

“Las reestructuraciones en la ley concursal española tras la incorporación de la directiva 2019/1023: su impacto sobre los administradores societarios”⁵⁹

por Ana Belén Campuzano⁶⁰

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. 1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia. 2. El preconcurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración. III. EL NO DESAPODERAMIENTO DEL DEUDOR. IV. EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO A INSTANCIA DE LOS ACREEDORES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La legislación de insolvencia española, recogida en el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo -profundamente reformado por la Ley 16/2022 de 5 de septiembre para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)- introduce un nuevo modelo de preconcurso en el que los planes de reestructuración ocupan un lugar prevalente. El propio Preámbulo de la referida Ley 16/2022 los considera un *instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla* en cuya regulación *se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como*

⁵⁹ El trabajo se integra en el marco de las investigaciones desarrolladas en el Proyecto Sostenibilidad corporativa y reestructuración empresarial PID2021-125466NB-I00 (financiado por MCIN/ AEI / 10.13039/501100011033 / FEDER, UE) y en el Grupo de Investigación de la Universidad San Pablo CEU Gobierno Corporativo y Gestión de Riesgos (G20/1-01) y de la Cátedra de la Universidad San Pablo CEU y Mutua Madrileña

⁶⁰ Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU



DECONOMI

la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo.

En efecto, en el régimen de los planes de reestructuración destaca la posibilidad, en los términos legales, de extender sus efectos a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios, esto es, excepcionando con ello el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil.

Es lo que diversos autores han calificado como cambio de modelo, al menos para grandes (y medianas) empresas: *los acreedores se pueden quedar con todo o parte del negocio* (en insolvencia actual e inminente). Ahora bien, también se ha destacado que uno de los riesgos del modelo es que se propicien *conductas expropiatorias por parte de los acreedores*, lo que requiere que se incorporen ciertas garantías y salvaguardas (principalmente, identificadas con el presupuesto objetivo de la reestructuración y con el valor que se asegura a los socios).

El planteamiento legal arranca de una cierta identificación entre sociedad y socios, aunque realmente la propuesta de planes de reestructuración parte de la negociación entre deudor persona jurídica y acreedores, lo que conduce a plantearse cuál es la posición del deudor persona jurídica en dicho proceso de negociación, en cuanto los planes de reestructuración no implican el desapoderamiento del deudor y éste ha de diferenciarse de las personas de los socios, no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también desde la óptica del deber de los administradores de las personas jurídicas de actuar en defensa del interés social (que no es siempre coincidente con el interés de los socios).

II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

1. Los marcos de reestructuración preventiva: las alertas tempranas y la probabilidad de insolvencia

La incorporación de un nuevo procedimiento para atender una crisis empresarial puede ir acompañada también de la determinación de su



DECONOMI

presupuesto objetivo. En esos supuestos, se define el concepto de insolvencia que permite el acceso al procedimiento y se establecen los principios y funciones que informan la concreta regulación que finalmente se adopte, porque en la tensión legislativa entre unidad o diversidad de procedimientos para afrontar las crisis económicas y financieras, esta última es la que en los últimos tiempos se está reforzando, aunque entre esos diversos procedimientos haya puntos o aspectos comunes e incluso en ocasiones una posible consecución de uno a otro. En esa medida, algunos procedimientos pueden resultar más o menos idóneos en atención al grado de deterioro financiero o económico del deudor.

A partir de ahí, es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud, para que las medidas que se adopten tengan mayor posibilidad de resultar exitosas. Ese principio de “alertas tempranas” informa la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La Ley 16/2022 de reforma concursal incide en que lo tiene en cuenta, incorporando lo que considera como *algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia*. No obstante, la opción legislativa en la reforma del texto refundido de la Ley Concursal es notoriamente reducida en lo que a la inclusión de alertas tempranas se refiere, conformándose con incorporar el estado de insolvencia probable (probabilidad de insolvencia) que, además, convive con la insolvencia inminente y actual en el ámbito del precurso; el precurso podría haberse configurado como una alternativa realmente previa al concurso, pero, sin embargo, se ha optado por admitirlo tanto en caso de insolvencia probable como de insolvencia inminente y actual.

En estos términos se incorpora en la legislación concursal española la probabilidad de insolvencia como estado previo a la insolvencia inminente y a la actual, vinculada fundamentalmente con el derecho preconcursal -aunque el precurso también sea posible en caso de insolvencia inminente y actual- e integrándose también la probabilidad de insolvencia en el presupuesto objetivo del procedimiento especial para microempresas y en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad



DECONOMI

productiva (en ambas también se contempla la insolvencia inminente y actual). La principal novedad respecto a la probabilidad de insolvencia es su determinación temporal -en términos objetivos indica la Ley 16/2022 de 5 de septiembre- en cuanto dicho estado ya se invocaba en normas precedentes (entre otros, el art. 6 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria), aunque sin esa delimitación temporal.

Ahora bien, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia no se centra específicamente en la probabilidad de insolvencia, sino en la detección temprana de las dificultades financieras y en la adopción de los procedimientos más adecuados para abordarlas, como medio para evitar con mayor probabilidad una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada para lograr un procedimiento de liquidación más ordenado y eficiente.

La conveniencia de articular procedimientos que afronten las dificultades financieras y económicas de forma temprana no es una preocupación legislativa novedosa. En el devenir legislativo para aproximarse a la consecución de este objetivo, la reestructuración (temprana) venía ya considerándose idónea. En particular, el Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, ya determina su ampliación a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad. Por eso, en su ámbito de aplicación dispone que en los casos en los que los procedimientos a que se refiere puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

Los mecanismos o herramientas de alerta temprana constituyen uno de los aspectos más relevantes de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, que parte de que los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Delimitar el término “temprano” es, en realidad, complejo, dado que aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma temprana sea previa a la situación de insolvencia,



DECONOMI

no faltan las referencias a la insolvencia inminente. La Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se incide en la necesidad de facilitar *información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva* a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana –público o privado- redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la legislación de cada Estado, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento -o, al menos, un relevante desapoderamiento- del deudor y el nombramiento de un administrador. No obstante, si se atiende a la literalidad con la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, también se aprecia que se incide en que *los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.*

No cabe duda, en todo caso, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras con la mayor antelación posible, evitando que éstas se



DECONOMI

pongan de manifiesto cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o “estados” se definen por la legislación de cada Estado. De hecho, las obligaciones de los administradores sociales que establece la Directiva (art. 19) se vinculan con la insolvencia inminente: los Estados *se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.*

Las amplias y flexibles consideraciones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia dejan amplio margen, por tanto, a los Estados para configurar el marco de los procedimientos. Por ello, el Preámbulo de la Ley 16/2022 de reforma del texto refundido de la Ley Concursal considera, respecto al presupuesto objetivo, que la especialidad de los marcos de reestructuración temprana es para la Directiva la probabilidad de insolvencia. Así, destaca que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia *exige que los Estados miembros establezcan “herramientas de alerta temprana” para que el deudor, detectada la probabilidad de insolvencia, pueda actuar sin demora a fin de evitar que esa mera probabilidad se convierta en insolvencia actual.* Ciertamente, la reforma del texto refundido de la Ley Concursal alude a esas alertas tempranas, pero, en puridad, no parece que las que incorpora (servicios de asesoramiento, web de autodiagnóstico de salud empresarial, posición de riesgo suministrada por el Colegio de Registradores, advertencia en caso de ejecución judicial) puedan asegurar esa detección temprana de las dificultades financieras (finalmente, no se han acogido otras medidas de alerta temprana vinculadas a impagos impositivos o de cuotas que podrían haber procurado mayor alcance a esa detección temprana de dificultades).

