

Doctrina**“LA CAPITALIZACIÓN DE CRÉDITOS EN LA NORMATIVA CONCURSAL ESPAÑOLA TRAS LA LEY 16/2022, DE 5 DE SEPTIEMBRE”****Ascensión Gallego Córcoles*****I. El progresivo fomento de la capitalización de créditos a través del aumento de capital social en el concurso y en el precurso**

Desde hace algún tiempo el legislador concursal español viene incentivando mecanismos encaminados, ya sea a prevenir, ya sea a superar, la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso. Ello tanto a través de la previsión de institutos concursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos)¹, como por medio de la flexibilización de la solución convenida en caso de concurso, cuyo posible contenido fue progresivamente ampliándose a lo largo de las sucesivas reformas que experimentó la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC de 2003).

La transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad a Derecho español por obra la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, representa el último “movimiento” del legislador concursal español en esta dirección. En relación con ello, resulta evidente que, ante todo, lo que persiguen tanto la Directiva como, a través de su transposición, la ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC²), es que por parte del deudor pueda reaccionarse tempranamente ante las primeras alertas sobre el deterioro de su situación económica, ya que, de no actuar, acabaría en una situación de insolvencia. No obstante, además de este objetivo, y en línea con la tendencia antes señalada, en el Derecho concursal español se persiste en proporcionar también vías para superar la insolvencia, evitando el concurso. Ello se evidencia claramente si se atiende al presupuesto objetivo que se vincula a la reestructuración (que no es solo el de probabilidad a la insolvencia, sino también el de insolvencia inminente y el de insolvencia actual – art. 584 TRLC³-), lo que lleva a considerar que el sistema español de planes de reestructuración se ha previsto con una doble función: la de evitar la insolvencia (que es la que se extrae de la Directiva) y la de ofrecer solución a la insolvencia⁴.

En este contexto, el legislador concursal español ha venido progresivamente incentivando la capitalización de créditos como solución societaria a la crisis de las sociedades de capital, siendo

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctora en Derecho con Mención Internacional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Email: Ascension.Gallego@uclm.es

¹ Los mismos han sido sustituidos tras la reforma por los planes de reestructuración.

² Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

³ Conforme establece el art. 584.2 TRLC, “se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”. Por su parte, el art. 2.3 TRLC define la insolvencia actual como la situación en la que el deudor “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” y la insolvencia inminente como la situación en la que el deudor “prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

⁴ Vid., ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o participaciones en los planes de reestructuración”, *Libro en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, PEÑAS MOYANO, M.J. (coord.), Universidad de Valladolid, 2023, en particular, págs. 727 a 729.

varias las previsiones que la normativa concursal española ha venido contemplando (y contempla) en torno a la conversión del crédito en acciones o en participaciones sociales, que es como, con carácter general, se alude a la capitalización de créditos en el TRLC. A este respecto, conviene recordar que la capitalización de créditos implica la transformación de una relación crediticia en una relación societaria, que conduce a que el acreedor pase, por obra de la misma, a asumir la posición residual de socio. Ello supone que dejará de ser acreedor (o que lo será por menor importe, en caso de que la capitalización sea parcial), por cuanto la operación conlleva una reducción de pasivo y, por tanto, la extinción de todo o de parte de los créditos capitalizados. La misma se ha revelado como medida de saneamiento financiero especialmente idónea para la superación de crisis empresariales. En efecto, además de producirse con ella un incremento del patrimonio neto que lo acerca al capital social, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas⁵ [art. 363.1. e) LSC], la capitalización de créditos genera un incremento de liquidez, reduce los costes financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la ratio de endeudamiento de la sociedad, por cuanto permite a ésta aplicar para otros fines los fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen como consecuencia de la capitalización. Cuando quizás es prácticamente imposible obtener financiación ajena, de ello se derivan *nuevas disponibilidades financieras* para la sociedad que le permiten la continuación de la actividad empresarial.

En cualquier caso, se ha de advertir que, desde una perspectiva societaria, esta conversión de créditos en acciones o en participaciones podría articularse de diversas formas. Así, de un lado, podría articularse por la vía de entrega al acreedor de acciones o de participaciones de las que la sociedad disponga en autocartera. Se ha de reconocer, sin embargo, que la virtualidad de esta forma de articulación de la conversión de créditos en capital resulta reducida, en tanto que es limitado el volumen de autocartera permitido por la normativa societaria y probablemente elevada la deuda que deba capitalizarse para garantizar la viabilidad financiera de la sociedad. De otro lado, la vía más habitual de articulación jurídica de la capitalización de créditos es a través de un aumento del capital social (en concreto, el aumento de capital contemplado en el art. 301 de la Ley de Sociedades de Capital⁶ - en adelante, LSC -, que lleva por título “aumento por compensación de créditos”). Precisamente, este es el cauce que el legislador concursal español viene tomando en consideración a la hora de fomentar la conversión de créditos en acciones o en participaciones en el concurso y en el precurso. Por este motivo, en el presente trabajo nos centraremos en la capitalización de créditos articulada mediante un aumento del capital social. Articulada por esta vía, la operación permite a la sociedad extinguir el crédito (pasivo exigible) e incrementar los fondos propios (aumento de capital social) y al acreedor adquirir la condición *originaria* de socio, a diferencia de la condición *derivativa* de socio que adquiriría en el supuesto en el que las acciones o las participaciones estuvieran previamente suscritas o asumidas, como acontecería en el caso de entrega de acciones o de participaciones preexistentes en autocartera. Esta entrada de uno o de varios acreedores en el capital produce una evidente dilución de la participación de los antiguos socios, que puede llevar incluso a un cambio de control societario⁷.

⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, “La capitalización de créditos como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación”, GARCÍA CRUCES, J.A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, 2013, pág. 330.

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷ Un reciente ejemplo de esta dilución lo proporciona el caso Pescanova, sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia (Sala de lo Civil) n. 3/2023, de 10 de enero de 2023, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto por Pescanova SA, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 1ª), de 27 de marzo de 2019 que, a su vez, resolvió el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Pontevedra, de 26 de junio de 2018. Si bien Nueva Pescanova SA se constituyó en junio de 2015, como sociedad

Consciente de que, por ello, los socios de la sociedad deudora podrían resistirse a la capitalización, el legislador concursal viene incorporando medidas para incentivar y facilitar la adopción del correspondiente acuerdo por la junta general de la sociedad deudora. Precisamente, las específicas previsiones que contiene la normativa concursal en torno a la conversión de créditos en acciones o en participaciones vienen permitiendo comprobar la manera a través de la cual el legislador concursal ha venido incentivando progresivamente esta operación. Así, partiendo de que la capitalización estaba ya prevista, aunque sin mayores especificaciones, desde la primigenia versión del art. 100 de la LC de 2003, como contenido alternativo a la quita o a la espera del convenio concursal, el legislador dio entrada en el año 2014 a la capitalización de créditos en el ámbito del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente⁸, momento en el que también se introdujeron especialidades para la adopción del acuerdo por la junta general “necesario” para llevar a efecto la conversión de créditos en capital, tanto en ese ámbito [acuerdos de refinanciación homologados - apdo. 3.b.3º DA 4º LC de 2003 -], como para la capitalización que se previera en el convenio (art. 100.2 LC de 2003).

Además, con ocasión de esta reforma de 2014 se introdujo el controvertido régimen sobre culpabilidad del concurso y posible condena de los socios de la sociedad deudora a la cobertura total o parcial del déficit concursal en caso de negativa “*sin causa razonable*” a una capitalización de créditos prevista en acuerdos de refinanciación (arts. 165.2, 172.2.1º y 172 bis 1 LC de 2003), que la reforma ha eliminado⁹. Por último, esta incentivación, incluida la posible consideración de los socios como personas afectadas por la calificación en caso de concurso culpable, se trasladó en el año 2015 al acuerdo extrajudicial de pagos [art. 236.1 d) LC]¹⁰. Todo ello se mantuvo, evidentemente, en el TRLC de 2020, modificado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Como tendremos ocasión de poner de manifiesto, en muchas ocasiones estas previsiones que viene incorporando el legislador concursal español conllevan un desplazamiento de las exigencias que para el aumento de capital por compensación de créditos contempla el Derecho de Sociedades. Precisamente, la capitalización de créditos a la que nos referimos refleja con claridad la *tensión* que se produce entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal cuando se trata de la crisis de las sociedades. Además, por el efecto dilución que la misma lleva aparejado desde el punto de vista de la posición de socio, la capitalización de créditos se ha erigido en la operación societaria por excelencia en relación con la cual exponer dónde quedan los socios en el concurso y en el precurso¹¹.

unipersonal cuyo socio único era Pescanova SA, diversas operaciones realizadas breve tiempo después de su constitución condujeron a que Pescanova SA pasara a ostentar el 20% de su capital social, siendo el 80% restante titularidad de los acreedores financieros. Tras ello, en diciembre de 2016 se suscribió por la mayoría de los acreedores financieros el acuerdo de refinanciación de Nueva Pescanova, homologado judicialmente en febrero de 2017. En él se contemplaba una capitalización de créditos que llevó a que Pescanova SA pasara de ostentar el 20% del capital social de Nueva Pescanova SA a quedarse con el 1,65 % del mismo.

⁸ Modificación de la LC de 2003 por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo.

⁹ El régimen precedente contemplaba, como presunción *ius tantum* de concurso culpable, la negativa, sin causa razonable, de los administradores a proponer o de los socios a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y esa negativa hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos. Ello suponía que los socios podrían llegar a ser considerados personas afectadas por la calificación del concurso como culpable y, por tanto, se contemplaba la posibilidad de que fueran condenados a la cobertura del déficit concursal.

¹⁰ Modificación de la LC de 2003 por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero.

¹¹ Planteándose de manera muy gráfica si el Derecho concursal había *desbancado* al Derecho de Sociedades, a ello se aludió, refiriéndose a la modificación del Derecho de insolvencias alemán por obra de la *ESUG* (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*) en 2011, en SCHMIDT, Karsten, “¿Desbanca el derecho concursal al derecho

Pues bien, esta tendencia del legislador español por la facilitación de esta y de otras soluciones societarias a la crisis de las sociedades se ha visto particularmente intensificada tras la reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. Recuérdese que tanto el art. 32 de la Directiva como sus Considerandos (así, Considerandos 57 o 96), establecen expresamente que la aplicación del Derecho de Sociedades no ha de comprometer la efectividad del proceso de reestructuración, ni los socios han de poder impedir “*injustificadamente*” la adopción de planes de reestructuración que permitirían a la sociedad deudora recuperar su viabilidad.

Precisamente, en este contexto inciden tanto las específicas previsiones del TRLC sobre la conversión de créditos en acciones o en participaciones, como la regulación del TRLC relativa a la aprobación del plan de reestructuración cuando en el mismo se incluyan asuntos sobre los que, según la normativa societaria, corresponde pronunciarse a la junta general (así, por ejemplo, el art. 631.2 TRLC). Todas ellas serán tomadas en consideración en el presente trabajo, que tiene por objeto abordar las novedades de la capitalización de créditos en el concurso y en el precurso de sociedades de capital que ha traído consigo la norma de transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. En relación con ello se prestará particular atención a una misma cuestión, pero analizada desde una doble perspectiva: el consentimiento de los acreedores, de un lado y el consentimiento de la sociedad de capital deudora, de otro lado. Esta última cuestión conecta con la competencia de la junta general de socios y con la incidencia de la previsión de capitalizaciones de créditos en planes de reestructuración y en el convenio de concursal. Con este propósito, se partirá de la situación previa a la reforma del TRLC del año 2022 y de la interpretación que de la misma predominó en torno a algunas de estas cuestiones, no sin antes repasar, si quiera someramente, algunas de las previsiones que el TRLC contempla en torno a la conversión de créditos en acciones o en participaciones y a la “*decisión de los socios sobre la aprobación del plan*”.

