

Artículos

SOCIOS Y REESTRUCTURACIÓN

Manuel García-Villarrubia Bernabé

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje

Socios y reestructuración

Socios y planes de reestructuración son un binomio de difícil combinación. Sin duda, uno de los temas estrella de la nueva regulación introducida por la reforma concursal. Dentro de las diversas opciones habilitadas por la llamada Directiva de reestructuración e insolvencia, el legislador español ha optado por un sistema híbrido o intermedio. En los planes de reestructuración es frecuente incluir medidas que requieren una decisión de los socios del deudor en forma de adopción del correspondiente acuerdo social. La más habitual es la capitalización de créditos, pero puede haber muchas opciones, incluidas modificaciones estructurales como la fusión o la escisión. En estos supuestos, la reforma opta por mantener la necesidad de someter esas medidas a la decisión de los socios, pero con determinadas especialidades destinadas a facilitar una decisión favorable. Y, llegado el caso, aunque la decisión sea desfavorable, el plan puede salir adelante e imponerse a los socios (los denominados planes no consensuales). Las modificaciones son, pues, muy relevantes.

PALABRAS CLAVE:

REFORMA CONCURSAL, DIRECTIVA DE REESTRUCTURACIONES, PLANES DE REESTRUCTURACIÓN, SOCIOS.

Shareholders and restructuring plans

Shareholders and restructuring make a somewhat awkward pairing and yet this is one of the main features of the new Insolvency Law Reform. Of the various options in the Directive on preventive restructuring frameworks, the Spanish lawmaker has opted for a hybrid or intermediate system. Restructuring plans often include measures that the debtor's shareholders need to approve through a resolution. The most common is a debt-for-equity swap, but there are many others, including structural modifications such as mergers or demergers. In these cases, these measures continue to require shareholder approval, but some special features have been introduced to favour such approval. And, if necessary, even if the measures are not approved, the plan may still go ahead and be imposed on the shareholders (shareholder cram-up). The amendments have thus been quite significant.

KEYWORDS:

INSOLVENCY LAW REFORM, RESTRUCTURING DIRECTIVE, RESTRUCTURING PLANS, SHAREHOLDERS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 14-10-2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-10-2022

García-Villarrubia Bernabé, Manuel (2022). Socios y reestructuración. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, pp. 71-100 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El tratamiento que se da a los socios en la reestructuración de compañías en crisis es, sin duda, uno de los temas centrales de la reforma producida como consecuencia de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (la "Ley de Reforma" o la "Reforma").

Probablemente, la novedad principal de la Reforma es que los planes de reestructuración pueden llegar a imponerse a los socios aún en contra de su voluntad, y eso, en definitiva, puede incluso determinar su total desaparición del *equity*. Veremos en qué condiciones y bajo qué requisitos.

2. Contexto: el concepto de reestructuración

La delimitación de qué ha de entenderse por reestructuración es relevante para que después se pueda valorar el papel del socio en esa reestructuración.

En primer lugar, es conveniente acudir al texto legal. La Ley de Reforma ha introducido un concepto expreso de plan de reestructuración en el artículo 614 del TRLC, que reza de la siguiente manera: *"Se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos"*.

Como puede comprobarse, se está ante una noción amplia, que es coherente con la definición formulada en la Directiva sobre reestructuración, de la que es casi reproducción literal (artículo 2.1.1). El concepto, además, supera el tradicional, normalmente constreñido a medidas que afectaban al pasivo (y, en particular, al pasivo financiero).

Fácilmente se comprende también que, en muchas de las medidas contempladas como posible contenido de un plan de reestructuración, se incluyen decisiones sometidas a la legislación societaria general y para cuya adopción es imprescindible, según esa normativa, la intervención del socio, mediante el ejercicio de su derecho de voto en las reuniones de los órganos colegiados competentes, léase la junta general, para la toma de esas decisiones en forma de acuerdo social. Quedan, así, comprendidas medidas tales como el aumento o la reducción del capital

social, la enajenación de activos esenciales o la realización de modificaciones estructurales (fusión, escisión)¹.

Se está ante un problema, por tanto, que nos lleva a la coordinación de diferentes cuerpos normativos. Por un lado, la normativa específica que regula las relaciones entre un socio y la sociedad, concentrada en la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”) y, por lo que ahora importa, en la Ley de Modificaciones Estructurales (“LME”). Esas normas establecen, con carácter general, el conjunto de derechos de los socios en sus relaciones con la sociedad y, en particular, en lo atinente a la adopción de determinadas decisiones. Por otro, la normativa relativa a las situaciones preconcursales, representada en este momento por las modificaciones introducidas en el TRLC por la Reforma, que establece determinadas excepciones al funcionamiento de las compañías mercantiles que inciden de forma directa y relevante en los derechos que los socios tienen en ausencia de una situación de crisis de la sociedad.

3. El socio en el texto refundido de la ley concursal

El libro II del TRLC contemplaba, antes de la Reforma, dos tipos de medidas dirigidas a la reestructuración del pasivo del deudor. Los denominados acuerdos de refinanciación, colectivos o singulares y susceptibles de homologación judicial según los casos, y los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos. En ninguno de esos supuestos se preveía la intervención directa de los socios del deudor en la aceptación o aprobación del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. Pero estos podían incluir medidas para las que fuese necesario, con arreglo a la normativa societaria, la adopción del correspondiente acuerdo por el órgano social competente, momento en el que entraban en escena tanto los administradores sociales como los propios socios. Los acuerdos que fuesen necesarios se encontraban así sujetos a la normativa societaria general, sin excepción. En particular, la fórmula para proceder a la capitalización o conversión de créditos en acciones o participaciones era, como es lógico, la ampliación del capital social de la compañía en crisis por compensación de créditos, para lo que era necesario adoptar el correspondiente acuerdo social, con todos los requisitos establecidos en esa normativa. Y podía ocurrir que los administradores o los socios, con su actuación (entiéndase, en el caso de los socios, con el ejercicio de su derecho de voto), determinasen que no se adoptase la correspondiente decisión societaria y, con ello, que se frustrase el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos, abocando en última instancia a la sociedad al concurso de acreedores.

En tal situación, lo que la normativa contemplaba era la posibilidad de calificar el concurso como culpable y de considerar al administrador o socio como personas afectadas por la calificación, con todas las consecuencias, mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en el artículo 700 del TRLC, con las correspondientes previsiones relativas a la delimitación

¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia en los aumentos de capital preconcursales. *Almacén de Derecho*, Recuperado de <https://almacendederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-preconcursales>. Este autor se refiere, en concreto, y para ese tipo de casos, a supuestos como la reducción de capital para compensar pérdidas, la conversión preconcursal de deuda en capital o aumentos de capital preconcursales con nuevas aportaciones dinerarias (*new money*).

subjetiva de las personas afectadas por la calificación y la posibilidad de condena a la cobertura del déficit (artículos 701.1 y 702.2 del TRLC, respectivamente).

La presunción se refería a un tipo muy concreto de acuerdo (capitalización de créditos o emisión de valores o instrumentos financieros convertibles), pero no alcanzaba todos los posibles supuestos para los que podía ser necesario adoptar un acuerdo con el voto favorable de los socios según las mayorías dispuestas en la LSC y en la LME. Era preciso, además, que se reconociese un derecho de adquisición preferente a favor del socio o accionista en caso de enajenación de las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles por los acreedores que los hubieran suscrito o a los que se hubieran adjudicado como consecuencia de ese acuerdo (cosa que, por definición, no ocurre en los acuerdos puros de ampliación de capital por compensación de créditos). Y se estaba ante un régimen de reacción *ex post* al fracaso del acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos, que entraba en juego en el seno del concurso consecutivo posterior de la sociedad deudora.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta regulación incluida en el TRLC no ha sido en realidad aplicada, porque ha estado en funcionamiento menos de dos años, desde que el TRLC entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 hasta que ha sido eliminada por la Ley de Reforma. Y a ello se añade la moratoria concursal vigente, con sus sucesivas prórrogas, hasta el 30 de junio de 2022, lo que —como es público y notorio— ha determinado que el número de concursos declarados durante todo ese tiempo haya sido muy inferior al que de manera natural se habría producido en un escenario de dramática crisis económica y financiera derivada de la situación creada por la pandemia. Se está así queriendo decir, en definitiva, que los preceptos citados del TRLC han quedado prácticamente inéditos. Es más, el adverbio incluso sobra. Es cierto que los artículos 700 y ss. del TRLC tienen su antecedente en los artículos 165.2 y 172.2.1.⁹ de la Ley Concursal de 2003, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la posterior Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Pero también lo es que estas previsiones tampoco han llegado a tener que ser aplicadas por los tribunales. Ello no quiere decir que no hayan tenido ningún efecto, porque también estaban dotadas de una función preventiva, dirigida a servir de incentivo para evitar comportamientos de los socios o los administradores sociales que pudieran frustrar un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos susceptibles de exponerles después a los rigores de la siempre tan temida sección de calificación².

En cualquier caso, estas referencias iniciales son relevantes porque la Ley de Reforma introduce un cambio radical de paradigma. Haciendo uso de las previsiones contenidas en la Directiva de reestructuración e insolvencia, el legislador español —como ahora se verá— ha optado por una intervención *ex ante* que ha hecho innecesario contemplar una consecuencia posterior como la previamente establecida —y muy criticada, por cierto— en nuestro ordenamiento.

