



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía
**Conceptualización del marco actual del
preconcurso y estudio de las reales y
potenciales problemáticas del nuevo
planteamiento introducido por la Ley
16/2022, de 5 de septiembre**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Anna Gutierrez Rodriguez
Tipo de trabajo:	Investigación teórica
Área jurídica:	Derecho Concursal (área Mercantil)
Director/a:	Francisco Javier Lopez Garcia de la Serrana
Fecha:	18/01/2024

Resumen

El presente trabajo de investigación estudia la reforma introducida por la Ley 16/2022, de 5 de mayo, centrando sus esfuerzos analíticos en los actuales instrumentos que ofrece el derecho concursal en el ordenamiento jurídico español. Se destaca, en especial, del plan de reestructuración, tanto las reales como las potenciales problemáticas que se derivan de las nuevas previsiones normativas.

Dentro de las mencionadas problemáticas, se subraya el potencial abuso derivado de que un porcentaje ínfimo del pasivo afectado pueda aprobar el plan y arrastrar a aquellos acreedores disidentes; la imposibilidad de controlar u oponerse al plan de reestructuración de forma preceptiva antes de la homologación judicial del mismo; la prohibición de presentar recursos para unificar la doctrina y evitar resoluciones opuestas ante supuestos similares; la problemática derivada de la falta de regulación, dentro del procedimiento de impugnación del plan de reestructuración, de la prueba; y breves apreciaciones a la figura de las diligencias preliminares, instrumento previsto en el ordenamiento jurídico pero que, como se verá, al que es discutible poder acceder.

Palabras clave: Acreedor, Deudor, Derecho Concursal, Plan de Reestructuración, Clases de Crédito, Insolvencia

Abstract

This research work studies the reform introduced by Law 16/2022, of May 5, focusing its analytical efforts on the current instruments offered by the pre-bankruptcy law in the Spanish legal system. It highlights, in particular, the restructuring plan, both the real and the potential problems arising from the new regulatory provisions.

Among the aforementioned problems, the potential abuse derived from the fact that a tiny percentage of the affected liabilities can approve the plan and drag those dissenting creditors along with them; the impossibility of controlling or opposing the restructuring plan in a mandatory manner prior to its judicial approval; the prohibition to file appeals to unify the doctrine and avoid opposing resolutions in similar cases; the problem derived from the lack of regulation, within the procedure for challenging the restructuring plan, of evidence; and brief comments on the figure of preliminary proceedings, an instrument provided for in the legal system but which, as will be seen, it is debatable to be able to access.

Índice de contenidos

1. Introducción	6
1.1. Justificación del tema elegido.....	6
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	7
1.3. Objetivos.....	8
2. Marco teórico y desarrollo.....	9
2.1. Evolución de las instituciones concursales	9
2.1.1. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y sus sucesivas reformas.....	9
2.1.2. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal	12
2.1.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.....	13
2.2. Escenario concursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal	15
2.2.1. Presupuestos del concurso	15
2.2.2. Comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores.....	18
2.2.2.1. Efectos de la comunicación.....	18
2.2.2.2. Duración de los efectos de la comunicación.....	19
2.2.2.3. Límites a los efectos de la comunicación.....	20
2.2.3. El Plan de Reestructuración.....	21
2.2.3.1. Concepto y alcance	22
2.2.3.2. Formación de clases de acreedores.....	23
2.2.3.3. Confirmación judicial de clases	24
2.2.3.4. Aprobación y Homologación Judicial del plan de reestructuración	25
2.2.3.5. Impugnación del auto de homologación judicial del plan de reestructuración	

2.2.3.6. Contradicción previa a la homologación judicial	29
2.3. Consecuencias indeseadas del Texto Refundido de la Ley Concursal. Principales problemáticas del nuevo planteamiento en la gestión del precurso.....	31
2.3.1. Aprobación del Plan de Reestructuración como consecuencia de la formación fraudulenta de Clases de Acreedores. El arrastre de acreedores.....	31
2.3.2. Planteamiento de potencial problemática con las impugnaciones I. Cauces para la impugnación de la formación de las clases de acreedores: la confirmación judicial de clases de acreedores, la contradicción previa a la homologación y la impugnación de la homologación judicial del plan de reestructuración	38
2.3.2.1. La confirmación judicial de clases de acreedores	39
2.3.2.2. La contradicción previa a la homologación judicial del plan	41
2.3.2.3. La impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración ..	43
2.3.3. Planteamiento de potencial problemática con las impugnaciones II. Imposibilidad de control de la homologación judicial en el Juzgado de lo Mercantil y de unificación de la doctrina en el Tribunal Supremo. El papel de las Audiencias Provinciales.	47
2.3.4. Falta de previsión específica a la Prueba y la Vista. Mención a la figura de las Diligencias Preliminares.	49
3. Conclusiones.....	53
Referencias bibliográficas.....	56
Listado de abreviaturas	61

1. Introducción

El presente Trabajo de Investigación aborda una de las novedades legislativas más relevantes y de mayor impacto que han tenido lugar en España en los últimos tiempos, en general, en el área del Derecho Mercantil y, en concreto, en su subcampo de Derecho Concursal, más específicamente en la parte inmediatamente previa a la declaración del concurso de acreedores, esto es, el derecho preconcursal.

El motivo que subyace a la elección de esta materia de estudio es, en primer lugar, la mayúscula actualidad de la reforma que afecta al Derecho Concursal, y, en segundo lugar, el interés en examinar en profundidad para finalmente reflexionar sobre las posibles soluciones a algunas de las problemáticas que se están derivando de la nueva normativa.

En este sentido, ya desde este momento se advierte al lector de que el presente análisis de las novedades que atañen al derecho preconcursal se centra en la perspectiva de los acreedores, en el sentido de analizar todos aquellos campos en los que se encuentran flaquezas que podrían perjudicar a los mismos, o fortalezas derivadas de la falta de precisión normativa.

1.1. Justificación del tema elegido

En las siguientes páginas se analizan, dentro del terreno del Derecho Concursal, dos aspectos altamente relevantes y, en cierto punto, controvertidos en relación con la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, RDL 1/2020, de 5 de mayo, o TRLC) a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En adelante, me referiré a esta norma como Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

En concreto, el estudio se centra, en primer lugar, en exponer, tras contextualizar con sus respectivos antecedentes, las figuras concursales actualmente previstas en el ordenamiento jurídico español, esto son, la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración, y en segundo lugar, analizar los efectos y potencial problemática que el nuevo planteamiento legal ofrece en relación con el arrastre de acreedores en el plan de reestructuración como consecuencia de la amplitud que la disposición otorga ahora a favor del deudor para agrupar a los acreedores en diferentes clases y, en su virtud, permitir aprobar un plan de reestructuración de la deuda sin que éste haya recibido el voto favorable de la mayoría del pasivo afectado.

Además, se analizan también otros inconvenientes como la imposibilidad de controlar el plan de reestructuración antes de la homologación judicial, la imposibilidad de presentar recursos y, por tanto, unificar la doctrina en lo que refiere a las resoluciones judiciales y la problemática derivada tanto del momento procesal oportuno para practicar prueba.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

Los problemas en los que se prestará especial atención, como se avanzaba anteriormente, son precisamente los efectos indeseados de la norma que provoca el hecho de que ahora sea posible que el deudor agrupe a sus acreedores, en apariencia, bajo un interés común, pero, tal y como la práctica está demostrando en gran cantidad de ocasiones, en interés del propio deudor para que el plan de reestructuración, muchas veces bajo un planteamiento abusivo, discriminatorio y sin respetar el principio *par conditio creditorum*, sea finalmente aprobado.

Por ello, el presente trabajo se realiza bajo el enfoque de analizar el nuevo contexto legal, así como sus efectos, algunos de ellos mismamente indeseados por la norma, así como la escasa jurisprudencia que a día de hoy existe está poniendo de manifiesto.

En el mismo orden de ideas, es también relevante traer a colación, ya que no es un asunto resuelto por la normativa, cuándo es el momento procesal oportuno para practicar la prueba y, en su caso, hasta qué punto es procedente la solicitud y correlativa aceptación y práctica de diligencias preliminares, así como dilucidar en qué momento y ante qué órgano deberían éstas solicitarse, ya que, entre otras cosas, las cuestiones relativas a la prueba no han sido definidas

en la reforma y, por tanto, será la práctica y la jurisprudencia las que vayan sentando las bases en este campo.

1.3. Objetivos

El objetivo del presente trabajo es analizar el marco legal y regulatorio en relación con los actuales instrumentos concursales, centrando los mayores esfuerzos en el plan de reestructuración. En concreto, se analizará en profundidad inconvenientes como la posibilidad de generar clases que ya no responde a la categorización anterior de los créditos, sino que permite al deudor un mayor poder de disposición para justificar la creación de clases en interés común de acreedores.

Se investigarán las causas y los factores que contribuyen al problema que implica que la generación de clases por parte del deudor arrastren a aquellos acreedores que, no habiendo votado a favor de la aprobación del plan de reestructuración, se vean afectados por éste en haberse aprobado por una mayoría de clases pero minoría de acreedores, entre otros supuestos.

En este orden de ideas, se aporta la reciente jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la impugnación de los autos que homologan los planes de reestructuración, y que muchas veces se han aprobado sin tener en cuenta la naturaleza real y el impacto efectivo entre los diferentes acreedores.

Igualmente, se tiene como objetivo poner de manifiesto las potenciales problemáticas derivadas de una regulación ciertamente deficiente o, si se prefiere, insuficiente, así como de traer a colación cuestiones como de qué manera y en qué tiempos deberá practicarse la prueba, debido a que el nuevo cuerpo legal realiza nula apreciación a un supuesto tan imprescindible como este.

2. Marco teórico y desarrollo

2.1. Evolución de las instituciones concursales

2.1.1. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y sus sucesivas reformas

Hasta la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley Concursal o LC), la normativa en esta materia en España resultaba difusa, dispersa y anacrónica. Así quedó reflejado, igualmente, en su Exposición de Motivos I cuando se refirió a la misma como “inadecuada a la realidad social y económica” y “carente de un sistema armónico”. Así, la citada norma vino a modernizar el ordenamiento jurídico español y, en su virtud, ofrecer un texto ajustado a las nuevas realidades y que diera salida a cuestiones que, hasta el momento, no se habían abordado (a modo de ejemplo, que hubiera todavía en vigor artículos del primer Código de Comercio, promulgado por Fernando VII en 1829).

En este sentido, la LC efectivamente armonizó y cohesionó una materia disgregada, sin embargo, no tardaron en presentarse nuevas cuestiones que requerían de nuevos esfuerzos legislativos para ser tratadas. En lo que al objeto de examen del presente estudio refiere, me centraré únicamente en aquellas reformas que abordaron cuestiones en materia concursal.

En el sentido que se indicaba, y en el contexto de la importante crisis económica que en aquellos momentos azotaba España, la LC fue modificada por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (en adelante, RDL 3/2009), que incorporó una nueva Disposición Adicional cuarta (DA 4ª) a la citada Ley a través de la cual se introdujeron los Acuerdos de Refinanciación. Así, quedaron estos definidos como pactos entre el deudor y los acreedores en virtud de los cuales se modificaban las condiciones de la deuda, con la condición de que, en cualquier caso, debían estar respaldados por un plan de viabilidad que garantizara la continuidad de la actividad del deudor.

No obstante, lo realmente novedoso fue que, si éstos cumplían con los requisitos introducidos por la DA, se evitaba que se aplicara la acción de reintegración, esto es, que los Acuerdos se rescindieran como consecuencia de la declaración del concurso, tal y como se preveía de

forma expresa para todos aquellos actos que, aun sin haberse tomado con intención fraudulenta en los dos años previos a la declaración, fueran perjudiciales para la masa activa. Igualmente, y como similitud (aunque no equivalencia) a la normativa actual, como se verá, se previó la figura del experto independiente, encargado de realizar un juicio técnico sobre el Acuerdo, sobre la información aportada por el Deudor y sobre la proporcionalidad de las garantías incorporadas al mismo.

Posteriormente, LC sufrió otra modificación a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, Ley 38/2011), que introdujo varios cambios relevantes en materia preconcursal que es interesante destacar.

En este sentido, el propio Preámbulo ya advertía que esa modificación trataba de perfeccionar la reforma anterior, ya comentada, y ponía el foco en proporcionar a las empresas una solución a sus problemas económicos a través de los Acuerdos de refinanciación.

Así, se introdujo un nuevo artículo 5 bis, que preveía la Comunicación al juzgado competente de conocer del eventual concurso sobre el inicio de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, cuya característica más relevante es que, mientras éstas duren, no será imperativo solicitar el concurso voluntario. Como se verá, aunque con algunas precisiones, la redacción actual prevé un planteamiento muy parecido, siendo esta la reforma de 2011 la que sentó sus bases.

Igualmente, se reformuló el artículo 71, dirigido a las acciones de reintegración, en cuya virtud se detallaron y precisaron aquellos requisitos que se habían previsto en la DA 4ª del RDL 3/2009, concretando, así, en qué circunstancias se podía evitar rescindir los Acuerdos de refinanciación adoptados para los supuestos en que se llegara a la declaración del concurso.

Asimismo, aparece por primera vez la idea de la Homologación de los Acuerdos de Refinanciación, a través de la DA 4ª, que se modifica íntegramente. En este sentido citada homologación judicial quedaba relegada al cumplimiento de los requisitos del recién modificado artículo 71 y a otros mandatos, del cual destaco especialmente el hecho de que el Acuerdo debía haber sido respaldado por acreedores que conformasen, al menos, el 75% del pasivo de la deuda financiera. Quedaban excluidos, por tanto, los acreedores comerciales y los de derecho público.

El requisito de la mayoría, patentemente coherente y razonable, no obstante, desaparece con la normativa actual, que contiene unas previsiones sustancialmente distintas, mientras que el que refiere a los acreedores comerciales y públicos, se incorpora. Todo ello será analizado en los siguientes apartados.