Advertimos además que, en relación con lo anterior, tendremos en cuenta el diferente régimen que deriva del TRLC en función del tamaño del deudor. Ello porque, de un lado, la reforma ha introducido el procedimiento especial para microempresas como institución distinta del concurso de acreedores para tratar la insolvencia de estas. Por microempresas, a las que se aplica el Libro III del TRLC, se entienden aquellas empresas que tienen menos de diez trabajadores y un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros (art. 685.1 TRLC). De otro lado, porque, en materia de reestructuración, se ha previsto un régimen especial en el Libro II, aplicable a las personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional, cuyo número medio de trabajadores empleados en el ejercicio anterior no supere los cuarenta y nueve y cuyo volumen de negocios anual o balance anual, según el balance del ejercicio anterior, no supere los diez millones de euros.

Precisamente, se ha de tener presente que el tejido empresarial español está en su mayoría conformado por pequeñas empresas y microempresas. Según el último informe anual sobre el “Retrato de la PYME” publicado por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, con datos a 1 de enero de 2022, de las 3.430.663 empresas en España a esa fecha, el 56,6% son PYME sin asalariados (con este desglose: el 39,2% son personas físicas, el 12,6% son sociedades de capital – el 0,5 % son sociedades anónimas y el 12,1% son sociedades de responsabilidad limitada – y el 4,8% otras formas jurídicas), el 39,1% son PYME con hasta 9 asalariados (con este desglose:

de sociedades? Disputas societarias, debt-to-equity-swap y take over”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 22, 2015, 14 págs. (versión electrónica).

aproximadamente, el 16,4% son personas físicas, el 19,3% son sociedades de capital – el 0,6 % son sociedades anónimas y el 18,7% son sociedades de responsabilidad limitada y el 3,4 % restante se corresponde con otras formas jurídicas) y el 3,6% son PYME con hasta 49 asalariados (con el siguiente desglose: aproximadamente, el 0,2% son personas físicas, aproximadamente el 3,1 % son sociedades de capital – en torno al 0,4 % son sociedades anónimas y al 2,7% son sociedades de responsabilidad limitada – y el 0,3 % otras formas jurídicas). Tan solo el 0,7% cuentan con 50 o más asalariados (desglosado así: aproximadamente, el 0,6% son sociedades de capital – en torno al 0,2% son sociedades anónimas y al 0,4% son sociedades de responsabilidad limitada y el 0,1 % restante adoptan otra forma jurídica distinta)¹².

II. La capitalización de créditos en el convenio y en los planes de reestructuración tras la Ley 16/2022

1. Consideraciones previas: mantenimiento de algunas especialidades del régimen precedente

Podría afirmarse que, con carácter general y sin perjuicio de posteriores matizaciones, la reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, ha mantenido buena parte de las especialidades para la adopción del acuerdo de la junta general para la conversión de créditos en acciones o en participaciones en el concurso y en el precurso que ya contenía la normativa española antes de la reforma.

Así, como antes de la reforma, el TRLC sigue contemplando especialidades tanto en torno a las mayorías necesarias para aprobar la operación por la junta general de la sociedad deudora como a los caracteres que han de reunir los créditos para poder ser convertidos en capital. Por lo que al objeto del presente trabajo interesa, ello resulta significativo por cuanto supone que el legislador contempla, en relación con los planes de reestructuración y con el convenio concursal, que la junta general de la sociedad deudora se pronuncie al respecto.

Por lo que respecta a la primera cuestión, ya hemos señalado que desde el año 2014 la normativa concursal española contempla una rebaja de las mayorías que, según el Derecho de sociedades, son requeridas para modificar los estatutos sociales, en general, y para aumentar el capital social, en particular. Con ello se persigue facilitar que la junta general de la sociedad deudora apruebe el correspondiente acuerdo, por medio de una rebaja del régimen que contempla la normativa societaria. No obstante, se ha de tener en cuenta que, bajo la normativa anterior, en relación con las sociedades anónimas el alcance de dicha rebaja no era, en realidad, tan amplio como cabría esperar en una primera aproximación. Ello porque la especialidad se circunscribía tan sólo a la mayoría de votación (art. 201 LSC), pero no al quorum de constitución (art. 194 LSC). Recuérdese que, a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada, en las que las mayorías para la adopción de acuerdos se establecen, no en atención al capital presente o representando en la reunión, sino con respecto a los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, para las sociedades anónimas se contempla una doble mayoría, de constitución y de votación.

Así derivaba de la LC de 2003 desde la previsión de esta rebaja en la normativa concursal, lo que también pasó al TRLC, no obstante emplearse en éste una técnica distinta. Mientras que la LC de 2003 contemplaba que el acuerdo de la junta general habría de adoptarse por la mayoría de los arts.

¹² Datos obtenidos a partir del informe *El retrato de la PYME*, DIRCE a 1 de enero de 2022, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, publicado en febrero de 2023 (en particular, tabla 11, pág. 10).

201.1 (en el caso de sociedades anónimas) y 198 (en el caso de sociedades de responsabilidad limitada) de la LSC¹³, en el TRLC se optó por no aludir expresamente a concretos artículos de la LSC. No obstante, pasó a preverse que, para la adopción del acuerdo por la junta general, no sería necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos¹⁴. El que, a pesar de no mencionarse ya precepto alguno de la LSC, la normativa concursal se refiriera a una *mayoría* (en singular) y no a varias y el que la misma fuera “*para la adopción*” del acuerdo, llevaban a considerar que, tratándose de sociedades anónimas, esa previsión sólo venía referida a la mayoría de votación. Precisamente, en la LSC, la mayoría de votación se regula en la sección 3ª del capítulo VII del Título V de la LSC, que lleva por título “*adopción de acuerdos*”, mientras que la de constitución en la sociedad anónima se prevé en la sección 1ª, sobre “*constitución de la junta*”.

Así, al tratarse de especialidades que se circunscribían expresamente a la adopción del acuerdo, no parecía posible derivar también una rebaja del quorum de constitución en las sociedades anónimas, lo que resultaba criticable, por cuanto con ello no se estaba contribuyendo de forma sustancial a la facilitación de la operación¹⁵. En ese sentido, para entender también rebajado el quorum de constitución habría sido precisa una previsión expresa al respecto que desplazara la aplicación del régimen establecido en el art. 194 LSC (quórum de constitución reforzado en casos especiales) en favor del que se contempla en el art. 193 LSC (constitución de la junta de la sociedad anónima). Pero, además, ha de repararse en que, en la medida en que la especialidad que se regulaba en el TRLC no alcanzaba al quorum de constitución, el aplicable en este caso podría ser, no sólo el reforzado previsto legalmente (art. 194.1 y 2 LSC), sino incluso el superior que previeran los estatutos (art. 194.3 LSC).

Pues bien, curiosamente, tras la reforma, el art. 328.2 TRLC se ha mantenido inalterado, de forma que, en principio, las anteriores consideraciones continúan siendo aplicables bajo el régimen vigente en relación con la capitalización de créditos prevista en el convenio concursal. Dicho precepto contempla que, para la adopción por la junta general del acuerdo de aumento de capital para la conversión de créditos en acciones o participaciones “*no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales*”.

En cambio, por lo que respecta a la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración, es necesario tener en cuenta que, tratándose de sociedades de capital, el apdo. 2 del art. 631 TRLC contempla ahora especialidades para la formación de la voluntad social “*cuando el plan de reestructuración contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”. Si bien su ámbito objetivo de aplicación no se circunscribe exclusivamente a ella, la capitalización de créditos se incluye entre esas medidas en relación con las que resultan de aplicación tales previsiones. De hecho, lo que se contempla en dicho precepto son reglas en torno a la “*decisión sobre la aprobación del plan*”. Así, el n. 3 del apdo. 2 del art. 631 TRLC precisa que el orden del día de la junta general “*se limitará exclusivamente a la aprobación o al rechazo del plan en todos sus términos*”. Esta previsión supone que la aprobación del plan conlleva la de las operaciones societarias incluidas en el mismo, de forma que ese acuerdo aprobatorio del plan equivaldrá a los acuerdos correspondientes a las operaciones contenidas en él, sin necesidad de

¹³ Así se preveía para la capitalización contemplada en un acuerdo de refinanciación homologado [inciso ii) del apdo. 3.b.3º DA 4ª LC de 2003], en un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236 LC, remitiendo al régimen del acuerdo de refinanciación homologado) y para el convenio concursal (art. 100.2 LC de 2003).

¹⁴ Así se contempló para la capitalización prevista en el convenio (328.2 TRLC), en el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 688 TRLC) y en el acuerdo de refinanciación homologado (art. 624.2 TRLC).

¹⁵ DÍAZ MORENO, Alberto, “Sobre el aumento de capital por compensación de créditos (reflexiones al hilo de la disposición adicional 4ª de la Ley Concursal)”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 38, 2015, págs. 95 y 96.

ulteriores acuerdos¹⁶. Adelantamos que sobre ello volveremos posteriormente, al abordar el art. 399 bis TRLC con respecto a la conversión de créditos en acciones o en participaciones contenida en el convenio concursal. Pero, por lo que respecta al régimen de mayorías, es posible sostener ahora que, tratándose de sociedades anónimas, la rebaja que se contempla en el n. 4 del art. 631.2 TRLC no es solo de la mayoría de votación, sino también del quorum de constitución. Si bien es cierto que el precepto comienza estableciendo que “*el acuerdo se adoptará*”, se ha de tener en cuenta que a continuación se señala que lo será “*con el quorum y por la mayoría legal ordinaria*”. De esta forma, el que la normativa mencione tanto el *quorum* como la *mayoría* lleva a entender que ahora sí se está tomando en consideración el sistema de doble mayoría en sociedades anónimas. Y, a pesar de que esa dualidad que se contempla (quorum de constitución y mayoría de votación) no opera en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, ha de tenerse cuenta que, en estas sociedades, la mayoría para la adopción de acuerdos viene a operar también como quorum de constitución, al venir referida a los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Lo anterior con independencia de que, como abordaremos posteriormente, en atención a la situación económica de la sociedad deudora, la voluntad de la sociedad, manifestada en este caso a través del acuerdo de su junta general, sea imprescindible o no para la homologación del plan de reestructuración; homologación que, entre otros casos que también contempla el art. 635 TRLC, será necesaria cuando se pretenda que los efectos del plan se extiendan a acreedores o a clases de acreedores disidentes o a los socios de la persona jurídica.

Junto con lo anterior, el TRLC también mantiene tras la reforma el desplazamiento de la exigencia en torno a las condiciones de liquidez y exigibilidad (en sociedades de responsabilidad limitada) o de liquidez, vencimiento y exigibilidad de, al menos, un 25% de los créditos a compensar, con vencimiento de los restantes en plazo no superior a cinco años (en sociedades anónimas), que deriva del régimen de aumento de capital por compensación de créditos conforme al art. 301.1 LSC. Ello tanto en relación con la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en un plan de reestructuración (art. 632 TRLC) como con la prevista en el convenio (art. 328.1 TRLC). En realidad, por la doctrina no ha dejado de criticarse la exigencia de estos requisitos previstos en el Derecho de sociedades para que los créditos puedan ser convertidos en capital a través de un aumento de capital por compensación de créditos¹⁷. No obstante, tales requisitos parecen poder soslayarse en la práctica a través de una modificación contractual de los créditos que los haga capitalizables de conformidad con el art. 301.1 LSC¹⁸. Sin perjuicio de ello, tratándose de acreedores no favorables a la conversión, a quienes ésta se les impone forzosamente, con la previsión del desplazamiento de este requisito impuesto por la legislación societaria se disipa toda duda sobre la posibilidad de convertir en capital créditos que no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles en la proporción exigida por la legislación societaria.