Pues bien, en ese marco se conforman legalmente los estados de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual. El



DECONOMI

alcance de esos estados se diseña en la Ley Concursal con flexibilidad. Mientras que el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual -además de la insolvencia cualificada y de que en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva se contemple también la probabilidad de insolvencia- la opción por un instrumento preconcursal dispone de un presupuesto objetivo específico, la probabilidad de insolvencia, pero no se restringe el acceso en situación de insolvencia inminente o actual. A este respecto, el Preámbulo de la Ley 16/2022 incide en que, ciertamente, la Directiva no establece como presupuestos del precurso los mismos presupuestos del concurso de acreedores, sino uno específico; pero no prohíbe esa extensión. En la consideración legislativa esta opción flexible permite, mientras que la empresa sea económicamente viable, la reestructuración para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal. De manera que en el precurso el presupuesto objetivo abarca desde la probabilidad de insolvencia, a la insolvencia inminente y actual. La opción legislativa es clara, pero ello no es óbice para que, de nuevo, se haya perdido la oportunidad de construir un derecho preconcursal realmente previo -y no también alternativo- al concurso de acreedores.

Esta opción incorporada a nuestra legislación concursal, cuando menos, se aleja del espíritu de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia. En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de la legislación en materia de insolvencia, de 7 de diciembre de 2022, se señala que *la Directiva (UE) 2019/1023 es un instrumento de armonización específico que se centra en dos tipos específicos de procedimientos: los procedimientos previos a la insolvencia; y los procedimientos de exoneración de deudas para empresarios que han fracasado. Ambos procedimientos eran nuevos y no figuraban en los marcos nacionales de insolvencia de la mayoría de los Estados miembros. Los procedimientos de reestructuración preventiva [título II de la Directiva (UE) 2019/1023] son regímenes disponibles para los deudores en dificultades financieras antes de que se conviertan en insolventes, es decir, cuando la insolvencia sea inminente. Se basan en el hecho de que existe una posibilidad mucho mayor de salvar a las empresas en dificultades cuando estas*



DECONOMI

pueden acceder a las herramientas para reestructurar sus deudas en un momento muy temprano, antes de convertirse definitivamente en insolventes. Las normas mínimas de armonización de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre los marcos de reestructuración preventiva solo se aplican a las empresas que aún no son insolventes y persiguen precisamente el objetivo de evitar procedimientos de insolvencia para empresas que aún pueden restablecer su viabilidad.

De un lado, la delimitación de la insolvencia inminente y de la insolvencia actual se remite a los términos en los que se contempla en el concurso de acreedores. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Esta delimitación temporal del estado de insolvencia inminente -tres meses- procede también de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, ya que con anterioridad dicho estado se contemplaba, pero sin determinación temporal. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. La insolvencia actual es, pues, la imposibilidad de cumplir de modo normal las obligaciones a medida que venzan y sean exigibles por los acreedores. De otro lado, la definición de probabilidad de insolvencia se incluye en el ámbito del derecho preconcursal y de ahí resulta extrapolable al procedimiento especial para microempresas y a la solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva. Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.

El Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal manifiesta que la definición de probabilidad de insolvencia se hace en términos objetivos: *la definición recogida en la Ley permite que la reestructuración se lleve a cabo en una fase temprana, reduciendo la pérdida de valor empresarial y el consiguiente perjuicio para los acreedores y para el propio deudor. Para ello se opta por el modelo alemán, fijando un horizonte temporal dentro del que se prevé se van a materializar los incumplimientos de las obligaciones del deudor. En este sentido, se establece*



DECONOMI

que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años.

2. El precurso: la comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal suprime los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago, como procedimientos preconcursales, e integra en este ámbito la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente. Las previsiones legales se proyectan respecto a grandes y medianas empresas en lo que puede denominarse “régimen general” (arts. 583 a 681 TRLC), en contraposición al “régimen especial” que recoge algunas reglas (arts. 682 a 684 TRLC) para pequeñas empresas (que se delimitan legalmente, atendiendo al número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior y al volumen de negocios anual o balance general anual).

La comunicación de negociaciones con los acreedores y los planes de reestructuración dirigidos a ser homologados judicialmente conforman, por tanto, los instrumentos de derecho preconcursal. Se trata de dos procedimientos de derecho preconcursal estrechamente relacionados, aunque no de forma absoluta, dado que no es imprescindible que se utilicen de forma conjunta. En efecto, es posible efectuar la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración.

De hecho, se prevé que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de



DECONOMI

los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. Esta suspensión se levantará transcurrido un mes si los acreedores no hubieran presentado la solicitud de homologación del plan de reestructuración. No obstante, esta previsión no será aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

El Preámbulo de la Ley 16/2022 señala que las empresas podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente, aunque, en puridad, es el precurso -comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y planes de reestructuración que vayan a ser homologados- el que queda sujeto a insolvencia probable, inminente e incluso actual. Con esta opción de derecho preconcursal se permite actuar antes de que el deudor esté en insolvencia (tratando de evitar que las dificultades económicas y financieras del deudor se agraven hasta constituir insolvencia), pero también acoge estos instrumentos como alternativas al concurso de acreedores. No se trata sólo de que el deudor reaccione antes de que su situación se agrave y deba acudir al concurso -insolvencia probable- cuanto de que pueda dar solución al estado de insolvencia -inminente o actual- a través de un procedimiento distinto al concurso de acreedores. Desde esa perspectiva, en ambos instrumentos de derecho preconcursal -comunicación de negociaciones con los acreedores y planes de reestructuración- se delimita el presupuesto subjetivo y el objetivo.

Respecto al presupuesto subjetivo, el derecho preconcursal queda restringido a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional. A partir de ahí, se proyecta desde la perspectiva de que cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional pueda efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración (art. 583.1 TRLC). Ciertamente, el diseño legal faculta al deudor para poner en marcha los referidos mecanismos preconcursales en los términos indicados -comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración- aunque en sede de planes de reestructuración también se



DECONOMI

confiere a los acreedores que reúnan determinado porcentaje de pasivo algunas opciones de actuación, principalmente vinculadas con la solicitud de nombramiento de experto. De manera que la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración se configura como una facultad del deudor, mientras que en la solicitud de nombramiento de experto que se contempla en los planes de reestructuración se da entrada a la actuación de los acreedores que detentan determinados porcentajes de pasivo.

La delimitación del presupuesto subjetivo se completa con una amplia lista de deudores que quedan excluidos: empresas de seguros o de reaseguros, entidades de crédito, empresas de inversión u organismos de inversión colectiva, entidades de contrapartida central, depositarios centrales de valores y otras entidades y entes financieros. Igualmente, en este presupuesto subjetivo tampoco se incluyen las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público, ni los deudores que reúnan la condición legal de microempresas que quedan obligatoriamente sujetas al procedimiento especial que recoge el libro tercero del texto refundido de la Ley Concursal.

Por lo que respecta a la determinación del presupuesto objetivo, también se incluye en el inicio del libro segundo de la Ley Concursal dedicado al precurso, de forma previa a la delimitación del alcance y efectos de la comunicación de negociaciones con los acreedores y de los planes de reestructuración y su homologación. Los mecanismos concursales así configurados -comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de un plan de reestructuración- se vinculan a la iniciativa del deudor y requieren que concurra el presupuesto objetivo, es decir, que se encuentre en estado de insolvencia probable, inminente o actual. De nuevo la delimitación se proyecta sobre la comunicación de negociaciones con los acreedores o la homologación de un plan de reestructuración, y no sin más sobre los planes de reestructuración, en los que concurren las cuestiones ya apuntadas de posible solicitud de nombramiento de experto por parte de acreedores, sin perjuicio de que la función principal del experto se encamine a que el deudor y los acreedores alcancen un plan de reestructuración que pueda ser homologado.