2 Vid. para más detalle, sobre esta presunción de culpabilidad y sus consecuencias, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2016). ¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿Podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 37. La incorporación de esta presunción *iuris tantum* de culpabilidad dio lugar a no pocas críticas, tanto por su propia inclusión como por su formulación legal. Pueden verse, a este respecto, como buena muestra, las opiniones de VILLENA CORTÉS, F. B. y NIETO DELGADO, C. (2014). Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014. *Diario La Ley*, 8357; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2014). El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcurso de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014. *La Ley Mercantil*, 1. No obstante las críticas, el TRLC decidió mantener la presunción, como se ha visto, en la regulación del concurso consecutivo contenida en los artículos 700 y ss.

4. El socio en la Directiva. El modelo seguido por el legislador español

La Directiva sobre reestructuración e insolvencia contiene relevantes referencias y previsiones sobre el papel que se ha de atribuir a los socios en la reestructuración de la situación de la persona jurídica. Pueden citarse los considerandos 43, 57 y 96 y los artículos 9 y 12.

Mucho se ha escrito sobre la aproximación del legislador comunitario a la situación de los socios en los planes de reestructuración y, como es lógico, sobre las diferentes opciones que tenía el legislador nacional para regular la materia en la transposición de la Directiva. El debate ha estado presente y de actualidad en las diferentes fases por las que ha atravesado el texto que hoy es ya normativa vigente, con singular intensidad desde que se hizo público el borrador de Anteproyecto³. Una vez que ya tenemos la Ley de Reforma aprobada y en vigor, tiempo es de avanzar, de dar por superado ese debate y de adentrarse en el análisis de la nueva regulación positiva y de los principales problemas que se suscitan en su interpretación y aplicación.

Se antoja conveniente formular, no obstante, alguna consideración que puede servir de interés en esa labor. El recorrido por las referencias de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia revela una aproximación no excesivamente positiva hacia el papel de los socios ("*tenedores de participaciones*") en la reestructuración. Se les percibe más como una fuente de problemas que como parte de la solución. Y la tensión entre la aplicación de la normativa societaria, con su regulación sobre los derechos de los socios, y la normativa de reestructuraciones se resuelve a favor de esta última. Prima la protección de la viabilidad de la actividad del deudor y se asume como un mal necesario el respeto de los derechos de los socios, bajo determinadas condiciones y presupuestos que pueden significar que esos derechos queden sacrificados frente a lo que sería su contenido en una situación de normalidad, siempre, eso sí, también que se den determinadas condiciones y presupuestos.

¿Cuál es el modelo finalmente adoptado? Lo que se ha hecho es optar por una solución que podría calificarse de híbrida⁴ o intermedia. ¿Por qué híbrida o intermedia? Porque, como se verá, la regulación pivota sobre tres elementos: el plan de reestructuración se somete a la aprobación de los socios, ese sometimiento se hace bajo reglas especiales frente a la regulación societaria general y, en determinados casos, el plan de reestructuración puede salir adelante e imponerse a los socios.

3 Vid. COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio ante la reestructuración en el anteproyecto de reforma concursal. *La Ley Mercantil*, 86. La intensidad del debate suscitado puede comprobarse en la completa relación de bibliografía de ese comentario, cuya lectura es obligada.

4 Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia..., *op. cit.*; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. *La Ley Mercantil*, 88; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración. *Almacén de derecho*, Recuperado de <https://almacendederecho.org/socios-y-planes-de-reestructuracion>; COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio..., *op. cit.*, p. 7; IRIBARREN BLANCO, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias e Reestructuraciones*, 6, pp. 97-139; y JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado. *Revista General de Insolvencias e Reestructuraciones*, 6, pp. 45-64.

5. Sometimiento del plan de reestructuración a los socios. Aplicación de la normativa societaria con excepciones

Al tratamiento de los socios se dedica de manera específica el artículo 631 del TRLC, que lleva por rúbrica *"decisión de los socios sobre la aprobación del plan"*.

El punto de partida es el principio general: *"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"* (apartado 1). A ello se añade lo dispuesto en el apartado 3, que no aparecía en el borrador de Anteproyecto de Ley, que fue introducido en el Anteproyecto a raíz de las observaciones formuladas en el trámite de audiencia pública y que, además, ha experimentado cambios en su tramitación parlamentaria: *"Salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo provisto en este artículo y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición"*.

Con estas dos previsiones, como puede comprobarse, se está queriendo decir que las medidas integradas en el plan de reestructuración que requieran *"el acuerdo de los socios de la sociedad deudora"* (léase, el acuerdo de la junta general) se habrán de adoptar con sujeción a la normativa societaria de aplicación. Se ha añadido, no obstante, la advertencia (que no estaba en el texto del Proyecto) de que en caso de modificación estructural los acreedores afectados por el plan no tendrán el derecho de oposición que en condiciones normales les concede la LME.

Se está así enfatizando que, cuando entre las medidas incluidas en el plan de reestructuración haya una o algunas que requieran de la adopción de un acuerdo en junta general, será de aplicación la normativa del tipo societario de que se trate, y ello exigirá que los socios se pronuncien respecto de esas concretas medidas mediante la adopción de un acuerdo societario. Además, el añadido del apartado 3 parece referirse a que también habrá de respetarse, más allá de la exigencia de acuerdo en junta general, el resto de la normativa societaria aplicable a la operación societaria propuesta, con las especialidades establecidas.

Entre esas especialidades se encuentra la muy relevante del apartado 4 del artículo 631, que no estaba en el Proyecto y se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Reforma: *"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"*.

Por otro lado, si —como es frecuente— en el plan de reestructuración se contempla la conversión de créditos en acciones o participaciones mediante un acuerdo de ampliación de capital por com-

pensación de créditos, este habrá de adoptarse con cumplimiento de los requisitos específicos de este tipo de acuerdos establecidos en la normativa societaria, que resultará de íntegra aplicación, salvo las especialidades contempladas en el TRLC, entre las que se encuentra la dispuesta en el artículo 632, según el cual *“a los efectos de la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, se entenderá que los créditos a compensar son líquidos, vencidos y exigibles”*. Deberán respetarse también previsiones como las relativas a las formalidades exigidas (informe de administradores, informe de auditor), las atinentes a la ejecución del aumento o las correspondientes a los casos de suscripción incompleta. Igualmente, si entre las medidas figura una fusión o escisión, habrá de estarse a los requisitos de la LME.

6. Especialidades en materia de celebración de junta y adopción de acuerdos

Como se ha visto, el artículo 631.2 del TRLC dispone que en las sociedades de capital serán de aplicación las reglas generales, con determinadas *“especialidades”*. Seguidamente se desgranán esas especialidades en todo lo relativo a los aspectos formales del proceso de decisión.

6.1. Convocatoria

La primera especialidad es que entre la convocatoria y la fecha prevista de celebración de la junta general deberá existir un plazo de diez días, salvo que se trate de sociedades con acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, en cuyo caso será de veintiún días (artículo 631.2.1.^º del TRLC). Se considera, así, que se está ante una materia urgente, que requiere de una rápida decisión de la junta general, lo que supone un no menor acortamiento de los plazos generales. Aunque nada se dice en la norma analizada, no debería haber inconveniente en que la decisión se tome en junta universal, supuesto en el que no sería de aplicación la especialidad analizada.

Por otro lado, la regla general es que la junta habrá de celebrarse antes de la solicitud de homologación del plan. Además, es lógico que así sea: primero el plan, después su aprobación por la junta y a continuación su homologación. Pero la Ley contempla la posibilidad de que la junta se celebre después de la solicitud de homologación: *“Si la junta no se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, se podrá celebrar después siempre que hubiera sido convocada antes de esa fecha o el mismo día de presentación de la solicitud”* (artículo 631.2.2.^º del TRLC).

Además, si la junta no hubiera sido previa o simultáneamente convocada, el solicitante de la homologación podrá 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 (artículo 631.2.2.^º del TRLC, párrafo segundo). De este modo, se establece, como excepción en materia de convocatoria de juntas generales de sociedades mercantiles, la posibilidad de instar al juez ante el que se solicite la homologación que, de forma directa, proceda a la convocatoria de la junta, sustituyendo así en este punto a los administradores de la sociedad (artículos 166 y 167 de la LSC). Aunque nada

se dice, se trata de una medida orientada a vencer posibles resistencias de los administradores a convocar la junta.

La norma se cierra con una previsión según la cual 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.

6.2. Orden del día

Según el artículo 631.2.3.^a del TRLC, 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.

Esto significa, por un lado, que la junta que se pronuncie sobre el plan de reestructuración habrá de ser necesariamente extraordinaria. Por otro, que, al limitarse el orden del día a ese solo punto, no cabrá interesar el complemento del orden del día *ex* artículo 172 de la LSC para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada o *ex* artículo 519 de la LSC para las sociedades cotizadas. Además, no cabrá en la definición del orden del día y en la determinación de la propuesta de acuerdo otra cosa que no sea —como dice la norma— la aprobación o rechazo del plan en todos sus términos. La cuestión se plantea, así, en términos binarios: o se aprueba o se rechaza el plan en su integridad. No hay posiciones intermedias.

6.3. Derecho de información

Con arreglo al artículo 631.2.3.^a del TRLC, el derecho de información del socio se ejercerá exclusivamente respecto a este punto del orden del día, incluso si la sociedad es cotizada.

