

CLAVES PRÁCTICAS

FRANCIS LEFEBVRE

**Derecho de la insolvencia
en la práctica judicial
reciente**

Fecha de edición: 18 de febrero de 2025

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS
es una obra editada por iniciativa y bajo
la coordinación de
Francis Lefebvre

NURIA FACHAL NOGUER
*Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña.
Especialista en asuntos propios de lo Mercantil*

NOTA. – Esta obra es fruto de las reflexiones personales del autor sobre la normativa analizada. Los comentarios y conclusiones que se incluyen no suponen en ningún caso un asesoramiento jurídico directo. En consecuencia, ni la editorial ni el autor aceptarán responsabilidades por las consecuencias ocasionadas a las personas o entidades que actúen o dejen de actuar como consecuencia de las opiniones, interpretaciones e informaciones contenidas en esta obra.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
clientes@lefebvre.es
www.efl.es
Precio: 36,40 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-10431-67-6
Depósito legal: M-5655-2025
Impreso en España por Printing'94
Paseo de la Castellana, 93, 2º – 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

A mis padres.
Siendo niña, me enseñaron que el fracaso comienza
sólo cuando cesa el esfuerzo.

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo 1. Intervención judicial en la homologación del plan de reestructuración	100
1. Aplicación práctica del principio de mínima intervención.....	105
2. Fisuras al principio mayoritario y exacerbación del control judicial	150
3. Alcance del control judicial: cuestiones problemáticas	170
4. Control de la financiación preconcursal	390
Capítulo 2. Honorarios y aranceles de abogados y procuradores en el concurso	1000
1. Honorarios profesionales antes de la L 16/2022	1005
2. Honorarios profesionales tras la L 16/2022.....	1110
3. Riesgos asociados al recorte normativo de los honorarios profesionales	1165
4. ¿Qué expectativas de cobro mantienen los profesionales intervinientes?	1215
Capítulo 3. Retribución de la administración concursal	1500
1. Deberes de la administración concursal	1505
2. Retribución de la administración concursal	1550
3. Concursos con insuficiencia de masa.....	1670
4. Modificación del convenio.....	1960
5. Separación en el cargo y consecuencias económicas.....	2020
Capítulo 4. Responsabilidad de los administradores sociales antes y después del concurso sin masa	2500
1. Concurso sin masa de persona jurídica tras la L 16/2022.....	2505
2. Solicitud de concurso extemporánea en supuestos de crisis disolutoria.....	2575
3. Responsabilidad por cierre de hecho cuando el deudor instó el concurso.....	2650
4. Responsabilidad del órgano de administración/liquidación tras cierre del concurso.....	2745
5. Responsabilidad por la deuda laboral generada tras la conclusión del concurso.....	2840

	nº marginal
Capítulo 5. Contratos y licencias como elementos integrantes de la unidad productiva	3200
1. Contratos vigentes	3205
2. Cesión de contratos administrativos	3575
3. ¿Qué sucede con las concesiones administrativas?	3640
4. ¿Y si es declarada en concurso una de las empresas integrantes de una UTE?	3690
5. Contratos de «leasing» incluidos en el perímetro de la unidad productiva	3720
Capítulo 6. Exoneración del pasivo insatisfecho: cuestiones problemáticas	4000
1. Pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso de persona física	4005
2. Crédito público tras la transposición de la Dir (UE) 2019/1023	4020
3. Sobreendeudamiento irresponsable como circunstancia excluyente de la buena fe	4170
4. Liquidación de bienes en condominio como paso previo a la concesión exoneración	4280
5. Crédito por contribución en los gastos generales de la comunidad de propietarios	4420
6. Créditos procedentes de contratos de compraventa a plazos/financiación a comprador con pacto de reserva de dominio	4475
7. Alcance de la exoneración del pasivo insatisfecho tras la L 16/2022	4520
Capítulo 7. Rendición de cuentas y acciones de responsabilidad como mecanismo de control de la administración concursal	5000
1. Rendición de cuentas final	5005
2. Acciones de responsabilidad frente a la administración concursal	5280
	Página
Tabla Alfabética	291

Abreviaturas

AC	administración concursal
AP	Audiencia Provincial
Art.	artículo
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
DGSJFP	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Dir	Directiva
disp.adic.	disposición adicional
disp.trans.	disposición transitoria
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
JM	Juzgado de lo Mercantil
L	Ley
LCAP	texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (RDLeg 2/2000)
LCon	texto refundido de la Ley concursal (RDLeg 1/2020)
LCon/03	Ley concursal (L 22/2003)
LCSP	Ley de contratos del sector público (L 9/2017)
LPH	Ley de Propiedad Horizontal (L 49/1960)
LSC	Ley de sociedades de capital (RDLeg 1/2010)
PRAC	proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el reglamento de la administración concursal
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Redacc	redacción
Resol	Resolución
s.	y siguientes
TCJ	Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
TCo	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
UTE	unión temporal de empresas