Junto con las anteriores previsiones del TRLC sobre la conversión de créditos en acciones o en participaciones que, en esencia y sin perjuicio de las matizaciones señaladas, se han mantenido tras

¹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luís, “Saneamiento de pérdidas y reducción preconcursal del capital social en los planes de reestructuración preventiva”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n. 5, 2022, en particular, pág. 88.

¹⁷ Vid., DÍAZ MORENO, Alberto, “Sobre el aumento de capital...”, *op. cit.*, nota 49, pág. 96, así como las referencias bibliográficas que incluye. Esta exigencia es fruto de una equivocada equiparación entre liquidez y exigibilidad de los créditos y desembolso de las aportaciones. Nótese que, para las sociedades anónimas, el aumento de capital por compensación de créditos no ha de desencadenar un desembolso gradual de las acciones, toda vez que la extinción de los créditos en la parte en que resultan convertidos se produce en el momento de la conversión, no existiendo realmente aportaciones no dinerarias aplazadas en relación con ese crédito.

¹⁸ Vid., GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos, “Aumento de capital por compensación de créditos”, ALONSO, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, 2006, pág. 261.

la reforma, el TRLC ha pasado a contemplar otras previsiones específicas referidas al plano societario de la capitalización de créditos¹⁹. Nos referimos, particularmente, al art. 399 bis TRLC, que se ocupa del aumento de capital para la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio concursal. Dejando para más adelante lo que dicho precepto contempla en torno a la no necesidad de acuerdo de la junta general (previsión particularmente relevante en atención al objeto de este trabajo), de dicho precepto destacamos por el momento que, de un lado, el mismo prevé que no existirá derecho de preferencia de los antiguos socios en el aumento y que, de otro lado, su apartado segundo contempla la libre transmisibilidad durante un plazo de diez años en las transmisiones por actos *inter vivos* no solo de las acciones tratándose de sociedades anónimas (aunque existan cláusulas estatutarias limitativas de su transmisibilidad), sino también de las participaciones de sociedades de responsabilidad limitada que sean emitidas o creadas para la conversión de créditos en ejecución del convenio. Por lo que respecta a lo primero, llama la atención que el art. 399 bis TRLC puntualice que no existe derecho de preferencia de los antiguos socios, por cuanto, tratándose, en nuestra opinión, de un aumento de capital no dinerario²⁰, en el mismo no existe reconocimiento legal del derecho de preferencia²¹. Sobre lo segundo nos pronunciaremos a continuación, en tanto que conecta con la cuestión relativa a si es necesario o no el consentimiento de los acreedores para la capitalización de sus créditos.

2. Novedades con respecto al consentimiento individual de los acreedores

2.1. Situación previa a la reforma

El que la capitalización de créditos pueda contemplarse en los acuerdos preconcursales y en el convenio concursal, ha venido despertando particular interés desde la perspectiva de la posición del acreedor que no participa activamente en tales acuerdos, por cuanto ello suscita la duda de hasta qué punto podría imponérsele la conversión de sus créditos en acciones o en participaciones.

Fuera del escenario concursal y preconcursal, la posición mantenida por la doctrina registral y jurisprudencial, de la que también se ha hecho eco la literatura jurídica, en torno al aumento de capital por compensación de créditos regulado en el art. 301 LSC es la de que para que el acreedor capitalice su crédito es preciso su consentimiento individualizado. Ello, en esencia, porque se

¹⁹ Recuérdese que, en reestructuración, las especialidades que se contemplan en el art. 631 TRLC no se circunscriben exclusivamente a la operación que nos ocupa, sin perjuicio de ser aplicables también a la misma. Por ello conviene advertir que, en el presente apartado nos centramos, principalmente, en las previsiones específicamente dirigidas a esa operación que se proyectan en el plano societario.

²⁰ En esta cuestión incide la consideración como aumento dinerario o no dinerario del aumento de capital que tratamos. La doctrina que defiende su consideración como dinerario entienda aplicable a estos aumentos el art. 304 LSC, relativo al derecho de preferencia. Vid., PULGAR EZQUERRA, Juana, "El acuerdo de la junta de aumento de capital por compensación de créditos en el marco de las sociedades de capital", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 34, 2010, pág. 41; RECALDE CASTELLS, Andrés, "Protección del socio con ocasión en los cambios de control en la sociedad deudora realizados en ejecución de acuerdos de refinanciación mediante conversión de créditos en capital", *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 306. No compartimos esta posición, pues consideramos, con la doctrina mayoritaria y con la práctica registral, que el que tratamos es aumento de capital social contra aportaciones no dinerarias. Vid., Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 6 de febrero de 2012, de 2 de octubre de 2015 y de 7 de febrero de 2020. En la práctica judicial, vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n. 298/2015, de 26 de octubre y la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 25 de mayo de 2017.

²¹ En relación con el aumento que tratamos, vid., GANDÍA, Enrique, "Derecho de suscripción preferente en el aumento de capital por compensación de créditos", *Revista de Derecho de Sociedades*, n. 47, 2018, págs. 351-377 y GALLEGU SÁNCHEZ, Esperanza, "La capitalización de créditos en el concurso y en el precurso", *Sociedades y concurso. Estudios de derecho societario de la crisis*, DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F./VÁZQUEZ CUETO, J.C. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, 2018, apdo. II. 4. La supresión del derecho de suscripción preferente. La concesión de un derecho de adquisición preferente (*proview*).

considera que la transmisión del crédito del acreedor a la sociedad es preciso la celebración de *“un negocio jurídico que exige la concurrencia de los requisitos de todo contrato consagrados en el art. 1261 del Código Civil, el primero de los cuales es el del consentimiento de los contratantes”*²². Además, en atención a que la capitalización de créditos produce una extinción de los créditos y la adquisición por los acreedores de la condición de socios, con los derechos y obligaciones inherentes a esa posición, se viene considerando que, salvo excepciones a las reglas generales sobre cumplimiento, ello no puede tener lugar al margen del consentimiento de los acreedores afectados, en tanto que, conforme al art. 1166 del Código Civil, el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a recibir una cosa diferente²³.

Pues bien, tratándose de la capitalización prevista en un acuerdo de refinanciación homologado, el legislador concursal español siguió claramente esta posición con anterioridad a la reforma; posición que, como hemos señalado, es la que impera en el régimen común de la operación que regula el art. 301 LSC. Y es que, en este supuesto, como ya se había previsto antes en la Disposición Adicional 4ª de la LC de 2003, el art. 625 TRLC reconocía expresamente a los acreedores no participantes o disidentes afectados por la refinanciación una facultad de opción entre dos alternativas: o bien la conversión de sus créditos en capital conforme se hubiera previsto en el acuerdo de refinanciación, o bien una quita equivalente al nominal de las acciones o de las participaciones que le corresponderían más, en su caso, la correspondiente prima de emisión o de asunción. Adicionalmente, ante la eventualidad de que el acreedor se encontrara vinculado por el acuerdo de refinanciación homologado sin haber prestado su consentimiento al respecto, ni tampoco ejercitado la facultad de opción (para lo que disponía de un mes desde la eficacia de la homologación), el art. 625.2 TRLC establecía que, a falta de elección, se consideraba que ese acreedor optaba por la referida quita. Ello supone que, en el régimen precedente de los acuerdos de refinanciación homologados (con arrastre a disidentes y no participantes) la conversión de créditos en acciones o en participaciones no podía imponerse al margen del consentimiento individual del acreedor, para lo cual era preciso un pronunciamiento expreso del acreedor optando por la capitalización en el ejercicio de la facultad de opción que le era reconocida legalmente.

Esta cuestión que, como hemos señalado, era clara en el marco de los acuerdos de refinanciación homologados, no lo era tanto para el convenio concursal ni para el acuerdo extrajudicial de pagos. Para estos no había reconocimiento expreso como tal de una facultad de opción que habría de ser ejercitada activamente por el acreedor para que su crédito pudiera ser convertido en capital. De hecho, para los acuerdos extrajudiciales de pagos el TRLC guardaba silencio al respecto. En relación con el convenio concursal, esta cuestión se vio también afectada por las diversas modificaciones en la regulación del convenio, en atención a las diversas versiones de la LC de 2003, así como por el paso de la LC de 2003 al TRLC. A la vista de la posibilidad de prever en el convenio tanto proposiciones adicionales como proposiciones alternativas a las tradicionales quitas y/o esperas, se discutía si la conversión de créditos en acciones o en participaciones solo podía ser contenido de proposiciones alternativas (en relación con las que se reconoce facultad de opción a los acreedores) o si también podía ser proposición adicional a las quitas y/o esperas de un convenio sin

²² Vid., la Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2012, en particular, Fundamento de Derecho 2º, 4º y 5º, lo que se ha reiterado en la Resolución de la DGRN de 13 de junio de 2016 y en la RDGRN de 12 de septiembre de 2017. Vid. también el auto del Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Madrid de 23 de julio de 2008, respecto del que discrepamos en la consideración de la operación como una dación en pago.

²³ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, “La capitalización de créditos en el concurso...”, apdo III. 1. El convenio concursal (proview).

proposiciones alternativas, sin posibilidad, por tanto, de opción para el acreedor²⁴. La cuestión resultaba controvertida, toda vez que, por un lado, la capitalización se contemplaba (y contempla) expresamente en la subsección correspondiente al convenio con contenido alternativo (art. 327 TRLC) pero, por otro lado, con arreglo al art. 317.2 TRLC, con excepción de los acreedores mencionados en dicho precepto, el convenio podría contemplar cuantas proposiciones adicionales tuvieran por convenientes el proponente o proponentes. En cualquier caso, de sostener que solo podría ser contenido alternativo, en tanto que integrante de un convenio con contenido alternativo sujeto a elección por parte del acreedor, a diferencia de lo previsto para acuerdos de refinanciación homologados, podría considerarse, que en tal caso bastaba con el consentimiento del acreedor derivado de no haber ejercitado la facultad de opción (ello supondría que la capitalización de créditos formaría parte del contenido de la proposición alternativa aplicable por defecto a falta de ejercicio de la facultad de elección²⁵).

2.2. Sobre el consentimiento individual de los acreedores tras la reforma

2.2.1. Capitalización de créditos prevista en el plan de reestructuración

Tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y sin perjuicio de las matizaciones que a continuación realizaremos, podría afirmarse que, con carácter general, la conversión de créditos en acciones o en participaciones puede ser impuesta a los acreedores de la sociedad deudor, al margen de su voluntad. Ello tanto por lo que respecta a la capitalización prevista en un plan de reestructuración (que ha pasado a “sustituir” a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos) como por lo que respecta al convenio concursal.

Comenzado por la reestructuración, ha de tenerse en cuenta que la conversión de créditos en acciones o en participaciones es una de las medidas de afectación de créditos que el art. 616.1 TRLC contempla para el plan de reestructuración. Así, conforme a dicho precepto, “*se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran [entre otras medidas] la conversión en [...] acciones o participaciones sociales*”. A partir de esta referencia expresa a la capitalización de créditos como medida de afectación, sobre la cuestión que nos ocupa índice de manera evidente el régimen de arrastre de efectos del plan de reestructuración que resulte judicialmente homologado, pues, entre otros efectos, ello conlleva la imposición del plan a los acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan (art. 635.1 TRLC). En ese sentido, aunque habrá acreedores (o clases de estos) a favor del plan y otros en contra, de concurrir las mayorías necesarias para su aprobación (art. 629 TRLC) y de ser judicialmente homologado, el mismo vinculará, en principio, a unos y a otros²⁶.

²⁴ DÍAZ MORENO, Alberto, “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (UE) 2018/1023, sobre reestructuración e insolvencia”, AAVV, *Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis*, Civitas Thomson Reuters, 2019, nota 13, pág. 240, considerando, vigente aún la LC de 2003, que la capitalización podría ser proposición adicional en un convenio de contenido único.

