

EL CRÉDITO AFECTADO EN EL PLAN DE REESTRUCTURACION. EL PROBLEMA DEL CRÉDITO SOMETIDO A EXTINCION SIN CONTRAPRESTACION Y SU CAPACIDAD PARA FORMAR PARTE DE UNA CLASE Y DISPONER DE DERECHO DE VOTO. A PROPOSITO DEL ASUNTO XELDIST CONGELADOS, S.L.U.

THE AFFECTED CREDIT IN THE RESTRUCTURING PLAN. THE PROBLEM OF CREDIT SUBJECTED TO EXTINCTION WITHOUT COMPENSATION AND ITS ABILITY TO BE PART OF A CLASS AND HAVE THE RIGHT TO VOTE. REGARDING THE MATTER XELDIST CONGELADOS, S.L.U.

Pedro Rebollo Díaz
Abogado y Economista

RESUMEN: Los créditos que pueden quedar afectados por el plan de reestructuración son aquellos que sufran una modificación en sus términos o condiciones, se modifiquen o extingan sus garantías -personales o reales-, se produzca el cambio de deudor o se modifique la ley aplicable al crédito, con las excepciones y requisitos que se fijan en el art. 616 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, según la redacción dada por 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. Sin embargo, nada se regula en aquellos supuestos en los que el crédito afectado queda extinguido sin recibir el acreedor nada a cambio, es decir, por pura condonación o quita del 100%. En este trabajo, en el que se parte de un supuesto real, se pretende abordar esta cuestión y algunos de los problemas y consecuencias que supone en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Extinción, condonación, quita, crédito afectado, plan de reestructuración, test de resistencia, homologación, impugnación.

ABSTRACT: The credits that may be affected by the restructuring plan are those that undergo a modification in their terms or conditions, their guarantees – secured or unsecured - are modified or extinguished, a change of debtor occurs or the law applicable to the credit is modified, with the exceptions and requirements established in art. 616 of Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the consolidated text of the Bankruptcy Law, according to the wording given by Law 16/2022, of

September 5, reforming the consolidated text of the Bankruptcy Law, approved by Royal Legislative Decree 1/2020. However, nothing is regulated in those cases in which the affected credit is extinguished without the creditor receiving anything in return, that is, by pure forgiveness or 100% reduction. In this work, which is based on a real assumption, we aim to address this issue and some of the problems and consequences it entails in practice.

KEYWORDS: Extinction, forgiveness, removal, affected credit, restructuring plan, resistance test, approval, challenge.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 614 TRLC¹ presenta una de las escasas definiciones legales que se contienen a lo largo de su articulado. Estamos hablando de qué debe entenderse por un «plan de reestructuración». Fue introducido en nuestro país para dejar atrás el «acuerdo de refinanciación» y el «acuerdo extrajudicial de pagos»², como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, como instrumento de 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.

Así, el art. 614 del TRLC -bajo la rúbrica *concepto*- define el «plan de reestructuración» como: «*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*». Contiene un enunciado jurídico a modo de llamamiento a la supervivencia empresarial, pues con una definición francamente amplia y abierta, ofrece un paraguas para dar cabida cualquier tipo de operación de reestructuración empresarial. Así, por ejemplo, ya

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

² «Los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos son reemplazados por los planes de reestructuración, que quedan configurados como la única institución preconcursal, sin perjuicio de algunas especialidades (...)» CAMPUZANO, A. B., & SANJUAN y MUÑOZ, E, *Planes de reestructuración y cláusulas IPSO Facto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 241.

se podrá hablar de plan de reestructuración con «*cualquier cambio operativo necesario*», lo que quiera que eso pueda significar.

Sin embargo, la laxitud que muestra el legislador en el art. 614 TRLC no contiene una sombra excesivamente alargada, pues ya el art. 615 TRLC sienta el ámbito objetivo en torno a la extensión de los efectos que producirá el plan, delimitándolo en función de la extensión de sus efectos³. En lo que nos interesa, nos queremos centrar en el siguiente artículo, el 616 TRLC⁴, que recoge el concepto de «crédito afectado», y no en todo su contenido, sino en determinados párrafos -algunos hasta no de forma completa- para poner de manifiesto aquello que consideramos que queda fuera de la amplitud que el legislador ha querido dar en el art. 614 TRLC, pues una cosa es qué concepto o definición legal se le ha dado al «plan de reestructuración» y otra cosa muy diferente es qué condiciones debe reunir el crédito de un acreedor para que se le pueda atribuir el calificativo de «afectado» y, entonces, quedar sometido al plan de reestructuración, con los derechos que eso conlleva, entre los que se encuentra, el de voto.

Para abordar esta espinosa cuestión, hemos querido hacerlo tomando como referencia un caso real, de los primeros -si no el primero- planes de reestructuración que fueron aprobados por un Juzgado de lo Mercantil. Se trata de un plan de los denominados «no consensual», es decir, que no fue aprobado por todas las clases de acreedores que fueron formadas, cuestión sobre la que la Audiencia Provincial, al ventilar la impugnación del auto de homologación, ya advierte de la problemática que existe en torno a la formación

³ Art. 615. Ámbito objetivo: «1. Se someterán a este título los planes de reestructuración que prevean una extensión de sus efectos frente a: 1.º Acreedores o clases de acreedores titulares de créditos afectados que no hayan votado a favor del plan. 2.º Los socios de la persona jurídica cuando no hayan aprobado el plan. 2. Con independencia de que se prevea o no una extensión de los efectos del plan de reestructuración, también se someterán a este título los planes de reestructuración cuando los interesados pretendan proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan y los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente al régimen general de las acciones rescisorias, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero».

⁴ Artículo 616. Créditos afectados.

«1. A los efectos de este título, se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito. 2. Cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de reestructuración, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección. Los créditos futuros que nazcan de contratos de derivados que se mantengan en vigor no quedarán afectados por el plan de reestructuración. Los créditos de Derecho público podrán ser afectados, exclusivamente en la forma prevista en el artículo 616 bis, y únicamente cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º Que el deudor acredite, tanto en el momento de presentar la comunicación de apertura de negociaciones, como en el momento de solicitud de homologación judicial del plan, que se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la presentación en el juzgado de las correspondientes certificaciones emitidas por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social; 2.º Que los créditos tengan una antigüedad inferior a dos años, computados desde la fecha de su devengo de acuerdo con la normativa tributaria y de la Seguridad Social hasta la fecha de presentación en el juzgado de la comunicación de apertura de negociaciones. 3. Los créditos por repetición, subrogación o regreso quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal si así se establece en el plan de reestructuración. Si el crédito de repetición o regreso gozase de garantía real, será tratado como crédito garantizado».

de clases⁵. Se trata de un problema endógeno atribuible a todos los planes de reestructuración, pues el peso del voto de cada acreedor o grupo de acreedores (*rectius*, clase) no irá en función de la cuantía de su crédito. Sin embargo, no vamos a abordar los problemas o la picaresca gira en torno a la formación de clases para tratar de alcanzar mayorías, sino únicamente la cuestión del «crédito afectado» en la tramitación de un plan de reestructuración, desde la génesis en la formación de clase hasta el derecho a voto, cuestiones ambas anudadas, ya que no habrá clase formada de acreedores si no hay créditos afectados que puedan formar parte de ella.

La SAP de Pontevedra 179/2023, (ECLI:ES:APPO:2023:336) -aplicable al caso- menciona la similitud del plan de reestructuración con el convenio. Señala en concreto: «(...) respecto de un negocio jurídico de naturaleza jurídica compleja, como es el plan de reestructuración, con ciertas similitudes con la caracterización del convenio concursal (...)». Existiendo esa similitud, no diremos identidad de razón propiamente, destacamos someramente dos cuestiones que nos permiten poner en tela de juicio el nivel de similitud que la resolución judicial quiere dejar entrever. La primera es que, sostenemos que en la tramitación de un plan de reestructuración, el voto de un acreedor no va relacionado con la cuantía de su crédito. Eso es lo que pone de manifiesto la precitada sentencia: «como ocurre en el supuesto sometido a examen, la mayoría de clases no tiene que equivaler a la mayoría del pasivo afectado. Incluso generando resultados llamativos, como el ahora tratado, en el que el voto a favor de cinco clases, de las ocho formadas, supone solamente alrededor del 25% del pasivo afectado». No obstante, esto no ocurre en el convenio, tal como podemos observar en el art. 376 del TRLC, que fija las mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio y las vincula, siempre, al pasivo que representen los acreedores⁶, lo cual nos resulta más

⁵ SAP de Pontevedra nº 179/2023, de 10 de abril: «(...) Esta complejidad aumenta en el supuesto de los Planes no consensuales, en los que adquiere especial relevancia la formación de clases, pues para la aprobación de estos no prima la tradicional mayoría de capital o de importe de los créditos afectados, sino que, como ocurre en el supuesto sometido a examen, la mayoría de clases no tiene que equivaler a la mayoría del pasivo afectado. Incluso generando resultados llamativos, como el ahora tratado, en el que el voto a favor de cinco clases, de las ocho formadas, supone solamente alrededor del 25% del pasivo afectado. Máxime, cuando este plan no solo arrastra a los acreedores disidentes dentro de una clase (arrastre horizontal o intra-class cram-down), sino a clases enteras de acreedores que han votado en contra del plan (arrastre vertical o cross-class cram-down). 23.- Se hace primar así los intereses de clase frente a las mayorías de pasivo. Es suficiente para su homologación que haya sido aprobado por una mayoría de clases, entre las cuales al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general (...)».