Capítulo 1. Intervención judicial en la homologación del plan de reestructuración

1. Aplicación práctica del principio de mínima intervención	105	100
2. Fisuras al principio mayoritario y exacerbación del control judicial	150	
3. Alcance del control judicial: cuestiones problemáticas.....	170	
4. Control de la financiación preconcursal.....	390	

1. Aplicación práctica del principio de mínima intervención

Uno de los puntos sobre los que más se ha debatido, desde que ha tenido lugar la entrada en vigor de la L 16/2022, es el concerniente al alcance del control que debe desplegar el juez al tiempo de pronunciarse sobre la homologación del plan de reestructuración. La Dir (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia, que ha sido transpuesta al ordenamiento nacional por medio de la citada L 16/2022, presta atención al alcance del control que debe desplegar la autoridad judicial o administrativa al tiempo de resolver sobre la confirmación del plan de reestructuración. El legislador europeo dirige un mandato a los Estados miembros para que, en la tarea de incorporación de la norma comunitaria al Derecho interno, no desatiendan la importancia de aquel control, centrado en los siguientes extremos:

- La **clasificación por categorías**, en particular, la selección de acreedores afectados por el plan, cuando un plan de reestructuración se presenta para su confirmación (Dir (UE) 2019/1023 considerando 46).
- La **confirmación** resulta particularmente necesaria en los siguientes supuestos:
 - existencia de partes afectadas **disidentes**;
 - cuando el plan de reestructuración contenga disposiciones sobre **nueva financiación**; o
 - si implica la **pérdida de más del 25% de la mano de obra**. No obstante, los Estados miembros deben poder determinar que es necesaria la confirmación de una autoridad judicial o administrativa, también en otros casos distintos de los anteriores (Dir (UE) 2019/1023 considerando 48).
- Los Estados miembros deben garantizar que la autoridad judicial o administrativa pueda **rechazar un plan cuando** se haya comprobado que limita los derechos de los acreedores o tenedores de participaciones disidentes a un nivel por debajo de lo que cabría razonablemente esperar, en caso de liquidación de la empresa del deudor. A fin de evitar realizar una valoración individualizada, el cumplimiento de la prueba del interés superior de los acreedores debe ser examinado por la autoridad judicial o administrativa únicamente si el plan de reestructuración es impugnado por ese motivo (Dir (UE) 2019/1023 considerando 49 y 50).
- Las autoridades judiciales o administrativas deben poder **negarse a confirmar planes** de reestructuración que no presenten perspectivas razonables de evitar la insolvencia del deudor o garantizar la viabilidad de la empresa. No obstante, no procede obligar a los Estados miembros a garantizar que esta evaluación se realice de oficio (Dir (UE) 2019/1023 considerando 50).

110 Por su parte, se establece que los Estados miembros deben velar por que las condiciones para la confirmación de un plan de reestructuración por la autoridad judicial o administrativa estén claramente especificadas e incluyan, como mínimo, lo siguiente (Dir (UE) 2019/1023 art.10.2):

- a) el plan de reestructuración se haya **adoptado de conformidad** con el artículo 9;
- b) los **acreedores** con una **comunidad de intereses suficiente** en la misma categoría sean tratados por igual y de manera proporcionada a su crédito;
- c) el plan de reestructuración se haya **notificado** de conformidad con la normativa nacional a todas las partes afectadas;
- d) cuando haya **acreedores disidentes**, el plan de reestructuración supere la prueba del **interés superior** de los acreedores;
- e) en su caso, toda **nueva financiación** sea necesaria para cumplir el plan de reestructuración y no perjudique injustamente los intereses de los acreedores. Una autoridad judicial o administrativa examinará el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo primero, letra d), únicamente cuando el plan de reestructuración se impugne por dicho motivo.