²⁵ FACHAL NOGUER, Nuria, “¿La reforma del texto refundido culmina el desplazamiento del poder de decisión de los socios en las operaciones societarias con fines de saneamiento?”, *La Ley Insolvencia*, n. 15, 2022, págs. 4 y 5 (versión electrónica), entendiendo que la capitalización solo puede incluirse en convenio con contenido alternativo, posición que mantiene tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. En contra, manteniendo, vigente ya el TRLC, que la capitalización podría ser parte del contenido de una propuesta única de convenio, DÍAZ MORENO, Alberto, “Cuatro apuntes sobre la nueva regulación del convenio en el Texto refundido de la Ley concursal”, *Análisis, junio 2020/Gómez Acebo y Pombo*, en particular, págs. 2 y 3 y ENCISO-ALONSO MUÑUMER, María, “Arts. 327 y 328”, PEINADO GRACIA, J.I./SANJUAN Y MUÑOZ, E. (dirs.), *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Sepin, 2020, págs. 908 a 910, entre otros.

²⁶ Igualmente se prevé para el plan de continuación de microempresas (arts. 698.9º y 10 y 698 bis TRLC).

Sea como fuere, ello no implica que todo acreedor de una sociedad deudora respecto del que se haya negociado un plan de reestructuración en el que se haya previsto una conversión de créditos en capital se vea afectado por ella, pues en relación sobre ello inciden diversos factores. En primer lugar, es importante tener en cuenta que solo se verán afectados por el plan los créditos que se hayan incluido en el perímetro de afectación de cada reestructuración en concreto. A este respecto, se ha de llamar la atención sobre la circunstancia de que no todos los créditos que *potencialmente* podrían verse afectados por el plan de reestructuración con arreglo al art. 616 TRLC han de verse *necesariamente* afectados por el plan de reestructuración que se proponga en cada caso concreto. Como deriva de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, de cuya transposición a nuestro Derecho es parte el art. 616 TRLC, en este ámbito se proporciona cierta flexibilidad, por cuanto el perímetro de afectación será fijado por las partes a lo largo del proceso de negociación, durante el que seleccionarán cuáles son los créditos, de entre los que potencialmente pueden verse afectados con arreglo al apdo. 2 del art. 616, que habrían de quedar afectados en esa concreta reestructuración. Pero, además, se ha de tener en cuenta que, si bien la normativa concursal parte del principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación y a este respecto el art. 616.2 TRLC parte de que “*cualquier crédito*” puede ser afectado por el plan de reestructuración, dicho apartado prevé también excepciones al mencionar un conjunto de créditos que quedan fuera del plan de reestructuración por disposición legal. Se trata de 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 dirección²⁷. A ese listado se añaden, con respecto al plan de continuación para microempresas, los créditos públicos, en la parte que deba calificarse como privilegiada y los porcentajes de las cuotas de la seguridad social cuyo abono corresponda a la empresa por contingencias comunes y contingencias profesionales y los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art. 698.3 TRLC).

En segundo lugar, aun tratándose de créditos potencialmente afectados por el plan de reestructuración, según deriva de la normativa concursal, también es preciso tener en cuenta los límites a las posibilidades de afectación de ciertos créditos que establece el TRLC. En concreto, por lo que se refiere a la conversión de créditos en acciones o en participaciones, la misma queda prohibida para el crédito público en el art. 616 bis²⁸ y, además, los planes de reestructuración no podrán imponer la conversión de créditos en acciones o en participaciones al crédito derivado de avales públicos otorgados para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (apartado 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre²⁹). De igual manera se prevé con respecto a los planes de continuación en el procedimiento especial para microempresas (art. 698.6 y apdo. 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre).

²⁷ Aunque no exactamente coincidente, pues el TRLC matiza el alcance de algunas exclusiones, el art. 616. 2 TRLC recoge los créditos que menciona el art. 1.5 de la Directiva, que contiene un listado de créditos que podrían quedar fuera del plan de reestructuración por decisión de cada legislador nacional.

²⁸ Parece que, incluso, aun cuando lo consintiera el acreedor, pues no se establece que el plan no podrá *imponer*, sino que *no podrá suponer*, la capitalización de esos créditos. De hecho, el crédito público ya quedaba fuera de los institutos preconcursales antes de la reforma del TRLC. Así lo establecía el art. 606.2 TRLC por lo que respectaba a los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación y el art. 683.2 TRLC en relación con los acuerdos extrajudiciales de pagos.

²⁹ Nótese que, en relación con estos créditos y a diferencia de lo que se contempla con respecto al crédito público, en este caso no se trata de que el plan de reestructuración *no podrá suponer* su conversión en acciones o en participaciones, sino que el plan no puede *imponer* ese contenido a tales créditos.

En tercer lugar, se ha de tener en cuenta también que, a efectos de la imposición a un acreedor de una medida de afectación prevista en el plan, es preciso atender a cuál sería la situación de ese crédito en un eventual concurso, y particularmente, en un escenario de liquidación. Ello porque es preciso atender a la regla del interés superior de los acreedores, que deriva de los arts. 10.2 d) y 11.1. a) de la Directiva. La incorporación de esta regla a Derecho concursal español se ha traducido en que se entiende que la prueba del interés superior de los acreedores no se supera si el acreedor disidente fuera a recibir en virtud del plan menos de lo que pudiera razonablemente presumirse que recibiría en caso de liquidación concursal, considerando que el pago de la cuota de liquidación tendría lugar a los dos años de la formalización del plan (art. 654.7º TRLC). Recibiendo en virtud del plan menos de lo que recibiría en liquidación, se considera que, entonces, ese acreedor se vería perjudicado por la reestructuración. Ello se presenta como un motivo de oposición o de impugnación del auto de homologación del plan que puede ser hecho valer por cualquier acreedor disidente, tanto si pertenece a una clase que no haya votado a favor del plan (en caso de plan no consensual *ex art. 655.1 TRLC*), como si su clase ha votado a favor del plan (en caso de plan consensual *ex art. 654. 7º TRLC*) y que, de estimarse, conllevará la no extensión de efectos del plan al acreedor impugnante (art. 661.1 TRLC). Con ello se pretende garantizar que un acreedor disidente reciba en virtud del plan reestructuración, al menos, lo mismo que recibiría en liquidación y para ello se ha de comparar el valor de lo que el acreedor disidente fuera a recibir en virtud del plan con ese hipotético pago en liquidación, ambos descontados a valor presente³⁰.

En cuarto lugar, se ha de tener en cuenta que, aunque la conversión de créditos en acciones o en participaciones se haya previsto como contenido del plan de reestructuración, ello no implica que la misma deba preverse con respecto a todas las clases de créditos que vayan a quedar afectados por el mismo, sino que puede contemplarse solo para los pertenecientes a clases concretas. De entrada, el TRLC toma en consideración los rangos concursales como criterio de formación de las clases de acreedores en la reestructuración (art. 623.2 TRLC), pero ello no impide que puedan separarse en clases distintas de créditos de un mismo rango en atención a cómo vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración (art. 623.3 del TRLC). Así, ello no supone que el trato entre clases afectadas de igual rango deba ser exactamente el mismo, sino que las medidas previstas para cada clase pueden ser diferentes, aunque es preciso garantizar a la clase disidente un trato al menos igual de favorable que el de otra clase del mismo rango (art. 655.2.3º TRLC). En relación con ello, para evaluar si el trato es igual de favorable será preciso atender a si el trato es equivalente desde el punto de vista de la puesta en relación, para las clases afectadas a comparar, del valor del crédito o instrumento post-reestructuración con el valor del crédito originario. Esto es, consideramos que ese trato al menos igual de favorable se refiere a una igualdad en términos económicos³¹.

³⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, "Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración (y algunas novedades en el libro IV)", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, n. 7, 2022, pág. 81. Esta regla también es aplicable al plan de continuación en microempresas (art. 698 bis 6 4º TRLC).

³¹ Además de esa regla, para el Libro II se ha contemplado en el TRLC, con carácter general, la regla de la prioridad absoluta (artículo 11.2 de la Directiva). Ello se traduce en la previsión de un motivo de oposición o de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración por parte de acreedores disidentes pertenecientes a las clases de voto disidentes en el art. 655.2.4º TRLC. Conforme a dicho precepto, la homologación del plan no consensual podrá ser impugnada si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración y la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes (de rango superior) va a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos. En cualquier caso, esta regla admite excepciones "cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente" (art. 655.3 TRLC). Además, para las empresas mencionadas en el art. 682 TRLC se contempla un régimen especial de reestructuración

Además, a la vista de la flexibilidad en cuanto al contenido del plan que deriva de la normativa concursal, no parece existir ningún inconveniente en que el propio plan pudiera configurar la capitalización de créditos como opcional, en el sentido de ser medida de afectación a elegir entre diferentes alternativas por los acreedores a los que afectara. Ello implica que, aunque haya desaparecido de la normativa esa posibilidad de opción que contenía el régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados, el propio plan podría contener previsiones dirigidas a evitar la imposición de una conversión de créditos en acciones o en participaciones al margen del consentimiento del acreedor; consentimiento que, reconociéndose en el plan una facultad de opción, podría pasar por exigir un consentimiento expreso del acreedor optando específicamente por la conversión de créditos en capital prevista en el plan, o por contemplar la capitalización como opción alternativa aplicable por defecto en caso de falta de ejercicio de facultad de opción. Con ello contribuiría a evitarse que entraran en el capital social socios que realmente no lo desean, toda vez que la presencia en el capital social de socios que no quieren serlo podría acabar afectando al funcionamiento de la sociedad³². Precisamente por este motivo, a la vista de que el TRLC no lo contempla en este caso, también podría preverse en el plan de reestructuración una salida similar a la prevista en el convenio para los acreedores que pasaran a ser socios por haber convertido sus créditos en acciones o en participaciones. Recuérdese que, con respecto al convenio, el apartado 2 del art. 399 bis TRLC prevé la libre transmisibilidad por actos *inter vivos* de las acciones o de las participaciones que se emitan o que se creen para posibilitar la capitalización de créditos (hasta que transcurran diez años a contar desde la inscripción del aumento del capital en el Registro Mercantil). Ello, aun cuando la sociedad deudora haya contemplado en sus estatutos cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad e incluso si se tratase de una sociedad de responsabilidad limitada; sociedad que se caracteriza por su carácter más cerrado, lo que se evidencia en que es inherente a la misma que exista algún tipo de restricción a la libre transmisibilidad de sus participaciones, ya sea por haberse previsto estatutariamente o por aplicación del régimen supletorio previsto en la LSC (arts. 107 y 108 LSC). Precisamente, con esa previsión en el art. 399 bis 2 TRLC se busca evitar que los acreedores queden cautivos en una sociedad de la que, quizás, no deseen ser socios (o no más allá de un determinado periodo de tiempo). No obstante, su previsión no solo habría de interesar a esos socios “a la fuerza”, sino también a los que desean convertir sus créditos en capital y, asumir, por tanto, la condición de socio, pero que lo hacen con intención de transmitir posteriormente su participación en el capital social, una vez revalorizada como consecuencia del saneamiento.

Pues bien, en la medida en que, como excepción a la regulación societaria, no cabe una aplicación extensiva de esta previsión relativa a la libre transmisibilidad de acciones o de participaciones más allá de la capitalización prevista en el convenio, que es donde se reconoce, resultaría posible contemplar en el plan de reestructuración modificaciones estatutarias en ese sentido. Así, veremos en el siguiente apartado cómo la normativa concursal contempla que el plan de reestructuración pueda incluir medidas u operaciones societarias que, según se extrae de su art. 631 TRLC, “*requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”. En relación con ello, su apartado segundo contempla las reglas aplicables en caso de sociedades de capital, para lo cual se introducen especialidades con respecto al régimen de la junta general. Y veremos también como, en función del presupuesto objetivo, el plan de reestructuración podría llegar a homologarse aun sin acuerdo favorable de la junta general. Sea como fuere, en tanto que el art. 631.3 TRLC establece que, salvo

que, entre otros aspectos, lleva a la aplicación en tales casos de la regla de la prioridad relativa (art. 684.3 TRLC), que admite que los acreedores de rango inferior puedan recibir valor en la reestructuración sin necesidad de que los de rango superior se vean plenamente satisfechos, con tal de que los de rango superior sean tratados más favorablemente que los de rango inferior.

³² ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o...”, *op. cit.*, pág. 734.

por lo que respecta a la voluntad social y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria que prevea el plan deberá sujetarse a la legislación societaria aplicable, es preciso tener en cuenta que la eventual modificación de estatutos que pudiera contemplar el plan en este sentido habría de respetar el régimen societario en materia de modificación estatutaria del régimen de transmisibilidad de acciones o de participaciones. Particularmente cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, que es la forma societaria predominante en España, ha de tenerse en cuenta que, conforme al art. 108.1 LSC, son nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* (art. 108.1 LSC), de forma que no podrá llegar a preverse ese régimen de libre transmisibilidad (aunque, por ejemplo, será posible la libre transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo, que son dos de los supuestos de libre transmisibilidad que, salvo disposición contraria en los estatutos, contempla el art. 107.1 LSC). Sea como fuere, en la medida en que la modificación estatutaria quedaría sujeta a la legislación societaria aplicable (art. 631.3 TRLC), se ha de tener en cuenta que el art. 346.2 LSC prevé un derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales que habrá de ser respetado³³. Así, a la vista de es posible que el contenido del plan de reestructuración incluya operaciones para las que la normativa societaria reconoce derechos de separación a socios, quizás hubiera sido conveniente que el legislador concursal hubiera sido más consciente de ello, rodeando el ejercicio de ese derecho de cautelas al objeto de impedir que su ejercicio afecte patrimonialmente a la sociedad en un momento en que se encuentra en una situación económica y financiera delicada.

En relación con esta cuestión, se ha de tener en cuenta que, por ejemplo, el ordenamiento alemán ha trasladado a los planes de reestructuración las mismas previsiones que ya contenía con respecto al plan de insolvencia, lo que supone reconocer un derecho de separación a los socios si las medidas previstas en el plan de reestructuración constituyen “*justos motivos para abandonar a la persona jurídica deudora*” [§ 225 a (5) *Insolvenzordnung* de 1994 (en adelante, *InSO*)]. Al margen de lo que hace desencadenar ese derecho de separación en Derecho alemán, por lo que ahora interesa, destacamos del reconocimiento de este derecho de separación que la *InSO* [y por la remisión que se efectúa a ella en el § 7 (4), también la *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen* de 2020 (en adelante, *StaRUG*)] prevé que para la determinación de la compensación que recibiría el socio por su separación será decisiva la cuantía que le correspondería en concepto de cuota de liquidación en ese momento (de forma que el socio que se separa no participaría en el mayor valor que podría tener su participación si se tomara en consideración el saneamiento proyectado) y se prevé que la misma podrá satisfacerse por la sociedad en un plazo de hasta tres años, con devengo de los intereses correspondientes en caso de impago. Esto es, la previsión de ese derecho de separación se rodea, no obstante, de una serie de

³³ Sobre la previsión que contempla el art. 399 bis 2 TRLC para el convenio y la posibilidad de contemplar en el plan medidas que faciliten la desinversión, vid., ROJO, Ángel, “La conversión de créditos en acciones o...”, *op. cit.*, págs. 751 a 755, que sostiene que el derecho de separación no existe en caso de que el plan ni siquiera se hubiera sometido a la aprobación de la junta general (no siendo necesario, al encontrarse la sociedad deudora en situación de insolvencia actual o de insolvencia inminente – art. 640.2 TRLC-, sobre lo que volveremos seguidamente). Ello se basa en la consideración de que, entonces, no podrá apreciarse la existencia de voto contrario por parte de los socios, sino imposibilidad de voto. No obstante, entendemos que, en este último caso, también habría reconocimiento de derecho de separación, toda vez que éste no se reconoce en la normativa de sociedades de capital a favor del socio que ha votado en contra de la modificación del régimen de transmisión de participaciones, sino a los socios “*que no hubieran votado a favor*”. En ese sentido, de la misma forma que el titular de acciones o de participaciones sin derecho de voto, consideramos que tampoco vota a favor el socio que no ha tenido ocasión de votar por no haberse sometido el plan a la aprobación de la junta general.

cauteladas, para evitar que su ejercicio pueda afectar patrimonialmente a la sociedad en ese concreto momento, haciendo peligrar las perspectivas de saneamiento.

Adicionalmente, conviene también destacar del ordenamiento alemán, por lo que respecta a lo dispuesto en este apartado que, en relación con la capitalización de créditos que pueda preverse en un plan de reestructuración, el § 7 (4) de la *StaRUG* establece expresamente que no cabrá conversión de créditos en capital contra la voluntad de los acreedores afectados. Esto es, existe en Derecho alemán una previsión expresa que viene a exigir el consentimiento individual de los acreedores para la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración.

Así, a diferencia de lo que acabamos de destacar del ordenamiento alemán y de lo que contemplaba el régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados en el TRLC, bajo el régimen actual de los planes de reestructuración en Derecho español la conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales puede imponerse a los acreedores afectados por el plan al margen de su voluntad si concurren las mayorías de voto por clases de acreedores previstas legalmente. No existe en Derecho español ninguna previsión específica al respecto, como la que sí se contempla en Derecho alemán, de forma que, como medida de afectación de créditos que puede contemplar el plan de reestructuración, su arrastre a acreedores disidentes por mor de la homologación judicial del plan se rige por las mismas reglas que el arrastre del resto de medidas de afectación de créditos. Ello sin perjuicio de las excepciones que contempla la normativa en cuanto a la limitación de las posibles medidas de afectación que el plan puede prever en relación con ciertos créditos y a la posibilidad de configuración en el plan de esta capitalización como voluntaria para los acreedores afectados que se vean arrastrados por el plan como consecuencia de su homologación judicial.

2.2.2. Capitalización de créditos prevista en el convenio

Después de habernos ocupado de la necesidad o no del consentimiento individual de los acreedores para la conversión de créditos en capital prevista en un plan de reestructuración conforme a Derecho español vigente, nos ocupamos ahora de esta misma cuestión, pero referida al convenio concursal.

Ya hemos señalado que, en realidad, esta cuestión no resultaba del todo clara antes de la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre y, a este respecto, sucede que, tras la misma, se mantiene la esencia de las previsiones que, precisamente, suscitaban ese debate. De un lado, se mantiene la previsión del apdo. 2 del art. 317 TRLC, conforme a la que la propuesta de convenio podrá contener *“cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes sin más limitaciones que las establecidas”* en el TRLC. De otro lado, se sigue contemplando una referencia expresa a la conversión de créditos en capital como contenido alternativo en una propuesta de convenio, lo que sigue estableciéndose en el art. 327 TRLC que, evidentemente, continúa ubicándose en la subsección que regula el *“contenido alternativo de la propuesta de convenio”*. En cualquier caso, de este último precepto conviene destacar que la reforma ha eliminado su segundo apartado, según el cual la conversión de los créditos laborales exigía el consentimiento individual de los titulares de esos créditos. Dicho inciso podría interpretarse, a la vista de su tenor literal, como una prueba de que, salvo que se tratase de créditos laborales, su conversión en capital no precisaba del consentimiento individual de sus titulares (de ahí se extraía que, entonces, era posible imponer una capitalización como contenido adicional al margen del consentimiento de los acreedores con carácter general). Pero también se podría interpretar que, realmente, el legislador estaba exigiendo no solo el consentimiento *individual* sino también un pronunciamiento *expreso* de esos acreedores, en el sentido de exigir de los mismos la

elección a favor de la capitalización, sin poder preverse respecto de ellos la capitalización como opción por defecto en caso de falta ejercicio de la facultad de opción propia de todo convenio con contenido alternativo, como sí podría suceder con el resto de acreedores (ello de interpretarse que la capitalización de créditos solo podía preverse como contenido alternativo, no adicional, de una propuesta de convenio).

Esa eliminación del segundo apartado del art. 327 TRLC ha dado lugar tras la reforma a que ahora el TRLC contemple la prohibición de prever la conversión en acciones o en participaciones, entre otras medidas, también a los créditos laborales, además de a los créditos públicos, como ya se contemplaba antes de la reforma (art. 318.2 TRLC). Al margen de ello, y no obstante mantenerse la esencia de las previsiones que ya se contenían en el art. 317.2 y 327 TRLC, algunos aspectos de la reforma conducen a reforzar la idea de que en Derecho español vigente también cabe imponer una conversión de acciones o de participaciones a los acreedores, al margen de su consentimiento. De un lado, tal es el criterio que el legislador ha adoptado con respecto a los planes de reestructuración, lo que, a su vez, ha supuesto un cambio con respecto al régimen precedente de los acuerdos de refinanciación homologados. Tratándose de una misma problemática, la solución contemplada por el legislador para un escenario podría condicionar la interpretación para el otro escenario. De otro lado, tras la reforma el TRLC contiene ahora en la regulación relativa al convenio un régimen especial, al que ya hemos aludido, relativo a la transmisibilidad de las acciones o de las participaciones que se emitan o se creen en ejecución del convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o en participaciones. Si el fundamento de esta disposición es el de ofrecer una salida a los acreedores convertidos en socios para evitar que queden cautivos en una sociedad en la que no desean participar, ello es porque esa entrada en el capital les viene impuesta como consecuencia del arrastre a acreedores derivado de haberse alcanzado la mayoría suficiente para la aprobación del convenio por los acreedores y de haber sido aprobado judicialmente. Así, a diferencia de otros ordenamientos, como el alemán, donde se prevé expresamente que no cabrá conversión de créditos en capital contra la voluntad de los acreedores afectados [§ 225 a (2), *InSO*], nuestro ordenamiento sí que lo contempla como posible, pero compensa esa imposición facilitando la desinversión a través de la libre transmisibilidad de esas acciones o de esas participaciones. No obstante, se aprecia en esta previsión del apdo. 2 del art. 399 bis TRLC una función añadida, por cuanto esa libre transmisibilidad que se contempla es susceptible de contribuir a que existan acreedores dispuestos a convertir sus créditos en capital, en la medida en que podrían desinvertir posteriormente y, por lo tanto, dispuestos a votar a favor de la propuesta (recuérdese que, en última instancia, la aprobación de la propuesta de convenio depende del apoyo de una mayoría de acreedores – como también la de los planes de reestructuración -).

Como también sucedía con respecto a los planes de reestructuración y ya hemos adelantado, en relación con el contenido del convenio también se prevé que el mismo no podría suponer, entre otras medidas, la conversión de créditos en acciones o en participaciones en relación con algunos créditos: los de derecho público y los laborales (art. 318.2 TRLC), así como los créditos derivados de avales públicos otorgados para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (apartado 4 de la Disposición Adicional octava de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre³⁴).

³⁴ De igual forma que hemos apreciado con respecto a los planes de reestructuración, nótese que, a diferencia de los otros créditos, en este caso no se trata de que el convenio *no podrá suponer* para estos créditos su conversión en acciones o en participaciones, sino que de que el convenio no puede *imponer* ese contenido con respecto a tales créditos.

