el art. 4, apartado 1, puntos 2 y 7, del Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

— Entidades de contrapartida central, que intermedian entre las contrapartes de los contratos negociados en uno o varios mercados financieros, actuando como compradora frente a todo vendedor y como vendedora frente a todo comprador.

— Depositarios centrales de valores, como se definen en el art. 2, apartado 1, punto 1, del Reglamento (UE) n.º 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) n.º 236/2012.

— Otras entidades y entes financieros recogidos en el art. 1, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, incorporada a nuestro ordenamiento interno en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de créditos y empresas de servicios de inversión.

— Las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

— Los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del libro tercero, esto es, personas naturales o jurídicas que realicen una actividad empresarial o profesional y que en el año anterior a la solicitud tuvieran menos de 10 trabajadores de media, y que además tuvieran un volumen de negocio anual inferior a 700.000 o un pasivo inferior a 350.000 euros según las últimas

cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (art. 685 TRLC).

B) El presupuesto objetivo

El presupuesto objetivo de los planes de reestructuración, esto es, aquella circunstancia objetiva de carácter económico que permite a los operadores acudir a esta vía para resolver sus dificultades económico-financieras, se regula en un modo muy amplio en el art. 636 TRL situándose en la graduación temporal de la insolvencia en tres estados: insolvencia actual, inminente o probable. La probabilidad es un estado previo a la inminencia y la inminencia previa a la insolvencia actual, justificándose esta graduación sobre la base del considerando 24 de la directiva UE 2019/1023, en el que se establece dentro de la mínima armonización introducida por la directiva que los marcos de reestructuración preventivos deben estar disponibles antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia (concurso de acreedores).

Era por tanto necesario en este contexto abrir la disponibilidad de los planes en nuestro derecho a un momento anterior no solo a la insolvencia actual, sino también a la insolvencia inminente que ya constituían presupuestos objetivos del concurso de acreedores, lo que se ha conseguido a través de la introducción como novedad en nuestro derecho del concepto de probabilidad de insolvencia.

No se definen en el art. 584 TRLC los conceptos de insolvencia actual e inminente a los efectos de la comunicación de inicio de negociaciones y homologación de planes de reestructuración, lo que conlleva una implícita remisión a los conceptos concursales recogidos en el libro I en relación con el presupuesto objetivo del concurso de acreedores (art. 2.3 TRLC).

Así, la insolvencia actual se define en el art. 2.1 TRLC como un estado en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, lo que no se identifica en todo caso con el desbalance (activo inferior al pasivo) o la existencia de pérdidas societarias cualificadas (patrimonio inferior a la mitad del capital social), siendo lo relevante que la deudora no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles en un determinado momento, precluyendo la posibilidad de acudir a un plan de reestructuración la eventual admisión a trámite de una solicitud de concurso necesario (art. 636.2 TRLC).

La insolvencia inminente se delimita conceptualmente en el art. 2.3 TRLC como un estado anterior a la insolvencia actual, basado en una previsión de que el deudor dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir puntual y regularmente sus obligaciones. Se parte por tanto de una previsión subjetiva de futuro realizada por el propio deudor, pudiendo provenir la solicitud de homologación de un plan de reestructuración también de los acreedores, en cuyo caso se sustituirá esa apreciación subjetiva del deudor, por lo que se ha denominado «test de previsibilidad objetiva».

La probabilidad de insolvencia, constituye un concepto preconcursal propio y específico situado en que sea «objetivamente previsible» que de no alcanzarse

un plan de reestructuración, «el deudor no podrá cumplir regularmente su obligaciones que venzan en los próximos dos años» (art. 584.2 TRLC), formando por tanto implícitamente parte de este concepto de probabilidad, la exigencia de que la alternativa más probable a la reestructuración sea la declaración de un concurso de acreedores, lo que de algún modo conecta con los deberes de los administradores sociales en la insolvencia o la proximidad de esta.

Ahora bien, no se trata de evitar la declaración de concurso de acreedores y de mantener en funcionamiento cualquier empresa en insolvencia actual, inminente o probable en cualquier circunstancia, dado que no nos encontramos ante una normativa de rescate empresarial, sino solo aquellas compañías que atravesando dificultades económicas sean viables (viabilidad económica pero no financiera), situándose la finalidad de estos planes precisamente en asegurar la continuidad de las empresas y negocios, resultado de lo cual se obtendrá la prima de reestructuración a repartir entre los acreedores y en su caso los socios, cuando conserven valor en la compañía (arts. 636, 633.10, 638.1.º, 639, 654.4.º TRLC).