⁶ Artículo 376. Mayorías necesarias para la aceptación de propuestas de convenio. «1. Cuando la propuesta de convenio consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento y el resto a su respectivo vencimiento, será necesario que el pasivo que representen los acreedores adheridos a la propuesta sea superior al pasivo de los acreedores que hubieran manifestado su oposición a la misma. 2. Cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, o esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, será necesario que el pasivo que representen los acreedores adheridos a la propuesta sea superior al cincuenta por ciento del pasivo ordinario. 3. Cuando la propuesta de convenio o alguna de las alternativas que contenga tuviera cualquier otro contenido, será necesario el sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario».

ecuánime, en la medida que si bien el efecto será lineal para los créditos ordinarios, por ejemplo, no tiene el mismo peso un crédito de un millón de euros a uno de mil euros. En segundo lugar, el art. 352.1 TRLC indica, en sede de convenio, que «*Los titulares de créditos subordinados no tendrán derecho de adhesión a la propuesta de convenio (...)*». Sin embargo, a pesar de no tener derecho a voto (*rectius*, adhesión) en la propuesta de convenio, los créditos subordinados son arrastrados por la eficacia de la sentencia que lo apruebe, tal como establece el art. 396.1 del TRLC. En cambio, en el plan de reestructuración, todas las clases de créditos afectados tendrán derecho de voto, tal como recoge el art. 628 TRLC⁷.

Lo que nos lleva a concluir que, de existir ciertas similitudes, tal como sostiene la Audiencia, no podrán ser de calado y no serán, en todo caso, en torno al derecho de voto ni en la base de cómputo del pasivo como pilares de construcción del plan, pues no guardan relación alguna con la forma en que el convenio lo concibe.

Bien podría haber clases de créditos -afectados- que no tuviesen derecho de voto, tal como sucede en el convenio, pero no es el escenario actual, pues el legislador ha optado porque todos los créditos afectados tengan derecho de voto y esta es precisamente la cuestión que, juntamente con el «crédito afectado», queremos abordar.

2. EXPOSICION DEL CASO

La compañía XELDIST CONGELADOS, S.L.U. (en adelante, «XELDIST») y 3 acreedores formalizaron un plan de reestructuración el cual quedó protocolizado ante Notario, tal como requiere el art. 634.1 TRLC⁸. El propósito era el de -literalmente- «*(...) modificar las condiciones de su pasivo, garantizar la viabilidad del negocio en el corto y medio plazo y evitar su concurso de acreedores*». A lo largo del documento la compañía realiza un recorrido expositivo sobre el cumplimiento formal del plan de reestructuración y, en lo que nos interesa, forma las diversas clases de acreedores al amparo de lo que fijan los artículos 622 y 623 del TRLC, atendiendo a la «*existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos*», cuestión sobre la que no entraremos, pero ponemos en duda los criterios

⁷ Artículo 628. Derecho de voto. «1. Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto. 2. En el caso de los créditos con garantía personal o real de tercero, la legitimación para ejercitar el derecho de voto corresponde al acreedor principal. Las relaciones entre el acreedor y el garante se regirán por los pactos que sobre el particular hubiesen establecido y, en su defecto, por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído».

⁸ Artículo 634. Formalización del plan de reestructuración. 1. El plan de reestructuración deberá ser formalizado en instrumento público por quienes lo hayan suscrito, en el que se incluirá la certificación del experto en la reestructuración, si estuviera nombrado, y en otro caso de auditor, sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan.

usados. Se forma una primera clase -de proveedores- a modo de cajón de sastre que engloba a todos los créditos no incluidos en otras clases y, además, aquellos que superen los mil euros de cuantía, para a continuación seguir formando las demás clases, entre las cuales existen diversas formadas por un único acreedor -unipersonales-, tales como «Frigalsa», «Factor Energía» o «Vinova». Es esta última la que merece toda nuestra atención.

La clase «Vinova» está formada por el titular de los créditos que están relacionados con el antiguo socio (la propia «Vinova») que presenta la particularidad que se le debe considerar persona especialmente relacionada a los efectos del art. 283 TRLC⁹ -futuro crédito subordinado, conforme dispone el art. 281.1.5º TRLC¹⁰-. Tras transitar por la justificación del plan, se expone que este deberá ser sometido a homologación al prever, por una parte, que la extensión de sus efectos alcanzará a acreedores que no hayan votado a favor del plan (art. 635.1º TRLC) y, por otra parte, la protección de la financiación interina, nueva financiación, y la cobertura frente a acciones rescisorias en el supuesto de posterior concurso¹¹. En cuanto al crédito de «Vinova» es de 223.022,06 € sobre un pasivo total de 12.583.363,32 €, es decir, representa un 1,78 %. Sin embargo, ya hemos advertido anteriormente cuando lo hemos comparado con el convenio, que la cuantía no es relevante en sede del plan de reestructuración.

⁹ Artículo 283. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. «1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. 4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. 2. No tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en esta ley, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición».

¹⁰ Artículo 281. Créditos subordinados. «1. Son créditos subordinados: (...) 5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos establecidos en esta ley».

¹¹ Artículo 635. Homologación judicial. «La homologación judicial del plan de reestructuración será necesaria en cualquiera de los siguientes casos: 1.º 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; 2.º Cuando se pretenda la resolución de contratos en interés de la reestructuración; 3.º Cuando se pretenda proteger la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este frente a acciones rescisorias en los términos previstos en este título, y reconocer a esa financiación las preferencias de cobro previstas en el libro primero».

Saltamos al Anexo 9 del plan de reestructuración, que contiene los «efectos del plan de reestructuración» y, en lo que se refiere a «Vinova», indica literalmente: «*La Clase «Vinova» es unipersonal. Contiene una única propuesta de pago, consistente en la quita del cien por cien (100%) de los créditos afectados, de modo que cualquier crédito pendiente de pago quedará automática y definitivamente extinguido (“Quita”) y no será exigible por el acreedor afectado*»¹².

Ante este escenario, por parte del Juzgado se admite a trámite la solicitud de homologación promovida por XELDIST mediante providencia de 30 de noviembre de 2022 y pocos días más tarde, el 2 de diciembre, se dicta auto número 189, por el que se dispone la homologación del plan de reestructuración.

Contra el auto de homologación se interpuso recurso de apelación en el que, por una parte, dos de los tres acreedores impugnantes alegaron la infracción de las normas relativas a la comunicación, contenido y forma que recoge el art. 655 del TRLC y que, en síntesis, se resumía en tres motivos: (i) el plan carecía de efectos jurídicos por no haber sido ratificado (ii) la inadecuación de aportar copia simple al juzgado para homologación (iii) la falta de la certificación del experto en la reestructuración sobre la suficiencia de las mayorías. Por otra parte, todos los acreedores apelantes alegaron como motivo de impugnación el previsto en el art. 655.2.3º TRLC: “*Que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango*”, ya que se les había aplicado una quita del 85% y espera de 6 años, cuando a los del “mismo rango” -proveedores- se les ofrecía la opción de (a) 50% de quita y espera de 6 años -con calendario de pagos- o (b) 20% de quita y espera de 5 años -con calendario de pagos conforme un rappel del 5% de ventas-. Este argumento es dado como válido por la Audiencia Provincial en la Sentencia 179/2023, de 10 de abril, que declara literalmente: “*Procede estimar la impugnación planteada por la representación procesal de NOVICAP LIMITED y FINANZAREL S.L., y de FINALBION SV S.A., contra el Auto de homologación dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, en el procedimiento de homologación judicial de plan de reestructuración núm. 491/2022, en el sentido de declarar la no extensión de los efectos del plan a los acreedores*”

¹² «Bajo el nombre condonación conoce nuestro Código Civil aquellos casos en los cuales el acreedor manifiesta su voluntad de extinguir en todo o en parte su derecho de crédito, sin recibir nada en pago, ni a cambio. En la condonación aparece claramente una liberación del deudor sin satisfacción del acreedor (...)». Díez Pícazo y Ponce de León, L, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 2008, p. 637.

impugnantes NOVICAP LIMITED, FINANZAREL S.L., y FINALBION SV S.A., subsistiendo los efectos de la homologación frente a los demás acreedores y socios”.