3. Novedades con respecto al consentimiento de la sociedad deudora

3.1. Planteamiento

Resulta evidente que, desde el punto de vista societario, el aumento de capital por compensación de créditos exige pronunciamiento favorable de la junta general de la sociedad deudora. Ello en tanto que las modificaciones estatutarias, en general, y los aumentos de capital, en particular, son competencia de este órgano [arts. 160 c) y d) y 285 LSC]. En relación con esta cuestión, conviene también señalar que, a diferencia de lo que la normativa societaria contempla con respecto a los aumentos dinerarios, no es admisible en el aumento que nos ocupa la figura del “capital autorizado”, toda vez que la delegación de la junta general en el órgano de administración a que se refiere el art. 297.1. b) LSC queda delimitado en torno a un aumento de capital que sea con cargo a aportaciones no dinerarias³⁵.

Ahora bien, ello no obsta a que con respecto al aumento de capital que nos ocupa (ni, en general, con respecto al aumento de capital no dinerario), no pueda operar el otro nivel de delegación en el órgano de administración que contempla el art. 297.1 LSC: el contenido en su letra a), consistente en delegar la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo, ya adoptado, de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto por en el acuerdo de junta. Y, evidentemente, como deriva del apdo. 2 del art. 297 LSC, ha de entenderse que por la delegación los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento.

Pues bien, cuestión trascendente en torno a la capitalización de créditos prevista en planes de reestructuración y en el convenio concursal tras la reforma del TRLC es si, en tales ámbitos, se mantiene la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital trazada por la normativa societaria. Pero, yendo más allá, no solo se plantea si la junta general sigue manteniendo su competencia para pronunciarse sobre los asuntos que le corresponden conforme a la normativa societaria (en nuestro caso, el aumento de capital por compensación de créditos), sino si el legislador concursal contempla que pueda llegar a prescindirse de la intervención de los órganos de la sociedad deudora. De ser así, teniendo en cuenta que los órganos de las sociedades de capital son los instrumentos a través de los cuales la persona jurídica ejercita su capacidad de obrar, a los que la normativa societaria faculta para manifestar la voluntad social en la esfera de sus competencias³⁶, el que se prescinda de la intervención de tales órganos es tanto como prescindir de la voluntad o el consentimiento de la sociedad (esto es, de la voluntad del deudor-sociedad de capital).

Veremos a continuación que uno y otro plano no son equivalentes. En este sentido, una cosa es que la normativa concursal no prevea que se prescinda del consentimiento del deudor-sociedad de capital, pero pueda contemplar normas para la formación de la voluntad social (que puedan llegar a incidir o no en la distribución de competencias entre órganos) y otra bien distinta es que no sea preciso ese consentimiento de la sociedad deudora. Lo primero se aprecia, por ejemplo, en el art. 3.1 TRLC, conforme al que, en caso de que el deudor sea persona jurídica, el competente para *decidir* sobre la presentación de la solicitud de concurso será el órgano de administración o de liquidación. Entendemos que lo segundo deriva, también por ejemplo, del régimen de suspensión de facultades

³⁵ Esta cuestión quedó abierta en la Segunda Directiva en materia de Sociedades, cuyo art. 25.2, sobre capital autorizado, no entraba a contemplarla (tampoco hoy el art. 68.2 de la Directiva 2017/1132). La misma se introdujo con ocasión de la tramitación del proyecto de LSA de 1989, trasladándose posteriormente a la LSC.

³⁶ GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pág. 303.

patrimoniales del deudor que prevé la normativa concursal, por cuanto en caso de suspensión el deudor pierde su poder de decisión en relación con aquellas actuaciones que queden afectadas por la misma³⁷, siendo sustituido en tales casos por la administración concursal (art. 106.2 TRLC)³⁸.

Pero, además, adelantamos que también resulta trascendente determinar la incidencia de la falta de acuerdo de la junta general de la sociedad deudora, cuando la misma sigue manteniendo su competencia para decidir sobre asuntos que le atribuye la normativa societaria y el legislador concursal no ha previsto que el consentimiento de la sociedad deudora llegue a ser prescindible.

De todo ello nos ocupamos a continuación con respecto a la capitalización de créditos prevista en los planes de reestructuración y en el convenio concursal tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad. No obstante, para una adecuada comprensión de tales aspectos, consideramos conveniente partir de la situación anterior a la modificación del TRLC.

3.2. El acuerdo de la junta general como manifestación del consentimiento de la sociedad deudora

3.2.1 Consideraciones sobre el régimen precedente

Bajo el régimen anterior a la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, era evidente que la capitalización de créditos que se articulara por la vía de un aumento de capital social precisaba del correspondiente acuerdo emanado de la junta general de la sociedad deudora. Además de que, por ello, la falta de acuerdo impedía la conversión de los créditos en acciones o en participaciones, cuestión trascendente, como ya hemos adelantado, eran las consecuencias derivadas de la falta de ese acuerdo en los ámbitos concursal y preconcursal.

En relación con ello, la tendencia más difundida durante la vigencia del régimen precedente ha venido siendo la de considerar que la falta de acuerdo de aumento de capital por la junta general de la sociedad deudora constituye un incumplimiento del convenio, del acuerdo de refinanciación o del acuerdo extrajudicial de pagos. Así se ha venido sosteniendo mayoritariamente por la doctrina³⁹, y así se indicó por el Consejo General del Poder Judicial al emitir su informe sobre el

³⁷ Conviene puntualizar que los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades patrimoniales del concursado circunscriben su alcance a la administración y disposición de la masa activa, de forma que la pérdida del poder de decisión solo opera con respecto a aquellas actuaciones afectadas por la suspensión.

³⁸ Ello resulta particularmente trascendente cuando se trata de realizar transmisiones en relación con las que la normativa societaria atribuye la competencia a la junta general [por ejemplo, enajenación de activos esenciales de conformidad con el art. 160 f) LSC]. De ser así, consideramos que el acuerdo de la junta general no sería preciso en caso de suspensión, no tanto por una cuestión de distribución competencial entre órganos, sino por el propio régimen de limitación de facultades patrimoniales del deudor derivado de la normativa concursal. Recuérdese que la suspensión afecta al “deudor”, sea cual sea su condición jurídica. En relación con esta cuestión, vid., entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *La junta general de la sociedad concursada*, Civitas Thomson Reuters, 2012, págs. 74, 119 o 226; GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, “Reestructuración de empresas y operaciones sobre activos esenciales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 24, 2016, págs. 3 y 4 (versión electrónica); ÁLVAREZ ROYO-VILLANOBA, Segismundo/SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime, “La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC”, *Diario La Ley*, n. 8546, 2015, pág. 18; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Distribución de competencias entre la Junta General y el órgano de Administración, en particular las nuevas facultades de la Junta sobre activos esenciales”, RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*, Thomson Reuters Aranzadi, vol. 1, 2016, pág. 60. En el mismo sentido, vid., Sentencia n. 347/2020, de 7 de julio, de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), Fundamento de Derecho 4ª.

³⁹ En relación con la capitalización de créditos mediante aumento de capital prevista en el convenio concursal, vid., entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Rodrigo, “La conversión de créditos en acciones o participaciones de la sociedad concursada (art. 100.2 LC)”, *Corporate Governance conflicts and corporate insolvency*, Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, 2004, pág. 28; GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés, “El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos

anteproyecto de reforma del TRLC y valorar las previsiones del nuevo art. 399 bis TRLC⁴⁰, del que posteriormente nos ocuparemos. Yendo más allá, también en los fundamentos jurídicos de algunas Sentencias del Tribunal Supremo español se ha reflejado esta posición. Así, a ello se aludió, por ejemplo, en la STS n. 296/2022, de 6 de abril de 2022, si bien la cuestión de fondo controvertida sobre la que se pronunció esa sentencia era la de si el hecho de que la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio dependiera del acuerdo favorable de la junta general suponía que la propuesta de convenio fuera una propuesta condicionada (propuesta que, de ser así, se habría de tener por no presentada⁴¹). Respondiendo negativamente a esa cuestión, el Tribunal Supremo afirmó que la ampliación de capital acordada por la junta general incide sobre “*el cumplimiento efectivo del contenido obligacional del convenio aprobado*”. Y, en relación con la capitalización prevista en acuerdos de refinanciación homologados, la STS n. 3/2023, de 10 de enero de 2023, señala que “*los acuerdos impugnados eran de ampliación de capital social por compensación de deudas y con ellos se daba cumplimiento al acuerdo de refinanciación homologado judicialmente*”, lo que se reitera al afirmar que “*en ejecución del acuerdo de refinanciación, bajo la normativa entonces en vigor (apartado 3, letra b), ordinal 3º de la DA4ª LC), era necesario que la junta de socios de la entidad adoptara el preceptivo acuerdo de ampliación de capital social*”, idea que se refleja también en varias partes de esa sentencia.

Pues bien, en nuestra opinión, no se trataba de una cuestión que tuviera que ver con la fase de ejecución del convenio o de los acuerdos concursales sino con el de su formación, de manera que, bajo el régimen precedente, sin acuerdo de la junta general favorable a la capitalización prevista en un acuerdo de refinanciación, en un acuerdo extrajudicial de pagos o en un convenio concursal, no podía afirmarse que tales acuerdos se encontraran perfeccionados. Ante todo, no consideramos que el rechazo por la junta general a la capitalización de créditos pudiera considerarse un incumplimiento del acuerdo en el que se insertaba, pues para que el consentimiento del deudor pudiera entenderse válidamente prestado era preciso que su voluntad se manifestara a través del órgano competente (en este caso, la junta general). Esto es, precisamente, lo que derivaba de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital.

En ese sentido, el que las negociaciones se entablasen con el órgano de administración de la sociedad deudora, como órgano de representación de ésta, no llevaba a que pudiera desconocerse que, en el ámbito societario, es la junta general el órgano competente para aumentar el capital social y que, por tanto, la capitalización no podía existir sin acuerdo de la junta general a través del que se manifestase la voluntad de la sociedad favorable a la conversión de créditos en capital⁴².

en acciones, participaciones o cuotas sociales”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 10, 2009, pág. 15 (versión electrónica). En sentido similar, si bien con matizaciones, se pronunciaba igualmente, PULGAR EZQUERRA, Juana, “El acuerdo de la junta...”, *op. cit.*, págs. 48 y 49. Sobre esta misma cuestión, pero referida a acuerdos de refinanciación, vid., HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, “La capitalización de deuda...”, *op. cit.*, pág. 360 o PULGAR EZQUERRA, Juana, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, Wolters Kluwer, 2021, 3ª edición, págs. 801 a 804, respecto al acuerdo de refinanciación homologado.

⁴⁰ Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma del TRLC para la transposición de la Directiva (UE) 2019/2023, de 25 de noviembre de 2021, párrafo 632, pág. 219.

⁴¹ Así se contemplaba en el, entonces, art. 101.1 de la LC de 2003 (normativa aplicable al caso) y hoy se prevé en el art. 319.1 TRLC.

⁴² Bajo el régimen previo a la reforma, compartiendo esta posición, RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “Distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital en activo en situaciones de insolvencia actual e inminente”, PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), *Reestructuración y Gobierno Corporativo en la proximidad de la insolvencia*, La Ley Wolters Kluwer, 2020, págs. 322 y 323. Se ha de recordar que, si bien caben distintas posibilidades de articular la capitalización de créditos, en este trabajo nos referimos exclusivamente a la llevada a cabo a través de un aumento de capital por compensación de créditos cuya competencia corresponde en exclusiva a la junta general según la normativa societaria.