La limitación en cuanto al contenido del derecho de información resulta coherente con la establecida en la norma respecto del orden del día. Los artículos 196 y 197 de la LSC contienen la regulación general del derecho de información en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, respectivamente. En ambas normas se hace referencia a la extensión del derecho de información a los asuntos comprendidos en el orden del día de la junta. Si el orden del día de la junta se limita a la aprobación o rechazo del plan de reestructuración, es lógico que el derecho de información experimente esa misma limitación.

La previsión constituye, sin embargo, una excepción respecto del contenido del derecho de información en las sociedades cotizadas establecido en el artículo 520.1 de la LSC. La norma especial dispone que, cuando se somete el plan de reestructuración en este caso, los accionistas no podrán formular preguntas relativas a la información accesible al público facilitada a la Comisión del Mercado de Valores desde la celebración de la última junta general y al informe del auditor.

En cualquier caso, se echa en falta una adecuada coordinación entre la regulación general del derecho de información en los artículos 196, 197 y 520 de la LSC y la regulación específica de

ese mismo derecho en el artículo 631.2.3.^a del TRLC. Por ejemplo, en las sociedades anónimas, el artículo 197.1 del TRLC dispone que hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta, los accionistas podrán solicitar de los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, o formular por escrito las preguntas que consideren pertinentes. En el caso de la junta general relativa al plan de reestructuración, se ha visto que se establece un acortamiento del plazo entre convocatoria y celebración: diez días. Ello implica, en la sociedad anónima, que el accionista dispone solo de tres días para dirigirse a la sociedad si desea formular su solicitud de información por escrito. Acaso se trate de una situación justificada en la urgencia en la aprobación del plan, pero no parece algo regulado a propósito por el legislador.

Por lo demás, se revela razonable entender que la única modulación del derecho de información es la establecida en el artículo 631.2.3.^a del TRLC respecto de su contenido, es decir, respecto de lo que puede ser objeto de la solicitud de información del socio o el accionista. El resto de los aspectos relativos a la regulación de ese derecho han de considerarse vigentes y, por tanto, aplicables⁵.

6.4. Adopción del acuerdo. Régimen de mayorías

Una de las principales especialidades es la relativa al régimen de mayorías necesarias para la adopción del acuerdo de aprobación del plan. Según el artículo 631.1.4.^a del TRLC, el acuerdo se adoptará con el *quorum* y por la mayoría legal ordinarios, cualquiera que sea su contenido, sin que resulten aplicables los *quorums* o las mayorías legales o 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.

Las consecuencias de esta previsión son varias. La primera, que no resultan de aplicación las reglas legales dispuestas con carácter general en que se establecen requisitos de *quorum* o mayorías reforzadas para la constitución de la junta y la adopción de determinados acuerdos que se consideran de singular relevancia para la vida de la sociedad. La segunda consecuencia es que no son de aplicación las previsiones que se pudieran haber establecido en los estatutos respecto de *quorums* reforzados de constitución de la junta o respecto de mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos. Tampoco lo serán, lógicamente, eventuales disposiciones establecidas en pactos parasociales⁶.

Así las cosas, en la sociedad de responsabilidad limitada, para la aprobación del acuerdo bastará la mayoría ordinaria establecida en el artículo 198 de la LSC: los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social. No se computarán los votos en blanco. Por su parte, en las sociedades anónimas, el artículo 201.1 de la LSC

5 Es la opinión, entre muchos otros, de JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios..., *op. cit.*, p. 59. *Vid.*, con carácter general sobre el derecho de información, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios. En E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Tratado de conflictos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-269.

6 Como dice GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: 'recapitaliza o entrega'. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>: "a fortiori, también se deben entender desactivados los pactos parasociales que pudiesen indirectamente contravenir esta regla".

prevé que los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría simple de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, entendiéndose adoptado un acuerdo cuando obtenga más votos a favor que en contra del capital presente o representado⁷.

La finalidad de la especialidad analizada es evidente: evitar que las mayorías reforzadas establecidas legal o estatutariamente para la constitución de la junta o la adopción de acuerdos pudieran constituir un obstáculo a la aprobación del plan de refinanciación.

Se plantea aquí la duda de si bastará con la votación sobre el punto del orden del día consistente en la aprobación o rechazo del plan o si será necesaria una votación separada para cada una de las decisiones u operaciones societarias incluidas en el plan que requieran decisión de la junta general. El artículo 197 bis de la LSC establece como regla general que en la junta general deberán votarse separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes. En este punto cabe entender que las operaciones societarias que forman parte del plan de reestructuración no son asuntos sustancialmente independientes del propio plan y que, por tanto, la votación del plan comprenderá también la votación de esas operaciones.

7. Impugnación del acuerdo

A la posibilidad de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración se dedica la previsión contenida en el artículo 631.2.5.^a del TRLC. Tiene el siguiente tenor: *"El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnabile 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 hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento"*.

Como es conocido, el régimen general de impugnación de acuerdos sociales se contiene en los artículos 204 a 208 de la LSC. Lo que se trata es de determinar cómo la norma que se acaba de reproducir afecta a ese régimen general.

7.1. Cauce de impugnación

Según el artículo 207.1 de la LSC, para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil ("LEC"). Sin embargo, el artículo 631.2.5.^a del TRLC indica que el acuerdo que apruebe el plan solo será

⁷ Se ha cuestionado el relevante problema de la posible aplicación de las previsiones del artículo 190 de la LSC sobre privación del derecho de voto y otras consecuencias en los casos de conflicto de interés del socio y de las reglas relativas a operaciones vinculadas. El tema lo han tratado, entre otros, JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios..., *op. cit.*, pp. 61 y 62; y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios..., *op. cit.*, pp. 19 y 20. Para este último, "no existe suficiente fundamento alguno para sostener la pérdida del derecho de voto del socio conflictuado por no encontrarnos en alguno de los supuestos típicos del artículo 190.1 LSC y sin perjuicio de la inversión de la carga de la prueba ex artículo 190.3 LSC. No obstante, se aplicarán las reglas previstas para la dispensa de operaciones vinculadas y operaciones intra-grupo en cuanto a la eventual abstención de los administradores conflictuados, traslado de la carga de la prueba e informes previos que se establecen en los artículos citados".

impugnable por el “cauce” previsto para la impugnación o la oposición a la homologación, se entiende que del plan. Por tanto, el acuerdo societario de aprobación del plan podrá impugnarse, pero no a través del procedimiento ordinario de impugnación de acuerdos sociales, sino siguiendo las previsiones del propio TRLC para la impugnación o la oposición a la homologación.

El procedimiento de homologación judicial del plan se regula en los artículos 641 y ss. del TRLC. No es objeto de este comentario el análisis de ese procedimiento. Bastará con indicar los extremos que afectan a la materia analizada.

Según el artículo 641 del TRLC, la competencia para conocer de la homologación de un plan de reestructuración corresponderá al juez de lo mercantil que fuera competente para la declaración del concurso del deudor.

La impugnación de la homologación se regula, por su parte, en los artículos 653 y ss. del TRLC. El primero de ellos dispone que el auto de homologación del plan de reestructuración podrá ser impugnado ante la audiencia provincial. El artículo 656 del TRLC contiene una regla especial para los casos de impugnación del auto de homologación por los socios que no hayan aprobado el plan. Esta regla será objeto de análisis posterior. Lo que se está ahora examinando es algo distinto: el cauce por el que, en caso de acuerdo en junta favorable a la aprobación del plan, cabe formular impugnación del propio acuerdo de la junta. Otra cosa es la impugnación del auto de homologación del plan. La norma relevante es, por tanto, el artículo 658 del TRLC, que establece cómo se ha de proceder a la “*tramitación de la impugnación*”. Es de interés destacar que la impugnación se hará por los cauces del incidente concursal y que de la impugnación se dará traslado para oposición por quince días al deudor y a los acreedores. La sentencia no será susceptible de recurso (artículo 659 del TRLC).

Por otro lado, los artículos 662 y ss. del TRLC contemplan la posibilidad de tramitación de la homologación con contradicción de las partes afectadas. La iniciativa para acudir a esta posibilidad se concede al solicitante de la homologación. Según el artículo 662 del TRLC, en la solicitud de homologación, el solicitante podrá requerir que, con carácter previo a la homologación del plan de reestructuración, las partes afectadas puedan oponerse a esta. En tal caso, se seguirán también los trámites del incidente concursal, con determinadas especialidades establecidas en el artículo 663 del TRLC, entre las cuales destaca que la sentencia que se dicte no será susceptible de recurso.

Caben, pues, dos formas de tramitación de la homologación judicial del plan: con o sin contradicción previa de las partes afectadas. En el primer caso, el trámite de contradicción es anterior a la resolución judicial de homologación y determina que esta, que será del juzgado de lo mercantil, no sea susceptible de recurso. En el segundo, habrá trámite posterior de impugnación del auto de homologación ante la audiencia provincial.

La pregunta que se ha de formular es cómo afectan estas previsiones sobre oposición y/o impugnación de la homologación al procedimiento de impugnación del acuerdo de la junta general de aprobación del plan de reestructuración.

Si hay contradicción previa, la demanda de impugnación habrá de presentarse dentro del trámite de oposición y se sustanciará, con las correspondientes especialidades, ante el juzgado de lo

mercantil. Si no la hay, la demanda habrá entonces de formularse dentro del trámite para impugnación ante la audiencia provincial. En todos los casos se tramitará conjuntamente con las demás oposiciones o impugnaciones, según el caso, pero con una relevante especialidad, que será objeto de comentario independiente.