En el Derecho patrio, la LCon art.647.1 asigna al juez la **competencia para homologar** el plan, y dispone que debe hacerlo, salvo que de la documentación presentada **se** deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos en la sección 1ª del capítulo V. Este juego de **remisiones normativas** obliga a traer a colación la LCon art.638 a 640 –referentes a los requisitos para la homologación de planes de reestructuración consensuales y no consensuales y su aprobación por el deudor–. Aun así, el reenvío normativo sería incompleto, si no tomásemos en consideración otras disposiciones que, pese a estar ubicadas fuera de la sección primera, igualmente incluyen un mandato de control al juez que conoce de la solicitud. Señaladamente, la LCon art.638.2º obliga a que se cumplan los requisitos de contenido y de forma en el plan que se quiere homologar, lo que hace necesario atender al contenido de la LCon art.633 y 634.

Se ha dicho que el régimen aplicable pivota sobre un principio de intervención judicial mínima y *a posteriori* (Pulgar Ezquerro). Así se mantuvo, de forma generalizada, en las primeras resoluciones judiciales que homologaron planes de reestructuración, tras la entrada en vigor de la L 16/2022. Si nos centramos en la **homologación judicial sin contradicción previa**, esta exégesis solo justificaría el rechazo de la homologación del plan en supuestos manifiestamente groseros y burdos, contrarios a la ley o al orden público, de tal suerte que quedaría en manos de los acreedores la carga de alegar y probar, vía impugnación o bien, de oposición, el carácter razonable o no de las medidas propuestas o si las mismas le imponen un sacrificio patrimonial injustificado (JM Madrid núm 13 auto 30-5-23, EDJ 872471 y JM Las Palmas núm 3 auto 21-12-23, EDJ 783670, esta última partidaria de una interpretación restrictiva sobre el alcance de la intervención del juez en la fase de homologación).

115 Recientemente, el JM Sevilla núm 2 auto 6-3-24, EDJ 578799, nos sugiere una lectura muy distinta de la LCon art.647.1 que, en términos procesales, nada tiene que ver con un control judicial meramente superficial o restringido de los presupuestos para la homologación. Esto significa que aquella disposición debe ser interpretada como una norma que regula el régimen de distribución de la **carga de la prueba**, de un modo distinto a la LEC art.217:

«Quien sostiene una pretensión tiene la carga de probar los hechos sobre los que se sustenta, de manera que si hay dudas sobre la realidad de tales hechos, no pueden considerarse probados, lo que supone la desestimación de la pretensión asociada a aquéllos».

Si no existiera la previsión que contempla la LCon art.647.I, por mandato de la LCon art.521 y LEC art.4, se aplicaría al control judicial de la homologación el régimen establecido en la LEC art.217, de manera que, la **existencia de dudas** sobre el **cumplimiento** de los requisitos legales necesarios para homologar el plan de reestructuración pesaría en contra del solicitante, comportando que no pudiera considerarse acreditado el cumplimiento de tales requisitos, lo que abocaría en la denegación de la homologación.

La inclusión de la LCon art.647.I cambia el sistema, de manera que, en caso de que existan dudas sobre la concurrencia de los **requisitos**, estos **deben entenderse cumplidos**, y, por ende, debe homologarse el plan, mientras que solo si es manifiesto que no se cumplen, es decir, solo si no hay dudas de que no se cumplen, el plan no será homologado.

De este modo, el citado precepto no implica que el control judicial deba ser somero, sumario, laxo o superficial, sino que, siendo profundo y completo, las **dudas deben resolverse** a favor del solicitante, de manera que solo se desestime su petición cuando el juez no albergue dudas de que no se cumplen los requisitos para homologar el plan de reestructuración.

En lo que concierne al **alcance** del control judicial, estamos por completo conformes con la interpretación que propugna la anterior resolución y añadiremos, a continuación, alguna otra consideración relacionada con la tarea fiscalizadora que compete al juez. Puesto que la negociación y votación del plan es informal, y completamente ajena al juzgado, el juez solo interviene al final del proceso para dictar la resolución que homologa el plan. Esto es lógico, y se justifica en la priorización del principio mayoritario, como fundamento de los planes de reestructuración: al menos sobre el papel, la adecuada protección de todos los intereses en juego se logra merced a un sistema de pesos y contrapesos, en el que la hegemonía —teórica—, del principio mayoritario, debería hacer innecesario un control judicial amplio y profundo de los requisitos a los que se sujeta la homologación del plan.