A tal efecto, si bien es cierto que, de conformidad con el segundo párrafo del art. 3.1 TRLC, el órgano de administración está legitimado, no sólo para presentar la solicitud de concurso sino, tal y como se deriva literalmente de dicho precepto, para “decidir” sobre la solicitud, no existía en relación con la inclusión en el contenido de los acuerdos de refinanciación, extrajudicial de pagos o convenio concursal una previsión similar que llevase a sostener la competencia del órgano de administración para decidir en el ámbito concursal y preconcursal sobre los asuntos que podían ser contenido de esos acuerdos y que en el ámbito societario correspondía (y corresponde) decidir en exclusiva a la junta general. A este respecto, en la medida en que ello supondría introducir una excepción al régimen sobre distribución de competencias entre órganos establecido en la LSC, la previsión del segundo párrafo del art. 3.1 TRLC no podía ser objeto de una aplicación extensiva que llevase implícitamente a entender que el órgano de administración también estaba legitimado para decidir sobre el contenido y aceptación de estos acuerdos en tales casos⁴³

Frente a esta posición se ha argüido que, aplicada a la capitalización prevista en el convenio concursal, la misma no resultaba acorde con el carácter irrevocable de la propuesta de convenio⁴⁴. Se sostenía, además, que considerar que el acuerdo de la junta general formaba parte de la ejecución (del convenio o del acuerdo de refinanciación), no conllevaba una imposición a la junta general para que adoptase un acuerdo en sentido favorable (ni que quedara comprometido el voto de los socios), aunque lo cierto es que se afirmaba que la sociedad quedaba vinculada por la decisión del órgano de administración en torno al acuerdo⁴⁵. A este respecto, recuérdese que la junta general es el órgano a través del cual la sociedad manifiesta su voluntad en la esfera de sus competencias y que, por tanto, la decisión de la junta general no deja de ser decisión de la sociedad. De esta forma, si se entiende que la no adopción del acuerdo constituye un incumplimiento, es porque se está admitiendo que sobre la sociedad deudora pesaba una obligación (estaba obligada a cumplir); que es la que, entonces, se habría incumplido de rechazar la capitalización, de donde se extrae que, entonces, esa obligación era la de adoptar un acuerdo favorable a la capitalización.

En nuestra opinión, podía afirmarse que no era posible incumplir un acuerdo por parte de quien no había manifestado previamente su consentimiento en obligarse, lo que en el caso de la capitalización de créditos que tratamos vendría determinado por el momento en que la junta general aprobase el aumento de capital. De ahí que, en la medida en que el aumento de capital es competencia de la junta general, se hacía necesario su acuerdo para entender que la sociedad había quedado vinculada por un convenio o un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos que contemplara la conversión de créditos en acciones o en participaciones a través de aumento del capital social. Por ello, en nuestra opinión, la falta de adopción de ese acuerdo no podía hacer desencadenar las consecuencias de un incumplimiento⁴⁶. En este sentido, la consideración del acuerdo de la junta general favorable a la capitalización como elemento de la ejecución del acuerdo presupondría que con anterioridad al mismo existía un contrato plenamente válido y eficaz, de modo que la ausencia de aquel acuerdo de la junta general determinaría su incumplimiento, desplegando las consecuencias propias de todo incumplimiento contractual, lo que en el caso del

⁴³ Manteniendo una posición contraria con respecto al convenio concursal se pronunciaba, PULGAR EZQUERRA, Juana, “El acuerdo de la junta...”, *op. cit.*, pág. 48.

⁴⁴ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, “La capitalización de créditos en el convenio concursal y la prohibición de propuestas condicionadas (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 296/2022 [1ª] de 6 de abril de 2022”, *Anuario de Derecho Concursal*, n. 57, 2022, pág. 23 (versión electrónica)

⁴⁵ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, “La capitalización de créditos...”, *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁶ En todo caso, ello no excluía que los acreedores pudieran aceptar que la parte del contenido del acuerdo que precisaba de la intervención de la junta general no revestía carácter esencial, lo que supondría que el acuerdo sería vinculante también en caso de rechazo de la capitalización por la junta general.

convenio llevaría, adicionalmente y desde un plano concursal, a la apertura de oficio de la liquidación (art. 409.5º TRLC) y a la calificación *en todo caso* del concurso como culpable, por haber tenido lugar la apertura de oficio de la liquidación por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 443. 6º TRLC). Además, tampoco consideramos que ello fuera inconsistente con el carácter irrevocable de la propuesta de convenio, toda vez que el consentimiento de la sociedad proponente no podría considerarse prestado de forma definitiva mientras no recayera acuerdo favorable de la junta general (por lo tanto, el rechazo de la junta general no supondría una revocación). Y, finalmente, en nuestra opinión, el que la normativa concursal no hubiera dispuesto reglas especiales para el funcionamiento de la junta general y para la posible impugnación de sus acuerdos en estas hipótesis, que permitieran su encaje con facilidad en la tramitación concursal, no llevaba a sostener que el legislador concursal estuviera por este motivo atribuyendo la competencia para semejante decisión al órgano de administración (o, incluso, que estuviera prescindiendo de la voluntad de la sociedad deudora), pues, como ya hemos señalado, para ello habría sido precisa una norma específica y clara en ese sentido. Antes al contrario, la constatación de esa falta de reglas especiales para el encaje de esa decisión por la junta general reclamaba que el legislador las contemplara⁴⁷.

3.2.2. Capitalización de créditos en el Derecho concursal español vigente

a. Planteamiento

Tras haber expuesto la regulación sobre la materia que nos ocupa (y sus posibles interpretaciones) bajo el TRLC en su versión previa a la reforma de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, corresponde ahora abordar la situación normativa tras esa reforma. Para ello distinguiremos entre la capitalización de créditos incluida en un plan de reestructuración y la capitalización de créditos prevista en el convenio concursal. Veremos que el TRLC contempla previsiones distintas en uno y otro ámbito, motivo por el que conviene que unas y otras sean analizadas por separado.

b. La capitalización de créditos como contenido de un plan de reestructuración

Por lo que respecta la capitalización de créditos como contenido de un plan de reestructuración, consideramos que la reforma del TRLC ha venido a confirmar la esencia de la posición que antes hemos apuntado, sobre la consideración de la intervención de la junta general de la sociedad deudora como reflejo del consentimiento de ésta al plan de reestructuración que contempla una capitalización de créditos y no como un elemento integrante de la ejecución de éste. Cuestión distinta es si, para que el mismo pueda imponerse a la sociedad y afectar con ello a sus socios, que sufrirían el efecto dilutivo que conlleva esta operación, es siempre preciso que la sociedad deudora manifieste su consentimiento (en este caso, a través del acuerdo favorable del órgano que reúne a sus socios). Adelantamos que, como ya hemos apuntado, a la vista de la regulación que contiene el Libro II del TRLC, conviene no confundir uno y otro plano.

A este respecto, el art. 631.2 TRLC contempla la intervención de la junta general de la sociedad de capital deudora para la aprobación del plan de reestructuración *“que contenga medidas que requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora”*. Del apartado 3 del art. 631 TRLC deriva que en ese apartado segundo se contemplan reglas para la *“formación de la voluntad social”*;

⁴⁷ Se ha de tener en cuenta que, al menos el proceso de adopción de acuerdos por la junta general (particularmente el respeto del plazo mínimo entre convocatoria y celebración dispuesto por la normativa societaria), podría no ser un problema en caso de celebración de juntas universales, posibles (y habituales) en función de las características y tamaño de la sociedad.

voluntad que, según se desprende del apdo. 2 de dicho precepto, lo es en torno a la aprobación del plan de reestructuración “*en todos sus términos*” a través de acuerdo de la junta general a la que, en tanto que órgano de la sociedad deudora, corresponde manifestar la voluntad de ésta en la esfera de sus competencias. Ello sin que el art. 631 TRLC establezca distinción alguna por lo que respecta al presupuesto objetivo de esa reestructuración, que podría ser de probabilidad a la insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual (art. 584 TRLC); aspecto éste que reviste particular relevancia en el marco del segundo de los planos que antes hemos señalado (el relativo a si es o no prescindible el consentimiento de la sociedad deudora). Ello supone que, aunque el consentimiento de la sociedad deudora pueda llegar a ser prescindible, el mismo podrá ser prestado y, en tal caso, será manifestado a través de su junta general en los términos del art. 631 TRLC cuando el plan contenga medidas que sean competencia de este órgano.

Conviene precisar que, en rigor, aunque la rúbrica del art. 631 TRLC sea la de “*decisión de los socios sobre la aprobación del plan*”, dicho precepto se refiere, en realidad, a la decisión de la sociedad deudora sobre la aprobación del plan (cuando por su contenido afecte a las competencias de su junta general). No obstante, se aprecia que, tras la reforma, la normativa concursal española contiene previsiones en las que por decisión, aprobación o consentimiento de los socios se está aludiendo a la decisión, aprobación o consentimiento de la sociedad (manifestada a través del correspondiente acuerdo de su junta general)⁴⁸. Sin perjuicio de lo impreciso de las fórmulas empleadas, tratándose de sociedades de capital, además del acuerdo de la junta general, las mismas permitirían cubrir también el posible consentimiento que los socios pueden prestar individualmente o por mayorías de clases de acciones (en tanto que titulares de éstas), según los sistemas de tutela de socios en relación con determinados acuerdos previstos en la normativa societaria y en la normativa concursal⁴⁹. De igual forma, se aprecia también que el legislador concursal parece aludir de forma indistinta a la aprobación del plan de reestructuración por la junta general y a la aprobación de “medidas” u “operaciones societarias” que sean competencia de la junta general y que prevea o que contenga el plan de reestructuración. Así, en ocasiones se alude al “*acuerdo de la junta que acuerde el plan de reestructuración*” (art. 631.2.5ª TRLC) y en otras a que la junta general acuerde las medidas “*que contuviera el plan*” “*que requieran acuerdo de la junta de socios*” (arts. 640.2 y 650.2 TRLC). En relación con ello, se ha de recordar que el art. 631.2 TRLC contempla que la aprobación del plan de reestructuración por la junta general lo sea “*en todos sus términos*”, de forma que con ello se entienden también aprobadas por la junta general las medidas que sean competencia de este órgano incluidas en el plan, en relación con las que restaría su ejecución, que también constituye ejecución del plan⁵⁰. A este respecto, el apdo. 3 del art. 631 TRLC prevé la

⁴⁸ Es evidente que la junta general es el órgano de la sociedad que reúne a sus socios y que sus acuerdos se forman por mayoría a partir de la manifestación de voluntad de sus socios derivada del ejercicio de sus derechos de voto, pero conviene no confundirlos, en tanto que se trata de sujetos de derecho diferentes.

⁴⁹ El art. 631.3 TRLC contempla que, salvo por lo que respecta a la formación de la voluntad social de conformidad con lo dispuesto en ese art. 631 TRLC y a la protección de los acreedores, cualquier operación societaria deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable. Así, esos sistemas de tutela seguirían operando en probabilidad a la insolvencia y, en principio, también en insolvencia actual y en insolvencia inminente. Ahora bien, como el art. 640.2 TRLC permite homologar el plan de reestructuración en insolvencia actual y en insolvencia inminente “*aunque no haya sido aprobado por los socios*”, con ello podría estar cubriéndose también la no aprobación por los socios conforme con los sistemas de tutela individual o colectiva por clases dispuestos en la normativa societaria.

⁵⁰ Además, entendemos que, por lo que al objeto de este trabajo interesa, una vez homologado el plan de reestructuración, su ejecución no pasa tanto por la adopción del acuerdo de aumento de capital social, sino por la materialización (ejecución) de ese aumento. Ello es, además, lo más acorde con la finalidad de eficiencia de los procedimientos de reestructuración y de insolvencia que también persigue la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, frente a exigir nuevos acuerdos de la junta general.

conformidad con lo previsto en el art. 631 TRLC en relación con la formación de la voluntad social para la aprobación de operaciones societarias que prevea el plan y, precisamente, lo que contempla el apdo. 2 del art. 631 TRLC, cuando se trata de sociedades de capital, es la aprobación del plan por su junta general cuando el mismo incluye medidas que son competencia de este órgano.