7.2. Plazo de impugnación

Como se ha visto, según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, el acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable exclusivamente en el plazo previsto para la impugnación u oposición a la homologación. Según el artículo 654 del TRLC, el plazo general de impugnación es el de los quince días siguientes a la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal. No hay especialidades para los socios del deudor. Ese es, pues, el plazo dentro del cual se ha de formular la demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan, lo que supone una relevante reducción respecto de la norma societaria (un año de caducidad desde la adopción del acuerdo, salvo en los casos de acuerdos contrarios al orden público —artículo 205.1 de la LSC—⁸).

Si hay trámite de oposición, el artículo 663.1.^a del TRLC dispone que la providencia que admita a trámite la solicitud de homologación se publicará en el Registro público concursal con indicación del lugar donde el plan queda a disposición de los acreedores afectados y, en su caso, de los socios, para que en un plazo de quince días desde su publicación registral puedan formular oposición. Ese será, pues, en tal caso el plazo para la presentación de la demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan.

Las previsiones indicadas resultan de aplicación a los casos en que la homologación sea posterior al acuerdo de la junta. Será el supuesto normal. Pero cabe también —como se ha visto— que la junta se celebre después. Para tal situación, el artículo 631.2.5.^a del TRLC contiene igualmente una previsión específica: 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. No parece que en este escenario pueda resultar de aplicación la especialidad puramente societaria del artículo 205.2 de la LSC, según la cual *"si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción"*.

7.3. Legitimación

No se contemplan en el TRLC especialidades respecto de las reglas generales de legitimación para la impugnación de acuerdos sociales contenidas en el artículo 206 de la LSC.

⁸ Como resulta del artículo 205.2 de la LSC, la acción de impugnación de acuerdos contrarios al orden público no prescribe ni caduca. Esto es así en el régimen general. Cabría plantearse si esa regla debería considerarse subsistente o no en el caso de impugnación del acuerdo societario de aprobación de un plan de reestructuración. La respuesta se revela en principio negativa, porque parece que ha sido decisión del legislador que siempre y en todo caso, con independencia de los posibles motivos de impugnación (incluidas, por tanto, las infracciones del orden público), la acción de impugnación del acuerdo social se formule dentro del plazo establecido para la oposición o la impugnación de la homologación, según sea el caso.

7.4. Motivos de impugnación

Según el artículo 204.1 de la LSC, "*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*". Añade el párrafo segundo que "*la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios*".

El TRLC no introduce de forma expresa especialidades o limitaciones respecto de los posibles motivos de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración. Lo que hace es remitirse al "cauce" previsto para la impugnación u oposición a la homologación. ¿Significa ello que solo podrán invocarse como motivos de impugnación las causas que se puedan alegar por vía de impugnación u oposición a la homologación, con exclusión, por tanto, de los motivos generales de impugnación del artículo 204 de la LSC? A favor de esta posición estaría la utilización del adverbio *exclusivamente* y la posibilidad de seguir una noción amplia del concepto *cauce*, comprensivo no solo de los trámites procesales, sino también de las causas o motivos de impugnación u oposición a la homologación. Se trataría, así, de limitar al máximo las posibilidades de impugnación por los socios disidentes del acuerdo societario favorable a la adopción del plan.

Hay también argumentos de peso para sostener que esa limitación no se da⁹. El primero surge de atender a la propia naturaleza de la acción de impugnación de acuerdos sociales: la revisión de su adecuación o no al ordenamiento, a los estatutos y al interés social de la compañía. Si se permite la acción de impugnación del acuerdo social, parece razonable que pueda serlo a través de las mismas infracciones que resultan del régimen general dispuesto en el ordenamiento societario, lógicamente con las necesarias adaptaciones y teniendo en cuenta las especialidades que resultan de aplicación a este singular tipo de acuerdos. En otro caso, esa acción quedaría privada de contenido y no sería más que, en realidad, una forma de impugnación u oposición al plan que no diferiría sustancialmente de la que ya tienen los socios en caso de rechazo del plan, salvo en el hecho de que se habría de tramitar de forma previa a la de la homologación en general, como después se verá.

Ello no debe ser obstáculo a que, además de resultar de preferente aplicación las especialidades previstas en el artículo 631.2 del TRLC en la configuración de posibles motivos de impugnación, el hecho de que se esté ante el supuesto singular de aprobación de un plan de reestructuración pueda tener incidencia en la propia determinación o configuración de los motivos de impugnación del acuerdo. Tal puede suceder, en especial, en la posible invocación de lesión al interés social y, en particular, en la posible alegación de que se esté ante un acuerdo abusivo de los previstos en el artículo 204.1 II de la LSC¹⁰.

9 Vid., FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). Propuesta de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva>; IRIBARREN, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración..., *op. cit.*, pp. 126-129; y PULGAR EZQUERRA, J. (2022). El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal. *El Notario del siglo XXI*, 104.

10 Sobre esta cuestión y respecto de la normativa general, *vid.*, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 217-226.

Esta norma contiene una suerte de “tipificación legal” de los acuerdos abusivos como una subcategoría de los acuerdos contrarios al interés social, en los que cabe distinguir, así, dos supuestos: los acuerdos contrarios al interés social *stricto sensu* y los acuerdos que lo son por resultar constitutivos de un abuso de la mayoría. La norma contiene también una descripción de lo que se entiende por acuerdo abusivo.

Como es lógico, el acuerdo debe adoptarse en beneficio de los socios mayoritarios y detrimento injustificado de los minoritarios. No es necesario, en cambio, el daño al patrimonio social o, dicho de otra forma, puede haber acuerdos abusivos que no sean perjudiciales para el patrimonio social e incluso que resulten beneficiosos para este. Y es fundamental la exigencia de que el acuerdo no responda a una “*necesidad razonable*” de la sociedad.

El elemento clave en la determinación de si un acuerdo es o no constitutivo de abuso de la mayoría se coloca, así, en la justificación del acuerdo desde el punto de vista de la “*necesidad razonable*” de la sociedad.

La exigencia indicada ha de coherenciarse con el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial o *business judgement rule* (artículo 226 de la LSC), de forma que el enjuiciamiento por los órganos judiciales de las decisiones tomadas con el voto favorable de la mayoría habrá de realizarse con cautela, sin invadir el ámbito de competencias propio del órgano soberano de la sociedad. En realidad, cuando se habla de “*necesidad razonable*” de la sociedad se está queriendo decir que para excluir el abuso no basta que el acuerdo no perjudique el patrimonio social. Es necesario algo más. Y ese algo más se sitúa en la existencia de una razón objetiva que, desde la perspectiva del interés social, justifique la adopción del acuerdo y el consiguiente sacrificio de la minoría. No es necesario que el acuerdo sea absolutamente imprescindible para la compañía¹¹. Pero sí ha de responder a una justificación objetiva que esté por encima del sacrificio de la minoría. Si no es posible encontrar esa justificación, para el legislador la conclusión es que el acuerdo se tomó con el objetivo de beneficiar a la mayoría y perjudicar a la minoría.

La justificación, en el caso de un acuerdo de aprobación de un plan de reestructuración, puede resultar relativamente sencilla. La propia necesidad o conveniencia del plan de reestructuración puede dar cobertura, en efecto, a la decisión desde la perspectiva de la exigencia de una necesidad razonable de la sociedad. No hace falta que ese plan de reestructuración sea la única alternativa posible; tampoco que ese concreto plan sea el único posible. Normalmente habrá de bastar con que se acredite que había una situación previa relativa a la solvencia de la compañía que justificaba el recurso al plan de reestructuración y que este, en cuanto a su contenido, era una de las opciones posibles.

No es descartable, de todas formas, que la invocación de esta previsión pueda utilizarse con especial intensidad por la minoría disidente contraria a la aprobación del plan de reestructuración y

¹¹ La práctica judicial viene entendiendo, en efecto, que, para determinar que se da la exigencia de una necesidad razonable en la adopción del acuerdo, basta con la existencia de una justificación objetiva que explique su adopción. Pueden citarse como ejemplo la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de diciembre de 2014 (JUR 2015\17354), la Sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2015 (JUR 2015\173416), o las Sentencias de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2019 (JUR 2019\190773) y 30 de noviembre de 2020 (JUR 2021\21966).

que en tales casos la discusión se centre en este posible motivo de impugnación. Conviene, aquí, una llamada a la prudencia y al equilibrio en la aplicación de esa norma cuando de lo que se trata es de la aprobación de un plan de reestructuración que está diseñado para salvar a la compañía. La regla ha de interpretarse y aplicarse —como todo en la vida— con sentido común y, en particular, teniendo en cuenta el necesario respeto a la discrecionalidad en la toma de decisiones y la propia llamada a la “razonabilidad” que se contiene en ese requisito. Deberá ser suficiente, así, con que la sociedad sea capaz de explicar el acuerdo en razones objetivas concretas vinculadas al desarrollo del objeto social para descartar el abuso de la mayoría. Y eso, en un plan de reestructuración concebido con arreglo a su finalidad natural, debería conducir a que las situaciones en que pudiera apreciarse abuso de la mayoría sean verdaderamente excepcionales.

De hecho, en la práctica, si se admite la posibilidad de impugnar el acuerdo social de aprobación del plan por los motivos del artículo 204 de la LSC, incluido el de la lesión al interés social y, dentro de esta categoría de acuerdos impugnables, la de acuerdos abusivos, la realidad será que las posibilidades de que la impugnación prospere se revelarán ciertamente reducidas si, como se dice, el plan se encuentra adecuadamente concebido y justificado¹².