Así, como consecuencia de la estimación del recurso de apelación contra el auto de homologación del plan de reestructuración, se declara la no extensión de los efectos del plan, tal como señala el art. 661.1 TRLC y no se declara la ineficacia del plan que prevé el art. 661.2 TRLC¹³, por lo que el instrumento preconcursal siguió desplegando efectos, tal como dispone el art. 649 TRLC¹⁴.

Posteriormente, la compañía entró en concurso de acreedores, pero ese momento no es relevante a los efectos de lo que vamos a analizar en este trabajo.

3. LA EXTINCION SIN CONTRAPARTIDA DEL CRÉDITO COMO CAUSA DE EXCLUSION DEL PLAN DE REESTRUCTURACION.

Hemos dicho que El plan de XELDIST no se aprobó por todas las clases, que es uno de los planes denominados «no consensuales». Eso es lo que se deduce cuando el auto de homologación señala que *«De acuerdo con lo dispuesto en el art. 639.1 TRLC el plan de reestructuración ha sido suscrito por la mayoría de simple de clases, y consta aprobado por al menos una clase que, en caso de concurso, sería calificada como crédito privilegiado¹⁵»*. Al no haber sido aprobado por todas las clases, el *quorum* requerido era el de mayoría simple. El cómputo fue así: se formaron ocho clases de acreedores, atendiendo a los criterios del art. 623¹⁶ y ss del TRLC, de las cuales cinco votaron a favor, de forma que se alcanzó la mayoría simple que requiere el art. 639.1 del TRLC (5/8, un 62,5% de todas las clases formadas). Sin embargo, nos acercamos a la cuestión sumamente problemática de abordar si el crédito de «Vinova», que fue

¹³ Artículo 661. Efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación. «1. 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. 2. 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. 3. La sentencia no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe de acuerdo con la legislación hipotecaria».

¹⁴ Artículo 649. Eficacia del auto de homologación. «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».

¹⁵ La rúbrica del art. 639 del TRLC es del siguiente tenor literal: *«Requisitos para la homologación del plan de reestructuración no aprobado por todas las clases de acreedores»* y a continuación *«(...) también podrá ser homologado el plan de reestructuración que no haya sido aprobado por todas las clases de créditos si ha sido aprobado por: 1.º Una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general (...)»*.

¹⁶ *«La formación de clases debe atender a la existencia de un interés común a los integrantes de cada clase determinado conforme a criterios objetivos»*

extinguido sin contrapartida o quita del 100%, debería o no haber formado parte del *quorum* necesario para la aprobación del plan de reestructuración y, de no ser así, los efectos que produciría en torno al plan aprobado que, con matices, confirmó la Audiencia Provincial.

Tal como hemos adelantado, el art. 628.1 del TRLC señala que «*Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto*». Así pues, lo deja claro:

Si tu crédito puede quedar afectado por el plan, tienes derecho a voto.

Debemos abordar entonces, en lo que nos interesa, qué es y que no es un «crédito afectado», pues eso determinará si el acreedor titular de este tendrá o no el derecho a voto que le reconoce el precitado artículo y las consecuencias que puede tener en torno al castillo de naipes creado.

4. CONCEPTO DE CRÉDITO AFECTADO

La definición de «crédito afectado» la podemos localizar en el preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. De una forma bastante clara lo define en los siguientes términos: «*(...) Créditos afectados son aquellos que, de conformidad con el plan, vayan a sufrir una modificación¹⁷ de sus términos o condiciones, con independencia de que además se altere su valor real (...)*». De lo que se interpreta que es necesario que vaya a existir, en todo caso, una «*modificación*» de sus «*términos o condiciones*» para que un crédito pueda considerarse afectado.

Precisamente esto es lo que se desarrolla en el artículo 616 del TRLC: «*1. A los efectos de este título, se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito*». Como se puede apreciar y, en

¹⁷ Según el diccionario de la Real Academia Española el vocablo «modificar» significa «Transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características» <https://dle.rae.es/modificar> (última visita 11-10-2023)

lo que nos interesa, el legislador sólo habla de extinción cuando se refiere a las garantías, no a los créditos, pues concibe la modificación de sus términos o condiciones, o bien la conversión de estos en créditos participativos, subordinados, acciones o participaciones.

A continuación y con la finalidad de abordar qué ocurre con un crédito que va a ser sometido a extinción sin contraprestación, como el crédito de «Vinova», analizaremos la arquitectura de los ordinales 1º y 2º del artículo 616 TRLC, si bien con las exclusiones que se indican a continuación, en la medida en que únicamente nos interesa el presupuesto general de la «*modificación*». Excluimos, por tanto:

- (i) Conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales o cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito.
- (ii) Los créditos que se excluyen expresamente en el art. 616 TRLC, en concreto en el ordinal 2º (alimentos, responsabilidad civil extracontractual, etc.) y los del 616.bis, de naturaleza pública.

5. ANALISIS -PARCIAL- DE LA ARQUITECTURA DEL ART. 616 DEL TRLC.

5.1 Ordinal 1º del art. 616 TRLC.

En el ordinal 1º del art. 616 TRLC, se señala: «*1. A los efectos de este título [se refiere al título III, Plan de Reestructuración], se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la modificación del principal o los intereses, (...), la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito (...)*». Se recoge, como hemos anunciado, la intención del preámbulo mediante una definición general y, además, se añade que también serán *créditos afectados* aquellos cuyas garantías se modifiquen o se extingan, sin necesidad de que los términos o condiciones del crédito en sí, como el plazo, sufran modificación. Quizá una definición sinónima podría ser:

Los créditos sometidos a modificación de los términos o condiciones, así como la modificación o extinción de sus garantías, hará que se consideren afectados, a los efectos del título III.

Si lo anterior resulta ser cierto, quizá también lo sería el siguiente enunciado:

Únicamente podrán considerarse afectado los créditos, a los efectos del título III, cuando (a) se modifiquen sus términos o condiciones o (b) se modifiquen o extingan sus garantías.

Por tanto, si se da la premisa (a) o premisa (b), o ambas conjuntamente, el crédito podrá considerarse afectado. Claramente (b) se refiere a la extinción de las garantías del crédito, no al crédito en sí. La cuestión entonces es, si la extinción que pueda sufrir el crédito -sin contrapartida¹⁸- como consecuencia de su sumisión al plan que prevé una quita del 100% debe considerarse una modificación o no, a los efectos del art. 616.1 TRLC, ya que eso nos llevará a poder concluir si estamos, o no, frente a un *crédito afectado*.

Si se interpreta que al extinguirse el crédito sin contrapartida se están modificando sus términos o condiciones, tendrá la condición de «crédito afectado» y si se opta por interpretar que la extinción -sin contrapartida- no es una modificación, lo que a priori resulta semánticamente más correcto, no estaremos ante un «crédito afectado» y por tanto, carecerá de legitimación para formar parte de una clase y de la posibilidad de voto que otorga el art. 628 del TRLC. A lo anterior, abrimos una tercera vía, que es dejar el debate al margen en torno a modificación o extinción y que el crédito se considere afectado en todo caso, pero negarle el derecho a voto, o bien, que se le permitiera votar pero únicamente a los efectos de consentir la quita del 100%, pero fuera del *quorum* de aprobación del plan, lo cual implicaría una necesidad de reforma de la redacción del art. 628 TRLC, que actualmente asigna el derecho de voto a todos los *créditos afectados*.

En cualquier caso, se antoja complejo concebir que se puedan extinguir los términos y condiciones de un crédito y que este siga existiendo, pues un crédito implica necesariamente la necesidad de ser devuelto¹⁹. Extinguida la obligación²⁰, ya no habrá

¹⁸ Incidimos en -sin contrapartida- ya que el art. 616.1 TRLC prevé otros supuestos podríamos decir análogos a la modificación como la capitalización del crédito y no queremos abrir el debate de si el crédito al mutar a capital se extingue o se transforma, en todo caso, hay una contrapartida, hay “algo a cambio” y eso es lo que nos parece relevante a efectos de este trabajo.

¹⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, «crédito» se define como «Cantidad de dinero u otro medio de pago que una persona o entidad, especialmente bancaria, presta a otra bajo determinadas condiciones de devolución» <https://dle.rae.es/cr%C3%A9dito> (última visita 12-10-2023).

crédito. Por lo que deducimos que la previsión de extinción de los términos o condiciones del crédito hará que no se considere afectado, a los efectos del título III, pues únicamente cabe la modificación²¹.