DECONOMI

No en vano los planes de reestructuración que quedan sujetos a las previsiones de la Ley Concursal son aquellos que prevean una extensión de sus efectos frente a acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan (sin perjuicio de que también se disponga que, con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también quedan sujetos los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación preferencias de cobro). A lo que cabe añadir que la comunicación de existencia o de inicio de negociaciones con los acreedores lo es a los efectos de alcanzar un plan de reestructuración que permita al deudor superar la situación en que se encuentra.

La determinación del presupuesto objetivo del precurso, comunicación de negociaciones con los acreedores y homologación de planes de reestructuración, no impide que, una vez se entra en la regulación de ambos institutos concursales, se reitere, y se matice, este amplio presupuesto objetivo. Las precisiones se incorporan en los supuestos de insolvencia inminente y actual. La opción legislativa permite el recurso al derecho preconcursal también en estado de insolvencia inminente y actual, pero en estos estados la reestructuración puede ser, en gran medida, impuesta, no sólo a los acreedores disidentes (para lo que se prevén reglas de protección del valor que han de recibir, en atención a que el plan sea consensual o no) y a los socios, sino también a la sociedad. Que ello suceda en estado de insolvencia actual no resulta sorprendente -este es el estado “menos idóneo” para una reestructuración en los términos pretendidos en la Directiva- pero que también pueda producirse en estado de insolvencia inminente resulta más singular. Aunque la insolvencia inminente puede evolucionar con rapidez a una insolvencia actual, ciertamente ese estado de insolvencia inminente no parece que debiera procurar las mismas consecuencias que el estado de insolvencia actual. No sólo por las referencias de la Directiva a este estado, sino porque en el sistema concursal español el deber de solicitar el concurso por parte del



DECONOMI

deudor no se vincula con la insolvencia inminente, sino únicamente con la insolvencia actual.

En el caso de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores las previsiones legales parten de que en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor, sea persona natural o jurídica, podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra. Precizando que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia actual podrá efectuar dicha comunicación en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. En esta comunicación al juzgado el deudor ha de expresar una serie de indicaciones, entre las que se encuentran, las razones que justifican la comunicación, con referencia al estado en que se encuentra, sea probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual.

Por su parte, en los planes de reestructuración y de su procedimiento de homologación judicial también se determina de inicio con amplitud el presupuesto objetivo -que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente e incluso de insolvencia actual- aunque existen matices atendiendo al concreto estado de insolvencia. Los planes de reestructuración se incorporan a la legislación concursal como instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, permitiendo que esta reestructuración pueda llevarse a cabo de forma temprana, lo que se considera aportará mayores probabilidades de éxito (además de contribuir a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso). Para ello, se contempla el recurso a los planes de reestructuración en una situación de insolvencia probable, previa a la insolvencia inminente, sin perjuicio de permitir también su uso en estado de insolvencia actual. Este diseño legal posibilita que el derecho preconcursal resulte idóneo para afrontar las dificultades financieras o económicas antes del estado de insolvencia -de una forma temprana- sin vedar por ello su uso cuando la situación sea ya de insolvencia (inminente o actual), aunque en estos supuestos la viabilidad resultará determinante. La viabilidad ha de ser condición de los marcos de



DECONOMI

reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor.

La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, la Directiva sobre reestructuración e insolvencia contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores. No obstante, la legislación concursal español no ha incluido esa prueba de viabilidad.

El concepto legal de planes de reestructuración se caracteriza por su amplitud, distinguiéndose -por exigencia de la Directiva- los que se denominan planes consensuales y planes no consensuales, considerándose que una de las mayores innovaciones es la posibilidad de homologar un plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, o incluso por los socios del deudor persona jurídica cuando el plan contenga medidas que requieran acuerdo de junta (plan no consensual). Esta amplitud también se acoge, con matices, en la determinación del presupuesto objetivo para la homologación judicial de un plan de reestructuración, de la que dependerán algunos efectos muy relevantes de la reestructuración.

En el procedimiento de aprobación de los planes de reestructuración se prevé que cuando se solicite la homologación de un plan de reestructuración en estado de insolvencia actual o inminente de la sociedad deudora, los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones, en particular cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y simultáneamente el aumento del capital.

Una de las reglas generales de la homologación de los planes de reestructuración, bajo la rúbrica de presupuesto objetivo, es que la homologación



DECONOMI

judicial del plan de reestructuración, aprobado de conformidad con las previsiones legales, se podrá solicitar cuando el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia o en insolvencia inminente. Precisando que, cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual, se podrá solicitar la homologación del plan siempre que no hubiera sido admitida a trámite solicitud de concurso necesario.

A partir de ahí, el plan de reestructuración aprobado por todas las clases de acreedores para ser homologado debe reunir una serie de requisitos: que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos; que haya sido aprobado por todas las clases de créditos, por el deudor o, en su caso, por los socios; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; y que haya sido comunicado a todos los acreedores afectados. También puede ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por al menos una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento. En este caso, la homologación del plan requerirá que la solicitud vaya acompañada de un informe del experto en la reestructuración sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento. Además, si el deudor es persona natural la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por éste. Y, si el deudor es una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales. En caso de que estos socios no existieran, y el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios, si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. La Ley Concursal, como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, opta



DECONOMI

por una solución que se aparta de la hasta ahora vigente en el derecho español y reconoce el derecho de voto de los socios cuando el plan de reestructuración afecta a sus derechos, pero permite que, en caso de insolvencia actual o de insolvencia inminente, el plan de reestructuración se homologue en contra de su voluntad, lo que justifica para evitar conductas abusivas que, en la práctica, comporten una redistribución de valor en su beneficio y en perjuicio de los acreedores sin razones económicas que lo sustenten.

En consonancia con estas previsiones, entre los motivos para la impugnación del auto de homologación del plan aprobado por todas las clases de créditos por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del mismo, se incluye que el deudor no se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual. Este motivo también podrá ser invocado para la impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de créditos por los acreedores que no hayan votado a favor del plan, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan. En fin, también los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración podrán impugnar el auto de homologación, entre otros motivos, invocando que el deudor no se encuentra en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente.

III. EL NO DESAPODERAMIENTO DEL DEUDOR

El no desapoderamiento del deudor en el ámbito de los mecanismos concursales es una de las características que la Directiva sobre reestructuración e insolvencia considera vinculadas a la idoneidad de estas alternativas concursales y que acoge la reforma del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, el desapoderamiento del deudor se produce en el proceso concursal, mientras que en el precurso se parte de que no hay este desapoderamiento.

El artículo 5 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia es muy significativo a estos efectos, al referirse al deudor no desapoderado: *1. Los Estados miembros velarán por que el deudor que sea parte en los procedimientos de reestructuración preventiva conserve totalmente, o al menos*



DECONOMI

en parte, el control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa. 2. Cuando sea necesario, el nombramiento, por una autoridad judicial o administrativa, de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, excepto en determinadas circunstancias en las que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador. 3. Los Estados miembros establecerán disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos: a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, de conformidad con el artículo 6, apartado 3, y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el artículo 11, o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

Pues bien, la manifestación del texto refundido de la Ley Concursal es clara a este respecto. Lo es cuando regula el primero de esos mecanismos preconcursales, la comunicación de negociaciones con los acreedores, que no hay que olvidar que su fin es alcanzar un plan de reestructuración dirigido a ser homologado y que deja a iniciativa del deudor. Es el deudor, persona natural o jurídica, el que puede comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra, tanto en caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, como en caso de insolvencia actual mientras no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario. Esta facultad del deudor, en caso de persona jurídica, compete al órgano de administración que, en esta comunicación, puede también solicitar el nombramiento de experto en la reestructuración.