120

Pese a que la configuración descrita es la querida por el legislador, las primeras experiencias que han aflorado tras la entrada en vigor de la L 16/2022 han demostrado que el **equilibrio** entre el **principio mayoritario** y la **intervención judicial mínima** no es del todo perfecto, ni tan siquiera en la letra de la ley. Así lo demuestra que se hayan alcanzado homologaciones de planes apoyados por porcentajes muy exigüos del pasivo total afectado o, incluso, con el único voto a favor de los acreedores subordinados —situados *in the money*—, que han logrado arrastrar al resto de clases. Como muestra, cabe citar la AP Barcelona 9-7-24, EDJ 678909, que desestima la impugnación del auto de homologación de un plan de reestructuración no consensual, que solo recibió el apoyo de los acreedores de la Clase 3 (integrada por los créditos ordinarios comerciales PYMES): esta clase representaba el 9% del total del pasivo y, dentro de ella, los acreedores que votaron a favor del plan representaban el 70,41% del total. Más adelante comentaremos con algo más de detalle esta resolución.

Sin duda, existen otras desviaciones referidas al principio mayoritario, que deberían poder corregirse mediante el recurso al **test de equidad**. Incluso se habla de la

«perversa perturbación creada por los planes del artículo 639.1 LC» (Thery A.), que son, como sabemos, los **planes no consensuales** que pueden homologarse cuando los aprueba una mayoría simple de clases, siempre que una de ellas goce, en el concurso, de privilegio especial o general. Las homologaciones basadas en esta disposición están generando una gran litigiosidad, ya que el reparto del **valor de reestructuración** se hace de forma opaca, a causa de la ausencia de una valoración de la empresa por el experto en la reestructuración. Téngase en cuenta que el informe de este profesional solo se exige en los planes de clase dentro del dinero –i.e. los que se homologan conforme a la LCon art.639.2–. Se dice que los planes de mayoría de clases favorecen su proliferación artificiosa, lo que, unido a la falta de visibilidad sobre el valor de la empresa, provoca grandes dificultades al tiempo de resolver las **impugnaciones** y da lugar a una gran incertidumbre jurídica. Buena prueba de ello es la diversidad de pronunciamientos judiciales dictados en los últimos meses, resolviendo impugnaciones de planes no consensuales que denuncian la incorrecta delimitación del perímetro de afectación y la defectuosa formación de clases. Si algo cabe extraer, como elemento común que comparten todas estas resoluciones judiciales, es la tendencia a rechazar aquellos planes que carecen de un apoyo sólido por parte de los acreedores afectados.

PRECISIONES La formulación normativa del **test de equidad** la encontramos en la LCon art.655.2.2º,3º y 4º: (i) ninguna clase puede mantener o recibir derechos, acciones o participaciones por valor superior al importe de sus créditos; (ii) la clase a la que pertenece el acreedor impugnante no puede recibir un trato menos favorable que otra clase del mismo rango; y, (iii) la clase a la que pertenece el acreedor impugnante no puede mantener o recibir acciones, participaciones o derechos por un valor inferior al importe de sus créditos, si una clase de rango inferior, o los socios, recibe cualquier pago o conserva sus derechos, acciones o participaciones (regla de la prioridad absoluta).

- 125** Lo comentado en estas líneas ha tenido mucho que ver con el surgimiento de la línea interpretativa que propugna un **rol más activo del juez**, en la fase de homologación. La solución a los posibles abusos y desviaciones que dinamitan el principio mayoritario pudiera venir de la mano de un escrutinio judicial más severo y riguroso, singulamente, para los planes de mayoría de clases: esto puede lograrse acudiendo a la facultad de **requerir informes** al experto, que recoge la LCon art.679.1; más en concreto, cabría solicitarle a este profesional que emitiera un informe de valoración de la empresa, que, si bien no es preceptivo en la homologación de los planes de mayoría de clases, puede ser un remedio adecuado para verificar la falta de equidad del plan.

Aunque este tipo de propuestas pretenden reaccionar a las **usurpaciones de derechos económicos** a algunos acreedores, que podría consumarse mediante la homologación de un plan de reestructuración que contuviera una formación de clases espuria, el problema radica en que algunos de los aspectos a los que debería extenderse el control de oficio son de difícil verificación, en ausencia de elementos fácticos y probatorios ofrecidos por las partes afectadas. Además, la falta de equidad del plan debe denunciarla alguno de los acreedores afectados por el plan de reestructuración, pues, legalmente, esta cuestión ha quedado incardinada dentro de los motivos de impugnación de planes no consensuales (LCon art.655.2).

2. Fisuras al principio mayoritario y exacerbación del control judicial

Se invoca el principio mayoritario como **fundamento** de la intervención judicial mínima que rige en el sistema de homologación implementado por el legislador y se argumenta que todo él descansa sobre ese principio (L 16/2022 preámbulo); el mejor indicio de racionalidad del plan de reestructuración, incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora, es que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta.