Si partimos de la premisa de que no es posible extinguir -sí modificar, mutar o transformar o convertir- los términos o condiciones de un crédito y que éste siga existiendo de forma autónoma (sin precio, sin plazo, sin intereses, etc.) entonces consideramos que podría ser correcta esta afirmación:

La previsión de extinción de un crédito sin contraprestación hará que este no pueda quedar afectado a los efectos de lo previsto en el título III.

Consideramos, por tanto, que el anterior enunciando contradice la premisa (a) que se ha expuesto y es incompatible que un crédito que se vaya a extinguir sin contraprestación y pueda, a la vez, ser considerado «crédito afectado».

5.2 Ordinal 2º del art. 616 TRLC

El ordinal 2º señala: «*Cualquier crédito, incluidos los créditos contingentes y sometidos a condición, puede ser afectado por el plan de reestructuración, salvo los créditos de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección*»²². Resulta compatible pensar que el legislador se está refiriendo a la tipología de créditos, es decir, a la afectación por su naturaleza y que no está optando por el criterio «*modificación de los términos o condiciones*» de estos, como hacía en el ordinal 1º. Por tanto, introduce una regla general de afectación al plan de reestructuración a «*cualquier crédito*», para a continuación excepcionar mediante la enumeración de aquellos casos en los que los créditos no podrán ser afectados, situados a continuación de la palabra «*salvo*» en el enunciado jurídico, aun cuando se den las premisas (a) o (b), o ambas de forma conjunta, que se han indicado anteriormente.

²⁰ Artículo 1156 CC. «Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la donación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación».

²¹ También la conversión en capital, etc, los demás supuestos del art. 616 TRLC, que no analizamos.

²² No se analiza el resto del ordinal 2º en la medida en que no se considera relevante para la cuestión objeto de análisis, así quedan fuera supuestos como la capitalización de créditos, que se convierten en capital, no es un caso de donación.

Un enunciado similar, integrando el ordinal 1º y 2º del art. 616 TRLC -recordemos que, analizados parcialmente- podría ser²³:

Cualquier crédito que, como consecuencia del plan, vaya a sufrir una modificación de los términos, condiciones, así como la modificación o extinción de sus garantías, hará que se considere afectado a los efectos del título III.

No podrán ser afectados por el plan de reestructuración los créditos para los cuales se prevea la extinción sin contraprestación. Tampoco los de alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco o de matrimonio, los créditos derivados de responsabilidad civil extracontractual y los créditos derivados de relaciones laborales distintas de las del personal de alta dirección, aun cuando se modifiquen bien sus términos o condiciones, bien se modifiquen o extingan sus garantías²⁴.

6. LA INCLUSION INDEBIDA DE UN CRÉDITO NO AFECTADO COMO CAUSA DE INEFICACIA DEL PLAN O LA APLICACIÓN DEL «TEST DE RESISTENCIA». EL PROBLEMA DEL VOTO.

6.1. INTRODUCCION

Hemos concluido anteriormente que no podrán ser afectados por el plan de reestructuración los créditos para los que se prevea la extinción sin contraprestación, tal como es el caso de «Vino».

En este apartado vamos a abordar la cuestión de si el hecho de que se incluyese el crédito de «Vino» -que a su vez formada una clase unipersonal- es o no un motivo de declaración ineficacia del plan homologado. Para ello, partiremos de los mecanismos de validación de clases previos a la homologación que contiene el TRLC, los cuales no funcionaron en este supuesto de análisis, llegaremos al auto de homologación y finalizaremos con los posibles pronunciamientos de la sentencia estimatoria de la impugnación. También cuestionaremos el test de resistencia.

²³ No se está teniendo en cuenta el art. 616.1 *in fine* TRLC en lo que respecta a «(...) el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito» ni el art. 616.2 TRLC más allá de lo que se expone expresamente, por lo que el razonamiento queda incompleto. Sin embargo, lo sustancial que se quiere destacar es lo que gira en torno a la «no modificación» de los términos o condiciones del crédito.

²⁴ Faltaría incluir los créditos públicos, previstos en el art. 616 y 616.bis TRLC, pero al no ser aplicables al caso del que partimos, los dejamos fuera de análisis.

Vayamos, en primer lugar, a analizar la idoneidad de los escenarios previos que recoge el TRLC con finalidad depurativa de clases, tendente a evitar futuros incidentes con motivo en la formación de estas. Estos, se recogen en los arts. 625 y 662 del TRLC.

6.2. MECANISMOS PROCESALES PARA LA DEPURACION DE CLASES EN EL TRLC. ARTS. 625 Y 662.

El primer escenario partiría de la redacción del art. 625 TRLC²⁵. Permite a los acreedores solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación, siempre que representen más del 50% del pasivo que pudiera quedar afectado. Esto significa que, para expulsar al acreedor titular de un crédito afectado -que no es tal- se requiere algo más que una mayoría simple. Como hemos expuesto, para la homologación de un plan de reestructuración «no consensual» basta con la mayoría simple de las clases entre las que debe constar un acreedor privilegiado, en los términos del art. 639.1º TRLC. Sin embargo, el legislador ha querido reforzar esta mayoría para este escenario de validación previa como es la confirmación judicial facultativa de las clases de acreedores.

En efecto, si sacamos al deudor de la ecuación -pues siempre podrá pedir esta confirmación de clases- se va a requerir una mayoría considerable, pues únicamente ostentarán legitimación activa los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración, tal como recoge el art. 625 TRLC. Es decir, que un acreedor beligerante pudiera -con razón- sostener que el crédito de «Vinova» no es conforme a derecho, no va a poder tomar este cauce procesal para purgar las clases formadas si no alcanza esa mayoría necesaria.

En el caso de XELDIST, se requerirían acreedores que ostenten más de 6 millones de euros del pasivo para excluir y, por tanto, privar de voto a un crédito de poco más de 200 mil euros, que no representa más del 2% del pasivo, pero con una incidencia decisiva en la aprobación del plan que, como hemos dicho, se aprobó por mayoría simple (5/8). Con esto no se quiere criticar el mecanismo de validación previa que el legislador ha instaurado, sino simplemente poner de manifiesto que, para la finalidad que perseguiríamos, no resulta sencillo en cuanto a alcanzar un *quorum* suficiente de

²⁵ Artículo 625. Confirmación judicial facultativa de las clases de acreedores. «El deudor y los acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo que vaya a quedar afectado por el plan de reestructuración estarán legitimados para solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases con carácter previo a la solicitud de homologación del plan de reestructuración».

legitimados para depurar los eventuales errores -voluntarios o no- en la formación de clases. A lo anterior debemos introducir un matiz, pues el deudor también puede acudir a este procedimiento facultativo de confirmación de clases, pero en este caso partimos de un plan de reestructuración realizado por el deudor, así pues no parece que vaya a tener interés en ser quien tire la primera piedra.

De otro lado, tenemos una segunda vía. La redacción del art. 662 del TRLC, señala: «*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*». El art. 643.1 TRLC nos indica quien ostentará legitimación para solicitar la homologación del plan, y la «*(...) podrá ser presentada por el deudor o por cualquier acreedor afectado que lo haya suscrito (...)*», lo cual nos lleva a concluir que si es el propio deudor quien solicita la homologación, la legitimación activa para solicitar el procedimiento del art. 662 TRLC la va a tener este, y no un acreedor disidente que, habiendo suscrito el plan, verá una nueva oportunidad perdida para poder purgar las clases del plan que se haya realizado.

El enunciado jurídico que contiene el art. 662 TRLC establece, además, el carácter potestativo de la solicitud y quien ostentará la legitimación para oponerse -las partes afectadas-. No se deduce del precepto que el Juez deba realizar un control de legalidad de las clases formadas -en ese momento temporal- que son sometidas a un procedimiento voluntario de resolución de esta controversia ya que, de no haber oposición, no habrá lugar al incidente concursal²⁶ que se regula en el art. 663 TRLC²⁷. Por tanto, el juez deberá proceder con la tramitación de la homologación por el cauce legal previsto, verificando -ahora sí- la concurrencia de los requisitos formales y materiales que se contienen en los arts. 638 y 639 del TRLC, en función de si el plan ha sido aprobado o no por todas las clases de acreedores.

Como vemos, los dos mecanismos que hemos analizado no resultan idóneos para purgar las clases formadas de forma defectuosa, como sostenemos que sería la de «*Vinova*»,

²⁶ Cfr. Art. 663 TRLC “La oposición de las partes afectadas se tramitará por los cauces del incidente concursal” *a sensu contrario* entendemos que, no habrá tramitación por los cauces del incidente concursal si no hay oposición de las partes afectadas.

