

**Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil  
2022/113**

**LA VERIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LOS PLANES DE  
REESTRUCTURACIÓN**

JOSÉ LUIS COLINO MEDIAVILLA  
Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

*XVIII Harvard-Complutense Seminar, Harvard Law School, 3, 4 y 5 de octubre de 2022.*

*Mesa redonda sobre *New Restructuring Frameworks in European Law**

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense.

Ciudad Universitaria s/n.

28040 Madrid

00 34 -913 94 54 93

[jicolino@ucm.es](mailto:jicolino@ucm.es)

*Documento depositado en el archivo institucional *EPrints Complutense**

<http://www.ucm.es/eprints>

# LA VERIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN<sup>1</sup>

José Luis Colino Mediavilla

## I. EL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA REESTRUCTURACIÓN TEMPRANA.

Considerando la duración del procedimiento concursal y con la finalidad de establecer un cauce eficaz y eficiente para el arreglo de las dificultades financieras de un empresario cuando la actividad es viable, la Ley 16/2022<sup>2</sup> ha configurado los planes de reestructuración temprana como un procedimiento previo al procedimiento concursal (Derecho preconcursal), flexible (poco procedimental) y rápido, con intervención judicial mínima y a posteriori respecto a la negociación y aprobación del plan, para homologarlo y, en su caso, resolver oposiciones o impugnaciones<sup>3</sup>.

Los planes de reestructuración son, por lo tanto, esencialmente contractuales, apoyándose principalmente en la voluntad mayoritaria de los acreedores dentro de cada clase de créditos y en la posibilidad de que las clases disidentes y los socios sean arrastrados (vinculados forzosamente por el plan) cuando se cumplan determinados requisitos y salvaguardas, que se controlan por el juez en la confirmación (homologación) del plan y, en su caso, en la oposición al mismo o en su impugnación.

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el *XVIII Harvard-Complutense Seminar*, el día 3 de octubre de 2022 en la *Harvard Law School*. Agradezco mi participación al Real Colegio Complutense, a la *Harvard Law School*, al Banco de Santander, a la Fundación Ramón Areces, al Colegio de Registradores Mercantiles y de la Propiedad y al Colegio Notarial de Madrid, así como a los Profesores Juan Sánchez-Calero, Mónica Fuentes e Isabel Fernández por su labor organizativa. También quiero agradecer, junto a las observaciones de que me beneficié en el marco del seminario, las sugerencias realizadas por el profesor José Carlos González Vázquez a la vista de un primer borrador.

Dedico este trabajo a Jennifer Allison (biblioteca de la *Harvard Law School*), por su amabilidad.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Apartados I y III del Preámbulo de la Ley 16/2022.

La reestructuración temprana requiere que los planes de reestructuración se puedan aplicar cuando las dificultades financieras del empresario no son tan graves como las que constituyen el presupuesto objetivo para aplicar el procedimiento concursal<sup>4</sup>. La Directiva 2019/1023 se refiere a ese estado de dificultades financieras con la expresión probabilidad de insolvencia, a definir por cada Estado<sup>5</sup>.

En España, el presupuesto objetivo del procedimiento concursal es la insolvencia, pero el deudor puede solicitar la aplicación del procedimiento 3 meses antes de encontrarse en estado de insolvencia (insolvencia inminente)<sup>6</sup>. Por esto, la anticipación del presupuesto objetivo de los planes de reestructuración se ha realizado permitiendo que puedan aplicarse en caso de probabilidad de insolvencia, 2 años antes de que el deudor se encuentre en estado de insolvencia (impedir llegar a la insolvencia), pero también cuando el deudor se halle en estado de insolvencia inminente o insolvencia actual (superar la insolvencia)<sup>7</sup>.

## II. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA VERIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LOS PLANES DE REESTRUCTURACIÓN.