150

Sin embargo, los **primeros pronunciamientos judiciales** que homologan planes de reestructuración, dictados tras la entrada en vigor de la L 16/2022, han concitado el interés de la doctrina autorizada, que concentra la crítica en las **fisuras del sistema**: estas drenan, lenta y progresivamente, el principio mayoritario, lo que hace necesarios remedios correctores, que contengan su dilución. La AP de Valencia se hace eco de esta distorsión, que viene de la mano de una excesiva atomización de las clases de créditos afectados (AP Valencia 27-3-24, EDJ 524317):

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

Con este planteamiento, algunas voces proponen **reinterpretar las expresiones legales** empleadas por el legislador al encomendarle al juez la «homologación» y no su mera «confirmación»: al respecto, se dice que confirmar viene a ser reva- lida- r lo ya aprobado, mientras que homologar consistiría en contrastar el cumpli- miento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción (Nieto Delgado). Así las cosas, este aspecto terminológico traslada el debate al campo de lo semántico, para acabar impregnando la tarea judicial con- sistente en homologar el plan, con un *plus*, que excede de la mera validación –precedida de la constatación automática de determinados requisitos legales–. En palabras de Nieto Delgado, «el juez nacional no se limita a confirmar ningún acto o negocio que, sin su declaración de voluntad, sería incompleto o revoca- ble, sino que a tenor de la Directiva, como seguidamente vamos a ver, debe comprobar que el plan reúne ciertos requisitos antes de dictar una resolución que, superponiéndose a la voluntad puramente comercial de los firmantes, des- pliega todo un abanico de efectos, por imperio de la ley, entre los participantes e incluso frente a los disidentes y ausentes». A continuación, el mismo autor pone el acento en que ninguna norma de la Directiva establece que el control judicial haya de ser mínimo o superficial, ni que las autoridades judiciales carezcan de poderes para averiguar cuanto sea necesario para determinar si los requisitos impuestos por la Dir (UE) 2019/1023 a los planes para su confirmación concu- rren o no.

Diferencias cuando el juez otorga contradicción previa o no Nos pre- guntamos si existe alguna variación –de corte material o sustantivo–, que afecte a la tarea fiscalizadora que le incumbe al juez, en función de cuál haya sido el trá-

155

mite que se ha seguido para la homologación del plan de reestructuración. Recuérdese que la L 16/2022 regula **dos cauces** para alcanzar la **homologación** judicial del plan:

- uno, en el que el auto que la acuerda no va precedido de un contradictorio previo, sino que, tras su dictado, se abre un ulterior trámite de impugnación ante la audiencia provincial (LCon art.653 a 661); y
- otro, que faculta a las partes afectadas para oponerse a la homologación, antes de que se haya producido, y que precisa que el solicitante inste esta vía de contradicción previa (LCon art.663). En caso de formalizarse la oposición, esta disposición aclara que la sentencia que la resuelva no será susceptible de recurso.

El jurisprudencia analiza en profundidad el alcance de este control en los planes de reestructuración. Para ello se distingue en función de que exista o no contradicción judicial previa (JM Madrid núm 13 auto 30-5-23, EDJ 872471):

- **Sin contradicción previa:** el juez debe limitarse a la verificación formal de los requisitos que indica la norma, lo que supone, respecto de los requisitos de índole sustantiva, una revisión somera de si los motivos ofrecidos por el deudor a la hora de justificar que los criterios elegidos para conformar el perímetro de afectación, o para la formación de clases, son objetivos y fácilmente comprobables, sin tener que ir más allá, ni mucho menos, cuestionar la proporcionalidad de las medidas. Así las cosas, serán los acreedores quienes deben impugnar el plan ante la audiencia provincial y alegar y probar la concurrencia de los motivos de impugnación.
- **Con contradicción previa:** en este caso, el control del juez se despliega al resolver la oposición que hubieran formulado las partes afectadas.

- 160** En realidad, los aspectos y cuestiones que quedan comprendidos dentro del **control de oficio** no deberían variar demasiado, en uno y otro caso. Con un matiz, pues es evidente que, si se ha seguido el trámite de contradicción previa, y alguno de afectados ha formulado oposición, la sentencia que la resuelva habrá de darle respuesta expresa. También puede suceder que no se haya formulado oposición y, en ese supuesto, habremos de entender que lo procedente es dictar un auto de homologación, sin posibilidad de impugnación posterior. De ser así, precluiría la posibilidad de impugnar el auto de homologación, aunque debemos preguntarnos si esto afecta a todos los acreedores o sólo a quienes formalizaron oposición. Entiendo que cuando acude al trámite de contradicción previa no cabe, más tarde, impugnar el auto de homologación. La jurisprudencia defiende esta interpretación y considera que, en **ausencia de oposiciones**, lo procedente es dictar el auto de homologación, siempre que concurran los requisitos para su homologación. Y colma la laguna legal proclamando la **irrecurribilidad del auto** (JM Madrid núm 5 auto 28-9-23):