²⁷ Artículo 663. Especialidades. «La oposición de las partes afectadas se tramitará por los cauces del incidente concursal con las especialidades siguientes: 1.ª 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. 2.ª La legitimación y los motivos de la oposición se sujetarán a las normas previstas para la impugnación del plan en la sección 3.ª de este capítulo, incluyendo la falta de competencia internacional o territorial. 3.ª Todas las oposiciones, incluidas las fundadas en la falta de competencia judicial, se tramitarán conjuntamente, y se dará traslado de todas ellas al solicitante de la homologación para que, en un plazo común de quince días conteste a la oposición. 4.ª La sentencia que resuelva sobre el incidente se dictará en un plazo de un mes y no será susceptible de recurso».

pues en el que escenario previsto en el art. 625 TRLC se exige una mayoría de difícil consecución y, en el segundo caso, la legitimación la ostentará el deudor o cualquier acreedor que haya suscrito el plan, pero los que no lo hayan suscrito, quedan fuera de poder accionar.

6.3. EL MOMENTO CLAVE: EL AUTO DE HOMOLOGACIÓN DEL PLAN.

Abordados -sucintamente- los procedimientos previos a la homologación de los arts. 625 y 662 TRLC, vamos al momento en el que nos damos de bruces con que el juez debe decidir si dicta o no auto de homologación. El TRLC señala una importante excepción a la pertinencia de la homologación: si de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos por los arts. 635 y 640 del TRLC. Así, el art. 638.2º TRLC señala como requisito «*Que cumpla con los requisitos de contenido y de forma exigidos en este título*» y este requisito lo debe cumplir tanto los planes «consensuales» como los «no consensuales». En nuestra opinión, la inclusión de una clase defectuosa, como es el caso de la clase «Vinova» es un claro supuesto de incumplimiento de los requisitos de contenido y forma, a pesar de que el auto de homologación en un momento en el que se está analizando el cumplimiento de los requisitos formales señala: «*(...) En concreto se cumplen: (...) De la documentación y de la certificación emitida por el experto independiente²⁸ deriva que el plan de reestructuración ha sido suscrito por cinco de las ocho clases de acreedores propuesta, así resulta que: (...) 4. Clase «Vinova»: Se certifica el 100% de los votos de esta clase, al tratarse de una clase unipersonal. Resulta aprobado por esta Clase (...)*». Tal es así que, como veremos, si la formación defectuosa de clases fuera motivo de estimación de la impugnación del auto de homologación, conllevaría la declaración de ineficacia del plan.

En el caso de XELDIST, como hemos dicho, se trata de un plan que no fue aprobado por todas las clases y que, por tanto, para que se considerase aprobado debía existir una mayoría simple de clases de las que, mínimo una, debía estar formada por acreedores que, declarado el concurso, ostentasen créditos con privilegio especial (art. 270 TRLC) o general (art. 280 TRLC) y en defecto de estas dos opciones privilegiadas, una clase que cumpla con el art. 639.2º TRLC, sobre el que no nos detenemos. La cuestión cabal

²⁸ La intervención del experto independiente responde a la obligación que impone el art. 634.1 del TRLC, que señala: “*El plan de reestructuración deberá ser formalizado en instrumento público por quienes lo hayan suscrito, en el que se incluirá la certificación del experto en la reestructuración, si estuviera nombrado, y en otro caso de auditor, sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para aprobar el plan*”

es, en nuestra opinión, que el crédito de «Vinova» se escapó al control de los mecanismos -facultativos- de los arts. 625 y 662 TRLC, y al control de legalidad al que debe ser sometido antes de dictarse el auto por parte del juez, quizá por haber atendido a la certificación del experto independiente sin haber penetrado en la génesis de las clases formadas.

Como hemos expuesto en el estudio del caso, votaron a favor 5 de las 8 clases formadas, de las cuales 4 eran clases unipersonales («Vinova», entre ellos) y la número 5 formada por arrendadores financieros (privilegio especial art. 270.4º TRLC). Es decir, 5 de 8, por tanto se daba la mayoría simple requerida y se dictó auto de homologación del plan de reestructuración, resolución que fue impugnada mediante recurso de apelación del que conoció la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Sin embargo, entre los motivos alegados por las partes impugnantes no se encontraba la infracción del art. 616 TRLC (no tratarse de un crédito afectado, por tanto, alegando infracción de las normas de contenido o forma).

Lege lata, entendemos que sería compatible pensar que el plan homologado incumple los requisitos de contenido y de forma exigidos al plan de reestructuración (art. 638.2º TRLC) con el hecho de que contiene de forma indebida un *crédito afectado* que no lo es («Vinova») y se ha formado una clase de forma defectuosa, y *contra legem*. Sin embargo, se dicta auto de homologación, validándose así -implícitamente, pero por medio de resolución expresa- una situación que no debería ser admisible, ni convalidable. Como mucho, subsanable, si realizamos una interpretación extensiva del art. 231 LEC, emplazando al solicitante a que presentase un nuevo plan.

6.4. POSIBLES ENFOQUES EN TORNO A LA POSIBLE DECLARACION DE INEFICACIA DEL PLAN

Si pensamos en una estimación de la impugnación, esta puede fundarse en diversos motivos. Nos centramos en el art. 661.2 TRLC que dispone: «*Artículo 661. Efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación. 2. Como excepción a lo previsto en el apartado anterior*²⁹, cuando la estimación de la impugnación se haya basado en la falta

²⁹ Art. 661.1 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».

de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan». Contiene dos motivos alternativos que, cuando hayan servido de base para la decisión estimatoria, llevarán a la ineficacia del plan. Los presentamos como dos alternativas³⁰: La «alternativa 1»: esto es, «*la formación defectuosa de las clases*» y «la alternativa 2»: «*la falta de concurrencia de las mayorías necesarias*», separadas por la conjunción disyuntiva «o»³¹.

Sentado lo anterior, consideramos que se presentan tres enfoques posibles en torno a la cuestión de si el plan debería devenir o no ineficaz, partiendo de un escenario teórico en el que el crédito de «Vinova» no fuera considerado un *crédito afectado* en los términos del art. 616 TRLC, tomando como base las dos alternativas presentadas³².

6.4.1. PRIMER ENFOQUE: EL «ENFOQUE ESTRICTO».

El primero -al que llamaremos «enfoque estricto»-, partiría de estimar la «alternativa 1» -«*la formación defectuosa de las clases*»-. Se basaría en que efectivamente existe una formación defectuosa de clases, ya que «Vinova» no debió formar nunca parte de los créditos afectados, pues es un crédito que se va a extinguir sin contraprestación y se produjo, al formar la clase unipersonal, una infracción del enunciado jurídico que se contiene en el art. 616.1 TRLC. Así, tal como recoge el art. 661.2 TRLC, «*cuando la estimación de la impugnación se haya basado (...) en la formación defectuosa de las clases, la sentencia declarará la ineficacia del plan*». La sentencia estimatoria debería, por tanto, declarar la ineficacia del plan, ya que la clase «Vinova» se ha formado de manera defectuosa, aunque más bien de manera improcedente, pues no debería haber formado parte de ninguna clase. Sobre este argumento, tomado como principal para estimar la impugnación, ya no haría falta entrar en si se da o no la mayoría que propone la «alternativa 2».

Por otra parte, no hay ningún enunciado jurídico en el TRLC que permita a la Audiencia, en la resolución de la impugnación, subsanar esa malformación congénita del plan. Las obligaciones que la propia Ley le impone al juez de resolver asuntos o

³⁰ Las presentamos al revés del precepto porque la primera que presenta nos parece que requiere mayor desarrollo, nos referimos a «*la falta de concurrencia de las mayorías necesarias*».

³¹ Según el diccionario de la Real Academia Española «o» es una conjunción disyuntiva que «Denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas». <https://dle.rae.es/o> (última visita 23-10-2023).

³² No nos detenemos en el ordinal 1º del art. 661 TRLC, que establece la regla general, ya que no nos parece que revista especial complejidad, a excepción de la declaración de no extensión de los efectos y si la sentencia será constitutiva o declarativa en este sentido, cuestión que no analizamos en este trabajo.

pretensiones de forma motivada, tal como recoge el art. 120.3 CE en relación con el art. 1.7 CC y el 11.3 de la LOPJ, no le impone que deba ponderar en sus resoluciones judiciales, ya que no hay ningún enunciado jurídico que así lo exija³³. Por tanto, no debería sacarse de la manga un «test de resistencia», ya que el TRLC no lo prevé, para subsanar lo insubsanable y que debe llevar a la declaración de ineficacia del plan de forma inevitable. El juez estaría, por tanto, obligado a desestimar la solicitud de homologación si apreciase que la clase se ha formado de forma defectuosa, y necesariamente, ante un plan ineficaz. De otro lado, la Audiencia Provincial estaría obligada a estimar la impugnación del auto de homologación y declarar la ineficacia del plan, tal como recoge el art. 661.2 *in fine* TRLC.