Entre los posibles supuestos de impugnación del acuerdo aprobatorio del plan por la minoría disidente, la doctrina que hasta ahora se ha ocupado de la materia ha identificado uno concreto: aquel en que la minoría consiguiese demostrar que el acuerdo deja a los socios minoritarios en una posición económica peor de aquella en la que estarían en caso de un procedimiento concursal ordinario (normalmente con desenlace de liquidación)¹³.

En cualquier caso, se echa en falta una regulación más precisa de la materia. La sola remisión al “cauce” previsto para la impugnación de la homologación se antoja insuficiente y fuente, por tanto, de futuros problemas.

12 Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios..., *op. cit.*

13 El último que lo explica, con cita de esos autores, es GARCIMARTÍN, F. (2022). Derecho de preferencia y planes de reestructuración. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacendederecho.org/derecho-de-preferencia-y-planes-de-reestructuracion>: “Aunque no se reconoce expresamente una salvaguarda equivalente a la prueba del interés superior de los acreedores, ésta encuentra fácil acomodo en la cláusula del interés social: sería contrario al interés social un acuerdo de junta que dejase a los socios en una situación económica peor de la que estarían en un supuesto de liquidación concursal”. En términos semejantes se expresa FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración, *op. cit.*: “La cuota que los socios hubieran de percibir en la liquidación en el marco de un procedimiento concursal alternativo eficiente (probablemente, liquidación con enajenación de unidades productivas) funciona como umbral individual de conservación del valor por los socios de suerte que, contrario sensu, no puede aprobarse/homologarse un plan que no les preserve dicho valor”. Las cosas, sin embargo, no parecen tan sencillas, porque el interés social puede reclamar o al menos justificar la adopción del acuerdo desde la perspectiva de la necesidad razonable de la sociedad aunque los socios disidentes se encuentren en esa posición. Y, además, cabe imaginar un supuesto, expresamente contemplado por la norma, en el que los socios no recibirán nada: “cuando el plan prevea una reducción del capital social a cero [...] y simultáneamente el aumento del capital”, caso en el que los socios no tendrán derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones o en la asunción de nuevas participaciones. Precisamente las dificultades para poder reputar abusivo por contrario al interés social un acuerdo de este tipo son puestas de manifiesto por IRIBARREN, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración..., *op. cit.*, pp. 118 y 119. Se tratará, así, de dar soluciones concretas a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso.

7.5. Tratamiento de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. La cuestión incidental de previo pronunciamiento

Según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, *"las impugnaciones del acuerdo de la junta se acumularán a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores, si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento"*¹⁴.

Esta especialidad contiene dos elementos. El primero establece una regla de acumulación legal de la acción o acciones de impugnación del acuerdo de la junta a la impugnación u oposición al plan por parte de los acreedores.

Cabe la duda de qué ocurriría si no se presentan impugnaciones u oposiciones al plan por los acreedores. ¿No habrá entonces posibilidad de que los socios impugnen el acuerdo de aprobación del plan por la junta? Esa es, sin duda, una opción¹⁵. Otra sería entender que, si no hay impugnación u oposición al plan, la acción de impugnación del acuerdo social de aprobación del plan podría considerarse y se sustanciaría por el cauce de la impugnación o la oposición a la homologación, aunque no, claro, conjuntamente con impugnaciones u oposiciones de otros acreedores. Podría entenderse, así, que lo que establece esa previsión es simplemente una regla de acumulación de la acción de impugnación del acuerdo social a la impugnación u oposición al plan, si las hubiese, sustanciándose, en tal caso, como cuestión incidental de previo pronunciamiento. Pero se trataría de una interpretación que no resulta de manera natural de la norma, porque esta no se pronuncia al respecto.

También conviene detenerse en lo que viene a continuación. Se dice que, no obstante esa acumulación, las impugnaciones (del acuerdo social de aprobación del plan) se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento. Es la segunda especialidad.

Parece que el legislador le ha cogido cierto gusto a utilizar la figura de la cuestión incidental de previo pronunciamiento en el ámbito de los procesos de impugnación de acuerdos sociales. Lo hizo en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (la "Ley 31/2014"), cuando en el artículo 204.3 *in fine* de la LSC estableció, respecto del tratamiento de determinados motivos de impugnación de acuerdos sociales¹⁶, que *"presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento"*. Y la misma remisión se hace ahora de nuevo, al regular la forma en que se ha de sustanciar la impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan, dentro del procedimiento de oposición o impugnación a la homologación del propio plan.

14 Por la propia naturaleza de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, no parece que tenga sentido plantearse siquiera la posibilidad de adoptar la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales a que se refiere el artículo 727.10.^a de la LEC.

15 Se decanta por ella, aunque con una voz crítica, de hecho, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2021). *El socio y los planes de reestructuración*. Madrid: Lefebvre.

16 La norma se refiere a los motivos de impugnación basados en (a) infracciones meramente procedimentales; (b) infracción del derecho de información; (c) participación en la reunión de personas no legitimadas; y (d) invalidez de uno o varios votos, o cómputo erróneo de los emitidos.

Así las cosas, en el caso de la tramitación de las solicitudes de homologación, sea con contradicción previa (oposición) o impugnación posterior, si el acuerdo de la junta de aprobación del plan es impugnado por alguno de los sujetos legalmente legitimados para ello, la impugnación se acumulará a las impugnaciones u oposiciones formuladas por los acreedores. Pero, aunque se tramitará todo conjuntamente por los cauces del incidente concursal, la impugnación del acuerdo de la junta habrá de resolverse antes y, además, siguiendo los trámites de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento reguladas en los artículos 387 y ss. la LEC. Parece que para el legislador, antes de entrar en la homologación, se ha de despejar la impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan de reestructuración.

Según el artículo 387 de la LEC, son cuestiones incidentales *"las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso"*. Y para el artículo 390 de la LEC son cuestiones incidentales de previo pronunciamiento las que *"supongan, por su propia naturaleza, un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios"*. La norma añade que, en tales casos *"se suspenderá el curso de las actuaciones hasta que aquéllas sean resueltas"*, previsión que se repite en el artículo 393.2 de la LEC. En cuanto a la sustanciación, el artículo 393.3 de la LEC dispone que *"el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado del escrito en que se plantee la cuestión a las demás partes, quienes podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días y, transcurrido este plazo, el Secretario, señalando día y hora, citará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales"*. Y el apartado 4 añade que *"formuladas las alegaciones y practicada, en su caso, la prueba que en la misma vista se admita, si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso"*.

Son varios los problemas o cuestiones que en este punto se suscitan, y seguramente los que se enuncian y tratan a continuación serán muchos menos de los que pondrá de manifiesto la aplicación práctica de estas previsiones.

Por de pronto, ha de tenerse en cuenta que, al disponer la Ley de Reforma que la tramitación se hará por los cauces de la cuestión incidental de previo pronunciamiento, la existencia de una demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración comportará la suspensión del curso de las actuaciones, es decir, la suspensión de la tramitación de la homologación. Aunque para la sustanciación del incidente se establecen unos pasos muy tasados y breves, el solo hecho de que exista esa suspensión puede ya suponer un inconveniente para una rápida resolución sobre la homologación. Será recomendable, pues, dar la mayor preferencia posible a la gestión procesal del incidente.

En cuanto a los detalles de la tramitación, cabe destacar que se dará traslado a las partes para contestación por escrito en un plazo de cinco días (frente a los veinte de la contestación a la demanda en el juicio ordinario). La Ley de Reforma habla de las partes, lo que ha de entenderse referido a las partes del proceso de impugnación de acuerdos sociales, es decir, el demandante y la sociedad demandada (además de quienes se hayan podido personar, en su caso, para defender la validez del acuerdo ex artículo 206.4 de la LSC o al amparo del artículo 13 de la LEC). No parece que se

esté queriendo hacer referencia a todas las partes del incidente en el que se esté ventilando la homologación.

No dejan aquí de presentarse problemas relativos a la coordinación entre la normativa societaria y la normativa concursal. Hay uno de orden procesal. Como antes se ha visto, para determinar si los motivos de impugnación de un acuerdo de junta contemplados en el artículo 204.3 de la LSC son de carácter esencial o determinante (es decir, si son motivos de impugnación que válidamente se pueden invocar como fundamento de la acción y, de acogerse, comportar su estimación) se han de seguir los trámites de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento. Esta previsión final del artículo 204.3 de la LSC ha dado lugar a todo tipo de interpretaciones y ha tenido que ser aplicada por los tribunales con un eminente sentido pragmático, que la hiciera compatible con una tramitación normal del procedimiento. Ello, en la práctica, ha determinado que la tramitación de ese tipo de cuestiones se haya visto diluida o integrada dentro de la sustanciación del procedimiento principal¹⁷. El hecho, sin embargo, es que en el caso de una acción de impugnación de un acuerdo social de aprobación de un plan de reestructuración, los incidentes de previo pronunciamiento pueden aparecer dos veces. Primero, si se alegan motivos de impugnación de los previstos en el artículo 204.3 de la LSC, en la previsión final de esta norma. Y, después, en todo caso, en la regla del artículo 631.2.5.^a del TRLC, que regula la forma en que se ha de ventilar la acción, dentro del proceso general relativo a la homologación del plan.