De otro modo, si la compañía no es viable, debería ser objeto de liquidación concursal en el modo más eficaz, esto es, en el más breve período de tiempo con el fin de evitar un indeseable deterioro de los activos, habiéndose introducido con este fin en la ley 16/2022 de reforma del Texto Refundido de la ley concursal importantes modificaciones en el régimen de la liquidación concursal, regulándose por primera vez en nuestro derecho el *prepack* (Proceso preconcurso competitivo de búsqueda de ofertas y liquidación concursal) (art. 224 bis a 224 septies TRLC), que deberá ser objeto de revisión con ocasión de la transposición a nuestro derecho de la que será la segunda directiva de insolvencia (propuesta de 7 de diciembre de 2022).

En todo caso hay que destacar que el plan de reestructuración no debe asegurar la viabilidad empresarial, sino que basta con que las medidas propuestas sean idóneas, razonables para la viabilidad, de manera que estén orientados a la continuidad de la actividad, lo que no conlleva la garantía de éxito del plan de reestructuración (AJM núm. 2 de Sevilla de 8 de noviembre de 2016).

Por último, es necesario que el plan permita la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo, lo que constituye un concepto jurídico indeterminado que no ha sido precisado por el legislador. Contablemente se considera en el actual Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007 de 16 de noviembre) que las obligaciones con vencimiento a corto plazo son aquellas con una duración inferior al año y a largo plazo serían las de vencimiento superior a un año, no mencionándose sin embargo las obligaciones a medio plazo, ya que la normativa contable contrapone el corto al largo de plazo. En el ámbito de las operaciones bancarias se consideran a largo plazo las obligaciones a partir de los 3 años, el corto menos de 1 y el medio entre 1 y 3 años, habiéndose entendido doctrinalmente la viabilidad a corto plazo para periodos de 6 a 12 meses, y de medio plazo de 6 meses a 2 o 3 años, debiendo concretarse este plazo, en cada caso en el ámbito concreto, a la vista del sector de la economía en que opere la compañía.

Constituye cuestión polémica en nuestro derecho si la pluralidad de acreedores constituiría un presupuesto de los planes de reestructuración del mismo

modo que lo constituye del concurso de acreedores, habiéndose exigido este requisito por alguna resolución judicial (AJM 7 de Madrid de 23 de enero de 2024), aun cuando no es este el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid (SAP de Madrid, Sec. 28.ª, de 23 de abril de 2024).

C) *La legitimación para solicitar la homologación de un plan de reestructuración*

La solicitud de homologación de un plan de reestructuración constituye en todo caso una facultad para el deudor y no un deber legal, frente a la solicitud de concurso de acreedores (art. 5 TRLC), atribuyéndose la legitimación para presentar dicha solicitud en casos de deudor persona jurídica al órgano de administración o liquidación sin necesidad de exigencia de convocatoria previa de la junta de socios (art. 643.2 TRLC). No obstante, resulta aconsejable en la práctica que se acompañe la solicitud de homologación del acuerdo favorable de dicha junta o en su caso de posterior ratificación de dicha solicitud por aquella, para evitar la posibilidad de que estos incurran en responsabilidad en un ámbito societario por los perjuicios que en su caso pudieran derivarse para la sociedad de dicha solicitud.

De otro lado, se legitima también facultativamente para solicitar la homologación de un plan de reestructuración, a cualquier acreedor afectado por el plan que lo haya suscrito (art. 643.1 *in fine* TRLC) frente a la comunicación de inicio de negociaciones respecto de la que se excluye la legitimación de los acreedores para su presentación, dado que los planes de reestructuración son institutos fundamentalmente «pro acreedores» en un contexto en el que su deudor/es atraviesa dificultades económicas, pudiendo distinguirse dos posibles escenarios.

De un lado, aquellos que son los más frecuentes en la práctica en los que el plan de reestructuración ha sido elaborado por el deudor con asistencia de los acreedores, siendo este plan el resultado de una negociación proviniendo en estos casos generalmente la solicitud de homologación del plan del deudor, aun cuando también podría provenir de cualquier acreedor afectado que haya suscrito el plan.

De otro lado, escenarios en los que el deudor no colabora en absoluto y el plan lo elaboran los propios acreedores y lo votan estos entre sí, siendo también los acreedores los que solicitan la homologación, indicándose el lugar donde el plan esté en su caso a disposición del deudor, como se prevé en el art. 643.1 *in fine*.

Se persigue con ello superar el tradicional monopolio del deudor y de los socios respecto del tratamiento de sus dificultades económicas cuando la empresa es viable, añadiéndose a esta legitimación la facultad de un porcentaje de acreedores de paralizar solicitudes de concursos voluntarios si demuestran que hay probabilidad de alcanzar un plan de reestructuración (art. 637 TRLC) neutralizándose así la tradicional amenaza directa o velada de solicitud de un concurso de acreedores por la compañía (el llamado «botón nuclear») y que en muchas ocasiones impidió en el pasado la reestructuración de empresas viables con dificultades económicas.