Frente a la anterior postura, que asumimos estricta, se nos podría oponer, además de la ponderación o derrotabilidad³⁴ de las normas jurídicas como formas de resolución de controversias, un razonamiento que expone -fuera de este contexto- el profesor GARCIA AMADO cuando habla del «(...) argumento de justicia como argumento interpretativo, para tratar de justificar la elección de una de entre las interpretaciones posibles de la norma que viene al caso (...) de modo que cualquier fin relacionado con principios constitucionales puede convertirse en argumento interpretativo»³⁵. Ello podría pasar por interpretar que el art. 614 TRLC cuando da un concepto tan amplio de lo que debe entenderse por un plan de reestructuración no se deben excluir aquellos créditos que se extinguen sin contrapartida, ya que el legislador en la exposición de motivos resalta la importancia de la supervivencia del tejido empresarial³⁶. Con ello, se podría decir que hay una aparente antinomia entre los arts. 614 y 616.1 TRLC y se abriría la puerta a la peligrosa «ponderación», de la que son tan partidarios los

³³ HERNANDEZ MARÍN, R. ¿Por qué ponderar?, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2018, pp. 15-34

³⁴ «(...) Con la distinción de las reglas como normas derrotables y principios como normas no derrotables, es posible una explicación acerca del carácter *prima facie* de las reglas y los principios. Las reglas, como señala Alexy, muestran un carácter *prima facie*, porque siempre es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Los principios presentan un carácter *prima facie* distinto: consisten en mandatos *prima facie* porque carecen de contenido de determinación. Esta diferencia estructural entre las reglas y los principios concerniente a su respectivo carácter *prima facie* puede ser explicado por la noción de derrotabilidad. Las reglas son *prima facie* en virtud de ser derrotables. Siempre es posible que pueden surgir circunstancias que dan lugar a una excepción imprevista. Los principios, por otra parte, son *prima facie*, pero no son derrotables. Ellos son *prima facie* por su contenido de determinación, su importación para la aplicación en cuestión, debe determinarse en cada aplicación y en relación con todas las circunstancias. Por tanto, cuando se trata de una regla, el contenido disponible en la aplicación es definitivo, pero derrotable y, por tanto, *prima facie*; mientras que en el caso del principio, el contenido disponible de la aplicación es *prima facie*, puesto que ha de determinarse por medio de optimización a la luz de todas las circunstancias relevantes conocidas, y por tanto no es derrotable» Bäcker, C., Reglas, principios y derrotabilidad, *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (37), 2014, pp. 31-44. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.02> (última consulta 18.10.2023) p. 43.

³⁵ Extraído de forma literal, parcialmente, de GARCIA AMADO, J.A., *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 510.

³⁶ Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre: «(...) En el caso de actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen (...) la continuidad de la empresa (...)»

iusnaturalistas, pues ven en las normas del derecho mandatos, ciertamente, pero sólo *prima facie*, mandatos cuya obligatoriedad última para el caso está condicionada a que en el balance final no pesen más las razones en contra, en tanto que razones morales³⁷. Ponderando es como se suelen resolver muchas cuestiones diarias a falta de una norma que obligue a realizar algo concreto³⁸ (v.gr. iré al gimnasio o no iré, pues ya «ponderaré» y decidiré). Sin embargo, en el presente supuesto partimos de la efectiva existencia de un enunciado jurídico que fija cuando se considerará o no que un crédito será afectado por el plan -art. 616.1 TRLC-, por lo que no podríamos aquietarnos frente a este eventual argumento. El plan estaría infringiendo claramente el art. 616.1 TRLC y las clases se habrían formado de forma defectuosa, por tanto, procedería la declaración de ineficacia del plan por aplicación del art. 661.2 *in fine* TRLC.

6.4.2. SEGUNDO ENFOQUE: EL «ENFOQUE NO ESTRICTO»

Un segundo enfoque, al que llamaremos «enfoque no estricto», alternativo al primero, partiría de la «alternativa 2» -«*la falta de concurrencia de las mayorías necesarias*»- y permitiría sostener que, en aras a la seguridad jurídica, la conexas propagación de efectos o el principio de conservación de los actos válidos, o por cualquier otro principio que se nos ocurra, debería desestimarse la impugnación, pues aún suprimiendo el voto de «Vinova», se pasa el test de resistencia y este debe primar sobre la infracción de los enunciados jurídicos que conforman la génesis del plan de reestructuración, en cuanto a la formación de clases -que es más o menos lo que sostiene la Audiencia, como veremos-.

Sostener esto implicaría la necesidad de someter el Plan de reestructuración a una suerte de test de resistencia -que no prevé el TRLC- en forma de analogía *legis* del 204.3.d) LSC en materia de impugnación de acuerdos sociales. Sin embargo, no existe en el cuerpo del TRLC una remisión legal expresa ni tácita a la LSC en esta cuestión, lo cual presenta un problema en la práctica, ni tampoco consideramos que exista la necesaria identidad de razón que exige el art. 4.1 del CC para tratar de colmar la aparente laguna. Sin embargo, ya adelantamos que este es el criterio preferido por la Audiencia Provincial, sin que motive la pertinencia o adecuación en su aplicación.

³⁷ GARCIA AMADO, J.A., *Argumentación jurídica...*, ob. cit., p. 513.

³⁸ *Ibid.*, p. 513.

Desde un «enfoque no estricto», se podría sostener que no procede declarar la ineficacia del plan. Que aunque el crédito de «Vinova» no sea considerado formalmente un *crédito afectado* y haya defectos en la génesis del plan, ello no puede acarrear -por sí solo- la declaración de ineficacia, ya que aunque no se respete el contenido y forma del plan *stricto sensu* tal como exige el TRLC -como pudiera ser el caso analizado-, no hay infracción del art. 655.2.1º TRLC, e igualmente se daría la mayoría, pues aun quitando el voto de Vinova, el resultado sería 4 sobre 7 (inicialmente 5 sobre 8).

Sin embargo, no estamos de acuerdo. Quitar la clase «Vinova» de la base del cómputo «8» para pasar a ser «7» es asumir que la clase estaba concebida de forma defectuosa -y, por tanto, procede la ineficacia *ex art. 661.2 TRLC-*, pues si estuviera bien formada seguiría formando parte de la base de cómputo y el resultado del test sería 4 sobre 8, es decir, no lo pasaría. Lo que nos lleva a no poder estimar la «alternativa 2» como viable. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. Aquí está el nudo gordiano de la cuestión. Ya podemos intuir, que en usemos la alternativa que usemos, la declaración de ineficacia es inevitable.

6.4.3. TERCER ENFOQUE: EL «ENFOQUE ARRIESGADO»

Un tercer enfoque, podría ser un enfoque arriesgado, si se nos permite, de acudir al juez mediante un declarativo con la pretensión de que sentencie que el crédito de «Vinova» no es un crédito afectado en el sentido que pretende el art. 616.1 del TRLC o que las clases se han formado de forma defectuosa y luego ya en sede de ejecución de sentencia tratar de arañar el plan en busca de la ineficacia. Sin embargo, esta es una cuestión para los expertos en derecho procesal.

El tercer enfoque siempre será una posibilidad, con independencia de la suerte que tenga el demandante, sobre el cual no entramos, pues nos interesan los dos primeros enfoques, que son los que vemos estrechamente relacionados con el TRLC *-lege lata-*.