A dicha reforma le siguió la de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante, Ley 14/2013), que reformulando el recientemente introducido artículo 5 bis y añadiendo un nuevo Título X a la LC, agregó, a la posibilidad de negociar Acuerdos de Refinanciación, la posibilidad de alcanzar Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, lo que constituyó un nuevo mecanismo legal que permitía a deudores y acreedores replantear el pago de la deuda de manera satisfactoria para ambos sin necesidad de acudir a un medio judicializado (aunque sí con intervención de un mediador concursal).

Posteriormente, tuvo lugar el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que fue convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Esta norma tuvo sustancialmente dos modificaciones considerables en el ámbito que ahora se estudia: se reunifica la regulación de las acciones de reintegración en el artículo 71, incorporando un nuevo artículo 71 bis, en el que se clarifica el alcance del mismo y se añade un nuevo supuesto; y se modifica la DA 4ª, ampliando la posibilidad de suscribir el Acuerdo a todo tipo de acreedores financieros, manteniendo excluidos a los acreedores comerciales y de derecho público.

Como se ve a lo largo de esta sección, numerosas fueron las reformas que afectaron a la LC en materia concursal, que deben sumarse, claro está, a todas aquellas que también implicaron una modificación de la norma y que, por alejarse del objeto de estudio, no han sido tratadas aquí.

Como consecuencia de lo expuesto, la Ley que había venido a unificar y ordenar toda la normativa dispersada en el ordenamiento jurídico en materia concursal quedó formulada con numerosos remiendos y añadiduras forzadas en extensos artículos, lo que provocó que se acabara autorizando al Gobierno para que, en el plazo de doce meses, elaborase un texto refundido de la LC, tal y como quedó determinado por la Disposición Final octava (DF 8ª) de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

A efectos de ofrecer un estudio preciso, se concreta que dicho plazo fue posteriormente incrementado en ocho meses más mediante la Disposición Final tercera (DF 3ª) de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

En lo que a materia preconcursal refiere, estos fueron las reformas más destacables de la LC de 2003, profundamente modificada, como se ve, y que acabaron culminando en el enunciado texto refundido de la Ley Concursal, que se analiza seguidamente.

2.1.2. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Derivado de la necesidad de refundir una norma que había albergado numerosos cambios y transformaciones, en la que, además, el legislador había intervenido en numerosas ocasiones recurriendo a mecanismos previstos para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad y cuyo resultado, en cómputo final, había sido que llegaba a resultar dificultoso comprender la propia normativa, se aprobó, finalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. En adelante, nos referiremos a este cuerpo legal como TRLC.

Hay que tener muy presente, sin embargo, que el hecho de que el mecanismo elegido para sistematizar los preceptos fuera a través de un texto refundido tuvo como consecuencia que, como es evidente, no se pudieran incluir nuevas prescripciones o realizar modificaciones de hondo calado de las ya existentes. Aún así, hay quienes defienden, como Martínez Sanz (2022), que efectivamente existió una extralimitación *ultra vires* por parte del Gobierno en la refundición.

En lo que a materia preconcursal refiere, la misma se ubicó en el Libro Segundo, manteniendo los mecanismos que, hasta el momento, se contenían en el ordenamiento jurídico español, esto son, los Acuerdos de Refinanciación y los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos. Se incorporó, también, la Comunicación de Apertura de Negociaciones para aquellos casos en que, precisamente, se estuviera trabajando en alcanzar alguno de los dos tipos de acuerdos anteriormente mencionados, así como para lograr una propuesta anticipada de convenio,

figura que ya existió en la LC de 2003, con la diferencia fundamental de que antes se preveía para los escenarios concursales y ahora también para el contexto preconcursal.

En el mismo sentido que apuntaba la legislación que le precede, se conserva la idea de evitar las acciones de rescisión concursal de los acuerdos de refinanciación, tanto homologados como no homologados, siempre y cuando cumplan con los requisitos de la norma, y de los acuerdos extrajudiciales de pago (antiguo artículo 698 TRLC). Esta regulación, como se verá, es más flexible que la actual, introducida por la última reforma, en tanto que permite blindar, incluso, aquellos acuerdos que no hubieran sido homologados judicialmente.

Con la aprobación de este TRLC, por tanto, se dotó a los operadores de una normativa concursal mucho más sistematizada y reordenada, dividida en tres libros, de los cuales el segundo está destinado a la materia concursal.

No obstante, tal y como expresamente manifiesta el Preámbulo, quedó pendiente la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En adelante, me referiré a ella como Directiva (UE) 2019/1023 o Directiva.

De esta manera, quedó vaticinada la necesidad de realizar, por lo menos, otra nueva reforma en el TRLC que incluyera las previsiones de la Directiva, y que son analizadas en el siguiente epígrafe.

2.1.3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal

Como se indicaba, la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1023 supuso la reforma del TRLC a través de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los

procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). En adelante, nos referiremos a ella como Ley 16/2022.

A pesar de que el objetivo se centraba en armonizar las diferentes normativas nacionales, por extensión, la Ley 16/2022 tuvo que reformular otras materias que, estando ya reguladas, quedaban afectadas directamente por la Directiva.

De esta forma, el TRLC pasó a estar dividido en cuatro libros (a diferencia de los tres contenidos en la norma anterior), siendo, igualmente, el segundo, el destinado a la materia preconcursal.

De entre todos los cambios incorporados, que fueron numerosos, destaco a continuación los más relevantes para el objeto de este estudio.

En primer lugar, y como más destacable, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, en vigor como mecanismos para reformular las condiciones de la deuda desde los años 2009 y 2013, respectivamente, fueron sustituidos por una nueva herramienta: los Planes de Reestructuración. Igualmente, se mantuvo la posibilidad de efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, estableciéndose de manera expresa, esta vez, una serie de exclusiones que se analizarán más tarde.

En segundo lugar, se añadió la posibilidad de que, además de poderse adherir a este mecanismo en las situaciones de insolvencia actual o inminente, pudiera hacerse, también, en los supuestos de insolvencia probable.

Por último, en relación con las acciones de rescisión y a diferencia de la previsión anterior, se establece que las mismas sólo se evitarán en los casos en los que el plan de reestructuración, una vez aprobado, haya sido homologado judicialmente (artículo 226.2 TRLC).

A través de los antecedentes y la última reforma de afectación al ámbito preconcursal comentados se llega a la actual regulación en la materia, en cuyo seno me detengo para analizar las reales y potenciales problemáticas que en el mismo convergen en lo que no deja de ser un inédito planteamiento de los escenarios concursales, novedoso, eso sí, pero que

alberga contingencias que, al menos en apariencia, no son, o no deberían haber sido, las deseadas por el legislador.

Prima facie, se aborda la explicación del nuevo marco preconcursal, que engloba la regulación y funcionamiento de los transformadores planes de reestructuración (excluyendo de este análisis la regulación específica para empresas que no llegan a ciertos umbrales y microempresas). Contextualizada esta novedosa figura, se analizan los posibles inconvenientes y riesgos que se desprenden de ella.

2.2. Escenario preconcursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal

2.2.1. Presupuestos del precurso

Antes de entrar a examinar las potenciales problemáticas que el nuevo planteamiento preconcursal acarrea, es conveniente contextualizar que el escenario actualmente previsto en lo que refiere a la situación de precurso prevé dos figuras (que posteriormente analizaré) y que son las siguientes: la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y el plan de reestructuración propiamente dicho.

Para poder acudir a cualquiera de estos mecanismos, hay que cumplir previamente con los presupuestos previstos legalmente. Así, el TRLC diferencia entre el presupuesto subjetivo, destinado a indicar *quién* puede acogerse a cualquiera de estas instituciones, y el objetivo, encaminado a delimitar en *qué* situación concreta será posible acudir a ellas. Estas previsiones se encuentran en los artículos 583 y 584 del TRLC, respectivamente.

En lo que refiere al presupuesto subjetivo, se establece que podrán aducir cualquiera de las instituciones preconcursales previstas aquellas personas físicas o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional.

De esta premisa es interesante desgranar algunas informaciones. En primer lugar, se introduce una modificación sustancial respecto del planteamiento anterior en lo que refiere a las personas que podrán acogerse a las instituciones preconcursales. Así, conviene señalar que antes de la última reforma se preveía que cualquier deudor pudiera recurrir a la comunicación de la apertura de negociaciones para alcanzar o bien una propuesta de convenio o bien un acuerdo de refinanciación. Ahora, sin embargo, se matiza que sólo podrán recurrir a los

institutos concursales aquellos deudores que realicen una actividad empresarial o profesional. Esto supone un cambio muy relevante, puesto que se hace una distinción entre aquellas deudas contraídas como consecuencia de una actividad profesional y aquellas originadas en el ámbito personal del deudor, deviniendo los citados mecanismos concursales aplicables únicamente a aquellos deudores que lo sean por razón de su actividad empresarial.

Por otro lado, es importante atender a los empresarios que expresamente se excluyen a efectos de acudir a estas instituciones. Algunas de dichas exclusiones se encuentran en el apartado segundo del mismo artículo 583 TRLC, como lo son las empresas de seguros o reaseguros o las entidades de crédito. No obstante, atendiendo a una interpretación sistemática de la norma, se encuentran excepciones en otros artículos. Ejemplo de ello es el artículo 1, en cuyo apartado tercero se sentencia que no podrán entrar en concurso las entidades estatales y los entes públicos, y, por extensión, lógicamente, no aplicarán las instituciones del concurso. En el mismo sentido, habrá que estar a las normas contenidas en el Libro Tercero del TRLC para todo lo que afecte a las microempresas, por lo que puede considerarse, también, una excepción a los potenciales empresarios que podrían acogerse a las figuras ya comentadas.

De lo expuesto puede concretarse, que, en lo que refiere al ámbito subjetivo, para poder acogerse a los mecanismos precontractuales se deberán cumplir los siguientes requisitos de manera acumulativa: tratarse de una persona física o jurídica; no quedar sujeto a ninguna de las causas de exclusión; y realizar una actividad profesional o empresarial.

En lo que refiere al presupuesto objetivo, se establece que se deberá estar en una situación de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.

Igual que antes, es interesante detenerse en las diferencias que el nuevo marco prevé frente al anterior. En este sentido, si bien es cierto que el TRLC antes de la reforma contemplaba para acudir a este escenario la insolvencia actual o inminente, la Ley 16/2022 introduce también el supuesto de probabilidad de insolvencia, es decir, amplía el cerco del concurso. Tal y como indica el Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma del TRLC adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha de 25 de noviembre de 2021, se ha pretendido

contemplar una situación previa a la insolvencia inminente de forma que se integran en la norma todos los grados de insolvencia, desde la probable hasta la actual.

A tenor de lo expuesto, es conveniente dedicar un momento a la distinción entre estas tres situaciones, con la finalidad de comprender la cobertura de actuación que tienen ahora los mecanismos concursales.

Así, la probabilidad de insolvencia, que se define en el apartado segundo del mismo artículo 584 TRLC se concreta como aquella situación en la que, a menos que se alcance un plan para la reestructuración de la deuda, es objetivamente previsible que el deudor no pueda hacer frente a sus deudas en los próximos dos años. De esta manera, sin fijarse un plazo temporal concreto, se permite que sea la “previsibilidad objetiva de incumplimiento” lo que propulse la activación de mecanismos para evitar pérdidas mayores y evitar potenciales perjuicios al deudor y a los acreedores.

La insolvencia inminente se sitúa en una posición económicamente más apurada que la anterior. Regulada conjuntamente con la insolvencia actual en el tercer apartado del artículo 2 TRLC, hace referencia a la imposibilidad del deudor de pagar las deudas en los próximos tres meses.

Por último, la insolvencia actual se define como aquella situación en la que no se puede cumplir de manera habitual con las obligaciones exigibles.

Sin entrar en valoraciones exhaustivas al alejarse las mismas del objeto de estudio, no está de más mencionar que puede ser cuestionable permitir acceder a instituciones concursales incluso en las situaciones de insolvencia actual, puesto que podría tener más sentido acudir entonces a la solicitud de declaración del concurso. En este sentido, no obstante, expone el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que no es incorrecto recurrir a los institutos concursales mientras la empresa sea viable económicamente, con el límite, eso sí, de la declaración del concurso necesario, en cuyo caso se imposibilita el acceso a dichos mecanismos.

Esta cuestión tiene varios ángulos desde los que enfocarse, teniendo en cuenta que la viabilidad económica de una empresa en situación de insolvencia actual no tiene, en un gran número de casos, un encuadre claro de viabilidad (por eso se encuentra en una situación de

crisis), pero, como se decía, no es objeto de análisis en el presente estudio, por lo que la aportación al mismo la limitaré a la opinión emitida por el CGPJ.

Por último, conviene advertir al lector que el presente estudio, no obstante, más que exponer las figuras concursales actualmente vigentes, pretende poner de manifiesto tanto las reales como las potenciales problemáticas que el nuevo planteamiento ofrece en su aplicación, por lo que si bien se analizan seguidamente los institutos concursales actuales, el estudio pretende poner sus mayores esfuerzos en dichas problemáticas.

2.2.2. Comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

Como se ha comentado antes, la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores constituye una de las instituciones precontractuales actualmente previstas en el ordenamiento jurídico español, en los artículos 585 TRLC y ss.

Así, se puede explicar como el aviso que realiza el deudor que se encuentra en situación de insolvencia actual, inminente o probable al juzgado que sería competente para conocer del eventual concurso de acreedores, para comunicar que o bien se han iniciado o bien se tiene intención de iniciar negociaciones con los acreedores, con el objetivo de reorganizar la deuda a través de un plan de reestructuración.

En este sentido, tal y como se desprende del artículo 588.3 TRLC, es suficiente con comunicar que se están llevando a cabo o que hay intención de llevar a cabo dichas negociaciones, sin que sea preciso acreditar tal afirmación.

Esta circunstancia abre la posibilidad de realizar una interpretación, a todas luces indeseada, alejada de la *voluntas legislatoris*, por cuanto permite que cualquier deudor que se limite a manifestar que tiene intención de realizar negociaciones, sin que ello sea necesariamente cierto, pueda posponer, a través de las vías que ahora expondré, hasta siete meses la declaración del concurso.