D) *Los presupuestos formales: la necesaria formalización del plan en instrumento público*

En el art. 634 TRLC se exige con el fin de que el plan de reestructuración tenga la debida fehaciencia, dados los potentes efectos conectados a su homologación, su formalización y elevación a instrumento público por quienes lo hayan suscrito y en el que se incluirá la certificación sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan, emitida por el experto en la reestructuración, si estuviera nombrado, o por el auditor de otro modo.

Respecto de la exigencia legal de incorporación de la certificación de la suficiencia de las mayorías al instrumento público, no hay hasta el momento un criterio sobre la necesidad de incorporación de la certificación al instrumento público para que el plan se pueda homologar (AJM 1 de Jaén de 4 de marzo de 2024), la posibilidad de aportar posteriormente de modo separado un certificación de fecha posterior a la homologación (AJM 2 de Sevilla de 6 de marzo de 2024) o incluso la posibilidad de que dicha certificación conste en otro instrumento público siempre y cuando se aporte en tiempo y forma al solicitar la homologación judicial (SAP Pontevedra, Sec. 1.ª, de 10 de abril de 2023).

Este instrumento público tendrá la consideración de documento sin cuantía a los efectos de determinación de los honorarios del notario que lo autorice, atribuyendo a los planes de reestructuración una fecha cierta, petrificando los créditos a los efectos de delimitar el alcance del derecho de voto y haciendo juicio de la representación de las partes, aunque su alcance no se extiende a otros aspectos.

Legalmente, se exige forma de instrumento público, no limitado por tanto expresamente a la escritura pública, por lo que entendemos se podrá formalizar en póliza notarial, que al no requerir unidad de acto, puede facilitar la suscripción del plan, en especial en los supuestos de grandes reestructuraciones, en las que será más sencillo que los acreedores vayan suscribiendo el acuerdo de forma sucesiva en lugar de encontrar una fecha que sea válida para todos, excluyéndose no obstante esta posibilidad de póliza notarial, cuando el plan de reestructuración tenga un objeto inmobiliario.

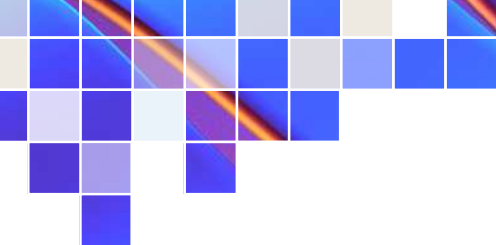
III. EL CONTENIDO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

1. El contenido mínimo de los planes de reestructuración

En el art. 633 del TRLC se regula el contenido mínimo que deben tener los planes de reestructuración para resultar sometidos al libro II del TRLC, debiendo completarse las previsiones recogidas en este artículo con el art. 614 TRLC que en conexión con el concepto de los planes de reestructuración también alude a su contenido, siendo este un precepto clave en orden a precisar la posibilidad de que los planes de reestructuración tengan en su caso un contenido liquidativo.

Este contenido mínimo, legalmente regulado, puede sistematizarse en:

- Contenido descriptivo del plan (art. 633.1.º, 2.º, 3.º 4.º TRLC): Identificación del deudor; Identidad del experto encargado de la reestructuración,



La reestructuración de empresas ha asumido en los últimos años una importante «presencia», no sólo respecto de la actividad de los operadores jurídicos en el tráfico, sino también en un ámbito universitario, en los planes de estudios, impartándose no solo en la asignatura de derecho societario o concursal, sino también como asignatura optativa en diversos grados y masters universitarios.

En este contexto se plantea la necesidad, de publicar un manual específico de reestructuraciones de empresas, autónomo e independiente respecto de los tradicionales manuales de Insolvencia y Derecho de Sociedades en el que, se analicen las medidas societarias y financieras de reestructuración (aumento y reducción de capital, conversión de deuda en capital, modificaciones estructurales, negocios traslativos de empresas, mercado del crédito y estructura de capital) y su utilidad, no solo respecto de sociedades in bonis sino también en dificultades económicas.

Así el presente Manual, dirigido por Juana Pulgar Ezquerra, Catedrático de Derecho Mercantil UCM y coordinado por los profesores Andres Gutierrez Gilsanz Catedrático de Derecho Mercantil de la URJC, Javier Megias López, profesor titular de derecho mercantil UCM y Eva Recaman Graña, Profesora de Derecho Mercantil UCM, persigue superar el tradicional modo lineal de estudio de la reestructuración, solo desde el derecho de sociedades y respecto de sociedades in bonis, estableciendo las conexiones con el derecho de la insolvencia y el derecho de la competencia en particular cuando conlleven cambios de control, abordándose así mismo la reestructuración del sector financiero y las particularidades de la reestructuración de microempresas.

El *Manual de reestructuraciones empresariales* es **una herramienta de trabajo imprescindible, para estudiantes universitarios, para los operadores jurídicos y para los profesionales que participan en el estudio y en la práctica de las reestructuraciones, desde una perspectiva interdisciplinar, sintética y actualizada.**