6.5. EL TEST DE RESISTENCIA EN EL PLAN DE REESTRUCTURACION: PRINCIPIOS VS LAS REGLAS JURÍDICAS.

El test de resistencia no tiene amparo *-lege lata-* en la norma concursal. Como hemos adelantado, no hay remisión alguna a la LSC en esta cuestión³⁹, ni siquiera apreciamos la necesaria existencia de identidad de razón que recoge el art. 4.1 del CC con el test del

³⁹ Más adelante matizamos esta afirmación, cuando abordamos el art. 631.2.5º TRLC.

art. 204.3.d) LSC, por diversos motivos que enunciamos -aunque quizá pueda haber más-:

- El legislador ha previsto de forma expresa en la LSC la cuestión incidental de previo pronunciamiento en el art. 204.3.II como filtro de admisión de *impugnabilidad* o *inimpugnabilidad* de los acuerdos sociales por impugnaciones basadas en las letras a) a d) del art. 204.3 LSC y no existe ningún filtro de *inimpugnabilidad* del auto de homologación en el TRLC, más allá de supuestos concretos, como es el caso del art. 626.4 TRLC⁴⁰ para las clases confirmadas o, con mayor cercanía, la solicitud de homologación con contradicción previa que contienen los arts. 662 y 663 TRLC⁴¹, en donde las partes pueden oponerse a la homologación.
- Por excepción de lo anterior, consideramos que podría apreciarse identidad de razón en materia de «acuerdos sociales» entre el art. 204 LSC y el 631.2.5º del TRLC, pues este señala que, bajo la rúbrica que contiene el art. 631. «*Decisión de los socios sobre la aprobación del plan*» «(...) 2. *En el caso de las sociedades de capital, serán aplicables las reglas generales con las siguientes especialidades: (...) 5º. El acuerdo de la junta que apruebe el plan de reestructuración será impugnable **exclusivamente por el cauce y en el plazo***⁴² *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,*

⁴⁰ Artículo 626. Procedimiento para la confirmación judicial de las clases. «(...) 4. En el caso de que se hayan confirmado las clases propuestas por el solicitante, la formación de clases no podrá invocarse como motivo de impugnación u oposición a la homologación judicial del plan».

⁴¹ Artículo 662. Solicitud de homologación con fase de contradicción previa. «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».

Artículo 663. Especialidades. «La oposición de las partes afectadas se tramitará por los cauces del incidente concursal con las especialidades siguientes: 1.ª 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. 2.ª La legitimación y los motivos de la oposición se sujetarán a las normas previstas para la impugnación del plan en la sección 3.ª de este capítulo, incluyendo la falta de competencia internacional o territorial. 3.ª Todas las oposiciones, incluidas las fundadas en la falta de competencia judicial, se tramitarán conjuntamente, y se dará traslado de todas ellas al solicitante de la homologación para que, en un plazo común de quince días conteste a la oposición. 4.ª La sentencia que resuelva sobre el incidente se dictará en un plazo de un mes y no será susceptible de recurso».

⁴² Por el «cauce» y «plazo», pero ¿qué ocurre con los «motivos» de impugnación? Es decir, los que prevé el art. 204 LSC como que el acuerdo sea contrario a la ley, los estatutos, lesione el interés social, se abusivo, etc. ¿Habría que acudir a las reglas generales que menciona el art. 631.2 TRLC? Consideramos que sí, que esa remisión a las «reglas generales» está pensando en la LSC, concretamente a la impugnación de acuerdos, y eso nos lleva a los motivos de impugnación del art. 204 LSC, pues el «cauce» es procesal y el «plazo» es un lapso temporal.

si las hubiese, y se tramitarán como cuestión incidental de previo pronunciamiento» [El destacado es nuestro]. Sin embargo, no salimos de la esfera societaria, que es donde verdaderamente se aplica el test de resistencia⁴³, ya que lo que se estaría impugnando es el acuerdo social que aprueba el plan de reestructuración y ahí sí que entraríamos en la cuestión de los votos inválidos de los que regula el art. 204.3.d) LSC. Tal es así que, como señala el art. 631.2.5º: «(...) 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 (...)»

- El art. 521 TRLC, bajo la rúbrica «derecho procesal supletorio» remite a la LEC para lo no previsto en el TRLC. En la LEC no existe, salvo mejor criterio, ningún test de resistencia.
- El acto del llamamiento en la formación de la voluntad en el ámbito societario no es idéntico ni está sujeto a las mismas formalidades que el del plan de reestructuración. En este, el deudor podrá formar las clases con margen de discrecionalidad⁴⁴, y estas serán las que tengan derecho a voto, tal como ocurrió en XELDIST, en dónde existían varias clases unipersonales y así fue recogido por la Audiencia Provincial⁴⁵.

⁴³ Nos referimos, por todas, a la STS 697/2013, de 15 de enero, que señala: «(...) La doctrina, ya desde la vigencia de la originaria Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como después bajo la aplicación del Texto Refundido de 1989 y ahora con la Ley de Sociedades de Capital, sostiene la procedencia de aplicar el test o prueba de resistencia. La prueba de resistencia se traduce en que de la cifra originariamente considerada (para el quórum de constitución o para la mayoría) se restan el porcentaje en el capital (o los votos) atribuidos irregularmente a personas que no estaban legitimadas para asistir (o para votar). Si, tras realizar esta sustracción, con el restante porcentaje de capital asistente se alcanza el quórum suficiente, la junta se entiende válidamente constituida; en caso contrario, la junta es nula (y con ella los acuerdos adoptados) por estar irregularmente constituida. Y del mismo modo en lo que respecta al cálculo de la mayoría. Esta doctrina está tomada del derecho italiano, que contiene esta regla en el art. 2377.V del Codice civile: «La deliberazione non può essere annullata: 1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369. 2) Per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta». Esta regla aparece incorporada, con una redacción muy similar si no idéntica, en el art. 214-14 de la reciente propuesta de Código de Comercio Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, 2013). Aunque no contemos en la actualidad con una regulación expresa en nuestro derecho de sociedades y la norma proyectada carezca de toda eficacia, nada impide entender, como ha venido haciéndolo la doctrina desde hace sesenta años, que la "prueba de la resistencia" estaría implícita en el cómputo de quóruns y mayorías, a los efectos de la impugnación de acuerdos. Una muestra de ello es que esta misma ratio iuris subyace en la regla adoptada por la Ley al regular supuestos con los que existe una relación de analogía, como es el alcance de la infracción de la prohibición de voto en caso de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada (actual art. 190 LSC). Conviene advertir que esta regla se refiere únicamente a los casos en que se permitió de forma indebida la asistencia y el voto de quien no gozaba del derecho de asistencia o del derecho voto. No se extiende a los casos en que fue denegada de forma indebida la asistencia de quien sí gozaba de derecho para ello, pues en este segundo caso se impidió que su participación en la deliberación pudiera incidir en la conformación de la voluntad, más allá de la irrelevancia de su voto para alcanzar la mayoría exigida por la Ley (...)»

⁴⁴ SAP de Pontevedra, nº 179/2023, de 10 de abril: «(...) Sin duda hay un relevante cambio de paradigma, especialmente en la aprobación de los planes de reestructuración no consensuales, en los que la mayoría del pasivo afectado solo cuenta en la votación intraclassa, pero no para computar la mayoría simple de clases, como requisito para la homologación del plan a que se refiere el art. 639 TRLC. En estos supuestos adquiere especial relevancia el interés que debe guiarla formación de clases (...)».

⁴⁵ SAP de Pontevedra nº 179/2023, de 10 de abril: «(...) para la aprobación de estos [planes] no prima la tradicional mayoría de capital o de importe de los créditos afectados, sino que, como ocurre en el supuesto sometido a examen, la mayoría de clases no

No se aprecia que sea posible la aplicación del «enfoque no estricto» al caso que estamos analizando. Sin embargo, surge otro problema adicional que es la existencia de dos motivos por los cuales la Audiencia Provincial se podría decantar para estimar o desestimar la impugnación al plan, con independencia de si se elige el «enfoque estricto» o el «no estricto». Acudimos al art. 661.2 del TRLC que, como hemos adelantado, establece la ineficacia del plan cuando la estimación se haya basado en cualquiera de las dos alternativas que se enuncian: «*cuando la estimación de la impugnación se haya basado en [primera alternativa] la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o [segunda alternativa] en la formación defectuosa de las clases*», es decir, cuando la Audiencia Provincial aprecie que hay formación de clases defectuosas, puede apartar la mirada e ir a mirar si aun así existen las mayorías y, de ser así, optar por ese argumento para desestimar la impugnación. Esto es, efectivamente lo que hace la Audiencia en la sentencia: «*En consecuencia, si la comisión de algún error en la formación de las clases en función de la naturaleza del crédito no afecta a las mayorías necesarias para su aprobación, el defecto resulta irrelevante*». Es decir, no importa si las clases se han realizado de forma defectuosa si se pasa el test de resistencia. Dicho de otro modo, si no se cumple «la alternativa 2»: esto es, «*la falta de concurrencia de las mayorías necesarias*», se debe desestimar la impugnación porque prima sobre la «alternativa 1»: esto es, «*la formación defectuosa de las clases*». Este es precisamente, dicho con el máximo respeto, el reproche que se debe realizar a la sentencia, pues sitúa dos alternativas en una posición jerárquica que *lege lata* no se le permite, pues el criterio de la Audiencia supone atribuir a las clases formadas de forma defectuosa una naturaleza no invalidante del plan de reestructuración si con ello se pasa igualmente el test de resistencia. El problema que vemos ante esta interpretación, más allá que consideramos *contra legem* porque, si la clase se ha creado de forma defectuosa, es motivo de declaración de ineficacia, y no hay que acudir a ningún test.