En lo que refiere a las consecuencias de comunicar las negociaciones con los acreedores, no profundizaré demasiado por alejarse del objeto de estudio, sin embargo, sí es conveniente dedicar un breve momento a sus efectos, duración y límites.

2.2.2.1. Efectos de la comunicación

El TRLC diferencia entre los efectos sobre el deudor, sobre los créditos, sobre los contratos y sobre las acciones y procedimientos ejecutivos. Sin entrar en valoraciones profundas, en lo que refiere al deudor no se verán afectadas sus facultades de gestión (art. 594 TRLC), y en cuanto a los créditos y contratos, no se verán afectados en sus términos, salvo alguna particularidad en la que no me detendré ahora sobre éstos últimos, y que pueden consultarse en los artículos 595 a 599 TRLC.

En lo que refiere a las acciones y procedimientos ejecutivos (arts. 600 y ss.), es importante conocer que no será posible iniciar ejecuciones sobre todos aquellos bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial hasta que haya transcurrido el plazo de efectos de la comunicación (cuya duración oscila entre los tres y siete meses, como se expone más adelante). En el mismo sentido, todas aquellas que hubieran sido iniciadas se suspenderán una vez efectuada la comunicación. Estos efectos, no obstante, podrán ser extensibles a aquellos bienes que, aun no estando afectos a la continuidad de la actividad profesional, pueden influir decisivamente en el buen fin de las negociaciones.

Todo lo indicado, sin embargo, encuentra ciertas particularidades en el caso de las garantías reales, cuyas singularidades se recogen en el artículo 603 TRLC.

2.2.2.2. Duración de los efectos de la comunicación

De una lectura sistémica del Título II del Libro Segundo TRLC se infiere que la duración ordinaria de los efectos de la comunicación es de tres meses. Así se desprende de varios de los artículos en él contenidos, y se confirma en concreto en el 607 TRLC, en el que se indica que, de forma previa a la finalización de los tres meses desde que se efectuó la comunicación, podrá solicitarse una prórroga de otros tres meses más.

Eludiendo las especialidades procesales o de fondo tales como los créditos excluidos o los acreedores no afectados, así como, en su caso, quién y bajo qué requisitos está legitimado para solicitar una prórroga de los efectos de la comunicación, lo más relevante lo constituyen mismamente los efectos que se despliegan una vez tiene lugar la comunicación.

Como se ha visto anteriormente, el TRLC concreta los efectos sobre el deudor, los créditos, los contratos y las acciones y procedimientos ejecutivos. Siguiendo igualmente la tónica anterior, me detengo en éstos últimos, cuyos efectos son, quizás, los más significativos.

En este sentido, comunicadas las negociaciones al juzgado competente, no se podrán iniciar o proseguir ejecuciones durante los tres meses siguientes, o durante el tiempo que dure la prórroga, contra aquellos bienes o derechos del deudor que sean imprescindibles para llevar a cabo la actividad empresarial de que se trate. Dicha previsión podrá ser ampliable a otros bienes o derechos si así lo estima el juez que conozca de la comunicación, previa petición del deudor.

2.2.2.3. Límites a los efectos de la comunicación

Si bien el deudor puede acudir a la comunicación de negociaciones con los acreedores en caso de insolvencia actual, inminente o probable, esta posibilidad encuentra algunas limitaciones.

Ejemplo de ello es que de forma previa se haya admitido a trámite la solicitud de concurso necesario, en cuyo caso la comunicación permanece inoperante hasta que se resuelva la solicitud del concurso (artículo 585.2 en relación con el 588.4 TRLC).

A sensu contrario, si la declaración del concurso se solicita de forma posterior a la comunicación de apertura de negociaciones, la misma no se admitirá a trámite hasta que cesen los efectos de la comunicación.

Otro escenario posible es que la comunicación se produzca de manera previa a la admisión a trámite de una solicitud de concurso presentada con anterioridad. Es decir, que haya existido una solicitud de concurso pero que, sin embargo, la comunicación de la apertura de negociaciones se haya efectuado antes que la admisión a trámite de dicha solicitud. En ese caso, las solicitudes quedarán en suspenso (art. 610 TRLC).

En cualquier caso, transcurridos los plazos anteriormente señalados sin que se hayan culminado las negociaciones con el resultado previsto, esto es, el alcance de un plan de reestructuración que permita la viabilidad de la empresa, si el estado del deudor es el de insolvencia actual, deberá solicitar la declaración del concurso en el mes siguiente, salvo que los acreedores presenten una propuesta de plan de reestructuración con aptitud para ser aprobado (artículos 611 y 612 TRLC).

Otro límite relevante, aunque no ya enfocado a los efectos de la comunicación en sí, sino a la posibilidad de recurrir a este mecanismo propiamente dicho, es el que se refleja en el artículo

609 TRLC, mediante el cual se prohíbe presentar más de una comunicación de apertura de negociaciones en el plazo de un año.

Como brevemente se apuntaba al inicio de este apartado, la comunicación de la apertura de negociaciones brinda una serie de opciones y facultades al deudor para gestionar con sus acreedores la consecución de un acuerdo de reorganización de la deuda. Sin embargo, más allá de la buena intención legislativa que se esconde detrás de estos artículos, es jurídicamente imprescindible no perder de vista que el planteamiento que ofrece TRLC permite posponer la solicitud de declaración de concurso hasta siete meses, que en términos concursales (y, por qué no, también procesales en sentido amplio), no es cosa menor.

2.2.3. El Plan de Reestructuración

Como se indica en los antecedentes, el Plan de Reestructuración, junto con la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, es otro de los institutos concursales actualmente previstos en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, sin bien ambas figuras pueden operar perfectamente de manera independiente y sin necesidad de la otra, tal y como contempla el artículo 583 TRLC, lo cierto es que en la mayoría de los casos se utilizan conjuntamente, es decir, se efectúa primero la comunicación de apertura de negociaciones, permitiendo consecuentemente el despliegue de todos sus efectos, ya vistos, para luego dar paso a la solicitud de homologación judicial del plan de reestructuración.

A estos efectos, es oportuno tener presente que, en caso de no solicitarse la comunicación de apertura de negociaciones, a pesar de que se esté trabajando en la consecución de un plan de reestructuración, no se brindaría al deudor la protección relativa a que no se desplieguen los efectos una eventual solicitud de declaración de concurso, como sí se desatan en caso de que exista la mencionada comunicación.

Por tanto, si bien las dos instituciones pueden operar de forma independiente y aislada, si se observan las consecuencias jurídicas de ambas, es evidente que funcionan de manera mucho más práctica si es conjuntamente.

Por otro lado, y aun teniendo ciertas diferencias con las figuras que ahora se mencionan, se puede entender que el plan de reestructuración viene a sustituir, de alguna manera, los antiguos acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos.

2.2.3.1. Concepto y alcance

La figura del plan de reestructuración se encuentra regulada en el Título III del Libro Segundo del TRLC.

Como se indica en el artículo 614 TRLC, los mismos se definen como el conjunto de medidas que pueden afectar a la composición, condiciones o la estructura del pasivo y activo del deudor, y cuyo objetivo es alcanzar la viabilidad de la empresa. Tal y como están previstos actualmente, y a diferencia de la regulación anterior, en los mismos se puede prever la transmisión de activos, unidades productivas o la totalidad de la empresa.

De esta manera, una vez se haya alcanzado la homologación judicial (figura esta en la que me detendré más adelante), se despliegan unos efectos que hacen que el plan de reestructuración tenga un impacto asazmente relevante: que sea aplicable tanto a acreedores como a socios disidentes, y la protección frente a acciones rescisorias (artículo 615 TRLC).

Por último, antes de pasar al siguiente apartado es importante detenerse en el *scope* del plan de reestructuración. En este sentido, se hace necesario conocer qué se entiende y qué sucede por los créditos y contratos afectados.

Así, el TRLC define como crédito afectado todo aquél que sufrirá alguna alteración en sus términos y condiciones, estableciendo las particularidades a tener en cuenta, como son los créditos excluidos, en el artículo 616. Por otro lado, en lo que refiere a los contratos, los artículos 618 y 620 TRLC mantienen un planteamiento muy similar a la que se preveía en el escenario de la comunicación de apertura de negociaciones. De forma somera, la idea que se dibuja es que la homologación de un plan de reestructuración no influye, *per se*, sobre los contratos vigentes, salvo que el plan prevea específicamente lo contrario y siempre y cuando exista un propósito subyacente para el buen fin de la reestructuración.

Por otro lado, aunque no voy a extenderme en ello debido a la limitación de forma que rige en el presente análisis, es importante tener en consideración la figura que el TRLC incorpora como experto en reestructuración. De manera resumida, y como apunta la obra de Colex (2022), el experto en reestructuración se encarga de asistir a las partes en la negociación y elaboración del plan de reestructuración, es decir, tendrá impacto y relación únicamente con aquellas partes que negocien el plan. Igualmente, se encargará de evaluar que el plan cumple

con los requisitos, emitiendo los correspondientes informes, que será remitidos al juez competente. Se podría decir que su figura podría recordar a la del mediador concursal.

2.2.3.2. Formación de clases de acreedores

Este capítulo constituye, sin duda, una de las secciones más importantes de este estudio, puesto que la aprobación del plan de reestructuración se realiza por clases de créditos, por lo que la efectividad de dicho plan a través de la homologación puede depender, directamente, de la formación de clases que se haya realizado.

Aunque el TRLC no lo define expresamente, las clases de acreedores pueden explicarse como agrupaciones de créditos. Sí se hace especial hincapié, no obstante, en qué parámetros deben seguirse para justificar la aglutinación de unos créditos con otros.

En este orden de ideas, el criterio rector que debe reinar en la formación de clases es que exista un interés común entre los créditos que se agrupan. El artículo 623 TRLC defiende que se entenderá que existe dicho interés común cuando los créditos tengan el mismo rango (entendiendo de manera sistémica con el resto de la legislación concursal que se refiere a la tradicional categorización de los créditos en privilegiados, ordinarios y subordinados), teniendo en cuenta, además, el orden de pago en el concurso de acreedores.

A ello hay que añadir la precisión del apartado tercero del citado artículo, que prevé la posibilidad de disgregar créditos del mismo rango si existen “razones suficientes que lo justifiquen”. El entrecomillado que ahora reproduzco y que aparenta poca repercusión, tiene, en realidad, una trascendencia mayúscula en el actual planteamiento, por cuanto deja la puerta abierta a generar clases de acreedores potencialmente defendibles con una justificación que el deudor considere suficiente (más allá de superar otros filtros como el del experto en reestructuración, que analizaré más tarde, y que como se verá, es realmente cuestionable que llegue a tumbar o modificar en esencia las propuestas del deudor en el plan de reestructuración).

Por tanto, la formación de clases se explica como aquella agrupación de créditos justificada en un interés común, entendiendo por esto o bien la asociación de créditos en atención al mismo rango, o bien, aun tratándose del mismo rango, la disgregación de los créditos atendiendo a motivos suficientes que amparen dicha separación.

Aunque no me detendré en ello, sí es preciso señalar que la propia norma prevé que algunos créditos, independientemente de compartir rango con otros, deban integrar su propia clase. Éstos son: los créditos de pequeñas o medianas empresas cuando el sacrificio requerido por el plan implique más del 50% de su crédito (art. 623.3 TRLC); los créditos con garantía real (art. 624 TRLC); o los créditos de derecho público (art. 624 bis TRLC).

En lo que refiere a la formación de las clases, el TRLC se limita a fijar los criterios que deben seguirse, dejando, como se veía, un amplio perímetro de actuación al deudor. A tal efecto, es interesante señalar que no se establece ningún mínimo o máximo de créditos que puedan integrar cada clase, por lo que, en efecto, y como ya ha sucedido, podría llegar a haber clases conformadas por un único crédito y otras compuestas por decenas. Circunstancia distinta es que posteriormente se declare que dicha formación es correcta o incorrecta, sin embargo, ello tendrá lugar una vez se haya homologado el plan, esto es, una vez esté desplegando sus efectos.

De la misma manera, tampoco se fija un límite máximo de clases, por lo que el número dependerá, en cada caso, del volumen del pasivo y de la organización del mismo que le dé el deudor.

2.2.3.3. Confirmación judicial de clases

Como consecuencia de la pluralidad de escenarios que pueden darse en la formación de clases y de las discrepancias que potencialmente existirán entre deudor y acreedores, el legislador ha previsto un contexto previo a la aprobación del plan de reestructuración, conducido a verificar, mismamente, si la formación de clases propuesta es correcta, es decir, si se ajusta a la legalidad.

En este sentido, los artículos 625 y 626 TRLC permiten que, de forma facultativa, los acreedores que superen más de la mitad del pasivo afectado por el plan de reestructuración o el deudor puedan acudir al juez para confirmar que la formación de clases propuesta es correcta. A tal efecto, se podrá solicitar que se confirme desde una clase a la totalidad de las mismas, a petición del o los solicitantes.

En cualquier caso, la resolución mediante sentencia no será susceptible de recurso. De la misma manera, tampoco será posible invocar una incorrecta formación de clases en la eventual impugnación del plan de reestructuración si éstas ya fueron confirmadas.

2.2.3.4. Aprobación y Homologación Judicial del plan de reestructuración

Tal y como reza el artículo 622 TRLC, para aprobar el plan de reestructuración, cuyo contenido se deberá haber comunicado previamente a los acreedores, se votará por clases. Así, se establece una mayoría mínima imprescindible de dos terceras partes del pasivo de cada clase para dar por aprobado el plan en dicha clase. Esta regla común varía si se trata de, por ejemplo, créditos garantizados o sujetos a sindicación, que requieren de mayorías superiores.

Tal y como está redactada la Ley, todo parece indicar que será necesario que todas las clases aprueben el plan, sin embargo, y como se verá seguidamente, el hecho de que haya clases que no hayan aprobado el plan no será impedimento para que éste pueda homologarse igualmente.

Así, es conveniente diferenciar entre el resultado *ad intra* y el resultado *ad extra* de la votación. El primero hace referencia al resultado de la votación dentro de la clase, mientras que el segundo refiere a cuantas clases, sobre el total, habrían votado favorablemente a la aprobación del plan.