DECONOMI

Como destaca el Preámbulo de la Ley 16/2022, *en coherencia con el principio de intervención mínima, en la fase preconcursal no hay ningún tipo de suspensión o intervención sobre las facultades del deudor para administrar y disponer de sus bienes.*

Así, aunque el artículo 594 del texto refundido de la Ley Concursal lleve por rúbrica “regla general”, lo cierto es que su redacción no deja lugar a dudas de que la comunicación no altera la situación jurídica del deudor. En efecto, se dispone que la comunicación no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor. Es más, se puntualiza que el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Esta última afirmación debe considerarse extensiva a todos los supuestos en los que el juez nombra un experto en la reestructuración. En esa medida, es evidente que continuarán aplicándose las normas por las que se rija el concreto deudor persona jurídica que, por otro lado, salvo las cuestiones que excepciona la Ley Concursal, son con frecuencia invocadas por la propia normativa concursal para declararlas aplicables.

En efecto, el concurso de acreedores es un proceso largo y complejo que tiene importantes efectos sobre el deudor concursado, que se agrupan en diversas categorías y que se inician con la mera declaración de concurso -e incluso con la solicitud de concurso necesario una vez que se admite- aunque van ampliándose, restringiéndose o modificándose a lo largo de todo el proceso, en función de las diferentes situaciones que pueden plantearse a lo largo de su tramitación y conclusión. Por el contrario, la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores para lograr un plan de reestructuración no tiene efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. E, igualmente, el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración, cuando proceda, tampoco tendrá efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren el patrimonio del deudor. Este no desapoderamiento del deudor en el precurso implica



DECONOMI

indiscutiblemente la continuidad de los órganos de la persona jurídica sin afectación sobre su funcionamiento, ni sobre su delimitación competencial. Las competencias atribuidas al órgano de administración y a la junta de socios no se alteran, ni es admisible que uno de esos órganos asuma competencias que le corresponden al otro.

Únicamente al regular los actos de ejecución del plan (art. 650 TRLC), se prevé que cuando el plan contuviera medidas que requirieran acuerdo de junta o asamblea de socios y esta no las hubiera acordado, los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, tendrán las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas.

En consecuencia, es competencia del órgano de administración la gestión y la representación de la sociedad (del deudor persona jurídica) salvaguardando el interés de la misma, mientras que la junta reúne a los socios y manifiesta la voluntad de éstos -conforme a las mayorías legales o estatutarias establecidas- en los asuntos que se atribuyen a su competencia, entre los que no se encuentra la manifestación de la voluntad de la persona jurídica, que corresponde al órgano de administración. De ahí que a lo largo de la regulación del concurso en el texto refundido de la Ley Concursal las previsiones que se incorporan en este ámbito vayan dirigidas a confirmar esta no afectación ni en el funcionamiento ni en el diseño competencial de los órganos del deudor persona jurídica:

- En caso de persona jurídica, la competencia para presentar la comunicación de negociaciones con los acreedores corresponde al órgano de administración del deudor (art. 585.3 TRLC), lo cual es coherente con el hecho de que la presentación de la comunicación corresponde al deudor.
- Es la propuesta del plan de reestructuración, que ha de entenderse que ha de estar negociada y acordada por el deudor persona jurídica -por su órgano de administración- y por los acreedores, la que debe ser



DECONOMI

comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados. A partir de ahí, ha de someterse a decisión de los socios (art. 631 TRLC). Cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora se estará a lo establecido para el tipo legal que corresponda y, en el caso de las sociedades de capital, resultan aplicables las reglas generales con una serie de especialidades, que no varían el hecho de que su decisión - conforme a lo previsto- es exclusivamente la decisión de los socios, que no de la sociedad, sobre la aprobación del plan, adoptada en junta. Así, las referidas especialidades afectan a la celebración de la junta en la que ha de manifestarse la decisión de los socios sobre la aprobación del plan (el art. 631 TRLC precisa que salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con las especialidades establecidas -y a la protección de los acreedores- cualquier operación societaria que prevea el plan debe ajustarse a la legislación societaria aplicable). Por lo que respecta a la formación de la voluntad de los socios, estas especialidades disponen que:

- Entre la convocatoria y la fecha prevista de celebración de la junta general debe existir un plazo de diez días, salvo que se trate de sociedades con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, en cuyo caso el plazo es de veintiún días.
- Si la junta no se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, se puede celebrar después siempre que hubiera sido convocada antes de esa fecha o el mismo día de presentación de la solicitud.
- Si la junta no hubiera sido previa o simultáneamente convocada, el solicitante de la homologación puede instar del juez que en la resolución de la admisión a trámite de la homologación convoque a la junta para su celebración en el plazo mencionado.



DECONOMI

- Si la junta no hubiera sido convocada, no llegase a constituirse, o no aprobara en todos sus términos el plan de reestructuración propuesto como máximo en el plazo de los diez o veintiún días desde la admisión a trámite de la solicitud de homologación, el plan se entenderá rechazado por los socios. Hasta que transcurran esos plazos, el juez no adoptará resolución alguna sobre la homologación.
- En la convocatoria de la junta, el orden del día se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos, sin que se puedan incluir o proponer otros asuntos. El derecho de información del socio se ejerce exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si se trata de una sociedad cotizada.
- El acuerdo se adoptará con el quórum y por la mayoría legal ordinarios, cualquiera que sea su contenido, sin que resulten aplicables los quórum o las mayorías estatutarias reforzadas que pudieran ser de aplicación a la aprobación del plan y a los actos u operaciones que deban llevarse a cabo en su ejecución.
- El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación. En el caso de que la junta se haya celebrado con posterioridad a la solicitud de homologación del plan, el plazo de impugnación comenzará para los socios en el momento en que se hubiese celebrado la junta. Las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las



DECONOMI

hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento.

En consecuencia, el no desapoderamiento del deudor es también fundamental a la hora de determinar su actuación en el ámbito del precurso. En efecto, la propuesta de un plan de reestructuración parte de que ha de negociarse entre las partes afectadas, en las que indudablemente ha de incluirse al deudor persona jurídica. No es discutible que una vez alcanzada la propuesta de un plan de reestructuración -sea a impulso del deudor o de los acreedores- ésta quedará sujeta a un proceso de aprobación y en el trámite de su homologación judicial puede llegar a ser impuesta a acreedores y socios. Pero, para llegar a ese punto, la propuesta, como se indicaba, debe ser negociada y alcanzada entre las partes, en las que el deudor no desapoderado se incluye. Y cuando de deudor persona jurídica se trata, este no desapoderamiento supone que el órgano de administración ha de continuar con sus funciones. De manera que la propuesta de plan de reestructuración ha de negociarse, hasta alcanzarse, entre el deudor persona jurídica (diferenciado de las personas de sus socios) y los acreedores. En ningún precepto se contempla expresamente que haya de estarse a lo que propongan los acreedores, imponiendo sin más la propuesta al deudor persona jurídica contra su voluntad, aunque, ciertamente, no se exige de forma expresa el consentimiento del deudor.

Por el contrario, en el concurso de acreedores, donde si que existe desapoderamiento del deudor, no es posible imponer un convenio al deudor en contra de su voluntad. Así lo afirma el artículo 359 del texto refundido de la Ley Concursal, bajo la rúbrica aceptación de la propuesta de convenio por el concursado. En efecto, el referido precepto parte de que *el concursado podrá aceptar la propuesta o propuestas de convenio presentada por los acreedores dentro del plazo para las adhesiones, añadiendo que la aceptación no supone revocación de la que el concursado hubiera presentado*. Y a partir de ahí, expresamente señala que *en defecto de aceptación, el convenio al que la propuesta o propuestas de los acreedores se refieran no podrá ser aprobado por el juez*.