Por otra parte, no existe la posibilidad de que una clase defectuosa lo sea “sin naturaleza ineficaz”, o al menos eso es lo que creemos que se deduce al interpretar el art. 661.2 TRLC.

Cierto es que el test de resistencia no ha sido abordado por la doctrina concursal, pero sí ha sido abordado por la doctrina societaria, que lo define como «*El test de resistencia se*

tiene que equivaler a la mayoría del pasivo afectado. Incluso generando resultados llamativos, como el ahora tratado, en el que el voto a favor de cinco clases, de las ocho formadas, supone solamente alrededor del 25% del pasivo afectado (...)

erige como la institución societaria encargada de ponderar si la concurrencia de personas que fueron indebidamente legitimadas o la invalidez de ciertos votos ha sido determinante para la aprobación del correspondiente acuerdo social»⁴⁶, y la Jurisprudencia se ha hecho eco de ello- para tratar de comprender si, eliminando el voto inválido, el plan se pudiera considerar aprobado.

Cábalas al margen, la Audiencia Provincial de Pontevedra tira por el camino de en medio al resolver la impugnación mediante la Sentencia 179/2023, de 10 de abril, y se saca de la manga el «test de resistencia» sin entrar a analizar la cuestión del crédito de «Vinova», si bien es cierto que no fue objeto de controversia: *«(...) Cuando se plantea la impugnación por vulneración directa o indirecta de alguna norma sobre la formación de clases, directamente relacionada con la formación de las mayorías necesarias para la aprobación del plan, hemos de tomar en consideración el test de resistencia (...)*». Dicho de otro modo, en opinión de la Audiencia Provincial, el test de resistencia, de donde sea que lo saque, debe prevalecer sobre cualquier motivo de impugnación que esté relacionado -de forma directa- con la formación de mayorías, aunque para ello se vulnere las normas de formación de clases. Continúa la Audiencia *«(...), es decir, que la irregularidad no afecte a las mayorías exigidas por la norma concursal para la aprobación del plan, resultando a tal efecto, inocua, dada su irrelevancia en la formación de las mayorías. Debe tenderse al principio de mantenimiento o conservación de los actos válidos. En este caso, respecto de un negocio jurídico de naturaleza jurídica compleja, como es el plan de reestructuración, con ciertas similitudes con la caracterización del convenio concursal⁴⁷. En consecuencia, si la comisión de algún error en la formación de las clases en función de la naturaleza del crédito no afecta a las mayorías necesarias para su aprobación, el defecto resulta irrelevante»*. Es decir, la Audiencia Provincial considera, en su argumentación, que los principios derrotan a las reglas jurídicas y por encima de estas estará el *«principio de mantenimiento o conservación de los actos válidos»*.

Prosigue la sentencia para a continuación conjeturar acerca de si un crédito que no se somete a quita ni espera, pues se paga de forma inmediata, si realmente tendría o no la condición de afectado: *«Tampoco a la inclusión en las clases de acreedores de la clase*

⁴⁶ Por todos, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El test de resistencia de los acuerdos impugnables: límites en su aplicabilidad*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 40 (2019-II), en <https://www.torrossa.com/gs/resourceProxy?an=4706320&publisher=FZ1825> (última visita 12.10.2023), p. 39.

⁴⁷ No hace referencia a similitud con los acuerdos sociales que es donde se aplica el test de resistencia *ex art. 204.3.d) LSC*, sino al convenio concursal.

"Arrendadores", en las que podría cuestionarse si hay realmente una verdadera afectación de sus créditos en los términos del art. 616 TRLC, pues no se prevé en el plan quita alguna, y se establece un pago inmediato, que se estima sea el 31 de diciembre de 2022. Este retraso en el pago sería discutible que implicara una real afectación del crédito en el sentido del citado art. 616 TRLC. De todas formas, tomando en consideración la validación de la formación de clases que se desprende de los apartados anteriores, si hubiera lugar a alguna modificación en virtud de estas últimas consideraciones, resultaría inocuo para la formación de las mayorías favorables a la aprobación del plan, pues seguiría existiendo la mayoría simple de clases necesaria para su aprobación. Superando así el test de resistencia, la causa de impugnación tampoco podría prosperar, como hemos señalado anteriormente (...)» [Destacado añadido]. En efecto, si la Audiencia Provincial deja entrever que un crédito que no se somete a quita ni a espera, sino que se prevé el pago inmediato, no se podrá hablar de afectación, tampoco debería poder hablarse de afectación para un crédito para el que se prevé la extinción por quita del 100%, sobre el que no entra la Audiencia Provincial y que, de haberlo analizado, posiblemente la sentencia hubiera sido estimatoria con una declaración de ineficacia del plan.

7. CONCLUSIONES

Del análisis del supuesto sobre el que hemos realizado el estudio, consideramos que el legislador debería aclarar el enunciado jurídico que contiene el art. 616.1 TRLC, en donde se define lo que deba entenderse por crédito afectado, excluyendo de dicho concepto los créditos que vayan a ser sometidos -aunque de forma paccionada- a una quita del cien por cien, ya que no hay modificación alguna, ni en términos ni condiciones, ni hay contraprestación en forma de precio alguno, ni conversión en capital o, subsidiariamente, dejarlo como *crédito afectado*, pero (i) privarle de derecho de voto, o (ii) limitarle el voto en el sentido de permitirle únicamente el ejercicio de este en lo que se refiera a prestar el necesario consentimiento para la quita del 100%, en ambos supuestos por vía de modificación del art. 628 TRLC, que actualmente establece el voto universal para todo crédito afectado.

La inclusión de este tipo de créditos -quitas del 100% o el que aborda la sentencia del pago inmediato sin quitas ni esperas- en el plan como créditos afectados supone desnaturalizar la finalidad que el legislador ha perseguido con el plan de reestructuración, que si bien se quiere la supervivencia del tejido empresarial, no se

debería dejar la puerta abierta a que este tipo de créditos tengan derecho de voto, pues la condonación de la deuda o quita del 100% puede realizarse perfectamente *extra muros* del plan y se podría haber quedado fuera, como crédito excluido, como los demás acreedores que no fueron afectados por el plan de reestructuración de XELDIST, como fue el caso de (i) acreedores con saldos inferiores a 1000 €; (ii) acreedores por crédito público; (iii) acreedores con créditos ICO y análogos; (iv) acreedores por asesoramiento relacionado con la reestructuración.

El sistema de formación de clases resulta francamente mejorable, pues da pie a que clases que representen una cuantía escasa del pasivo sean las que permitan la aprobación y homologación del plan de reestructuración, abocando a la empresa a un concurso de acreedores posterior, tal como sucedió en XELDIST.

Se vislumbra cierta identidad de razón entre los enunciados jurídicos de los artículos 631.2.5º del TRLC y el art. 204 de la LSC en lo que al test de resistencia se refiere por los motivos de impugnación, ya que el art. 631.2.5º TRLC establece «2. En el caso de las sociedades de capital, serán aplicables las reglas generales con las siguientes especialidades: (...) 5º. 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». Sin embargo, cuando se refiere a «exclusivamente por el cauce y en el plazo previstos» parece que el legislador está pensando en las «reglas generales de la LSC» en cuanto a los motivos de impugnación y habrá que acudir a los motivos que recoge el art. 204 de la LSC en sus ordinales 1º a 3º. En el supuesto del ordinal 3º, ahí sí se abre la puerta al test de resistencia, pero consideramos que es la única vía. No obstante, la falta de previsión del test de resistencia en el TRLC no puede ser motivo para que se aplique a cualquier plan de reestructuración por defecto, tal como sostiene la Audiencia Provincial en la sentencia en la que se muestra partidaria de la primacía del test de resistencia por encima de los enunciados jurídicos que disciplinan la forma y contenido que debe tener el plan de reestructuración en torno a la formación de clases.

8. BIBLIOGRAFIA

BÄCKER, C., Reglas, principios y derrotabilidad, *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (37), 2014, pp. 31–44.

CAMPUZANO, A. B., & SANJUAN y MUÑOZ, E., *Planes de reestructuración y cláusulas IPSO Facto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 2008.

GARCIA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación*, Eolas, León, 2020.

- *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J., El test de resistencia de los acuerdos impugnables: límites en su aplicabilidad. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019-II.

HERNANDEZ MARIN, R., *Teoría general de las decisiones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- ¿Por qué ponderar?, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 41, 2018, pp. 15-34