No obstante, aunque haya clases que no lleguen a los umbrales mínimos para aprobar el plan, lo cierto es que si más de la mitad de las clases han votado a favor de éste (y se cumplen otros requisitos que posteriormente se verán), es legalmente posible que el plan despliegue todos sus efectos sobre aquellos acreedores e incluso clases de acreedores que no hubieran votado a favor de la aprobación del mismo. Para que ello sea así, sin embargo, es requisito previo indispensable que éste se formalice en instrumento público y que se homologue judicialmente.

La homologación judicial consiste en que el deudor o los acreedores afectados trasladen el plan de reestructuración al juez que sería competente para conocer de un eventual concurso de acreedores, y, una vez confirmado que se cumplen todos los requisitos formales y evacuados los trámites procesales oportunos, éste legitima lo contenido en el mismo y lo dota

de eficacia frente a los socios y acreedores que quedan afectados por él, aunque no hubieran votado a favor del mismo.

La posibilidad de que el plan afecte a los acreedores disidentes siempre y cuando se cumplan algunos requisitos se ha conceptualizado por la doctrina como arrastre de acreedores. Que pueda producirse esta situación se encuentra estrechamente relacionado con la formación de clases, no obstante, y debido a que la regulación tan poco precisa en lo que refiere a esta materia puede acarrear que se produzcan consecuencias indeseadas de la norma, se analizará su regulación y efectos en el siguiente capítulo.

Así, el plan de reestructuración, una vez aprobado en las formas ya vistas, será susceptible de homologación judicial si se cumplen los requisitos del artículo 636, con las precisiones del 638 y 639 TRLC en función de si ha sido aprobado previamente por todas las clases de acreedores o no, respectivamente. Para no extenderme demasiado en describir qué requisitos establece el TRLC para homologar el plan, me limito a citar los artículos que los recogen.

Sí me detendré, no obstante, en el apartado tercero del artículo 638 TRLC, que establece que el plan podrá ser homologado si ha sido aprobado por todas las clases de créditos (con las mayorías mínimas, se entiende). Sobre esta máxima se sustenta el artículo 639 TRLC cuando establece las excepciones a la homologación del plan que no haya sido aprobado por todas las clases. En este sentido, se permite homologar aquellos planes y, en consecuencia, dotarles de eficacia sobre todos aquellos acreedores y socios disidentes afectados por el mismo en dos circunstancias, consistentes en que al menos una de las clases que hubiera votado a favor de la aprobación: (i) tuviera la consideración de privilegiada; o (ii) pudiera presumirse que, en una eventual liquidación concursal, hubiera cobrado alguna cantidad. Sobre esta cuestión se incidirá brevemente en el siguiente capítulo.

En cualquier caso, lo verdaderamente relevante es que para homologar el plan de reestructuración el juez de lo mercantil encargado de conocer del mismo se limitará a comprobar que se cumplen los requisitos formales (tales como las mayorías, que se haya formalizado en instrumento público, que consten los informes de los expertos externos pertinentes, etc.), sin entrar a valorar los requisitos de fondo. Si es así, se homologará el plan sin más trámites.

Del procedimiento de la homologación judicial se encargan los artículos 641 y ss. del TRLC, sin embargo, no me detendré en ellos porque alargaría sobremanera el análisis que ahora tiene lugar, evitando que no se pudiera profundizar en otros aspectos que interesan más a lo que ahora se estudia.

De dicho procedimiento, sin entrar en amplias examinaciones, lo que se destaca es que una vez comprobado que se cumplen los aspectos formales, se homologará el plan mediante auto, que se publicará en el Registro público concursal (RPC) para conocimiento de todos.

Previo a ello, no obstante, existe otra opción prevista legalmente que consiste en someter el plan de reestructuración a una fase de contradicción previa antes de ser homologado, otorgando, así, la oportunidad a socios y acreedores de oponerse a la homologación.

De no hacer uso de dicha fase, que es facultativa, una vez se solicite la homologación y se comprueben todas las formalidades previstas, se abrirá el plazo para impugnar el auto de homologación judicial del plan de reestructuración.

A modo de ofrecer una visión crítica, cabe mencionar que en la mayoría de casos será el deudor quien, habiendo negociado el plan de reestructuración, solicitará su homologación judicial. No obstante, el TRLC permite que sean también los acreedores quienes lo soliciten, aunque parece evidente que ello sucederá menos veces.

No obstante, encontramos precisamente un ejemplo recientísimo en el que han sido los acreedores quienes han instado a la homologación del plan de reestructuración, habiéndose producido la misma sin más reparos. En concreto, ha sido el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona quien ha homologado el citado plan, en relación con la empresa Celsa.

Además, y lo comento porque considero que la Sentencia contiene información de gran interés, la misma ha previsto que, con el fin de asegurar la viabilidad de la empresa, los fondos de inversión de los acreedores se conviertan en acciones de la compañía, en sustitución de los actuales dueños. En concreto, la **SJM Barcelona 1949/2023, de 4 de septiembre de 2023**, dispone que esta:

“[...] es la única alternativa viable a medio plazo para la totalidad de los acreedores”.

Además de que:

“[...] en una moderna economía competitiva, el mercado es y debe ser el único árbitro de la supervivencia económica”.

Si bien estos últimos apuntes son aspectos que ahora se alejan del objeto de estudio, pero que sin embargo son de gran trascendencia jurídica y que, estoy segura, van a sentar un precedente, lo que debe mostrarnos este ejemplo es que también habrá ocasiones, aunque sea en menor número, en que sean los acreedores quienes soliciten, una vez negociado y aprobado el plan de reestructuración, su homologación.

2.2.3.5. Impugnación del auto de homologación judicial del plan de reestructuración

Tal y como se informaba, y como establece el artículo 654 TRLC, podrá impugnarse el auto de homologación dentro de los quince días siguientes a la publicación del mismo en el RPC. Aunque el TRLC no lo aclara, se entiende que se trata de días hábiles, de conformidad con lo que dispone el artículo 185 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando establece que en los plazos procesales señalados por días se excluirán los que sean inhábiles. Por consiguiente, al haber señalado un plazo de quince días, debe entenderse que los mismos son hábiles.

Así lo están entendiendo, también, los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias Provinciales encargados de o bien homologar los planes de reestructuración o bien resolver sobre sus impugnaciones.

Ejemplo de ello es el Auto de Homologación del Juzgado de lo Mercantil nº 18 de Madrid, de 17 de noviembre de 2022, que establece en su Parte Dispositiva que:

*“Los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo, podrán **impugnar** sin efectos suspensivos esta resolución en el **plazo procesal de quince días hábiles** siguientes a la publicación de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado”.* (El subrayado y el destacado en negrita son míos).

Las personas legitimadas para impugnarlo son aquellos acreedores que no hubieran votado a favor del plan, independientemente de si la clase a la que pertenecen votó a favor de la aprobación del mismo (arts. 654 y 655 TRLC); los socios que no hubieran votado a favor del plan (art. 656 TRLC); o incluso por aquellos acreedores no afectado por el plan que puedan

verse perjudicados por el mismo porque no se garantiza suficientemente la financiación interina o la viabilidad de la empresa (art. 670 TRLC).

Hay un aspecto destacable en este punto y es que los motivos de impugnación varían en función de si el plan se ha aprobado por todas las clases de créditos o no.

En resumen, los motivos de impugnación previstos para aquellos planes aprobados por todas las clases de créditos son los siguientes:

- Errores en la comunicación, contenido y forma;
- Errores en la formación de clases;
- Ausencia de probabilidad de insolvencia, insolvencia actual o inminente;
- Falta de viabilidad del plan para evitar el concurso;
- Ausencia de tratamiento paritario entre créditos de la misma clase;
- Reducción del valor de los créditos manifiestamente mayor del necesario;
- No superar el interés superior de los acreedores.

En cambio, para aquellos planes que no han sido aprobados por todas las clases de créditos, además de los mencionados, por los siguientes motivos:

- Que no se hubiera aprobado por las clases necesarias;
- Que alguna clase vaya a recibir derechos por un valor superior al de sus créditos;
- Que se reciba un tratamiento menos favorable que otra clase del mismo rango;
- Que alguna clase vaya a recibir derechos por valor inferior a sus créditos si una clase de rango inferior va a recibir algún pago;
- Incumplimiento de obligaciones con la agencia tributaria o seguridad social en caso de que haya créditos públicos.

El procedimiento que se sigue con la impugnación es el del incidente concursal ante la Audiencia Provincial que por territorio corresponda, con la posibilidad de oposición por las partes que hubieran votado a favor del plan. En cualquier caso, la sentencia que resuelva sobre la impugnación no será susceptible de recurso, por lo que no existe la posibilidad de casar la doctrina, lo que implica muy probablemente vayan a existir sentencias muy diferentes e incluso contradictorias entre las distintas Audiencias.

2.2.3.6. Contradicción previa a la homologación judicial

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 662 TRLC prevé que el solicitante de la homologación judicial pueda peticionar al juez que las partes afectadas puedan oponerse a la homologación de manera previa a que esta se produzca. Es decir, se trata de un escenario inmediatamente previo a la homologación judicial, que no se produce si se activa primero este mecanismo hasta que el mismo se resuelva.

Las partes afectadas tendrán un plazo de quince días (de nuevo, se entiende que hábiles) a contar desde la publicación de la solicitud de homologación en el RPC para oponerse a la misma, por las mismas causas que para la impugnación.

A diferencia de lo que sucede con la figura de la impugnación, a pesar de que esta figura también se gestiona por los cauces del incidente concursal, lo cierto es que se tramita y resuelve ante el juzgado que conoce sobre la homologación, no ante la Audiencia.

Por otro lado, y como sucede con la impugnación, la sentencia que resuelva sobre las cuestiones debatidas no será susceptible de recurso, y en cualquier caso, si finalmente se produce la homologación, es valorable si cabría una eventual impugnación posteriormente, y, en caso de ser así, si la misma cabría por exactamente los mismos motivos que los aducidos en la fase de homologación.

Analizaré todo esto en el siguiente capítulo, no obstante, y a modo de resumen, se puede considerar que existen tres escenarios generales para confirmar que el plan de reestructuración se ajusta a la legalidad, algunos con efectos sobre la totalidad del plan, y otros que se limitan a alguna cuestión concreta del mismo. Tales escenarios son: la confirmación de clases de acreedores, previo a aprobación del plan; la contradicción previa, solicitada en el mismo momento que la homologación, pero que se produce de forma inmediatamente anterior; y la impugnación del auto de homologación judicial. Los dos primeros escenarios se resuelven en el propio juzgado, mientras que el tercero tiene lugar en la audiencia provincial que por territorio ostente la competencia.

En cualquier caso, y como cierre de este capítulo, los efectos de la homologación del plan de reestructuración, ya vistos, pueden resumirse en la efectividad frente a todos los acreedores y socios afectados, incluso aunque fueran disidentes, la protección frente acciones rescisorias y la posibilidad de resolver contratos siempre y cuando sea para el buen fin de la reestructuración.

2.3. Consecuencias indeseadas del Texto Refundido de la Ley Concursal. Principales problemáticas del nuevo planteamiento en la gestión del precurso.

El nuevo planteamiento, que sin duda pretende dotar al deudor de una protección que le permita reestructurarse financieramente y evitar, así, el concurso, también conlleva, no obstante, ciertas consecuencias negativas o incluso arriesgadas para los acreedores. En muchos aspectos, no son pocos los autores que coinciden en que allí dónde la norma debería ser más precisa (por ejemplo, en la creación de clases de acreedores), es donde menos concreción hay, lo que supone verdaderamente un problema, por cuanto permite una libertad colosal al deudor para tomar decisiones y reestructurar su pasivo. Las consecuencias de ello se acentúan si se tiene en cuenta que, además, no va a existir la vía de la casación para la unificación de la doctrina porque las sentencias que resuelvan sobre las impugnaciones de los autos que homologan los planes de reestructuración no son susceptibles de recurso.

Por ello, considero que es útil e interesante poner de manifiesto aquellas consecuencias que real o potencialmente pueden derivarse del nuevo planteamiento en el marco preconcursal, en concreto, en lo que refiere a la puesta en funcionamiento de los planes de reestructuración.

2.3.1. Aprobación del Plan de Reestructuración como consecuencia de la formación fraudulenta de Clases de Acreedores. El arrastre de acreedores.

Tal y como se informaba anteriormente, el plan de reestructuración se vota por clases de créditos, por lo que es esencial conocer cómo se conforman dichas clases.

Me remito a lo señalado en el apartado 2.2.3.2. para evitar reiteraciones innecesarias, sin embargo, sí vuelvo a señalar los parámetros más destacables a tener en cuenta en lo que refiere a las normas aplicables para la formación de clases. En este sentido, el criterio rector se centra en que los créditos se agrupen acorde a un “interés común determinado conforme a criterios objetivos”. Algunos autores, como Valencia (2023), señalan que dicho interés común refiere tanto a los derechos de cada acreedor en el momento de la reestructuración (es decir, a un interés presente) como a que la necesidad de agruparles responda al propósito

de alcanzar un plan (es decir, a un interés futuro), pero, en cualquier caso, debe responder a un interés objetivo.

Para ahondar un poco más el concepto de interés común basado en criterios objetivos puede acudir a la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que establece que los intereses comunes que conformen las clases (que la Directiva denomina categorías), deberán basarse en criterios comprobables de conformidad con las normativas nacionales.

Puede entenderse que el legislador no ha realizado un trabajo insensato cuando ha establecido que se presumirá interés común entre los créditos que ostenten el mismo rango en función del orden de pago en el concurso, pues dicha ordenación responde, precisamente, a un criterio comprobable respecto de la normativa nacional española. No obstante, no hay que perder de vista que no se trata únicamente de tener en consideración el mismo rango concursal, sino también el orden de pago. Ello nos obliga a tener presente que los créditos privilegiados y los subordinados podrán tener intereses comunes distintos en función del orden de pago que cada uno ocuparía en el concurso.