Pongamos un ejemplo. Piénsese en una demanda de impugnación del acuerdo de aprobación del plan en la que se alega infracción del derecho de información (motivo específico de impugnación previsto en la letra b del artículo 204.3 de la LSC). Para establecer si se está o no ante un motivo de carácter esencial o determinante de la impugnación, debería tramitarse una cuestión incidental de previo pronunciamiento que, a su vez, debería producirse dentro de la cuestión incidental de previo pronunciamiento a través de la cual, según el artículo 631.2.5.^a del TRLC, debería dirimirse la propia acción de impugnación. Las complicaciones procesales pueden ser de lo más variado. Y, desde luego, se antoja una situación poco compatible con la celeridad que debe regir la sustanciación de la homologación misma, que es, al fin y al cabo, lo verdaderamente importante desde la perspectiva de los intereses que se busca proteger. La situación se podría haber resuelto mejor con una regulación propia y completa, sin necesidad de una remisión genérica a una figura —la de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento de la LEC— que no está inicialmente concebida para tratar este tipo de problemas. En todo caso, cabe esperar de los tribunales, de nuevo, una aplicación pragmática y de sentido común que, respetando las garantías básicas de las partes, permita una tramitación razonable en términos de tiempo y pasos. Lo normal será, así, que si se invoca uno de los motivos de impugnación del artículo 204.3 de la LSC, el carácter esencial o determinante de los motivos se plantee, discuta y resuelva dentro del propio trámite dado a la acción de impugnación del acuerdo de aprobación.

La norma del TRLC no contiene una previsión específica respecto del régimen de recursos que sería aplicable a la resolución que, dentro del incidente general de homologación, se dicte respecto de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. Lo que hay es esa referencia a la cuestión incidental de previo pronunciamiento, que tiene también un régimen propio de recursos.

17 Vid. GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 201-206.

Veamos si ese régimen encaja o no dentro de la regulación general del proceso de homologación de un plan de reestructuración.

Según el artículo 393.5 LEC, *"cuando la cuestión se resuelva por medio de auto, si éste acordare poner fin al proceso, cabrá recurso de apelación, y si decidiere su continuación, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva"*. En el caso de las cuestiones incidentales, cuando son de previo pronunciamiento, como es el caso, su resolución ha de adoptar la forma de auto: *"Si la cuestión fuere de previo pronunciamiento, se dictará, en el plazo de diez días, auto resolviendo la cuestión y disponiendo lo que sea procedente respecto a la continuación del proceso"* (artículo 393.4 de la LEC).

Caben, en principio, dos opciones: que el auto estime o desestime la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan.

Si el auto desestima la acción, lo normal será que se decida la continuación del trámite general de homologación del plan de reestructuración, de manera que esa decisión será impugnabile, en su caso, a través del mismo régimen de recursos de la resolución sobre la homologación misma. Como antes se ha visto, si la homologación se tramita sin oposición previa, el auto de homologación será susceptible de impugnación ante la audiencia provincial y será en ese recurso, por tanto, en el que podrá impugnarse también el auto desestimatorio de la acción de impugnación del acuerdo social de aprobación del plan. En cambio, si ha habido contradicción previa a través del trámite de oposición, el auto de homologación no es susceptible de recurso. La pregunta que entonces cabe hacerse es si en ese supuesto el auto desestimatorio de la acción de impugnación del acuerdo societario tendría el mismo tratamiento y, por tanto, no sería recurrible; o si, en cambio, existe o debería existir algún remedio de impugnación. No parece, sin embargo, que ese sea el caso. El auto desestimatorio de la cuestión incidental de previo pronunciamiento tiene como lógica consecuencia la continuación del proceso. No es susceptible de recurso, *"sin perjuicio de que la parte perjudicada pueda impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva"*. Pero si esa posibilidad no existe porque el legislador ha dispuesto que la resolución definitiva no sea recurrible, esa misma consecuencia habrá de aplicarse al auto resolutorio de la cuestión incidental, sin que haya lugar a habilitar un remedio impugnatorio específico en este caso. Además, es razonable que así sea, porque si el auto de homologación no es susceptible de recurso, el mismo criterio ha de seguirse respecto de la decisión relativa a la impugnación del acuerdo societario, que el legislador ha considerado como esencialmente vinculada a la homologación.

Más problemas puede haber si el auto es estimatorio de la acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan. Con carácter general, la consecuencia directa de una resolución estimatoria de una acción de impugnación es la anulación del acuerdo societario de aprobación del plan. Nos encontraremos, así, con una resolución que deja sin efecto ese acuerdo, con carácter previo a la tramitación del incidente de homologación. ¿Puede seguir adelante en tales casos el proceso de homologación? Si ha habido un acuerdo de junta de aprobación del plan, es porque ese acuerdo era necesario para la propia viabilidad y existencia del plan de reestructuración. En tal situación, podría entenderse que la resolución impide la tramitación del procedimiento y que entraría en juego la previsión del artículo 393.5 de la LEC, según el cual el auto, cuando acuerda poner fin al proceso, es recurrible en apelación. No se oculta que ello sería una verdadera carga de profundidad contra la homologación judicial del plan de reestructuración y, en definitiva, contra el propio plan.

Cabe añadir otra posibilidad, acaso más sencilla que la anterior. Como ahora se verá, según el artículo 661.1 del TRLC, *"la sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios"*. Podría plantearse que el auto estimatorio de la acción de impugnación del acuerdo societario de aprobación del plan ha de recibir el mismo tratamiento que una sentencia estimatoria de la impugnación a la homologación procedente de los socios disidentes e impugnantes, de manera que su única consecuencia sea la no extensión a estos de los efectos del plan, sin que, por tanto, se vea afectada la validez del acuerdo mismo de aprobación del plan por la junta. De nuevo, se estaría ante una lectura que, aunque no resulta de forma natural de la norma, puede presentarse como una solución razonable que acaben adoptando los tribunales. Veremos qué sucede cuando se plantee el problema.

En definitiva, en cualquier caso, el hecho de la utilización del cauce de la cuestión incidental de previo pronunciamiento puede dar lugar a problemas prácticos de relevancia que se podrían haber evitado con una regulación concreta y precisa de los pasos en que se ha de producir la sustanciación de una acción de impugnación del acuerdo de aprobación del plan de reestructuración, incluido el régimen de recursos y sus consecuencias dentro del proceso de homologación.

8. El rechazo del plan por los socios. Extensión del plan

8.1. Rechazo del plan

El plan de reestructuración puede ser aprobado o rechazado por los socios reunidos en junta. Será aprobado si se alcanza la mayoría legal ordinaria a que se refiere el artículo 631.2.4.^a del TRLC. No lo será si esa mayoría no se alcanza. Lo que habrá entonces es un acuerdo de rechazo del plan¹⁸. Existe, además, un supuesto de rechazo tácito: como dispone el artículo 631.2.2.^a del TRLC en su párrafo tercero, antes mencionado, *"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"*.

¹⁸ La decisión de rechazo del plan puede encuadrarse en la categoría de los denominados acuerdos negativos. Vid., sobre esta cuestión, GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales..., *op. cit.*, pp. 187-188. El problema que este tipo de decisiones plantea es, a su vez, el de si son o no susceptibles de impugnación autónoma a través del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Es un problema de tipo general, no exclusivo del supuesto ahora analizado. Respecto de este último, parece que el legislador ha optado por no permitir la impugnación de la decisión de rechazo del plan de reestructuración. Por un lado, el artículo 631.2.4.^a del TRLC solo se refiere al *"acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración"*. Por otro, como se verá, el artículo 656 del TRLC contempla un supuesto específico de impugnación del auto de homologación del plan para los casos en que no haya sido aprobado por los socios en la junta general.

8.2. Homologación judicial del plan de reestructuración en caso de rechazo por los socios. Consecuencias y efectos prácticos. Arrastre de los socios disidentes

La decisión sobre la aprobación o rechazo del plan ha de conectarse con los preceptos relativos a la exigencia de homologación judicial del plan de reestructuración. El artículo 635 del TRLC dispone que la homologación judicial del plan será necesaria *"cuando se pretenda extender sus efectos a acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica"* (regla 1.^a). Más adelante, el artículo 640.2 del TRLC establece que *"si el deudor fuera 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"*. Quiere ello decir que la homologación del plan de reestructuración, para las sociedades en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales¹⁹, con carácter general y a salvo del supuesto específico de los artículos 682 a 684 del TRLC, solo requerirá la aprobación por los socios si el plan contiene medidas que requieran su acuerdo y la sociedad está en situación de probabilidad de insolvencia. No, si lo está en situación de insolvencia inminente o actual.

El procedimiento de homologación, por lo que ahora importa, termina, si todo va bien, con el auto de homologación. Como indica el artículo 649 del TRLC, una vez homologado, los efectos del plan de reestructuración se extienden inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme.

Se establece así, en caso de homologación judicial, el denominado "efecto arrastre" o de extensión de los efectos del plan a los socios que no lo hayan aprobado.

La consecuencia práctica de ese efecto se contempla en el artículo 650.2 del TRLC, que regula los actos de ejecución del plan homologado y dispone 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, tendrá las facultades precisas para llevar a cabo los actos necesarios para su ejecución, así como para las modificaciones estatutarias que sean precisas. En estos casos, el auto de homologación será título suficiente para la inscripción en el Registro mercantil de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración"*.

Como puede comprobarse, las referencias al efecto arrastre de los denominados planes no consensuales lo son a los socios del deudor. Esto ha llevado a algunos operadores a cuestionarse si, en los planes no consensuales, sus efectos no se extienden al propio deudor si este no ha firmado el plan.

¹⁹ Son casos como los de las sociedades civiles o colectivas.