Pues bien, si se considera que en el precurso -en el que no existen los tradicionales efectos de la declaración de concurso sobre el deudor,



DECONOMI

manteniendo éste sus facultades- es admisible la imposición por parte de los acreedores de una propuesta de plan de reestructuración al deudor persona jurídica, ha de valorarse si ello no supone la desprotección del deudor y alimenta el riesgo de “abuso” por parte de los acreedores, en cuanto a este deudor no se le reconoce tampoco la posibilidad de impugnar el plan impuesto. En la dicción legal, las singularidades del régimen jurídico del precurso se ciñen a la aprobación de la propuesta por parte de los acreedores y a la decisión de los socios sobre la misma, sin referencia a la posición del deudor persona jurídica (y, por lo tanto, a su órgano de administración). Y no hay que olvidar que el deudor persona jurídica tiene personalidad jurídica propia, diferenciada de la de sus socios y el interés de los socios no es, necesariamente, el interés de la sociedad que han de salvaguardar los administradores societarios en cumplimiento de sus deberes. En esa medida, dicho deudor persona jurídica, a través de su órgano de administración, ha de considerarse que, necesariamente, debe ser parte de la negociación de la propuesta de plan de reestructuración que, en determinadas circunstancias, podrá llegar a ser impuesta a los socios, pero que no debiera serlo a la sociedad. Ciertamente, la cuestión central es que no se contemple expresamente en el régimen general que sea necesario el consentimiento del deudor. El silencio legal ¿ha de interpretarse en el sentido de que este consentimiento no es necesario?. O para mantener esta interpretación ¿hubiera sido necesario decirlo de forma expresa, entendiendo que esta alteración de las reglas generales del Derecho civil y mercantil requiere previsión expresa al respecto?. Si se considera que al no exigir expresamente este consentimiento el plan puede ser impuesto al deudor persona jurídica por los acreedores (además de, en insolvencia actual e inminente, a los socios) la negociación de la que se parte entre deudor y acreedores puede llegar a ser inoperante, y el postulado de que el deudor debiera de haber actuado antes (probabilidad de insolvencia) para no haberse colocado en este riesgo (insolvencia actual e inminente) parece excesivo, sobre todo si se tiene en cuenta que no se le reconoce posteriormente al deudor legitimación para impugnar.

La cuestión es distinta en el régimen especial del precurso (arts. 682 a 684 TRLC), previsto para las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el



DECONOMI

balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas; y que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros. Sin perjuicio de que, aun reuniendo las referidas circunstancias, estas especialidades no resultan aplicables cuando la sociedad pertenezca a un grupo obligado a consolidar, ni cuando el deudor tenga la condición de microempresa y deba quedar sujeto al procedimiento especial del libro tercero. En este caso, si que se contempla que la homologación del plan de reestructuración solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Nótese que aquí se especifica la aprobación de ambos -deudor y socios- mientras que en el régimen general referido no hay previsión respecto al deudor y si especificación de que en condiciones puede ser impuesto a los socios.

Ahora bien, una previsión de estas características en el referido “régimen especial” es dudoso que pueda invocarse para afirmar que en el “régimen general” es posible formular una propuesta de plan de reestructuración sin participación y aceptación del deudor persona jurídica. Una alteración de las reglas generales de este alcance ¿es posible deducirla del hecho de que en otro régimen, el especial, se afirme lo que no se afirma expresamente en el general?. O ¿debe interpretarse que en el régimen general, como se pretende otorgar algunas facultades a los acreedores que detenten determinados porcentajes de pasivo, la normativa se ha centrado en estas cuestiones, sin precisar -quizás porque no era necesario aplicando la normativa civil y mercantil- que la propuesta de plan de reestructuración será la acordada por el deudor persona jurídica (por su órgano de administración) y los acreedores, y una vez ambas partes estén de acuerdo, será esta propuesta la que se someta a la aprobación de los acreedores y a la decisión de los socios?. Y ¿sería a partir de aquí cuando se inicia el procedimiento de homologación que, en el régimen general, si que contempla singularidades respecto a las facultades que se confieren a los acreedores, a su arrastre y a la imposición a los socios, que es lo que se especializa o singulariza en el régimen especial?.



IV. EL NOMBRAMIENTO DE EXPERTO A INSTANCIA DE LOS ACREEDORES EN LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

En las previsiones legales aplicables a los planes de reestructuración existen algunos aspectos que resultan especialmente significativos en cuanto a la posición del deudor persona jurídica.

De un lado, como se ha indicado, las disposiciones previas ubicadas en sede de presupuestos del precurso (integrando en tal la comunicación de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración y la homologación directa de planes de reestructuración) y el posterior desarrollo de la comunicación de negociaciones con los acreedores, parten de facultar al deudor -persona natural o jurídica- para su puesta en marcha. En ambos casos, la opción elegida es la iniciativa del deudor. De otro lado, expresamente se determina que ni la comunicación ni el nombramiento por el juez de un experto en la reestructuración tienen efecto alguno sobre las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor.

Ahora bien, a partir de aquí, cuando se inicia la regulación de los planes de reestructuración el centro de atención se fija en el concepto (amplio y flexible) y en su ámbito de aplicación se establece que *se someterán a este título los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a: 1.º Acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan; 2.º Los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan. Añadiendo que con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también se someterán a este título los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero.* En esa medida, desde la perspectiva subjetiva, la regulación se centra en los acreedores (en las clases de acreedores) y en los socios de la persona jurídica, sin precisar nada respecto a la actuación y situación del deudor que, cuando de persona jurídica se trata, ha de diferenciarse de los socios. Ello lleva a considerar que las previsiones



DECONOMI

iniciales relativas a la actuación del deudor en el precurso (presupuestos del precurso) y a su situación jurídica en el mismo (ubicadas en sede de comunicación de negociaciones con los acreedores) han de tenerse en cuenta también en este ámbito.

A partir de ahí, entre las disposiciones que afectan a esa actuación y posición del deudor durante la conformación del plan de reestructuración que será sometido a homologación -sin haber alterado expresamente la referida actuación y posición del deudor- se encuentran en particular aquellas referidas a la solicitud de nombramiento de experto a instancia de los acreedores, así como algunas otras previsiones que contemplan actuaciones de acreedores.

Resulta también reseñable el reconocimiento de legitimación al deudor y a los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración para solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan de reestructuración.

En este sentido, parece evidente que se parte de que en la propuesta del plan de reestructuración jugará un papel relevante el deudor. Ello se deduce de que la preocupación del legislador respecto a la comunicación de la propuesta sea que ésta deba de ser comunicada a todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados (comunicación que, aunque no de forma principal ni única, se contempla que pueda realizarse mediante anuncio en la página web de la sociedad; se entiende que del deudor persona jurídica). En este punto, en particular, se prevé que en el caso de acreedores vinculados por un pacto de sindicación, se aplicarán las reglas contractuales sobre comunicación del deudor con los acreedores, si las hubiera. A partir de aquí, se establecen las reglas relativas a la aprobación del plan por cada clase de créditos (afectados) y en cuanto a la decisión de los socios del deudor persona jurídica deudora. Formalizado el plan de reestructuración, las previsiones legales se centran en la homologación judicial (con las especificidades previstas en atención a si se trata de un plan consensual o de un plan no consensual).