Por otro lado, queda normativizado que deberán constituir clases diferenciadas los créditos de pequeñas y medianas empresas, los créditos con garantía real y los créditos de derecho público.

No obstante, sobre estas cuatro directrices se añaden otras dos facultades más, consistentes en la posibilidad de dividir en distintas clases los créditos de un mismo rango concursal o los que tienen garantía real si existen razones que justifiquen dicha disgregación.

En el primer caso, el apartado tercero del artículo 632 TRLC ofrece algunos ejemplos que justifican la separación, tales como la naturaleza financiera o no financiera de los créditos, la posibilidad de que exista un conflicto de intereses o a cómo de afectados quedarían los créditos.

En el segundo caso, el artículo 624 TRLC entiende que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados puede justificar la separación en más de una clase.

Lo que se ha explicado hasta el momento constituye el análisis de lo definido y previsto por la norma, sin embargo, es importante poner de manifiesto que la redacción de la Ley, en relación

con la facultad de separar los créditos en clases más allá de los cuatro criterios generales, siempre y cuando existan “razones suficientes que lo justifiquen” proporciona un abanico muy amplio de posibilidades al deudor para agrupar o disgregar créditos que, atendiendo a su naturaleza, deberían incluirse en la misma clase.

Por ahora voy a centrarme en la facultad contenida en el artículo 623 TRLC, en relación con la facultad de separar en diferentes clases créditos con el mismo rango concursal, sin perjuicio de destinar una pincelada al final de este apartado a la posibilidad de segregar créditos con garantía real justificado en la heterogeneidad de lo gravado.

Es crucial conocer cuáles son los límites a la formación de clases, por cuanto, y como se ha visto, de la votación de éstas depende la aprobación del plan y, por consiguiente, el despliegue de sus efectos. En palabras de Pulgar Ezquerro (2022), *“cuya formación [de clases de acreedores] constituye el elemento clave en la adopción/aceptación de los planes de reestructuración”*.

Como efecto directo al resultado de la votación del plan hay que añadir la consecuencia de arrastrar a los acreedores disidentes de la clase, situación que se dará en los planes consensuales, esto es, aquellos que hayan sido aprobados por todas las clases, conocido como arrastre horizontal; y la posibilidad de arrastrar a clases disidentes, situación que se dará en los planes no consensuales, esto es, aquellos que no hayan sido aprobados por todas las clases, conocido como arrastre vertical.

Por lo tanto, de la formación de clases depende directamente la aprobación del plan. Si bien es cierto que existen mecanismos para controlar que la formación de clases es ajustada a derecho (como la ya vista confirmación judicial de clases), también lo es que llegar a esa realidad no es trabajo menor, debido a que solamente podrán plantearlo o bien el deudor, o más del cincuenta por ciento de los acreedores afectados.

Por ende, si bien es cierto que existe esta previsión, no hay que perder de vista que, en un plan propulsado por el deudor, y salvo que se haya planteado con un exceso de prudencia, éste no vaya a perder más tiempo del estrictamente necesario en confirmar si las clases que propone son o no correctas, puesto que la delicada situación en la que se encuentre probablemente lleve implícita la necesidad de agilizar los trámites y el despliegue de efectos del plan de reestructuración.

Por otro lado, en la negociación de un plan propulsada por el deudor deviene también cuestionable si los acreedores serán capaces de gestionarse para, llegar a ser un mínimo del cincuenta por ciento del pasivo y plantear la confirmación de clases.

Cabe la posibilidad de pensar, por qué no, en un plan promovido por acreedores (como, de hecho, ya ha sucedido). En ese caso, la formación de clases vendrá apoyada por éstos, por lo que podría ser que el deudor planteara, eventualmente, la confirmación de las mismas. No obstante, creo relevante destacar que esta situación no va a ser la mayoritaria, por cuanto en la mayoría de los casos, será el deudor quien tenga la necesidad de desarrollar y formalizar un plan de reestructuración para evitar una situación de insolvencia mayor.

De lo expuesto se concluye que la formación de clases condiciona directamente la aprobación del plan, sin perjuicio de que existan salvaguardas como que se recurra a la figura de la confirmación de las clases, cuyo recorrido, a pesar de la buena voluntad del legislador, no considero que sea suficientemente efectivo para revalidar, antes de la aprobación del plan, que la formación de clases es ajustada a derecho.

Ello conduce al resultado de que ante una formación de clases aparentemente cuestionable, arbitraria o desajustada a las previsiones del TRLC, a nivel práctico será refutable con la impugnación del auto de homologación del plan, es decir, una vez éste ya se ha aprobado, homologado y se encuentre desprendiendo efectos.

Volviendo a la posibilidad de incorporar en diferentes clases créditos del mismo rango siempre y cuando existan motivos objetivos suficientes que lo justifiquen, ya se ha visto que la Ley ofrece qué puede entenderse por razones suficientes, no obstante, la enumeración que ofrece no es un *numerus clausus*, por lo que se deja abierta la posibilidad de que haya otros motivos que justifiquen la creación de otras clases de créditos, aunque éstos sean el mismo rango.

Así lo ha interpretado, también, la primera sentencia que tuvo que resolver la primera impugnación de un plan de reestructuración. Así, la **SAP Pontevedra 179/2023, de 10 de abril de 2023**, estableció lo siguiente:

*“[...] convierten el concepto de **interés común** en un concepto de múltiples significados, sin un claro criterio jurídico prefijado para su aplicación a concretos supuestos, convirtiéndose en un **concepto ampliamente elástico y flexible, bajo el que cobijar***

múltiples situaciones, con la única exigencia de que la clasificación, separando créditos del mismo rango, atienda a razones suficientes que lo justifique, que pueden ser de lo más variado, siempre que atienda a criterios objetivos".

Posteriormente, se añadía que el interés común debe atender a criterios objetivos que vayan más allá del interés del cobro, puesto que, de lo contrario, la norma se habría limitado a generar clases atendiendo al rango concursal. Por ello, la Sentencia acepta la formación de clases propuesta, al considerar que la nueva previsión legal permite un tratamiento diferenciado de créditos del mismo rango, así como generar clases unipersonales.

No obstante, ¿qué potenciales -o reales- problemáticas puede llegar a acarrear una redacción tan abierta en la aprobación del plan de reestructuración? Como se ha indicado en un capítulo anterior, no existe número mínimo ni máximo de clases, así como de créditos que deban integrar cada una de ellas. Ello puede conducir a situaciones como la creación de clases unipersonales (que, como ya se ha visto, es perfectamente posible y así lo ha considerado la Sentencia comentada) y, paralelamente, de clases con infinidad de créditos.

A su vez, existe la posibilidad (como de hecho, se está dando ya en algunos casos), de que el deudor negocie el plan de reestructuración con clases unipersonales que constituyeran una minoría simple (aunque representen un porcentaje del pasivo total afectado inferior a la mitad), y cuya aprobación arrastre al resto de clases (constituidas por un porcentaje del pasivo total afectado superior al que lo aprueba).

Veámoslo con un ejemplo:

Supongamos (aunque como se ha indicado, es una circunstancia que no se aleja de la realidad), que un deudor mantiene deudas con cincuenta acreedores distintos, entre los que se encuentran créditos ordinarios a favor de pymes y de empresas de tamaño superior a las pymes, acreedores con créditos privilegiados y un financiador interino, es decir, un acreedor que está financiando al deudor y que se prevé que siga haciéndolo una vez cobre eficacia el plan de reestructuración. En otras palabras, deudas frente a acreedores de diversa naturaleza, como es normal y habitual que suceda.

Ahora bien, supongamos que se crean cinco clases que el deudor justifica en el interés común, tal y como dispone la norma, sin embargo, divide los créditos de la siguiente

manera: clase unipersonal para el financiador interino; clase unipersonal para uno de los créditos privilegiados; clase unipersonal para otro crédito a su elección; clase multitudinaria para créditos de empresas pymes (que, por Ley, deben integrar una clase separada del resto) y clase multitudinaria para el resto de los acreedores que no constituyen empresas pymes.

El supuesto puede complicarse tanto como se desee, manteniendo, sin embargo, la premisa de conseguir una mayoría simple de créditos que permitan aprobar el plan. Por ejemplo, sobre el supuesto inicialmente previsto, podrían existir más clases de créditos, ya fuera una clase más para el resto de los créditos privilegiados y otra para los subordinados, en el caso de haberlos. En tal caso, para el deudor es tan sencillo como crear otra clase unipersonal con otro acreedor para llegar a una mayoría simple. En cualquier caso, me mantengo con el ejemplo inicial para trasladar al lector la problemática derivada del nuevo planteamiento.

Como se exponía, de cinco clases de acreedores, tres de ellas serían unipersonales, representando solamente tres créditos sobre un total de cincuenta, lo que en un gran número de casos se reflejaría en que el porcentaje de pasivo de los mismos no superaría la mitad del pasivo afectado.

Ahora supongamos que el deudor negocia con estos tres acreedores, que, a su vez, constituyen tres clases de créditos, hasta llegar a la aprobación del plan. Como se ha visto con anterioridad, una mayoría simple de clases es suficiente para aprobar un plan de reestructuración si al menos una de las clases tiene la catalogación de créditos privilegiados.

Este ejemplo permite ver, por consiguiente, que un número de créditos muy por debajo del total de afectados, y que además suponen un porcentaje del pasivo ínfimo en comparación con el resto, tienen la posibilidad no sólo de aprobar el plan de reestructuración, sino de arrastrar al resto de acreedores que suponen un porcentaje mayor de la deuda. Es decir, el hecho de que sean las clases de acreedores, y que a su vez sea el deudor principalmente quién conciba esas clases en función de un “interés común” que fácilmente puede justificarse (cuestión distinta es si dicha justificación encuentra o no cabida en el ordenamiento jurídico), permite que una mayoría simple de clases (siempre y cuando al menos una de ella esté

formada por créditos privilegiados) apruebe el plan de reestructuración en detrimento del resto de acreedores.

No obstante, y como se ha reflejado anteriormente, al no estar prohibida la formación unipersonal de clases, los órganos juzgadores no tienen más remedio que, salvo que haya motivos fundados para considerar que la clase es defectuosa, aceptar la creación de clases unipersonales. Así, la **SAP Pontevedra, de 10 de abril de 2023**, anteriormente citada, dispone:

*“[...] Lo relevante es evitar la arbitrariedad o el fraude de ley mediante la "manipulación" de clases, que no puede encontrarse en supuestos, como el presente, en que existe una clara justificación objetiva, aunque ello suponga la creación de más clases, **sin que además pueda considerarse prohibida la clase "unipersonal", sujeta igualmente a que existan razones suficientes que lo justifiquen fundadas en criterios objetivos**, aunque pueda exigirse un examen más intenso en su justificación”.*

Aspecto distinto es que una correcta formación de clases se utilice para tratar créditos del mismo rango de manera desigual, es decir, que se cumpla el principio de paridad en el rango.

Así, si bien es cierto que la SAP Pontevedra señala, en relación con la formación de clases, que éstas pueden ser unipersonales mientras la formación cumpla con criterios objetivos que justifiquen su segregación del resto, y que dicha formación de clases puede ir más allá de los rangos concursales, también, si se cumple con dichos criterios objetivos, también es cierto que pone el límite en el tratamiento que reciben los créditos, en el sentido de dictaminar que no porque haya créditos en clases diferentes deben recibir tratamientos discriminatorios si los mismos son del mismo rango. Así:

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

Así se ha manifestado también Garcimartín (2023), al considerar que no hay ni excepción ni matiz en que no es posible exigir un sacrificio mayor a una clase disidente que el que se da a

otra clase del mismo rango. En este sentido, trae a colación la regla de la prioridad absoluta entre clases con rangos distintos, en cuyo caso, sí es posible exigir tratos diferentes a clases que sean de rangos distintos, siempre y cuando ello sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa.

En cualquier caso, y volviendo al tema comentado, salvo que se activen los mecanismos previos a la homologación, ya sea a través de la confirmación de la clasificación de los créditos o el recurso a la contradicción previa, supuestos éstos que se concluyen anecdóticos por cómo están configurados, parece evidente que el único recurso que queda para cuestionar la formación de clases es precisamente la impugnación del auto que homologa el plan de reestructuración, esto es, una vez el plan ya se encuentra desplegando efectos.

Con esta reflexión se pone de manifiesto una circunstancia que ya está sucediendo y que seguirá produciéndose si no se prevé, de alguna manera, establecer requisitos más estrictos para la formación de clases o, si ello no es posible, limitar el alcance del arrastre de los acreedores.

Una forma sería, por ejemplo, que la mayoría simple que permita arrastrar a los acreedores disidentes se conforme por más del cincuenta por ciento del pasivo total afectado en lugar de por el número de clases. Otra opción sería supeditar la homologación del plan al parecer de los acreedores disidentes, es decir, establecer un escenario de impugnación en vía judicial previo a la homologación del plan. A los efectos expuestos, quizás habría sido valorable establecer un paso previo y preceptivo en vía judicial a que los acreedores tuvieran la oportunidad de rechazar la homologación del plan con causa en la formación de clases propuesta.

En relación con ello, no obstante, se reproducen en el siguiente apartado las reflexiones al respecto.

2.3.2. Planteamiento de potencial problemática con las impugnaciones I. Cauces para la impugnación de la formación de las clases de acreedores: la confirmación judicial de

clases de acreedores, la contradicción previa a la homologación y la impugnación de la homologación judicial del plan de reestructuración

Como se ha indicado en puntos anteriores, existen varios caminos para cuestionar la formación de clases de cuyo resultado deriva, precisamente, la aprobación del plan de reestructuración con el potencial arrastre de todos aquellos acreedores disidentes.

En este sentido, encontramos dos escenarios previos a la homologación judicial, que son la confirmación judicial de clases y la contradicción previa a la homologación judicial del plan, y uno derivado de ésta, que es la propia impugnación del auto que homologa el plan de reestructuración.

2.3.2.1. La confirmación judicial de clases de acreedores

La confirmación judicial de clases (o de alguna de las clases), regulada en el artículo 625 y ss. del TRLC, permite que tanto el deudor como los acreedores que supongan más del cincuenta por ciento del pasivo afectado por la reestructuración puedan acudir al juzgado que le tocaría conocer del concurso para que confirme o rechace la formación de clases propuesta antes de acudir a la homologación del plan.