El procedimiento puede comenzar con la comunicación por el deudor al juzgado de que está negociando o va a iniciar inmediatamente negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración (no es obligatorio que haga la comunicación; los acreedores no pueden hacerla). Esta comunicación de apertura de negociaciones

---

<sup>4</sup> Considerando 24 de la Directiva 2019/1023.

<sup>5</sup> Arts. 1.1 a), 2.2 y 4.1, y considerando 24. No obstante, la versión española utiliza la expresión «insolvencia inminente».

Sobre las opciones que permite la Directiva 2019/1023, vid. PULGAR EZQUERRA, J., «Gobierno corporativo y reestructuración preventiva: la Directiva UE 2019/1023», en *El gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dir. Pulgar Ezquerra, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 74-78; GARRIDO, J.; DELONG, CH.; RASEKH, A.; ROSHA, A., «Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive», *IMF working paper*, 21/152, 2021, pp. 10-12, disponible en:

<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2021/05/27/Restructuring-and-Insolvency-in-Europe-Policy-Options-in-the-Implementation-of-the-EU-50235>

<sup>6</sup> Art. 2 de la Ley concursal (LC).

<sup>7</sup> Art. 584 de la LC y apartado I del Preámbulo de la Ley 16/2022.

Vid. MUÑOZ GARCÍA, A., «Situaciones próximas a la insolvencia y viabilidad empresarial», en *El gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia*, dir. Pulgar Ezquerra, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, pp. 169-202; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La probabilidad de insolvencia» <https://almacenederecho.org/la-probabilidad-de-insolvencia> (9 de junio de 2021); GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., «La declaración de concurso», en *Manual de Derecho Concursal*, dir. Pulgar Ezquerra, 4ª ed., Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2022, en prensa.

requiere que el deudor se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual y que indique en la comunicación el estado en que se encuentra<sup>8</sup>.

Sin embargo, se establece expresamente que la resolución teniendo por efectuada la comunicación, que produce automáticamente efectos tan relevantes como la suspensión temporal de la posibilidad de resolver o terminar anticipadamente contratos por incumplimientos anteriores a la comunicación y la suspensión temporal de ejecuciones, «se dictará sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado»<sup>9</sup>.

El apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022 dice que «*se introducen medidas para evitar conductas abusivas*», que consisten en la posibilidad de que cualquier acreedor o una contraparte contractual interponga recurso de revisión contra la resolución que tiene por realizada la comunicación, que podrá basarse en que el deudor ya había presentado otra comunicación en el año anterior, en que los bienes o derechos contra los que se siguen ejecuciones o frente a los que se van a iniciar, o el contrato respecto al que se suspenda la posibilidad de resolución o terminación anticipada por incumplimientos anteriores, no son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor, o en que los efectos de la comunicación no deben extenderse a determinadas garantías otorgadas por terceros<sup>10</sup>.

No hay, pues, verificación del presupuesto objetivo cuando el procedimiento se inicia por el deudor mediante la comunicación de inicio de negociaciones.

La existencia del presupuesto objetivo de los planes de reestructuración vuelve a ser exigida para su homologación judicial<sup>11</sup>, pero si el plan contiene medidas que requieren el acuerdo aprobatorio de los socios (junta general)<sup>12</sup> y no se obtiene, solo

---

<sup>8</sup> Arts. 585 y 586.1.1º de la LC y apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022.

<sup>9</sup> Art. 588.3 de la LC.

<sup>10</sup> Arts. 590.3 y 598.2 de la LC.

<sup>11</sup> Arts. 636 y 638.1º de la LC y apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022.

<sup>12</sup> Art. 631 de la LC.

puede aprobarse y homologarse si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia inminente o actual<sup>13</sup>.

Sin embargo, no se exige que con la solicitud de homologación se acredite el estado en que encuentra el deudor<sup>14</sup> y se establece que *«salvo que de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos..., el juez homologará el plan de reestructuración»*<sup>15</sup>.

El apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022 explica que, de acuerdo con el principio de intervención judicial mínima y el diseño de un procedimiento ágil y rápido, el control inicial del juez es muy limitado, descansando el sistema sobre el principio mayoritario: *«el mejor indicio de la razonabilidad del plan de reestructuración, incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la viabilidad de la empresa deudora, es que una mayoría cualificada de acreedores está dispuesta a asumir el sacrificio que el plan comporta. El juez ha de verificar que se cumplen los presupuestos legales y este control lo hace exclusivamente a partir de la documentación presentada...»*.

La necesidad del plan a que se refiere el Preámbulo de la Ley 16/2022 consiste en la existencia de su presupuesto objetivo, que se entiende innecesario acreditar específicamente, considerándose suficiente para darlo por existente que una mayoría cualificada de acreedores haya aprobado el plan y limitando el control del juez al contenido de la documentación presentada. Si esta documentación no se refiere al presupuesto objetivo, no es posible que el juez verifique su existencia.

Así las cosas, la verificación del presupuesto objetivo de los planes de reestructuración se remite al momento de la oposición al plan o de su impugnación, en el que los legitimados podrán alegar y probar, por los trámites del incidente concursal, que el deudor no se encuentra, según los casos, en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, lo que, caso de obtener

---

<sup>13</sup> Art. 640.2 de la LC y apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022.

<sup>14</sup> Art. 643 de la LC.

<sup>15</sup> Art. 647.1 de la LC. Para la documentación a presentar, véanse los arts. 634, 643, 672 y 679 de la LC.

sentencia favorable, impedirá que los efectos del plan se extiendan a los que se han opuesto al plan o lo han impugnado<sup>16</sup>.

### **III. REFLEXIONES CRÍTICAS Y PROPUESTAS.**

La importancia del presupuesto objetivo como elemento del sistema que marca el paso del régimen general (obligaciones y contratos, sociedades) al régimen especial de los planes de reestructuración, con sus importantes efectos sobre acreedores y terceros, es clara<sup>17</sup>. Tal importancia requiere que la regulación no se limite a exigir el presupuesto objetivo, debiéndose establecer también un control o verificación suficiente de su existencia, equilibrando la necesaria flexibilidad procedimental y la protección de los intereses afectados. La valoración de la regulación de la LC requiere diferenciar supuestos en función de quién inicia el procedimiento de reestructuración, el deudor o los acreedores.

La regulación del supuesto en que el deudor inicia el procedimiento mediante la comunicación de apertura de negociaciones no parece totalmente correcta. Es verdad que no cabe esperar muchos supuestos en los que un deudor realice tal comunicación sin encontrarse, al menos, en estado de probabilidad de insolvencia, por lo que no merece la pena sacrificar flexibilidad, rapidez y abaratamiento procedimental mediante la exigencia de que el deudor acredite su estado para iniciar el procedimiento<sup>18</sup>.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la comunicación de apertura de negociaciones no afecta a las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio y los graves efectos que acarrea sobre acreedores y contrapartes contractuales, principalmente la suspensión temporal de la posibilidad de resolver o terminar anticipadamente contratos por incumplimientos anteriores a la comunicación y la suspensión temporal de ejecuciones, parece necesario algún mecanismo que, como cierre del sistema en casos de abuso que no serán frecuentes, permita evitar que un

---

<sup>16</sup> Arts. 654, 655.1, 656, 658, 662 y 663 de la LC y apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022.

<sup>17</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, cit.

<sup>18</sup> Vid. PAULUS, CH. G. and ZENKER, W., «Timely identifying and addressing the crisis», en *Best Practices in European Restructuring. Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, Stanghellini-Mokal-Paulus-Tirado, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 3 y 4; TOLLENAAR, N., *Pre-insolvency proceedings. A normative foundation and framework*, Oxford University Press, 2019, pp. 118 y 213. La Section 301 US Bankruptcy Code no exige acreditación alguna al deudor para iniciar la reestructuración.

deudor que no se encuentre ni siquiera en estado de probabilidad de insolvencia pueda acogerse a los efectos y régimen del procedimiento de reestructuración preventiva.