En la homologación judicial resulta muy significativo el régimen de impugnación del auto de homologación del plan, en cuanto no se confiere



DECONOMI

legitimación al deudor. El auto de homologación aprobado por todas las clases de créditos (plan consensual) puede ser impugnado por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan de reestructuración. El auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases de crédito (plan no consensual) puede ser impugnado por los acreedores que no hayan votado a favor del plan con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado dicho plan, por los titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado también y por los socios de la sociedad deudora que no hayan aprobado el plan de reestructuración. Nada se indica respecto al deudor persona jurídica que tiene personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios. Y ¿es admisible que al deudor persona jurídica no desahogado no se le confiera legitimación para impugnar el auto de homologación y que tampoco, en la previa negociación con los acreedores, se haya requerido su conformidad a la propuesta del plan de reestructuración?. Ello implicaría admitir que la propuesta de plan de reestructuración pueda ser impuesta al deudor persona jurídica por los acreedores (lo que no dice expresamente la Ley Concursal), que no se requiere que participe el deudor persona jurídica en su aprobación (porque ésta se diseña respecto a los acreedores y a los socios, pero nada se indica respecto al deudor persona jurídica) y que tampoco tenga legitimación el deudor persona jurídica para impugnarlo. Estaríamos, en este caso, ante una suerte de “expropiación” al deudor persona jurídica no desahogado que, dudosamente, responde a los postulados que persiguen los planes de reestructuración -de los que se predica como eje central la viabilidad- y que parece una respuesta excesiva por no haber actuado de forma temprana el deudor y hacerlo en insolvencia actual o inminente.

Dejando a un lado el procedimiento de homologación, el núcleo de la cuestión deriva de las disposiciones de la Ley Concursal que atribuyen facultades de actuación a los acreedores que detentan un determinado porcentaje mínimo del pasivo.

Así, en primer lugar, respecto a la suspensión de la solicitud de concurso voluntario (art. 637 TRLC) se dispone que si se estuviera negociando un plan de reestructuración sin comunicación previa, la solicitud de concurso



DECONOMI

presentada por el deudor puede ser suspendida por el juez a instancia del experto en la reestructuración, si hubiera sido nombrado, o de los acreedores que, en el momento de la solicitud, representen más del cincuenta por ciento del pasivo que pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud deberá acreditarse la presentación de un plan de reestructuración por parte de los acreedores que tenga probabilidad de ser aprobado. La redacción legal limita su alcance a los supuestos en los que ese porcentaje mínimo del pasivo solicite la suspensión de la solicitud de concurso voluntario y, sólo en este caso, se contempla para dar curso a dicha solicitud que los acreedores hayan presentado un plan de reestructuración que, además, se requiere que tenga probabilidad de ser aprobado. La norma está dirigida, principalmente, a las sociedades de capital, en cuanto no resulta aplicable cuando el deudor sea una persona natural o una sociedad cuyos socios o algunos de ellos sean legalmente responsables de las deudas sociales.

En segundo lugar, la solicitud de homologación del plan de reestructuración puede ser presentada por el deudor o por cualquier acreedor afectado que lo haya suscrito (art. 643 TRLC). El precepto ha de considerarse que parte de que los acreedores -afectados- suscriben el plan, no que lo presentan.

En tercer lugar, respecto al nombramiento de experto, la Ley 16/2022 introduce en la Ley Concursal la figura del experto en reestructuración, que ha de actuar con independencia e imparcialidad, y regula aspectos relativos a su nombramiento y estatuto. Así, el nombramiento de experto en la reestructuración se considera obligatorio cuando lo solicite el deudor, cuando lo soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que en el momento de la solicitud pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, cuando solicitada por el deudor la suspensión general de ejecuciones singulares o la prórroga de esa suspensión el juez considere y razone que el nombramiento es necesario para salvaguardar el interés de los posibles afectados por la suspensión y cuando el deudor o cualquier legitimado solicite la homologación judicial de un plan de reestructuración cuyos efectos se extiendan a una clase de acreedores o a los socios que no hubieran votado a favor del plan. A ello se añade el llamado supuesto especial de nombramiento de experto, cuando, si no



DECONOMI

hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, lo soliciten al juez acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. Por tanto, en ambos casos, los acreedores que detentan unos determinados porcentajes de pasivo -que pudiera quedar afectado por la reestructuración- pueden solicitar el nombramiento del experto en reestructuración.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 29 de noviembre de 2022 al referirse a la independencia e imparcialidad del experto, señala que *nadie puede discutir el legítimo derecho del deudor a cuestionar la exigible objetividad de quién, por designación de sus acreedores, está llamado a desempeñar una labor de asesoramiento y mediación de indudable trascendencia para la ulterior aprobación de un plan de reestructuración que tan profundamente puede afectar a la compañía en cuestión. Pero el ejercicio de ese legítimo derecho debe efectuarse ajustándose a las prescripciones legales y dentro de los parámetros estandarizados que la Ley Concursal establece. No resulta pertinente, procesalmente hablando, extender una sombra de duda sobre el experto propuesto y designado por los acreedores atendiendo tan solo al origen de su nombramiento o al abono de sus honorarios profesionales. Deben superarse aquellos ancestrales prejuicios que atribuyen un inicuo sesgo de parcialidad a todo profesional que desempeña una labor de evaluación o control por el solo hecho de que no sea un funcionario público, de que su designación o sus emolumentos resulten a cargo de una entidad de naturaleza privada. Hoy en día, poseemos una abundantísima evidencia empírica que acredita justamente lo contrario. La moderna teoría que estudia los procesos de toma de decisiones hace mucho que ha refutado irremisiblemente aquel viejo dogma, convertido en una perniciosa superstición, que confería a cualquier servidor público un aura de prístina objetividad, en agudo contraste con la prolífica selva de intereses que reina en el sector privado y en el mercado. Pareciera que era más importante el origen o la fuente de la designación que la cualificación del experto. Se llegaba así a situaciones paroxísticas como aquella que bendecía una aleatoria insaculación de cualquier ignaro de insignificante trayectoria profesional frente a un experto de acrisolada*



DECONOMI

reputación, pero contaminado indefectiblemente por haber sido propuesto por una de las partes, a cuya voluntad debía inexorablemente plegarse por mor del pago de sus honorarios. Afortunadamente hemos superado esta situación, pero la mentalidad destilada por aquella estructura de rancio aroma funcional que ponderaba cualquier aparente virtud excepto el conocimiento, tarda, lamentablemente, en evaporarse. Situados en esta perspectiva no hay ningún motivo, más allá del prejuicio, para cuestionar la objetividad de (...) como experto en reestructuraciones. Naturalmente, deberá cobrar sus honorarios tal como estipula la Ley Concursal. Y ello precisamente es la mayor garantía de su objetividad, independencia e imparcialidad.