Aunque el TRLC no lo expresa literalmente, se sobreentiende que si cuando existe oposición por parte de aquellos acreedores que no estén de acuerdo con las clases propuestas, el juez resolverá mediante sentencia, también lo hará mediante sentencia cuando no exista dicha oposición. En este sentido, es muy importante (volveré a ello un poco más adelante), tener presente que dicha sentencia no será susceptible de recurso.

En cualquier caso, aunque ninguno de los supuestos se refleja de manera textual, podría entenderse que, si el juez rehúsa la formación de clases propuesta (o de alguna de las clases), no podría seguirse adelante con la homologación del plan, de la misma manera que también podría interpretarse lo contrario, es decir, que cómo no se prevé qué pasa si el juez rechaza la formación de clases, podría igualmente solicitarse la homologación del plan.

A modo de comentario jurídico, considero que habría sido altamente útil que el legislador hubiera previsto cuál es la apreciación correcta, es decir, si la falta de confirmación de una o todas las clases implica que no pueda solicitarse, hasta que se redefina la formación, la homologación del plan, o si, de lo contrario, al tratarse esta figura de una facultad y no una

obligación del deudor o de los acreedores, el rechazo a la formación propuesta no es óbice para que pueda solicitarse, igualmente, la homologación judicial del plan. El TRLC no lo prevé, y ambas cuestiones son defendibles.

En cualquier caso, si jurisprudencialmente se acaba entendiendo que el rechazo a la formación de clases propuesta por parte del juez no es impedimento para solicitar igualmente la homologación judicial del plan, hay que interpretar entonces, sin lugar a duda, que en la contradicción en fase previa a la homologación o en la propia homologación del plan (que se expondrán seguidamente) se podría impugnar como motivo en la formación de clases. Esta idea puede desprenderse, además, del artículo 626.4 TRLC, cuando indica que no podrá impugnarse la formación de clases cuando ella haya sido confirmada previamente, por lo que, si no ha sido confirmada, se entiende que sí puede impugnarse por este motivo.

Sin embargo, si el juez confirma la formación de clases propuesta, respecto a este que, como se ha dicho, se resolverá mediante sentencia no susceptible de recurso, entonces indudablemente puede afirmarse que no hay inconveniente en seguir adelante con la solicitud de homologación del plan.

No obstante, y como se adelantaba brevemente antes, sí hay que tener presente que una vez confirmada la formación de clases (o de la clase solicitada), no podrá posteriormente impugnarse el plan por razón de la formación de clases, en fase de homologación.

Esta circunstancia tampoco está exenta de críticas, por cuanto una vez el juez se haya manifestado a favor de la formación de clases, no existirá la posibilidad de confirmar que la misma es conforme a derecho o, cuanto menos, ajustada a la realidad del precurso en cuestión en una eventual impugnación del auto de homologación. En este sentido, el apartado cuarto del artículo 626 TRLC es cristalino cuando asienta que, confirmadas las clases por el juez, la formación de las mismas no podrá emplearse como causa de impugnación en la homologación del plan.

En cualquier caso, como se ha informado previamente en este análisis, y a modo de cierre, cabe mencionar que el hecho de que la confirmación de clases sea una facultad del deudor o de un elevado porcentaje de acreedores afectados implica que se trata de una figura a la que, *de facto*, se acabará acudiendo en escasas ocasiones. Ello se debe tanto a la situación en la que se coloca al deudor, permitiendo en un escenario *ex ante* que los acreedores se opongan

a la formación de clases o que, incluso sin oposición, el juez decline dicha propuesta, como la dificultad de los acreedores para organizarse y pretender el pronunciamiento judicial.

2.3.2.2. La contradicción previa a la homologación judicial del plan

La contradicción previa, regulada en el artículo 662 y ss. del TRLC, permite que el solicitante de la homologación, esto son, o el deudor o los acreedores que han suscrito el plan, puedan petitionar al juez que las partes afectadas tengan la posibilidad de oponerse a la homologación antes de que ésta se dé, razón por la cual dicha petición se realiza por el solicitante de forma simultánea a la solicitud de homologación.

Lo que va a exponerse en este apartado, a diferencia del anterior, no constituye una problemática en sí, sino que trata de ofrecer al lector una posible interpretación o, si quiere verse así, una oportunidad para los acreedores que bien ha podido ser pretendida por el legislador o, a *sensu contrario*, puede haberse producido de manera involuntaria. En cualquier caso, refleja, eso sí, la potestad de permitir que la formación de clases o cualquier otra causa de impugnación pueda invocarse hasta en dos ocasiones.

En este sentido, es conveniente dejar sentado que, en la oposición a la homologación en fase de contradicción previa, que se tramitará por los cauces del incidente concursal, los acreedores podrán oponerse a la homologación por las mismas causas que en la impugnación de la homologación, que ya han sido previamente citadas y a las que me remito para evitar reiteraciones innecesarias. Se presentará la petición de contradicción previa, por tanto, al juez competente para conocer de la homologación.

Además de las cuestiones planteadas en el epígrafe inmediatamente anterior, la contradicción previa a la homologación contiene otros aspectos que, como indicábamos, o bien reflejan la oportunidad que el legislador ha querido brindar a los acreedores impugnantes a efectos de poder reivindicar sus causas de impugnación en la contradicción previa y también ante la homologación, o que, de lo contrario, ponen en tela de juicio la precisión del legislador a la hora de ofrecer una regulación concisa y rigurosa en este campo.

En este sentido, es preciso recordar que una de las posibles causas de impugnación de la homologación (que, como ya se ha dicho, son las mismas para la oposición de la homologación

en fase de contradicción previa) es la formación de las clases de acreedores. Ello, no obstante, puede conducir a situaciones como la que se expone seguidamente.

A modo de explicación, en el supuesto de que se den los requisitos para que se produzca la contradicción previa, esto es, que el solicitante de la homologación acompañe una petición para que los acreedores afectados por el plan puedan oponerse al mismo antes de que éste se homologue, puede producirse, efectivamente, la oposición a la homologación, ya sea por razón de la formación de clases o por cualquier otra de las causas de impugnación. La previsión que ofrece el TRLC es que, planteada la oposición por parte de los acreedores, se resolverá mediante sentencia que no será susceptible de recurso (artículo 663.4 TRLC).

En este sentido, parece lógico entender que si la sentencia estima las causas de oposición no habrá lugar a la homologación judicial del plan, puesto que este escenario lo que ofrece es precisamente adelantar el “juicio”, si se permite esta expresión, de la homologación a un momento previo a que ésta se dé, por lo que se entiende que si el juez estima las oposiciones de las partes afectadas, no puede haber lugar, consiguientemente, a una homologación sobre la que se ha resuelto en sentido contrario.

No obstante, puede suceder que, independientemente de los motivos por los que se haya producido la oposición, ésta se desestime y la homologación del plan siga adelante. En el caso de que esto suceda, puede plantearse la siguiente duda: aunque la sentencia no sea susceptible de recurso, como ocurre, nada impide que pueda después impugnarse el auto que homologación por las mismas causas que fueron alegadas en la oposición. Ya resolverá la Audiencia Provincial competente si estima o desestima las causas de impugnación, pero en cualquier caso, nada impide, a juzgar por la redacción del TRLC, que puedan volver a invocarse los motivos que se alegaron en la oposición a la homologación en una posible impugnación del auto de homologación.

En el caso que ahora analizo, en relación con la formación de clases, y al que le dedico tantos esfuerzos debido al impacto y repercusiones sobre los acreedores (especialmente los disidentes) que considero que tiene, nada impide que se formule una posterior impugnación recurriendo a la misma causa que ya fue desestimada.

Aunque personalmente considero que es favorable permitir que se posibilite volver a invocar una causa de impugnación aunque la misma hubiera sido desestimada en la contradicción

previa, lo cierto es que deviene cuanto menos curioso que, en función del instrumento concursal de que se trate el legislador haya tomado decisiones completamente opuestas en lo que refiere a que algunos tengan la oportunidad de volver a revisarse y otros, sin ninguna explicación aparente, no la tengan. Veámoslo con más detalle en relación con la formación de clases.

En el caso de la confirmación previa, vista en el apartado 2.3.2.1, el legislador sentencia que, si se confirman las clases, no se podrá sustanciar una oposición o impugnación por esta razón posteriormente, lo que, se comparta o no, puede conducir a pensar que el legislador ha querido, con ello, evitar eternizar reconvenciones constantes con la formación de clases.

Sin embargo, no se establece el mismo patrón para las causas de oposición que sean desestimadas, es decir, que una vez resuelto que no proceden, no puedan volver a invocarse. En este sentido, puede entenderse que efectivamente el legislador ha querido ofrecer a los acreedores la posibilidad de “recurrir” la homologación por las mismas causas que se estimaron en la oposición, sin embargo, en relación con la formación de clases, se plantea la siguiente cuestión: ¿por qué la formación de clases, una vez éstas han sido confirmadas, no puede invocarse posteriormente como causa de oposición, pero sí que es posible que una vez desestimada la formación de clases como causa de oposición, si pueda volver a invocarse como motivo de impugnación? Es sorprendente que aceptada la formación de clases en un escenario no pueda volver a revisarse y, sin embargo, planteada en otro escenario sí se permita que se vuelva a invocar.

Desde el punto de vista jurídico considero que siempre es favorable permitir la revisión o verificación en una segunda instancia de aquello resuelto en una instancia anterior. De hecho, se trata ello es muestra de calidad democrática y evolución normativa, sin embargo, me resulta algo difícil que no se haya ofrecido una explicación de por qué se encuentran soluciones tan distópicas para escenarios que, aunque regulen institutos diferentes, tienen consecuencias prácticas muy similares.

2.3.2.3. La impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración

La impugnación del auto de homologación, regulada en los artículos 653 TRLC y ss. permite que tanto aquellos acreedores como socios que no hubieran votado a favor del plan de reestructuración puedan impugnar el auto mediante el que se homologa dicho plan.

A diferencia de los supuestos anteriores, la impugnación, que se sustanciará por los trámites del incidente concursal, se interpondrá ante la Audiencia Provincial competente, aspecto este que se disocia de la habitualidad de presentar los recursos ante el juzgado quién, habiendo comprobado que se cumplen todos los requisitos, remitirá los autos a la Audiencia. No obstante, y como indicaba, en este caso será ante la Audiencia dónde se dirigirán directamente los acreedores o socios que no hubieran votado a favor del plan.

Me remito a las causas de impugnación previstas en los artículos 654 y 655 TRLC para evitar reiteraciones innecesarias, recordando, eso sí, que hay unas específicamente previstas para aquellos planes aprobadas por todas las clases de créditos y, otras previstas para aquellos planes no aprobados por todas las clases de crédito, en cuyo caso, además, se les añaden las primeras.

No obstante, lo verdaderamente relevante a destacar en este epígrafe es que para homologar el plan de reestructuración el juez se limitará a comprobar que se cumplen con los aspectos formales (es decir, que se haya aprobado con las mayorías pertinentes, que el deudor se encuentre efectivamente en estado insolvencia probable, actual o inminente, etc.) sin entrar a valorar las cuestiones de fondo.

Ejemplo de ello es el fragmento compartido por Sanjuan Muñoz, 2024, en el que se recoge una fracción del auto elaborado por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 5 de noviembre de 2023, en el que se confirman aspectos como que efectivamente el deudor se encuentra en insolvencia inminente, que se acompaña al plan de reestructuración un plan de negocio y viabilidad, así como el informe del experto en reestructuración, o que se certifican las mayorías suficientes para que hubiera sido aprobado. Solo como mera curiosidad y a modo de ejemplificar el alcance del arrastre de acreedores, añado para conocimiento del lector que dicha homologación se ha llevado a cabo por los cauces del artículo 639.3 TRLC, es decir, teniendo lugar el arrastre de acreedores de aquellas clases que no hubieran votado a favor del mismo.

Independientemente, por tanto, de que hayan tenido lugar los escenarios previamente planteados, estos son, la confirmación judicial de clases y la fase de contradicción previa a la homologación, es perfectamente posible, y, de hecho, es lo que sucede en la mayoría de casos, que el plan se homologue directamente. En otras palabras, lo más habitual será que una vez

aprobado se solicite al juez su homologación, y sin más trámites que el examen de que se cumplen los requisitos de forma, éste se homologue.

El TRLC ofrece varios instrumentos para constatar que los planes que siguen adelante sean porque están planteados de la manera que la Ley pretende, y que, por tanto, su proyecto encuentre un encuadre legal. Sin embargo, si se desmenuzan concienzudamente todos ellos en su conjunto, es sencillo darse cuenta de que un plan de reestructuración fraudulento o cuestionable puede devenir perfectamente efectivo y ejecutivo una vez se haya aprobado, independientemente de que la aprobación se haya llevado a cabo de manera ilegal o injusta (recordemos el ejemplo planteado en esta tesis, en relación con la creación de clases de acreedores), puesto que si se cumplen los requisitos formales (recogidos en los artículos 638 y 639 TRLC), el juez estará obligado a homologarlo. Todo ello, como se decía, sin tener la oportunidad de evaluar el contenido del plan de reestructuración, la formación de clases o la opinión de todos aquellos acreedores (o, en su caso, socios), que no hubieran votado a favor de dicho plan.

No obstante, y a efectos de ofrecer una opinión disidente con esta, hay autores que sí consideran que existe un examen ex ante de la formación de clases. En este sentido, Villoria Rivera (2023) defiende que, en virtud del artículo 647 TRLC, el juez examinará la formación de clases cuando de la misma dependa la formación de mayorías o exista discriminación entre acreedores de la misma clase. En el primero de los casos, que colisiona frontalmente con lo que yo he expuesto, expone que, si el juez aprecia que el plan se ha aprobado como consecuencia de una formación defectuosa de las clases, entonces no homologará el plan.