No parece que las medidas para evitar conductas abusivas a que se refiere el apartado III del Preámbulo de la Ley 16/2022 y que regulan los arts. 590.3 y 598.2 de la LC sean suficientes para tal fin.

Se echa de menos una norma que, realizada por el deudor la comunicación de apertura de las negociaciones, permita que una mayoría del pasivo pueda solicitar a la autoridad judicial bien la verificación de la existencia del presupuesto objetivo, bien que el procedimiento no siga adelante, dejando claro desde el primer momento que no apoyan la posibilidad de un plan de reestructuración<sup>19</sup>. Así se hace en relación con la prórroga de los efectos de la comunicación<sup>20</sup>.

La segunda opción parece más eficiente, porque es menos agresiva con la flexibilidad, rapidez y abaratamiento procedimental, no impidiendo el acceso fácil al procedimiento por el deudor y siendo suficiente para la salvaguarda de los intereses de los acreedores con el carácter excepcional de cierre del sistema antes señalado.

También parece que hay margen de mejora en el supuesto en que sean los acreedores quienes inicien el procedimiento de reestructuración. Aunque los acreedores no pueden comunicar la apertura de negociaciones, sí pueden presentar un plan para su negociación sin contar con la voluntad del deudor, lo que puede paralizar la solicitud de concurso voluntario por el deudor y conducir a la aprobación y homologación de un plan contra su voluntad y la de sus socios, salvo en las pequeñas y medianas empresas<sup>21</sup>.

En este supuesto, dado que los acreedores inician el procedimiento de reestructuración, consiguiendo la aplicación de sus efectos y régimen, sin contar con la voluntad del deudor, no convence la posposición de la verificación del presupuesto objetivo hasta la impugnación u oposición al plan homologado. Debería exigirse a los acreedores que, bien para instar la suspensión de la solicitud de concurso voluntario por

---

<sup>19</sup> Vid. PAULUS, CH. G. and ZENKER, W., cit., pp. 3 y 4.

<sup>20</sup> Arts. 607 y 608 de la LC.

<sup>21</sup> Arts. 637, 638, 639, 640 y 684.2 de la LC.

el deudor<sup>22</sup>, bien para homologar el plan<sup>23</sup>, acrediten el estado de insolvencia actual, o al menos inminente, del deudor probando alguno de los hechos reveladores establecidos por el art. 2.4 de la LC u otros hechos desencadenantes que justifiquen la apertura del procedimiento de reestructuración y la aplicación de sus efectos y régimen<sup>24</sup>.

Esta exigencia parece equilibrada. Por un lado, porque no reduciría excesivamente la flexibilidad del procedimiento ni dificultaría el acceso al mismo por los acreedores, ya que los *covenants* financieros les permiten adelantar temporalmente la situación de insolvencia<sup>25</sup> y acreditarla con facilidad. Por otro lado, porque anticiparía y aumentaría la protección del deudor, que no quedaría impedido de solicitar el concurso voluntario sin suficiente justificación ni, en su caso, tendría que soportar ni la actual posposición de la defensa de la inexistencia de insolvencia actual o inminente al momento de la oposición o impugnación de un plan ya homologado que produce efectos pese a la impugnación<sup>26</sup>, ni la carga de probar esa inexistencia de insolvencia actual o inminente.

---

<sup>22</sup> Art. 637 de la LC.

<sup>23</sup> Art. 638 de la LC.

<sup>24</sup> Exigir que cuando los acreedores inicien el procedimiento de reestructuración acrediten el estado de insolvencia del deudor es lo más frecuente, así PAULUS, CH. G. and ZENKER, W., cit., p. 4; TOLLENAAR, N., cit., pp. 118, 214 y 215; Section 303 (h) (1) US Bankruptcy Code.

<sup>25</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., cit.

<sup>26</sup> Art. 660 de la LC.