«aunque se sobreentiende que ante la ausencia de oposición, y por tanto ante la ausencia de demanda incidental y de incidente concursal, debe de procederse al dictado de auto homologando el PR si se dan los requisitos para ello, pues no existe escenario de controversia sino mero control del juez en la aprobación del plan, y aunque se debe equiparar la irrecurribilidad de la sentencia que resuelva las oposiciones, con una irrecurribilidad del auto que lo homologue (o no lo homologue), hubiera sido deseable que se hubiera regulado escuetamente el escenario procesal que se plantea ante la falta de oposición, su resolución por auto, y su correspondiente recurso (no recurso)».

3. Alcance del control judicial: cuestiones problemáticas

a. Requisitos formales del plan de reestructuración	175	170
b. Finalidad preventiva del plan y la viabilidad empresarial	215	
c. Formación de clases y trato paritario de acreedores del mismo rango	250	
d. Delimitación del perímetro de afectación.....	300	
e. Control de legalidad de las societarias contenidas en el plan	345	
f. Recursos.....	375	

a. Requisitos formales del plan de reestructuración

Certificación del experto en la reestructuración Seguidamente nos detendremos en el análisis de los requisitos formales del plan de reestructuración. El plan de reestructuración **debe estar formalizado en** instrumento público por quienes lo hayan suscrito; además, **debe incluir** la certificación del experto en la reestructuración, si estuviera nombrado, y en otro caso de auditor, sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan (LCon art.634). Por su parte, **se obliga a adjuntar** a la solicitud de homologación una copia íntegra del instrumento público en el que se haya formalizado el plan, incluida la certificación de auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para su homologación, y del informe que, en su caso, hubiera emitido el experto en la reestructuración (LCon art.643.3).

El **certificado del experto o auditor**, que verifica que el plan cuenta con una mayoría suficiente para su aprobación, es un presupuesto de la admisión a trámite de la solicitud. Al respecto, se le encomienda al juez su control, que, en ese particular aspecto, corresponde a los elementos formales de la homologación (AP Barcelona 9-7-24, EDJ 678909).

Así las cosas, si **falt**a la **certificación**, no cabe la **subsanción**, pues este documento funciona como el instrumento de que dispone el juez para verificar las mayorías necesarias para la aprobación del plan. La importancia de que la certificación se encuentre incluida al instrumento público de formalización del plan radica en que los datos que deben valorarse son los correspondientes a aquella fecha, en tanto que, en ese instante, se petrifican los créditos, a los efectos de delimitar el alcance del derecho de voto de sus titulares (JM Sevilla núm 2 auto 6-3-24, EDJ 578799). En aquel caso, el instrumento público no incluyó la certificación realizada por el experto en la reestructuración sobre la suficiencia de las mayorías; y, aunque esta certificación sí existía, era de fecha posterior a la escritura pública de protocolización del plan, por lo que el juez concluyó que no estaba cumplido ese requisito legal.

Se desestimó la petición del solicitante de la homologación, para que se le concediera un plazo a fin de aportar a las actuaciones el **certificado de mayorías** (JM Jaén núm 1 4-3-24, EDJ 516879):

«No se puede admitir dicha petición como suficiente a efectos de subsanar el requisito formal ya expuesto. Como se ha indicado la escritura pública por la cual se formaliza el plan de reestructuración, que era previa y servía de base a la solicitud de homologación del plan de reestructuración, debía contener el certificado del experto nombrado (lo cual no se ha hecho). La parte solicitante podía haber recabado perfectamente dicho certificado e incluirlo en el plan de

reestructuración con anterioridad a la presentación del plan para homologación y posteriormente elevar todo ello a escritura pública».

En un supuesto en que el instrumento público no incluyó la certificación realizada por el experto en la reestructuración sobre la **suficiencia de las mayorías**, el JM Pontevedra núm 3 16-10-24, EDJ 710577, propugna un **criterio más laxo**, ya que entiende que este defecto formal, por sí solo, no permite la denegación de la homologación del plan de reestructuración. Y ello pese a que reconoce que la certificación que aportó la deudora era de fecha muy posterior (3-5-2024) a la escritura pública de protocolización del plan (29-2-2024); además, el documento rubricado como «certificación de mayorías» no tuvo en cuenta los datos existentes y consignados al tiempo de formalizar el plan.