A pesar de que me gustaría coincidir con él, no estoy de acuerdo en que del artículo 647 TRLC pueda desprenderse dicha afirmación, puesto que el juzgador deberá limitarse a confirmar los aspectos formales, pero no a valorar si lo contenido en el plan (como las clases de acreedores), son o no conformes a Derecho.

Además, de los procedimientos en los que he tenido la oportunidad de participar y cuyos contenidos no puedo desvelar por políticas de confidencialidad y protección de datos, pero también de aquellos sobre los que ya existe sentencia, se refleja que el juez no realiza dicho examen en fase de homologación, sino que es, en su caso, la Audiencia Provincial quien lo lleva a cabo, por lo que, por lo menos hasta ahora, el juicio no es previo a la homologación.

Dejando ahora de lado este interesante apunte distinto a la opinión defendida y volviendo a la idea inicialmente planteada, parece que se prioriza que el plan salga adelante a que el mismo sea equitativo para todas las partes, o incluso que el experto en reestructuración haya realizado efectivamente un análisis de solvencia acorde con la realidad del deudor y de su deuda. Una idea similar apuntó Fuentes Bujalance (2023), Juez de lo Mercantil en Córdoba, cuando manifestó su asombro por los protocolos de análisis de solvencia, y advirtiendo que, como consecuencia de ello, el sistema crediticio acabaría cambiando.

En conclusión, parece que el contenido del plan y sus vicisitudes, si nos centramos en un análisis realista, salvando, claro está, aquellos casos en los que se recurra, por ejemplo, a la contradicción previa, sólo será evaluado una vez se impugne el auto de homologación, esto es, ante la Audiencia Provincial competente. Sin embargo, teniendo en cuenta la repercusión que puede llegar a tener para los acreedores que no hubieran votado a favor del mismo (supongamos, por ejemplo, quitas por un porcentaje altísimo del pasivo o esperas de años), parece surrealista que no se haya previsto un mecanismo de control de oficio del plan de reestructuración, incluso aunque éste hubiera sido validado por el experto en reestructuración. De considerarse demasiado ambiciosa esta propuesta, sorprende que la posibilidad de oponerse al plan en sede del juzgado competente para homologar el mismo constituya meramente una facultad, y no un requerimiento preceptivo.

Ejemplo de ello es la Sentencia de Pontevedra anteriormente citada, en virtud de la cual fue en la Audiencia Provincial dónde se analizó por vez primera si la formación de clases había sido correcta y si había existido tratamiento paritario en el rango.

Es decir, para evitar colapsar las Audiencias sobre la resolución acerca de los planes de reestructuración, considero que habría sido mucho más fructuoso prever un escenario *ex ante* en el que el juzgado analizara si concurría alguna causa de fondo para rechazarlo, y, en su defecto, que por lo menos se hubiera previsto que las oposiciones o impugnaciones a la homologación pudieran ofrecerse en vía judicial sin constituir ello una facultad del deudor, sino un derecho de los acreedores.

En ese caso, habría sido decisión del legislador si sobre esa decisión judicial *ex ante* o tras una impugnación habría sido preciso crear, igualmente, un recurso a resolver por las Audiencias o, de lo contrario, dichas resoluciones tampoco serían susceptibles de recurso.

Por buscar un punto positivo a la regulación actual, puede interpretarse que quizás lo que se pretendió con esta medida fue descargar trabajo a los juzgados. No obstante, hay que plantearse aquí si realmente se está eliminando esa carga de trabajo o si simplemente se está desplazando a otro lugar.

En cualquier caso, la conclusión a todo lo expuesto en este capítulo se resume en que, si bien es cierto que el TRLC ofrece diversas opciones para asegurar, de alguna forma, que los planes de reestructuración cumplen con las garantías legales, lo cierto es que, a efectos prácticos, la gran mayoría de los mismos serán realmente fiscalizados una vez se hayan aprobado y homologado, y sea la Audiencia Provincial quien, mientras el plan de reestructuración despliega sus efectos (pues aunque se impugne, sus efectos no se suspenden), decide si el mismo es susceptible de mantenerse con validez, de ser declarado ineficaz para todos los acreedores o de ser inaplicable para los acreedores impugnantes, en función de las causas por las que se haya impugnado y, en su caso, estimado dicha impugnación.

2.3.3. Planteamiento de potencial problemática con las impugnaciones II. Imposibilidad de control de la homologación judicial en el Juzgado de lo Mercantil y de unificación de la doctrina en el Tribunal Supremo. El papel de las Audiencias Provinciales.

Como se ha indicado, más allá de que el deudor o un cincuenta por ciento de los acreedores soliciten la confirmación de clases en el juzgado, en lo que refiere a la formación de clases de acreedores, o que se recurra a la contradicción previa a la homologación judicial, no hay previsto ningún otro mecanismo en el TRLC para evaluar el plan de reestructuración en vía judicial.

Como se apuntaba en el epígrafe inmediatamente anterior, no es cosa menor que, además, los escenarios previstos sean facultativos, esto es, que se recurrirá a ellos únicamente si se solicita, otorgando al deudor, a juzgar por la redacción de los preceptos que lo regulan, un gran poder para obviar dichos trámites y acudir directamente a lo que necesita, esto es, la homologación judicial del plan.

Por tanto, en la mayoría de las ocasiones, el plan se homologará sin haber recibido ningún tipo de control por parte del juzgado o de rechazo por parte de los acreedores, y siendo en primera instancia la Audiencia quien resuelva sobre la regularidad o irregularidad del mismo.

En este sentido, además de la sobrecarga de trabajo que ya se ha apuntado anteriormente, otra de las dificultades a las que se enfrentarán las Audiencias será a la complejidad técnica y especialización para determinar el ajuste a derecho de los planes de reestructuración, que, como se está viendo, contienen aspectos financieros, legales y empresariales complejos. Así, por ejemplo, entrar a valorar si el plan de reestructuración ofrece viabilidad a la empresa en función de lo que propone, o si el esfuerzo requerido a los acreedores es excesivo para garantizar la viabilidad de la empresa serán aspectos de suma complejidad que, en virtud de las pruebas que se aporten (aspecto este que se analizará en el siguiente epígrafe), deberán determinar las Audiencias.

Sin embargo, lo más relevante en este apartado, y en lo que me detendré, no son aquellos elementos que, más o menos complejos, o cuya sobrecarga se encuentre en uno u otro órgano, pues estos inconvenientes seguirían existiendo independientemente de quien fuera el órgano resolvente, sino la previsión contenida en la sección relativa a la impugnación de la homologación, en el artículo 659.3 TRLC, en la que se indica que la sentencia que la resuelva no será susceptible de recurso.

Esta previsión generará una falta de consistencia considerable entre las resoluciones de las Audiencias que resuelvan las impugnaciones, puesto que es inevitable, ante una normativa tan reciente y novedosa y en la que, además, no hay precedentes, se sentencien de manera distinta cuestiones de índole parecida o sustancialmente igual.

En este sentido, y habida cuenta de las imprecisiones o posibles dobles interpretaciones que, tal y como se ha venido exponiendo en este trabajo, pueden existir, no es descabellado afirmar que también estas dudas se plantearán en las Audiencias Provinciales, conduciendo, consiguientemente, a resoluciones dispares. Así, es perfectamente posible (y lógico) que se produzcan entendimientos de la Ley de manera diferente, por lo que será inevitable que los resultados a impugnaciones similares sean distintos en las diferentes provincias, lo que, en síntesis, representa un perjuicio para la seguridad jurídica.

Sin embargo, el problema no es tanto que puedan existir resoluciones contradictorias y dispares ante supuestos iguales o parecidos, de hecho, ello sucede con frecuencia entre los órganos judiciales. El inconveniente es que no se haya previsto un mecanismo para unificar la doctrina y establecer unas líneas interpretativas maestras que sirvan para reflejar la interpretación más acorde de cada escenario o desavenencia.

Así, cada Audiencia resolverá según sus criterios técnicos y jurídicos, en los que sustanciarán cada decisión, pero los mismos no tienen por qué coincidir con los de las demás Audiencias, por lo que aquello que en una provincia encuentre amparo, en otra será desestimado.

Así, cabe decir que, en una materia de repercusión tan mayúscula como es el derecho (y muchas veces, la misma supervivencia) de los acreedores, es sorprendente que no se haya previsto, en ningún escenario ni para ninguna de las causas de impugnación, la oportunidad de presentar ante el Tribunal Supremo tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

2.3.4. Falta de previsión específica a la Prueba y la Vista. Mención a la figura de las Diligencias Preliminares.

Otro de los aspectos que llaman la atención en la regulación preconcursal relativa a los planes de reestructuración es que absolutamente todo el Título III del Libro II, dedicado a ellos, está redactado de una manera que no prevé el planteamiento ni de prueba ni de vista. Empecemos con la prueba.

En este sentido, es evidente que los impugnantes, e incluso el propio deudor y los acreedores que hubieran votado a favor de la aprobación del plan van a poder solicitar prueba, sin embargo, sorprende que el TRLC no lo prevea de forma expresa, y, además, no le dedique la suficiente importancia como para indicar cuál es el procedimiento óptimo para solicitar y practicar la prueba admitida.

Antes de entrar profundamente en ello, no obstante, es importante recordar los ajustados plazos que ofrece el TRLC para realizar cualquier movimiento. En este sentido, y en lo que ahora interesa, esto es, la solicitud, admisión o inadmisión y práctica de la prueba o vista, el artículo 654 TRLC indica que la impugnación deberá producirse durante los quince días

(hábil, al tratarse de un plazo judicial) posteriores a la publicación del auto mediante el que se homologue el plan. Mismo plazo correrá para aquellos que quisieran oponerse a la impugnación, debiendo resolverse ésta mediante sentencia en el término de los treinta días siguientes.

En este sentido, cabe tener en cuenta que tal y como se establece en el artículo 539 TRLC, las pruebas se propondrán en los escritos de alegaciones cuando se trate de un incidente concursal. Así, y tras las tareas interpretativas de las múltiples resoluciones que concretan este aspecto, el Bufete Navas & Cusí (2021), especialista en derecho mercantil, apunta que hay que entender el escrito de alegaciones del incidente concursal como la demanda, y que la prueba deberá solicitarse mediante otrosí.

Por lo tanto, y a pesar de lo que algunos apuntaron en un inicio, no necesariamente habrá que aportar la prueba en el plazo de los quince días previstos para impugnar el auto (que se entiende, si deberá hacerse si la misma obra en manos del impugnante), sino que habrá que solicitarla mediante otrosí y esperar a la resolución de la Audiencia, que la admitirá o denegará mediante auto.

Ello tiene sentido puesto que, si por ejemplo, es interés de algún impugnante aportar un documento que no obra en su posesión, (pongamos, por decir algo, que obra en poder de una entidad financiera o de cualquier otra naturaleza), cumplir con el plazo de quince días se complica. Si, a ello añadimos que lo que interesa aportarse es un informe pericial que evalúe la solvencia del deudor, la viabilidad del plan de reestructuración o cualquier otro aspecto técnico relativo al plan, es evidente que en quince días no es posible examinar detenidamente el plan y aportar un informe pericial completo y finalizado. Por ello, tiene sentido que pueda solicitarse en el incidente concursal, sin necesidad de aportarla con el mismo.

Aspecto distinto es que la Audiencia resuelva en un intervalo mayor o menor de tiempo y, en su caso, el plazo que ésta otorgue para presentar las pruebas admitidas. Aun así, la falta de precisión normativa dificulta conocer, en primer lugar, qué plazo debería tener la Audiencia para resolver acerca de la procedencia o improcedencia de las pruebas propuestas, y, en segundo lugar, qué plazo debería otorgar para hacer llegar las pruebas admitidas.

Teniendo en cuenta que de la valoración de la prueba puede llevar a estimarse o desestimarse la impugnación del plan, máxime si tenemos en cuenta que la misma puede reflejar, por

ejemplo, que un crédito defendido como privilegiado (ya fuere porque el plan lo consideró público o cubierto con garantía real, por ejemplo) realmente no lo sea, o que el informe del experto en reestructuración adolece de vicios materiales o formales, o que el esfuerzo requerido a los acreedores supera lo imprescindible para regularizar la situación de la empresa insolvente, parece imposible comprender por qué no se ha previsto ningún detalle en relación con ella.

Es evidente que se va a solicitar prueba, por lo que habría facilitado la gestión de la misma que hubiera quedado definida una hoja de ruta para conocer los tempos. Además, el hecho de que no se prevea expresamente puede hacer pensar que en un plazo de poco más de dos meses desde la impugnación pueda llegar a haber sentencia, sin embargo, hay que tener en cuenta que el plazo de treinta días para que ésta se dicte empieza a contar una vez se termine el incidente concursal, y parece sensato entender que éste no finalizará hasta que se haya practicado, en su caso, la prueba admitida.

En cualquier caso, lo verdaderamente sorprendente es que no se haya regulado, en ningún momento, nada en relación con la prueba, aspecto este crucial en la materia de que se trata, por lo que habrá que recurrir, aunque con las lagunas que he destacado, a las regulaciones que se encuentren en el propio TRLC o demás leyes mercantiles y, subsidiariamente, civiles.

Por otro lado, y en relación también con la prueba, me parece interesante traer a colación un instrumento previsto en el derecho privado, esto son, las diligencias preliminares, para examinar su alcance en el campo que ahora estudio.

En este sentido, una vez se publica el auto de homologación del plan de reestructuración, los acreedores que no hubieran votado a favor del mismo pueden tener motivos fundados para impugnar el mismo, o tener simplemente causas para impugnar, pero que no tiene forma de confirmar que sean procedentes porque no disponen de la documentación del deudor.

En este sentido, y para evitar acudir al incidente concursal con meras sospechas, y solicitar en el mismo las pruebas, una posibilidad sería acudir a la figura de las diligencias preliminares, que permiten a quien se está planteando interponer una demanda (en este caso, incidente) obtener aquella información que necesita para sustanciar dicha demanda (Gómez, 2023).