Es esta, sin embargo, una posibilidad que debe descartarse de plano. La esencia del efecto arrastre es la extensión del plan al deudor y a sus socios, cuando, en este último caso, entre las medidas del plan se incluye una o varias que requieren de la decisión de los socios reunidos en junta general según la normativa societaria general. No en vano ya no se habla de acuerdos de refinanciación, sino de planes de reestructuración. Si el plan es consensual, la participación del deudor estará en todas las fases del proceso, incluido el instrumento público en el que se formalice según lo previsto en el artículo 634 del TRLC. También, en el correspondiente acuerdo societario en el que, con el voto a favor de los socios, se tome la decisión que sea de su competencia. Ese acuerdo no solo reflejará la voluntad de los socios reunidos en junta, también la de la propia sociedad deudora, pues un acuerdo de junta no deja de ser una decisión directa de la sociedad expresada a través del órgano competente para ello.

Si el plan no es consensual, será firmado por quienes lo hayan suscrito, sin, por tanto, concurso del deudor. Pero el auto de homologación judicial suplirá en este caso la voluntad del deudor y producirá el efecto de la modificación de las relaciones entre el deudor y sus acreedores en los términos contemplados en el propio plan.

Es cierto que el artículo 635.1.º del TRLC, al hacer referencia a los casos en los que resulta necesaria la homologación judicial del plan, alude expresamente a aquellos en que se persiga la extensión de sus efectos a *"acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan o a los socios del deudor persona jurídica"*, sin incluir una mención expresa al deudor.

Pero hay en la Ley múltiples referencias a la extensión del plan al deudor si necesidad de que este lo suscriba en caso de planes no consensuales. En primer lugar, el artículo 640 del TRLC dispone que si el deudor fuera persona natural, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este (apartado 1) y que, si fuera una persona jurídica, requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales (apartado 2). 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. Esto es evidencia de que la aprobación del deudor (al margen y con independencia de la voluntad de los socios) solo es precisa si el deudor es persona física o persona jurídica en la que haya socios personalmente responsables de las deudas sociales. No, por tanto, en el resto de los casos.

A ello cabe añadir que, para el supuesto especial de las empresas a que se refiere el artículo 682 del TRLC, el artículo 684.2 del TRLC dispone que la homologación solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. Y, como después veremos, para el caso de las denominadas microempresas, el artículo 698 establece respecto de los planes de continuación (el equivalente para ellas de los planes de reestructuración) que *"para su válida aprobación, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales deberán dar su consentimiento al plan propuesto por los acreedores"*. Quiere ello decir que, cuando el legislador ha considerado que era preciso el consentimiento del deudor al plan (de reestructuración o de continuación), así lo ha establecido de manera expresa. La consecuencia es que, salvo en esos supuestos, en los planes no consensuales no es preciso el consentimiento expreso del deudor para que el plan surta efectos frente a este.

Adicionalmente, lo confirma que, como se acaba de decir, según el artículo 649 del TRLC dispone *"una vez homologado, los efectos del plan de reestructuración se extienden inmediatamente a todos los créditos afectados, al propio deudor y, si fuera sociedad, a sus socios, aunque el auto no sea firme"*. No se distingue entre el deudor persona física y el deudor persona jurídica.

Y también deben tenerse en cuenta las previsiones según las cuales el auto de homologación será título suficiente para realizar las correspondientes inscripciones en registros públicos, como ocurre con la inscripción de las modificaciones estatutarias precisas en el Registro mercantil (artículo 650.2 del TRLC). También el auto de homologación sule en este caso la voluntad del deudor, que con arreglo a la normativa societaria general debería expresarse mediante acuerdo societario adoptado en junta general.

8.3. Impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por los socios

Como se ha explicado antes, el auto de homologación es susceptible de impugnación ante la audiencia provincial. En concreto, el artículo 656 del TRLC contempla un trámite expreso de impugnación para el caso del plan no aprobado por los socios. El trámite está reservado a los socios que hubieran votado en contra. Así lo dice el apartado 2: *"En el caso de que la aprobación del plan requiera acuerdo de los socios y estos no lo hayan aprobado, solo aquellos que hayan votado en contra tendrán legitimación para impugnarlo"*. Los motivos de impugnación aparecen tasados en el catálogo del artículo 656.1 del TRLC.

El primero es que el *"plan no cumpla los requisitos de contenido y de forma que se exigen en el capítulo IV de este título"* (punto 1.º). El segundo, *"que no haya sido aprobado de conformidad con lo previsto en el capítulo IV de este título"* (punto 2.º). El tercero, que *"el deudor no se encontrara en estado insolvencia actual o de insolvencia inminente"* (punto 3.º). El cuarto, *"que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo"* (punto 4.º). Y el quinto, *"que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos"* (punto 5.º).

Los dos primeros motivos —como puede verse— están establecidos con amplitud y permiten la impugnación del plan en caso de infracción, tanto por el plan mismo como por el procedimiento de su aprobación. En particular, podrán hacerse valer eventuales infracciones de las *"especialidades"* establecidas en el artículo 631 del TRLC para la aprobación del plan por los socios. No hay, así, como se ha visto, una acción autónoma de impugnación de la decisión de rechazo del plan, pero esa decisión se puede cuestionar a través del incidente de impugnación del auto de homologación si en su adopción se ha infringido alguna de esas previsiones. Estos motivos son comunes a los establecidos por el artículo 654 del TRLC respecto de la impugnación por los acreedores.

El motivo tercero permite a los socios cuestionar que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente, porque son los casos en que se puede producir el efecto arrastre sobre los socios cuando el plan no ha sido aprobado por estos.

El motivo cuarto, también dispuesto como posible motivo de impugnación por los acreedores (artículo 654.4.º del TRLC), será el cauce a través del cual los socios podrán cuestionar la viabilidad del plan y su aptitud para permitir que la sociedad supere sus dificultades y evite el concurso.

Finalmente, los socios podrán impugnar el auto de homologación en el caso de que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones con un valor superior al importe de sus créditos. Se interpreta así que, en tal caso, se impondría a los socios una dilución desproporcionada e injustificada, porque si en el plan se contempla la conversión de créditos en derechos, acciones o participaciones, ha de serlo por un valor que se corresponda con el importe de sus créditos²⁰.

En realidad, los posibles motivos de impugnación (especialmente los dos últimos) están formulados con tanta amplitud que, en la práctica, permitirán a los socios que no aprobaron el plan introducir alegaciones similares a las que se podrían hacer en caso de aprobación del plan por los socios en la acción de impugnación del acuerdo de aprobación; en ese caso, más por el cauce de la invocación del interés social²¹.

Si el solicitante de la homologación interesa la apertura del trámite de contradicción previa a la homologación, los anteriores motivos de impugnación lo serán de oposición a la homologación (artículos 662 y ss. del TRLC).

Por último, es relevante destacar que, según contempla el artículo 661.1 del TRLC, *"la sentencia estimatoria de la impugnación declarará la no extensión de los efectos del plan únicamente frente a quien hubiera instado la impugnación, subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios. En este caso, si los efectos no se pueden revertir, el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios por parte del deudor"*. Y el apartado 2 añade que *"como excepción a lo previsto en el apartado anterior, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan"*. Se está, de nuevo, ante previsiones cuya aplicación práctica puede presentar no pocos problemas.

9. El régimen especial

El título V establece un régimen especial para determinados tipos de sociedades. Según el artículo 682 ese régimen se aplicará a *"las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, siempre que, de acuerdo con el balance del ejercicio anterior al que se haga la comunicación o se presente la solicitud de homologación, reúnan las circunstancias siguientes: 1.ª. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas. 2.ª. Que el volumen de negocios anual o balance general anual no supere los diez millones de euros"*. Las especialidades no serán aplicables cuando la sociedad

²⁰ El propósito, como dice entre otros GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-creedores..., *op. cit.*, es evitar *"que los acreedores vayan a recibir más de lo que les corresponde y por consiguiente, estén expropiando el valor residual al que tienen derecho los socios"*.

²¹ Una reflexión semejante se puede encontrar en GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-creedores..., *op. cit.*

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 del TRLC.

En cuanto se refiere al papel de los socios en el plan de reestructuración en este tipo de sociedades, la regla es muy diferente a la hasta ahora comentada. Según el artículo 684.2 del TRLC, la homologación solo podrá solicitarse si el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora lo hubieran aprobado. No hay aquí, por tanto, posibilidad de efecto arrastre.

10. Microempresas y plan de continuación

El libro tercero del TRLC, en lo que es también sin duda una de las grandes y más comentadas novedades de la Reforma, contiene una regulación del procedimiento especial para las denominadas microempresas. Por tales se entenderán, según el artículo 685.1, *"los deudores que sean personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional y que reúnan las siguientes características"*: *"1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores"*; y *"2.ª Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud"*.

Este procedimiento podrá tramitarse como procedimiento especial de continuación o de liquidación (apartado 5). En el primer caso, habrá de proponerse un plan de continuación, que es en realidad el equivalente al plan de reestructuración aplicable en el procedimiento ordinario. Su tramitación se regula en los artículos 697 y ss. del TRLC. En el primero se establece que el plan podrá ser presentado por el deudor o por los acreedores. En concreto, el contenido del plan de continuación se contempla en el artículo 697 ter. Su apartado 2 dispone que *"cuando el plan contuviera medidas de reestructuración operativa éstas deberán llevarse a cabo de acuerdo con las normas que les sean aplicables"*.