185 Comunicación del plan a los acreedores afectados Más dudoso es el alcance del control judicial que cabe desplegar respecto de la necesaria comunicación del plan a todos los acreedores afectados (LCon art.638.5º). Más específicamente, la LCon art.627 obliga a comunicar la propuesta del plan de reestructuración a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados. El apartado 2 de esta disposición concreta el **modo** en que debe efectuarse esta comunicación:

- De ser posible, la comunicación debe hacerse **individualmente**, por **vía** postal o electrónica.
- Si no fuera posible, **por desconocerse su identidad o dirección**, mediante anuncio en la página web de la sociedad, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan.
- En último lugar, cuando **ninguno de estos medios fuese factible**, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado competente para conocer de la homologación ordenará la publicación de un edicto en el Registro público concursal, con indicación del lugar donde los acreedores que acrediten legitimación podrán examinar el contenido del plan.

Recientemente, el JM Madrid núm 17 auto 24-10-24 ha denegado la homologación judicial de un plan de reestructuración por varios motivos, entre ellos, debido a la **ausencia** de cualquier **justificación** relacionada con el cumplimiento del requisito de comunicación del plan a los acreedores afectados. Esta resolución considera insuficiente, a estos efectos, la mera manifestación hecha acerca de la remisión de estas comunicaciones, sin que se acredite en qué modo se hicieron, lo que no es suficiente para entender que se ha cumplido con este requisito formal.

En la disyuntiva entre considerar suficiente una **declaración responsable del solicitante**, y exigir una mínima justificación documental que acredite la comunicación a todos los acreedores afectados, me decanto por entender que la primera de ellas puede colmar el control judicial. Priman aquí razones de puro pragmatismo, pues es irreal pensar que el juez comprobará, una por una, todas las comunicaciones remitidas a los acreedores (que deberían adjuntarse a la solicitud de homologación); de ser así, ello le obligaría a chequear, además, si fueron remitidas de forma exitosa. Pero es que la LCon art.633.5º, cuando enumera el contenido del plan de reestructuración, ni tan siquiera obliga a identificar individualmente a los acreedores cuyos créditos van a quedar afectados por el plan, sino que basta su descripción por clases, lo que, evidentemente, puede dificultar el examen del juez, si se optó por la última de las dos alternativas indicadas.

PRECISIONES Nieto Delgado se posiciona a favor del **control de fondo** de este requisito. Para ello, argumenta que no basta la declaración responsable del solicitante, pues la acreditación de las comunicaciones, en la actualidad, no es una exigencia en exceso gravosa; y una mínima fiscalización de tal circunstancia debe llevarse a efecto, si no se quiere reducir a la nada la exigencia normativa.

El JM Oviedo núm. I auto 6-5-24, EDJ 607630, se enfrenta a un supuesto interesante en el que algunos **acreedores** afectados **formularon alegaciones**, manifestando que no se había respetado debidamente el requisito de la comunicación previa del plan, ya que no se circularizó hasta el día de su protocolización y un día antes de ser sometido a homologación. A juicio de esos acreedores, la **circu-**
larización tardía cercenaba su derecho de voto. Esta resolución se plantea si cabe homologar un plan de reestructuración que no ha sido votado por todas las clases o si, por el contrario, la homologación debe limitarse a comprobar que el plan fue comunicado, aun cuando no hubieran votado todos los acreedores afectados, siempre que se acredite que los que sí lo hicieron son una mayoría suficiente para su homologación:

«Entendemos que de la regulación contenida en el TRLC se desprende la segunda opción, pareciendo que la regulación de la homologación **no exige acreditar** que antes de la presentación el **plan** haya sido expresamente **votado por todas las clases**. Consideramos que esto es así porque nada impide que los distintos acreedores manifiesten su adhesión o su rechazo al plan aun cuando este haya sido ya presentado a su homologación o haya sido objeto de protocolización, pues la norma lo que exige es que la propuesta de plan sea comunicada a todos los acreedores afectados siendo una opción de estos ejercitar su derecho al voto, para el que no se establece plazo concreto. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el deudor tiene un plazo máximo de tres o seis meses para presentar la solicitud de homologación, lo que nos lleva preguntarnos qué sucede en el caso de que en ese término haya alcanzado ya las clases que se exige para su homologación, pero no el voto de todas. Es decir, en este caso ¿decae la posibilidad de solicitar su homologación aun cuando el resto no haya emitido aún su voto?, consideramos que esto no se resuelve expresamente en el TRLC, lo que nos lleva a concluir que habrá de primar la petición de homologación con las mayorías suficientes, al archivo de la causa por transcurso del plazo.