A pesar de que esta figura tampoco encuentra cabida en las particularidades de la regulación preconcursal, sumadas a los problemas de la falta de regulación de la prueba, a las diligencias preliminares se añade otra dificultad más, en virtud de lo contenido en el artículo 257 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Tal y como se define en el artículo citado, la petición de las diligencias preliminares se resolverá sobre el juez de primera instancia o de lo mercantil del domicilio de quien hubiera de exhibir la prueba (en este, caso, sería el mismo domicilio que dónde debería tener cabida, en su caso, el eventual concurso de acreedores).

Pues bien, en virtud de lo expuesto, es evidente que en el caso de que se quisiera recurrir a esta figura, a la que no existe ninguna previsión legal de no poder acudir, se plantearía la siguiente problemática: la LEC establece que debería plantearse la solicitud de las diligencias preliminares en el juzgado de lo mercantil competente, sin embargo, el incidente concursal no lo conocerá dicho juzgado, sino que lo hará la Audiencia, por lo que sería incongruente presentar una petición al juzgado si éste no conocerá del asunto y, en su virtud, no puede evaluar si las diligencias solicitadas son pertinentes o no.

Pero, sin embargo, no existe ningún precepto que permita plantear diligencias preliminares ante la Audiencia Provincial, por lo que acudir a ella tampoco sería ortodoxo.

La problemática sugerida, desde m punto de vista, es eminentemente teórica, pues proyecta una idea que no está, salvo error por mi parte, formalmente planteada doctrinal ni jurisprudencialmente. Sin embargo, teniendo en cuenta que el legislador ni siquiera ha previsto la solicitud de pruebas en la regulación de la impugnación del plan de reestructuración, no es sorprendente que tampoco haya previsto la petición de diligencias preliminares, esclareciendo, en su virtud, ante qué órgano deberían solicitarse éstas.

En cualquier caso, aunque se hubieran previsto que se plantearan ante la Audiencia Provincial, habría que ver, debido a que el plazo de impugnación es altamente ajustado, si la mera petición sería suficiente para suspender dicho plazo hasta que existiera resolución de las mismas y, en caso de admisión, hasta que se exhibiera ante el solicitante la información requerida, o si, de lo contrario, el plazo no se suspendería, lo que probablemente conduciría a que transcurriera antes de que pudiera resolverse.

De todas formas, como digo, el hecho de que no esté amparada esta figura hace que su aplicación sea limitada, puesto que por Ley debe presentarse ante un órgano ante el que, por las previsiones de la norma que ahora estudio, nada tiene que decir sobre su procedencia porque no será el encargado de conocer del litigio.

Por último, aunque no menos importante, otra figura a la que tampoco se ha prestado atención en ningún momento a lo largo del desarrollo normativo de los planes de reestructuración es a la posibilidad de celebrar vista, aunque ello no implica que la misma no tenga cabida.

Por ello, debe acudir a la previsión general prevista en el artículo 540 TRLC, en el que se indica que el incidente finalizará mediante sentencia y, en los casos que se citan (por ejemplo, que toda la prueba propuesta sea documental), sin que las partes acudan a la misma.

Por esta razón, si los acreedores impugnantes solicitan vista, y sin lugar a dudas si existe cualquier otro tipo de prueba admitida que no sea la documental (por ejemplo, citar a peritos que hubieran elaborado informes periciales para desacreditar el plan de reestructuración), entonces la misma deberá celebrarse con presencia de las partes.

Aunque no deviene una problemática como tal, sí que es conveniente tener presente que los artículos específicamente dedicados a los planes de reestructuración no la regulan, por lo que es importante realizar un esfuerzo de sistemática del TRLC y acudir directamente a la regulación del incidente concursal y solicitar de parte, en caso de que así se desee, que la vista celebre, pues la misma no procederá de oficio o para las partes afectadas si no se solicita y se cumplen con los requisitos del citado 540 TRLC.

3. Conclusiones

Como se ha expuesto a lo largo de este análisis, es evidente que el nuevo marco preconcursal supone un cambio respecto del anterior, tanto en lo que refiere al ámbito de aplicación, en el que se incluyen tanto a las personas físicas como a las jurídicas, como al objetivo, al añadir a los presupuestos de insolvencia inminente y actual la probabilidad de insolvencia.

No obstante, y como se ha visto, la regulación excesivamente indeterminada e imprecisa en varios supuestos, algo que supone una apuesta arriesgada del legislador puede conducir a

situaciones injustas e incluso indeseadas, aunque por ahora no se conoce que se esté planteando ningún proceso de clarificación o matización de la norma.

Se han visto múltiples ejemplos de esas consecuencias a lo largo de este estudio, tales como la problemática que puede llegar a suponer el arrastre de acreedores, en el sentido de que un porcentaje muy inferior al pasivo afectado podría llegar a aprobar y homologar el plan de reestructuración, por ejemplo.

A ello se añade la imposibilidad de controlar ex ante los requisitos materiales del plan de reestructuración, y deviniendo únicamente facultativo para el deudor o los acreedores la posibilidad de confirmar las clases judiciales antes de la homologación del plan, o de recurrir a la fase de contradicción previa a la homologación para tener la oportunidad de oponerse a la misma antes de que la misma tenga lugar.

Esto ejemplifica que en la gran mayoría de casos se prescindirá de estos instrumentos y se solicitará la homologación judicial directamente, impidiendo, consiguientemente (salvando las opiniones doctrinales contrarias que han sido ya compartidas y refutadas), que pueda controlarse e impugnarse el plan de reestructuración antes de que el mismo despliegue efectos jurídicos.

Ello, al mismo tiempo, lleva aparejado que plantear un incidente concursal que impugne el auto de homologación del plan no sea residual, sino más bien frecuente. En este sentido, ya serán las Audiencias Provinciales quienes tengan que decidir, lo que abre la puerta a otras problemáticas tales como que las mismas se colapsen o que, además, existan resoluciones dispares ante supuestos iguales o similares debido a la ausencia de previsión de recurso. Es decir, que aquello que encuentre amparo en una provincia no necesariamente tiene por qué encontrarlo en otra, puesto que será cada Audiencia la que resuelva en su ámbito territorial, sin que sea posible unificar criterios.

Otra de las problemáticas o imprecisiones de la nueva regulación, son la ausencia de una regulación específica para la prueba o, hilando más fino, sobre la posibilidad de presentar diligencias preliminares. En este sentido, al no definirse el plazo que tendrían las Audiencias Provinciales para pronunciarse sobre la prueba y, una vez hecho, el plazo que se debería tener para practicarla, puede ocasionar que los ajustados plazos que ha querido ofrecer el legislador para agilizar los procesos se vea frustrado al alargarse por estos motivos.

Igualmente, y en relación con las diligencias preliminares, que constituirían una manera de limitar la presentación de incidentes concursales, en el sentido de descartar todos aquellos que, en virtud de las diligencias preliminares, se hubiera comprobado que no encuentran encuadre, se colisiona frontalmente con que, a juzgar por la definición de las normas mercantiles y civiles, no existe una vía precisada para acudir a ellas.

En el sentido de todo lo indicado, y reiterando que la nueva reforma, si bien con aparente buena intención, ha dejado sin regular o ha definido de manera imprecisa aspectos de mayúscula importancia, lo cierto es que serán la práctica y la jurisprudencia las que acaben delineando los límites de estos instrumentos para evitar o minimizar situaciones injustas o indeseadas. Lo difícil será hacerlo, sin embargo, sin crear derecho, aspecto este no permitido por el ordenamiento jurídico, y sin la posibilidad de unificar criterios interpretativos.

Igualmente, y a modo de conclusión, sería conveniente que se establecieran más previsiones para evitar que el deudor tuviera posibilidades tan anchas de utilizar estos mecanismos de manera abusiva, de forma que el control de los planes pudiera realizarse de manera preceptiva y no facultativa mucho antes.

En cualquier caso, no hay que perder de vista que la norma se encuentra todavía en un estado muy incipiente de aplicación, y que poco a poco irán apareciendo los pronunciamientos que resuelvan las impugnaciones y, con ellos, otras flaquezas o incluso fortalezas de la nueva previsión.

Lo relevante, considero, es conocer todos aquellos ítems que ahora implican una problemática real o potencial y que, por lo tanto, hay que tener estudiada para sortear y conocer, dentro de las posibilidades que ofrece la Ley, la manera más favorable posible al interesado para defender y salvaguardar sus derechos legítimos.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

Manuales

BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ, F. Manuel de Derecho Mercantil. Volumen II. 29ª ed. Madrid: Tecnos, 2022.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. y SANJUÁN MUÑOZ, E. Reforma Concursal Ley 16/2022. Edición septiembre 2022. Madrid. Lefebvre-El Derecho, 2022.

COLEX. Planes de Reestructuración. Paso a paso. Análisis práctico del nuevo derecho concursal para empresas, empresarios y profesionales. 1ª ed. A Coruña. Colex, 2022.

Artículos digitales

GARCÍA-VILLARUBIA, Manuel, 2016. Los concursos de persona natural. El concepto de empresario. Supuestos dudosos. *En uria.com. El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, nº 41*. Disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/4943-los-concursos-de-persona-natural-el-concepto-de-empresario-supuestos-dudosos>

VALENCIA, Fedra, 2023. Reflexiones a la luz de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 10 de abril de 2023. *En Cuatrecasas.com. Artículo académico*. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/reestructuraciones-e-insolvencias/art/planes-reestructuracion-criterios-formacion-clases>

Área de Conocimiento e Innovación (sin autor destacado), 2023. Impugnación de la homologación de un plan de reestructuración. En Cuatrecasas.com. Disponible en: <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/reestructuraciones-e-insolvencias/art/impugnacion-homologacion-plan-reestructuracion>

GARCIMARTÍN, Francisco, 2023. Planes de reestructuración: algunas reflexiones sobre la práctica reciente (II). En *almacenderecho.com. Concursal*. Disponible en: <https://almacenderecho.org/planes-de-reestructuracion-algunas-reflexiones-sobre-la-practica-reciente-ii>

VILLORIA RIVERA, Íñigo, 2023. Homologación judicial de planes de reestructuración: la vigencia del principio mayoritario y el control judicial de la formación de clases y el principio de no discriminación. *En elderecho.com. Lefebvre. Tribuna*. Disponible en: <https://elderecho.com/homologacion-judicial-de-planes-reestructuracion-vigencia-principio-mayoritario-y-de-no-discriminacion#659a718369743>

NAVAS & CUSÍ, 2021. El incidente Concursal y las nuevas demandas. *En navasicusi.com. Blogosfera Navas & Cusí. Derecho Mercantil y Societario*. Disponible en: <https://www.navasicusi.com/incidente-concursal/>

GÓMEZ, Juan Mateo, 2023. La utilidad del instituto procesal de las diligencias preliminares. *En abogacia.es. Abogacía Española Consejo General*. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/la-utilidad-del-instituto-procesal-de-las-diligencias-preliminares/#:~:text=Las%20diligencias%20preliminares%20son%20un,correcta%20configuraci%C3%B3n%20del%20litigio%20futuro.>

Artículos no digitales

GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, Eduardo., ARLABÁN GABEIRAS, Blanca. “Los planes de reestructuración”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2022, núm. 59, pp. 30-70.

PULGAR EZQUERRA, Juana. “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores”. *Revista de Derecho Mercantil. Civitas*, 2022, núm. 323.

Publicaciones de fuentes jurídicas contrastadas

FUENTES BUJALANCE, Antonio. En LinkedIn. Octubre 2023.

SANJUAN MUÑOZ, Enrique. En LinkedIn. Enero 2024.

Informes jurídicos

Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Pleno del Consejo General del Poder Judicial, 2021 [evacuación de informe 6-8-2021]. Disponible en: <file:///C:/Users/annag/Downloads/20211125%20Informe%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20reforma%20del%20texto%20refundido%20de%20la%20Ley%20Concursal.pdf>

Comunicación del Poder Judicial: el juzgado mercantil 1 de Barcelona homologa el Plan de reestructuración propuesto por los acreedores de Celsa. Poder Judicial, 2023. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-juzgado-mercantil-2-de-Barcelona-homologa-el-Plan-de-reestructuracion-propuesto-por-los-acreedores-de-Celsa>

Jurisprudencia referenciada

Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 18 de Madrid 603/2022, de 17 de noviembre de 2022.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona 1949/2023, de 4 de septiembre de 2023.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, 179/2023, de 10 de abril de 2023.

Legislación citada

España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE de 10 de julio de 2003 núm. 164. Referencia: BOE-A-2003-13813.

España. Código de Comercio, 1829. Código de Comercio, decretado, sancionado y promulgado en 30 de mayo de 1829. De Real Orden. Madrid. Oficina de D.E. Aguado, Impresor de la Real Casa¹.

España. Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. BOE de 31 de marzo de 2009, núm. 78. Referencia: BOE-A-2009-5311.

España. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE de 11 de octubre de 2011, núm. 245. Referencia: BOE-A-2011-15938.

España. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE de 28 de septiembre de 2013 núm. 233. Referencia: BOE-A-2013-10074.

España. Real Decreto-ley 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. BOE de 8 de marzo de 2014 núm. 58. Referencia: BOE-A-2014-2485.

España. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. BOE de 1 de octubre de 2014, núm. 238. Referencia: BOE-A-2014-9896.

España. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. BOE de 26 de mayo de 2015, núm. 125. Referencia: BOE-A-2015-5744.

España. Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE de 21 de febrero de 2019, núm. 45. BOE-A-2019-2364.

España. Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. BOE de 7 de mayo de 2020, núm. 127. Referencia: BOE-A-2020-4859.

España. Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones,

¹ Consultado a través de la reproducción digitalizada de la Biblioteca del Banco de España.

y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). BOE de 26 de junio de 2019, núm. 172. Referencia: DOUE-L-2019-81090.

España. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). BOE de 6 de septiembre de 2022, núm. 214. Referencia: BOE-A-2022-14580.

España. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE 2 de julio de 1985, núm. 157. Referencia: BOE-A-1985-12666.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE 8 de enero del 2000, núm. 7. Referencia: BOE-A-2000-323.

Listado de abreviaturas

LC: Ley Concursal

TRLR: Texto Refundido de la Ley Concursal

DA: Disposición Adicional

DF: Disposición Final

RPC: Registro Público Concursal