En efecto, entre los que la Ley Concursal considera nombramientos obligatorios de experto (art. 672 TRLC) se encuentra que lo *soliciten acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración. En la solicitud, los acreedores, o algunos de ellos, deberán asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del experto. La asunción de la obligación de pago quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor.* Debe entenderse que el nombramiento es obligatorio porque no queda a la discrecionalidad judicial -como sucede en otros supuestos- considerar y motivar la necesidad de este nombramiento, sino que el juez debe proceder en todo caso al nombramiento, si el propuesto cumple las condiciones, experiencia y requisitos legales para el desempeño. Lo que se prevé, es evidente, es que los acreedores puedan instar este nombramiento, pero nada más de forma adicional.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 18 de Madrid de 18 enero de 2023 (AJM M 93/2023) refiere los supuestos de nombramiento de experto en reestructuración y, en particular, se detiene en los presupuestos previos al nombramiento y en los requisitos del experto, incidiendo en el que designado no puede incurrir en incompatibilidades ni prohibiciones, expresamente establecidas en el texto refundido de la Ley Concursal. En el supuesto concreto que aborda la referida resolución judicial, se destaca que la persona propuesta aparece como integrante del equipo, junto con el letrado de la concursada,



DECONOMI

señalando que semejante supuesto de hecho choca frontalmente con el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en cuanto a incompatibilidades y prohibiciones que "no podrán ser propuestos ni nombrados expertos en la reestructuración y, en caso de ser nombrados, no podrán aceptar las siguientes personas: 1 .º Quienes hayan prestado servicios profesionales relacionados con la reestructuración al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los últimos dos años, salvo que se prestaran como consecuencia de haber sido nombrado experto en una reestructuración previa; 2 .º Quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas en relación con el deudor o las personas especialmente relacionadas con este". Por ello, formando parte el experto que se propone del despacho profesional del letrado del instante, es meridianamente claro que ha asesorado ya sea directa o indirectamente a través del despacho en los dos últimos años, habiendo prestado servicio profesional de manera directa o indirecta al deudor, circunstancia que da lugar a denegar el nombramiento de este experto en reestructuración. Consecuencia de esta denegación, es la aplicación del artículo 676 del texto refundido de la Ley Concursal que determina en su apartado 2 y 3 que "2. Si el juez considerase, y así lo razonara, que el propuesto no reúne las condiciones establecidas en esta ley para el ejercicio de las funciones propias del cargo, solicitará a quien lo hubiera propuesto que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones. 3. En los casos en los que el nombramiento recaiga en alguno de los que figuren en la terna, el nombramiento del experto será comunicado por el juzgado al designado por el medio más rápido. Dentro de los dos días siguientes a la recepción de la comunicación, el experto deberá comparecer ante el juzgado para aceptar o rechazar el cargo, con copia del documento en el que conste la retribución pactada y de la póliza de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que tuviere vigente para responder de posibles daños que pudiera causar en el ejercicio de las funciones propias del cargo. La aceptación es voluntaria. Si el nombrado no aceptara o no compareciera, el juez procederá de inmediato a nuevo nombramiento, sin que esta circunstancia tenga consecuencia alguna para el experto inicialmente designado". Por ello, aun



DECONOMI

siendo el nombramiento obligatorio para el juez en la persona que ha designado el deudor, si se considera por el juez que no reúne dichas condiciones, se solicita al instante que, en el plazo de dos días, presente terna de posibles expertos de entre los que efectuará el nombramiento, siempre que reúnan esas condiciones (...).

Y también los acreedores pueden solicitar el nombramiento de experto en otro supuesto -que la normativa concursal califica como especial (art. 673 TRLC)- en el que es menor el pasivo que han de detentar, pero en el que la decisión final sobre la necesidad del experto corresponde al juez: *si no hubiera sido nombrado experto en la reestructuración, los acreedores que representen, al menos, el treinta y cinco por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración, podrán solicitar al juez el nombramiento de uno determinado, razonando en la solicitud las circunstancias concurrentes en el caso para que sea necesario ese nombramiento.* En este supuesto -en el que también han de asumir la obligación de satisfacer la retribución del experto, aunque igualmente quedará sin efecto si en el plan de reestructuración homologado por el juez se previera expresamente que la retribución del experto fuera a cargo del deudor- *el juez dará traslado al deudor de la solicitud de los acreedores por plazo de dos días, quien podrá oponerse al nombramiento razonando que no es necesario o que no reúne las condiciones para el ejercicio del cargo. Igualmente, podrán solicitar el nombramiento de un experto distinto, en cuyo caso deberá asumir expresamente la obligación de satisfacer la retribución del que proponga.* Y es el juez quien, mediante auto, finalmente decidirá *si atendiendo a las circunstancias del caso, procede o no el nombramiento solicitado y, en caso afirmativo, procederá al nombramiento del experto propuesto por los acreedores.* Como en el caso del nombramiento obligatorio, es evidente que los acreedores pueden solicitar al juez también en este supuesto especial el nombramiento de experto, pero nada más tampoco de forma adicional.

Los referidos supuestos de nombramiento de experto en la reestructuración se completan con la impugnación por quien acredite interés legítimo del nombramiento de quien no reúna las condiciones establecidas, incurra en alguna incompatibilidad o prohibición o de quien no tenga cobertura o



DECONOMI

garantía adecuada (art. 677 TRLC) y con la sustitución del experto (art. 678 TRLC). En este último caso, los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que, en el momento de la solicitud, pudiera quedar afectado por el plan de reestructuración pueden pedir al juez la sustitución del experto nombrado a solicitud del deudor o, en su caso, de una minoría de acreedores (reiterando la exigencia de compromiso expreso de los acreedores, o de algunos de ellos, de satisfacer la retribución del experto; asunción de la obligación de pago que quedará sin efecto si, en el plan de reestructuración homologado por el juez, se previera expresamente que la retribución del experto sustituto fuera a cargo del deudor). En este supuesto, la dicción legal se limita a señalar que el juez acordará la sustitución mediante auto -que podrá impugnarse- sin precisar si dicha sustitución debe acordarla de forma obligatoria.

En cualquier caso, parece evidente, por tanto, que la preocupación del legislador en este punto radica en facilitar a los acreedores vías de solicitud de un experto en la reestructuración que, como se detalla en sus funciones, asista al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, y elabore y presente al juez los informes exigidos y aquellos otros que el juez considere necesarios o convenientes.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 18 de 17 de enero de 2023 (AJM M 92/2023) se refiere a las funciones encomendadas al experto en reestructuración: *el experto en la comunicación de negociaciones ostenta unas funciones genéricas de asistencia al deudor y acreedores, y en relación con los informes que le exija el juez según la ley o que el juez considere oportunos o convenientes (...). En todo caso en el caso que nos ocupa, en la comunicación de negociaciones, según se desprende de dicha comunicación, el experto puede asistir al deudor y acreedores en distintos momentos, ya sea negociando con los acreedores, en relación con los contratos del deudor, con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, con las ejecuciones y su posible suspensión, etc. Asimismo puede asistir al deudor en cuanto a la formación de un plan de reestructuración (en relación a la elaboración del plan de reestructuración, la formación de clases, solicitud de suspensión de solicitud de concurso voluntario -art. 637.1 TRLC-, emitir certificación del plan en el instrumento público -art. 634 TRLC-, comunicación de la propuesta a acreedores*



DECONOMI

según el art. 627 TRLC, emisión de informe del experto del valor de la empresa en planes no aprobados por todas las clases -art. 639 TRLC- etc). Por otro lado, en el ámbito de la comunicación de negociaciones, si se solicita la suspensión general o individual de ejecuciones para asegurar el buen fin de las negociaciones, se necesita informe favorable (art. 602 TRLC), si se solicita prórroga debe contar con su informe favorable (art. 607 TRLC), puede solicitar el levantamiento de la prórroga (art. 608), etc. Un último extremo a determinar en este auto es si este experto en la reestructuración nombrado para la comunicación de negociaciones debe de continuar en el caso de procederse a solicitar homologación judicial del acuerdo de reestructuración llevado a cabo por deudor y acreedores, ya que por un lado dicho experto se nombra para dicha comunicación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de reestructuración, y no se establece su cese, y por otro lado puede que al margen de esta comunicación con nombramiento de experto se pueda dar el caso de solicitud de homologación judicial de acuerdo de reestructuración por los acreedores, o por el deudor, solicitando a dicho experto o a otro, considerándose que dependiendo de dicha solicitud de homologación (instada por acreedores o por el deudor) se podrá proceder a realizar el nombramiento en dicha persona en su caso, ya que conforme el artículo 675 del texto refundido de la Ley Concursal, se puede nombrar a dicho experto por no tener causa de incompatibilidad, pero también se puede nombrar a otro, según el instante y la solicitud que se presente. Añade la indicada resolución judicial que establece el artículo 680 del texto refundido de la Ley Concursal que "el experto ejercerá las funciones propias del cargo con la diligencia propia de un profesional especializado en reestructuraciones y con independencia e imparcialidad tanto respecto del deudor como de los acreedores", por lo que en principio se considera que debe de cumplir con dicha diligencia, con independencia e imparcialidad (...).