De esta forma, y analizada la ley, no encontramos precepto legal que impida, constata la comunicación a todos los afectados, atender la solicitud de homologación cuando se acredita dicha **concurrentia mayoritaria**, dando a los ausentes por opuestos a la aprobación del plan, pues al ser considerados en contra se garantiza su derecho de oposición o impugnación del plan. La interpretación contraria llevaría a la imposibilidad de homologar cualquier plan que fuera respaldado por la necesaria mayoría de clases».

No estamos tan seguros de lo que asevera la resolución que acabamos de transcribir. Sobre todo, en lo que concierne a la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no ha sido votado por todas las clases. Piénsese en que esto puede dar lugar a **maniobras fraudulentas**, especialmente, cuando se trata de planes no consensuales de mayoría de clases: la LCon art.639.1 exige solo la mayoría simple, para considerar aprobado el plan, de tal suerte que el promoviente podría privar intencionadamente del voto a los acreedores agrupados en una concreta clase, siendo sabedor o conocedor de su oposición al plan. Este

190

195

ardid, que permite usurpar el derecho a aceptar o rechazar el plan a algunos acreedores, puede allanar el camino para la obtención de la mayoría simple de clases requerida para su aprobación. Salvo que entendamos, como propone el JM Oviedo núm 1 auto 6-5-24, EDJ 607630, que los **acreedores ausentes** –esto es, los que no tuvieron la oportunidad de votar a favor o en contra del plan–, sean considerados opuestos a la aprobación.

Además, la LCon art.628.1 reconoce el **derecho de voto** a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan. Es evidente que el ejercicio de este derecho no puede quedar al arbitrio del solicitante de la homologación, por lo que, en realidad, toda esta cuestión debe evaluarse bajo el prisma de principios rectores del ordenamiento jurídico, singularmente, la buena fe y la proscripción de abuso de derecho y de fraude de ley (CC art.7).

Otro argumento que cabe esgrimir para reforzar esta tesis lo encontramos en la LCon art.631, que regula la decisión de los socios sobre la aprobación del plan. Cuando el plan de reestructuración contiene **medidas** que requieren el **acuerdo de los socios** de la sociedad deudora, se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda. La LCon art.631.2 establece determinadas especialidades para las sociedades de capital, afectantes, entre otros extremos, a la convocatoria y fecha de celebración de la junta general. Conviene reparar en que se contempla de manera expresa el supuesto de que la junta no hubiera sido convocada o no llegase a constituirse, como máximo, en el plazo de los 10 o 21 días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación: en cualquiera de esos casos, es decir, si los socios no han tenido la oportunidad de posicionarse a favor o en contra del plan, éste se entenderá rechazado.

Por todas estas razones, disintimos del criterio mantenido en el precitado JM Oviedo núm 1 auto 6-5-24, EDJ 607630, puesto que validó una solicitud de homologación de un plan no consensual presentada solo un día después de la mera comunicación del plan a aquellos acreedores que, como se pudo corroborar durante la tramitación de esa solicitud, se posicionaron en su contra. Aunque admitamos que la solicitud de homologación puede presentarse sin haber recabado previamente el voto de todos los acreedores afectados –a favor o en contra del plan–, considero que será preciso **indagar**, caso por caso, cómo se ha cumplido el **requisito de la comunicación** a los acreedores afectados (más concretamente, el tiempo y la forma en la que se realizó). Todo ello con el objeto de determinar si las circunstancias concurrentes evidencian una actuación fraudulenta del solicitante de la homologación, máxime si, para solicitarla, ha acudido a la LCon art.639.1.

200 Adhesiones posteriores a la solicitud de homologación del plan

Tampoco está claro que quepa **adherirse o rechazar** el plan de reestructuración una vez que la **solicitud** de homologación ha sido **presentada**. La AP Barcelona 9-7-24, EDJ 678909 descarta que solo quepa computar las adhesiones expresadas en el momento en que se protocolizó el plan; en el instrumento público constaba el certificado del experto que verificaba que el plan contaba con una mayoría suficiente para su aprobación. Algunos acreedores formalizaron su apoyo al plan después de admitida la solicitud de homologación. En aquel caso, admitir o negar la validez de esas adhesiones podía terminar siendo crucial para la suerte del plan, ya que se sometieron a revisión judicial las mayorías previamente certificadas, por apreciarse errores (en este caso, por incluir algún acree-