Por otro lado, respecto de la aprobación del plan por el deudor, el artículo 698 dispone que *"para su válida aprobación, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales deberán dar su consentimiento al plan propuesto por los acreedores. Cuando el plan contenga medidas que afecten a los derechos políticos o económicos de los socios de la sociedad deudora, se requerirá igualmente el acuerdo de éstos, siendo de aplicación lo previsto en el libro segundo para la adopción del acuerdo"*.

En consecuencia, en el caso de las microempresas, si el plan contiene medidas que afecten a los derechos políticos o económicos de los socios, será necesaria la aprobación por estos reunidos en junta mediante la adopción del correspondiente acuerdo societario, que habrá de adoptarse con las especialidades antes explicadas respecto del plan de reestructuración. No se contempla aquí el efecto arrastre en el caso de rechazo del plan por los socios, al igual que ocurre con el llamado régimen especial de los artículos 682 y 684 del Proyecto. En caso de aprobación por los socios, a los disidentes les quedará el cauce de impugnación del acuerdo favorable.

11. El socio en el procedimiento concursal. En particular, en el convenio

La Reforma ha introducido previsiones que excepcionan el régimen ordinario cuando en el convenio se contemplan determinadas medidas que requieren de la adopción del correspondiente acuerdo en junta. Esas previsiones afectan directamente al contenido de los derechos de los socios y, por tanto, son también de oportuno tratamiento en este comentario.

De un lado, tenemos el artículo 399 bis del TRLC, rubricado "*aumento del capital en ejecución de convenio*". La norma dispone en su apartado 1 que si el convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad deudora estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios. En la suscripción de las nuevas acciones o en la asunción de las nuevas participaciones los socios no tendrán derecho de preferencia.

En este caso, como puede comprobarse, al contar el convenio con la aprobación judicial, la competencia para la adopción del acuerdo de aumento de capital se desplaza de la junta a los administradores. Y, además, se aclara que los socios no tendrán derecho de preferencia²².

Desde la perspectiva del papel del socio, la medida es así mucho más severa en sede de convenio que en sede de plan de reestructuración. Ello no quita para que puedan plantearse problemas; por ejemplo, si en caso de que el órgano de administración sea un consejo, el acuerdo sería susceptible de impugnación. No se olvide que, como establece el artículo 251 de la LSC, "*los administradores podrán impugnar los acuerdos del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de treinta días desde su adopción. Igualmente podrán impugnar tales acuerdos los socios que representen un uno por ciento del capital social, en el plazo de treinta días desde que tuvieren conocimiento de los mismos y siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción*" (apartado 1); y que "*las causas de impugnación, su tramitación y efectos se regirán conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la junta general, con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración*" (apartado 2). No hay referencia alguna que permita o determine una excepción a la aplicabilidad de la normativa societaria en materia de impugnación de acuerdos sociales adoptados por el consejo en fase de ejecución de convenio, lo que puede conducir a entender que esa normativa resulta de aplicación en todo caso y que el acuerdo del consejo sobre el aumento

22 No se han tocado, sin embargo, los artículos 327 y 328 del TRLC, relativos a la propuesta de convenio de contenido alternativo con conversión de créditos en acciones o participaciones. El apartado 2 del artículo 328 del TRLC dice que "*para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales*". Esta previsión parece entrar en contradicción con la del artículo 399 bis del TRLC, salvo que se entienda que las dos opciones son posibles: sometimiento a la junta (sin mayorías reforzadas) o decisión directa de los administradores, sin necesidad de acuerdo en junta.

de capital contemplado en el convenio aprobado judicialmente es susceptible de impugnación, lógicamente, teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha adoptado²³.

Por otro lado, el artículo 399 bis del TRLC establece en su apartado 2 que, *"aunque los estatutos sociales contengan cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones, las nuevas que se emitan en ejecución del convenio serán libremente transmisibles por actos inter vivos hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil. Las nuevas participaciones sociales que se creen en ejecución del convenio serán libremente transmisibles hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el registro mercantil"*. Se persigue así facilitar la libre transmisibilidad de las nuevas acciones o participaciones (aunque la norma solo habla de participaciones) y, con ello, su circulación, como medida que puede hacer más atractiva la decisión de convertir créditos en acciones o participaciones.

Frente al texto del Anteproyecto, el Proyecto incluyó una previsión relativa a los casos en que el convenio contemple una modificación estructural. Supone también relevantes excepciones a las reglas generales contenidas en la LME. El artículo 399 ter del TRLC, relativo a la *"fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo en ejecución del convenio"*, dispone en su apartado 1 que, en el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo, los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición. El apartado 2 añade que la inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso será causa de conclusión del concurso de acreedores. Esta previsión afecta, en realidad, a los acreedores, no tanto a los socios o accionistas de la sociedad concursada, de manera que resultará de aplicación lo dispuesto en la LME cuando en el convenio se contemple la fusión, escisión o la cesión global de activo y pasivo.

12. Valoración final

Lo expuesto permite hacer una valoración final. El modelo seguido por el legislador, que se ha calificado de híbrido o intermedio, contiene relevantes excepciones a las normas y principios generales del ordenamiento societario cuando en un plan de reestructuración se contemplan, como es habitual, medidas que según esas normas generales requieren su aprobación por los socios mediante acuerdo de junta. La tensión entre la viabilidad del plan y, en definitiva, de la propia sociedad y el respeto íntegro a los derechos de los socios se resuelve, así, en favor del primer elemento de la balanza. Pero la solución se puede considerar razonablemente equilibrada, porque esos derechos se respetan en forma adecuada y se parte de la base de que se ha de contar con la opinión de los socios, aunque a estos, si se muestran en contra, se les pueda aplicar el denominado efecto arrastre (o extensión de los efectos del plan y su homologación), en determinados supuestos y siempre tras darles la oportunidad de impugnar u oponerse a la homologación. E incluso la aprobación de los socios se hace imprescindible en determinados casos (como ocurre en el llamado régimen especial o con el plan de continuación de las microempresas).

²³ De nuevo pongamos un ejemplo. Si se limita a la ejecución de un convenio aprobado judicialmente, no parece que, al menos desde una perspectiva teórica, pueda ser fácilmente impugnado por entenderse contrario al interés social. Otra cosa es el resto de los posibles motivos de impugnación que se puedan formular contra el acuerdo.

Lo anterior no obsta para que haya aspectos de la reforma que habrían sido susceptibles de mejora, principalmente en elementos que, según se ha expuesto, afectan a la regulación de la tramitación procesal de los planes de reestructuración, su homologación y los mecanismos de reacción de los socios. En todo caso, cabe esperar de los tribunales una aplicación pragmática y de sentido común que permita una tramitación razonable, con respeto a las garantías básicas de las partes.

Bibliografía

- COHEN BENCHETRIT, A. (2021). La posición del socio ante la reestructuración en el anteproyecto de reforma concursal. *La Ley Mercantil*, 86.
- DÍAZ MORENO, A. (2022). El papel de los socios de la sociedad de capital deudora en la aprobación y homologación de los planes de reestructuración. *GAP- Gómez-Acebo & Pombo*, abril 2022.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2014). El envilecimiento de la posición del socio en la capitalización preconcursal de créditos bajo el Real Decreto-ley 4/2014. *La Ley Mercantil*, 1.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). Propuestas de mejora de la transposición de la Directiva de reestructuración preventiva. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/propuestas-de-mejora-de-la-transposicion-de-la-directiva-de-reestructuracion-preventiva>.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2021). El derecho de preferencia en los aumentos de capital preconcursales. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-derecho-de-preferencia-en-los-aumentos-de-capital-preconcursales>.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. *La Ley Mercantil*, 88.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2022). Socios y planes de reestructuración. *Almacén de derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/socios-y-planes-de-reestructuracion>.
- GARCIMARTÍN, F. (2021). El conflicto socios-acreedores en la reestructuración preconcursal: 'recapitaliza o entrega'. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/el-conflicto-socios-acreedores-en-la-reestructuracion-preconcursal-recapitaliza-o-entrega>.
- GARCIMARTÍN, F. (2022). Derecho de preferencia y planes de reestructuración. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/derecho-de-preferencia-y-planes-de-reestructuracion>.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2016). ¿En qué supuestos podrá el socio negarse razonablemente a capitalizar su crédito en un acuerdo de refinanciación?; ¿Podrá un acreedor negarse a capitalizar su crédito en el convenio? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 37.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2019). Impugnación de acuerdos sociales y conflictos societarios. En E. ORTEGA BURGOS (dir.), *Tratado de conflictos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 183-269.
- IRIBARREN BLANCO, M. (2022). Los socios en los planes de reestructuración en la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 6, pp. 97-139.
- JUSTE MENCÍA, J. (2022). La junta de socios y los planes de reestructuración en el derecho proyectado. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 6, pp. 45-64.

PÉREZ MILLÁN, D. (2015). Los efectos de la sentencia de impugnación de aumentos de capital. En F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, I. FARRANDO MIGUEL y R. TENA ARREGUI (dirs.), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las sociedades de capital*. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, pp. 527-542.

PULGAR EZQUERRA, J. (2022). El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal. *El Notario del siglo XXI*, 104.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2021). *El socio y los planes de reestructuración*. Madrid: Lefebvre.

VILLENA CORTÉS, F. B. y NIETO DELGADO, C. (2014). Capitalización de deuda y calificación concursal tras el Real Decreto-Ley 4/2014. *Diario La Ley*, 8357, 18 de julio de 2014.