En consecuencia, no se contempla que los acreedores -detenten el pasivo que detenten- puedan ser quienes asuman en solitario la elaboración de la propuesta del plan de reestructuración, imponiéndolo a un deudor persona jurídica no desapoderado. Y tampoco existe previsión alguna que permita que el experto sustituya la voluntad del deudor persona jurídica, en ningún momento del procedimiento. El experto asiste a ambos, deudor y acreedores, en la



DECONOMI

elaboración de la propuesta de plan de reestructuración y en esa medida ¿deben ser ambos, deudor y acreedores, quienes den su conformidad a dicha propuesta o pueden los acreedores imponerla al deudor?. El Preámbulo de la Ley 16/2022 parece que piensa en un “acuerdo”, aunque ciertamente el articulado legal utilice el término plan. Así, incide en que *la ley deja así que sean las partes afectadas las que privadamente negocien y alcancen un acuerdo sobre el plan de reestructuración, y se limita a fijar un marco normativo con el fin de facilitar esa negociación colectiva, garantizar unas salvaguardas mínimas del proceso y del resultado de la negociación, y asegurar un equilibrio entre la protección del interés de la mayoría y una tutela adecuada de las partes afectadas disidentes.*

El Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona de 27 de octubre de 2022 se refiere al deber de colaboración del deudor, el deudor y los socios. Señala a este respecto que *el texto refundido de la Ley Concursal configura como una “hipótesis ontológica”, es decir, un presupuesto inderogable, la existencia y desarrollo de un proceso de negociación entre el deudor y los acreedores teleológicamente orientado a la elaboración de un plan de reestructuración. Para iniciar, desarrollar y culminar ese proceso de negociación en el que ha de intervenir el experto favoreciendo un acuerdo entre las partes se requiere, inexcusablemente, una voluntad de cooperación que va más allá de una mera proclamación de intenciones y que debe traducirse en una conducta invariablemente enderezada al objetivo de facilitar la labor mediadora del experto, Resulta evidente que no hay alternativa viable para ninguna de las partes al margen de la colaboración en la negociación, Es cierto que el texto refundido de la Ley Concursal carece de un exhaustivo catálogo de los deberes de los administradores en un escenario preconcursal. La razón de ello no es un olvidadizo descuido ni, mucho menos, una excepción derogatoria de los deberes generales de los administradores societarios. El fundamento de esta omisión estriba, precisamente, en el mantenimiento incólume de las funciones de disposición y administración del deudor que tan acertada y enfáticamente defiende la representación procesal (...). Ese mantenimiento del statu quo se proyecta también sobre la órbita de deberes que junto con los derechos inherentes configuran el estatuto jurídico de los administradores en las sociedades de capital. En particular los deberes de diligencia y lealtad -artículos*



DECONOMI

225, 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital- exigen un comportamiento colaborativo de los administradores en la adopción de todas las medidas precisas para evitar la insolvencia o minimizar sus consecuencias perjudiciales pudiendo, incluso, solicitar, en nombre del deudor, el nombramiento de un experto independiente o la homologación de un plan de reestructuración. Está fuera de toda duda que los administradores sociales deben velar por el interés social y resulta difícil atisbar un umbral menor de diligencia que aquel que exige evitar la catástrofe de la insolvencia y la inevitable consecuencia del concurso. Es bien sabido que el interés social no se identifica necesariamente con el de los socios titulares del capital social. El interés del deudor, cuando de una sociedad se trata, no es un trasunto directo y automático del que pueda presidir la voluntad de sus accionistas (...). La conducta y la actuación de los administradores sociales debe estar orientada por los intereses, en el más amplio sentido de la expresión, de la sociedad a cuyo servicio se encuentran, incluso, o de manera más precisa, especialmente, en el caso de que aquellos intereses puedan entrar en conflicto con los propios de los accionistas. Más aún, esa prevalencia del interés social debe adicionalmente intensificarse en aquellos supuestos en los que se produzca una superposición de funciones, aunándose la identidad del administrador y del accionista. No hay ningún escenario esquizoide en esa dualidad porque el accionista está obligado a sacrificar su propio interés en la medida en que pueda entrar en conflicto con el de la sociedad. Este es el estándar de diligencia del administrador en el ámbito del derecho preconcursal como contrapartida al mantenimiento incólume de sus facultades de gestión y administración (...).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

BELTRÁN, E. “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52



COHEN BENCHETRIT, A. “La posición del socio ante la reestructuración en el Anteproyecto de reforma concursal”, *La Ley Mercantil*, núm. 86, 2021.

ETXARANDIO HERRERA, E. “Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

FACHAL, N. “¿Qué debemos entender por probabilidad de insolvencia a los efectos de realizar la comunicación de apertura de negociaciones o solicitar la homologación de un plan de reestructuración?”, *La Ley Insolvencia*, núm. 9, 2022.

GARCIMARTÍN, F. “El Derecho preconcursal: una visión general”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022, págs. 9-49.

- “La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 33-61.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M. “El papel del socio en la reestructuración”, en *Nuevo marco jurídico de la reestructuración de empresas en España* (Cohen Benchetrit), Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 1207-1250.

GARNACHO CABANILLAS, L. “La reestructuración preconcursal de deudas desde una perspectiva interna y comunitaria”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 53, 2021, págs. 47-88.

GUILLAMON, M. / SERRANO, A. / PICAZO, J.C. “Reestructuración de deuda y concurso, prepack y otras salidas a la insolvencia en la transposición de la Directiva sobre reestructuraciones e insolvencia”, en *Retos empresariales en la post pandemia* (Fortea Gorbe / Blanco García Lomas), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. / ARENAS ALEGRÍA, C.C. “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.



LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

MARTIN ZAMORA, M.P. / HERNÁNDEZ LINARES, R. “Anticiparse a la insolvencia empresarial. Los mecanismos de alerta temprana”, en *La reestructuración como solución de las empresas viables* (Díaz Moreno / León Sanz / Brenes Cortés / Rodríguez Sánchez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 113-139.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. “La reestructuración forzosa”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 58 extraordinario, 2023, págs. 385-412.

MORAL ESCUDERO, J. “Alertas tempranas y estadística concursal en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 23-46.

MUÑOZ PAREDES, A. “Pérdidas e insolvencia en el Proyecto de reforma de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, núm. 10008, 2022.

NIÑO ESTÉBANEZ, R. “Una reflexión breve sobre el nuevo derecho de insolvencia español: los planes de reestructuración y el experto en reestructuración”, en *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley Concursal (IX Jornadas concursales Vitoria-Gasteiz)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, págs. 97-114.

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

ROJO, A. “Presupuesto objetivo”, en *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo / Beltrán), Vol. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 164-193.

- “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, págs. 99-111.

THOMAS PUIG, P.M. “La homologación judicial de los planes de reestructuración”, *La Ley Mercantil*, núm. 92, 2022.



DECONOMI

TIRADO MARTÍ, I. “El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, núm. 3 extraordinario, 2021, págs. 211-253.

VICENT CHULIÁ, F. “Lección 20^a. Derecho concursal, preconcursal y paraconcursal”, *Introducción al Derecho Mercantil*, 24^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

VIÑUELAS SANZ, M. “Los sistemas europeos consolidados de alerta temprana”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 56, págs. 149-202.