Pues bien, el art. 638.3º TRLC prevé que, para ser homologado, es preciso que el plan de reestructuración sea aprobado *“por el deudor o, en su caso, por los socios”*⁵¹. Esta previsión enlaza con el art. 631 TRLC, al que acabamos de aludir en el párrafo precedente, de donde se extrae que, sin acuerdo favorable de la junta general, no puede entenderse que el plan de reestructuración haya sido aprobado por el deudor. Ahora bien, como hemos señalado, cuestión distinta es que, cuando el deudor es una sociedad de capital, en función del presupuesto objetivo de la reestructuración pueda prescindirse del consentimiento que contemplan los arts. 631 y 638.3º TRLC. Esto último es, precisamente, lo que se extrae de los arts. 640.2 y 650.2 TRLC.

En relación con ello, el art. 640.2 TRLC prevé que si *“el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, el plan de reestructuración se podrá homologar, aunque no haya sido aprobado por los socios si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente”*⁵². De ser así, del 650.2 TRLC no se extrae que, en tal caso, corresponda entonces adoptar la decisión sobre la aprobación del plan al órgano de administración de la sociedad deudora⁵³, sino que a este corresponde ejecutar las medidas competencia de la junta general incluidas en el plan de reestructuración no aprobado por el deudor, pero homologado (art. 650.2 TRLC). No en vano, al órgano de administración corresponde ejecutar los acuerdos de la junta general y, consideramos que, en este caso, a pesar de no existir acuerdo favorable de la junta general (porque la misma no se ha pronunciado o, porque, habiéndose pronunciado, ha rechazado el plan de reestructuración), el art. 650.2 TRLC contempla que el órgano de administración ha de actuar *como si* la junta general hubiera adoptado esos acuerdos favorables, realizando *“los actos necesarios para su ejecución”*. En cualquier caso, para evitar un posible bloqueo en esa ejecución procedente del órgano de administración, se prevé que el juez podrá designar, a propuesta de cualquier acreedor, a quien

⁵¹ Esta previsión se desarrolla en el art. 640 TRLC. Así, mientras que en el primer apartado se precisa que, si el deudor es persona natural, *“la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por este”*, en el segundo apartado se establece, en un primer inciso, que *“si el deudor fuera una persona jurídica, la homologación del plan de reestructuración requerirá que haya sido aprobado por los socios legalmente responsables de las deudas sociales”*. Consideramos que, en la medida en que la persona jurídica es un sujeto de derecho distinto de sus socios, esta última previsión no implica que bastaría con que los socios legalmente responsables aprobaran el plan de reestructuración, sino que esa aprobación por los socios personalmente responsables ha de serlo *además* de la de la persona jurídica deudora.

⁵² Ello, según comienza este inciso, en caso de que no existieran socios legalmente responsables de las deudas sociales. Así, si no hubiera socios legalmente responsables de las deudas sociales, el plan se podría homologar sin acuerdo de la junta general en caso de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Si los hubiera (por ejemplo, podría ser el caso, más teórico que práctico, de una sociedad comanditaria por acciones – art. 1.4 LSC -), no cabría homologación del plan sin el consentimiento de tales socios. A continuación, surge la duda de si podría homologarse el plan en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente sin acuerdo de la junta general que, no obstante, contara con el acuerdo favorable de los socios personalmente responsables de las deudas sociales. Aunque resulta discutible a la vista del tenor del art. 640.2 TRLC, lo razonable es ofrecer una respuesta afirmativa en tal caso, dado que del art. 640.2 TRLC se extrae que puede prescindirse del consentimiento del deudor para la aprobación del plan en insolvencia actual y en insolvencia inminente (y también del de sus socios, salvo, según deriva del primer inciso del art. 640.2 TRLC que se trate de socios *“legalmente responsables de las deudas sociales”*).

⁵³ No consideramos que la norma esté contemplando un desplazamiento del poder de decisión de la junta general al órgano de administración en tal caso. Entendemos que la aprobación por el deudor del plan de reestructuración que contenga medidas competencia de la junta general pasa por la aprobación del plan por este órgano. El posible bloqueo procedente del órgano de administración, en forma de ejecución del aumento, que no de adopción - que no le compete -, también se superaría *ex art.* 650.2 TRLC. Cuestión distinta es que no sea requerida la aprobación por la sociedad deudora en insolvencia actual y en insolvencia inminente, que es lo que, entendemos, deriva del art. 640.2 TRLC.

quede facultado para realizar tales actos. Con estas previsiones se está previendo la superación de un posible bloqueo por parte de la sociedad deudora: de su junta general, mediante la no adopción del correspondiente acuerdo⁵⁴ y/o de su órgano de administración, mediante la no ejecución de las medidas sobre las que la junta no se ha pronunciado favorablemente, pero que el art. 650.2 TRLC le faculta a ejecutar⁵⁵.

A la vista de todo lo anterior, de contemplar el plan de reestructuración una capitalización de créditos, siendo el aumento de capital por compensación de créditos asunto competencia de la junta general y, por lo tanto, siendo una de esas medidas competencia de la junta general que, en términos del art. 631 TRLC, “*requieran el acuerdo de los socios de la sociedad deudora*”, resulta evidente el cambio que a este respecto contempla la normativa concursal actualmente vigente, con respecto a su versión anterior a la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en situación de insolvencia inminente y en situación de insolvencia actual. En tales casos, la capitalización de créditos puede imponerse al margen del consentimiento de la sociedad deudora y su materialización (ejecución del aumento) ya no depende de la actuación de sus órganos (arts. 640.2 y 650.2 TRLC). Ahora bien, por lo que respecta a la situación de probabilidad de insolvencia, la reforma permite evidenciar que la intervención de la junta general a este respecto lo es, no para ejecutar, sino para aprobar el plan de reestructuración, manifestando el consentimiento de la sociedad deudora; aprobación que es precisa para que el plan pueda homologarse, lo que implica que puede imponerse a la sociedad deudora (y, con ello, a sus socios que se verían afectados por el efecto dilutivo de la capitalización). Así, en probabilidad de insolvencia, no es que la falta de acuerdo de la junta general, que habría de adoptarse en los términos del art. 631 TRLC y que ahora se contempla con respecto al plan reestructuración (pero que conlleva el de las medidas previstas en el mismo), implique incumplimiento del plan por la sociedad deudora, sino que la falta de acuerdo conlleva que el plan no ha sido aprobado por ésta.

⁵⁴ En relación con ello, el art. 650.2 contempla que el auto de homologación será título suficiente para la inscripción registral de las modificaciones estatutarias contenidas en el plan de reestructuración.

⁵⁵ Estas previsiones solo contemplan que el plan contenga medidas que sean competencia de la junta general, pero surge la duda sobre si el plan de reestructuración ha de ser aprobado por el órgano de administración en el caso en el que su contenido no contemple medidas competencia de la junta general. A este respecto, el art. 638.3º TRLC exige la aprobación del deudor (y, en su caso, de los socios) para la homologación del plan de reestructuración, lo que el art. 640.2 TRLC parece excepcionar en situación de insolvencia actual y en situación de insolvencia inminente cuando el plan contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios, pero no en otro caso. Por su parte, el art. 650 TRLC no contempla como imprescindible la intervención del órgano de administración, pues dicho precepto incorpora previsiones para evitar el bloqueo procedente de este órgano, lo que se establece, de nuevo, en relación con un plan de reestructuración que incluya medidas competencia de la junta general. Es más, el art. 650.2 TRLC parte de que la junta general no ha adoptado el acuerdo correspondiente en relación con un plan de reestructuración que contenga medidas competencia de la junta general, sin abordar el caso, también posible, de bloqueo del órgano de administración por no ejecutar medidas competencia de la junta general incluidas en el plan en relación con las que sí ha recaído acuerdo favorable de la junta. No obstante, sin perjuicio de que estas cuestiones precisen de un tratamiento más detenido y detallado, que desborda el objeto del presente trabajo, de entrada, consideramos que a partir de esas previsiones es posible inferir criterios a tomar en consideración más allá de esos concretos casos contemplados en las mismas. Por lo que respecta a lo primero, entendemos que si, en insolvencia inminente y en insolvencia actual, pueden imponerse al deudor medidas de mayor trascendencia económica y jurídica (que son las que, por ese motivo, son competencia de su junta general), ha de poder serlo también cuando las previstas en el plan de reestructuración no sean competencia de la junta general (de lo contrario, se estaría exigiendo el consentimiento del deudor para las medidas de menor trascendencia y prescindiendo de él para las de mayor relevancia económica y jurídica). A este respecto, son los órganos de la sociedad a los que, en la esfera de sus competencias, corresponde manifestar la voluntad social. En relación con lo segundo, parece razonable que el posible bloqueo procedente de los administradores cuando se trata de ejecutar medidas previstas en un plan ya homologado deba de resolverse conforme establece el art. 650.2 TRLC, aunque en él solo se contemple el bloqueo en la ejecución de medidas incluidas en el plan que no ha aprobado la junta general.

Pues bien, conviene precisar que esta constatación que acabamos de señalar lo es para las sociedades de capital a las que se aplica el régimen general del Libro II del TRLC, pues se ha de tener en cuenta que, para las sociedades sujetas al régimen especial de ese Libro II, el art. 684.2 TRLC contempla la necesidad de acuerdo favorable de la junta general, no solo en probabilidad de insolvencia, como hemos señalado, sino también en insolvencia actual y en insolvencia inminente. De la misma forma se contempla, también en esos tres escenarios, en relación con la capitalización prevista en el plan de continuación para microempresas, tal y como deriva del art. 698.1 TRLC. Para estos deudores son aplicables las consideraciones que hemos efectuado para la situación de probabilidad de insolvencia de los deudores-sociedades de capital sujetas al régimen general del Libro II. Recuérdese que, en su mayoría, el tejido empresarial español está formado por este tipo de empresas, de manera que, adoptándose por su titular la forma de sociedad de capital (que es la que tomamos en consideración en el presente trabajo), se mantendrá el poder de decisión de su junta general.

Tal y como señala el Preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, esta distinción que deriva del TRLC según el tamaño del deudor parte de la idea de que el perfil de socio de las sociedades a las que se aplica el régimen especial del Libro II y también las microempresas no es el mismo que el de las sociedades a las que resulta de aplicación el régimen general del Libro II. Mientras que se asume que en estas últimas el socio es socio inversor al que, por tanto, en atención a su posición de titular residual bastaría, en realidad, con respetar su interés económico en esa sociedad, se asume que en las primeras el socio no es un mero inversor, sino que se implica personalmente en la sociedad, en su gestión, en su actividad, proporcionando a esta experiencia, conocimientos, activos, etc. que son claves para la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial⁵⁶. Precisamente, el que no se imponga una reestructuración forzosa a socios cuando la sociedad deudora es PYME deriva de la propia Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, que alude igualmente a los tenedores de participaciones que no sean meros inversores y a los que sí lo son (Considerandos 58 y 59 y art. 4.8)⁵⁷. Por su parte, la reestructuración forzosa a socios que se extrae de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y que lleva a que su art. 32 modifique la Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, persigue que los socios no “*puedan impedir injustificadamente la adopción de planes de reestructuración que permitirían que el deudor recupere su viabilidad*” (Considerando 57). Se parte así de que el reconocimiento de un poder de veto a los socios (exigiendo su consentimiento), para tomar ciertas decisiones que les corresponde adoptar conforme a la normativa societaria (como, por ejemplo, una capitalización de créditos), podría impedir directamente la reestructuración o ser aprovechado por estos para articular estrategias de extorsión, al emplearse ese poder de veto como arma negociadora para obtener de

⁵⁶ Sobre el diferente trato en función del perfil de socio, vid. EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Instrument of the European Law Institute, Rescue of Business in Insolvency Law*, 2017, en particular, pág. 335 y 336.

⁵⁷ Se ha de tener en cuenta, en cualquier caso, que la distinción se viene planteando entre socios de perfil “inversor” y socios de perfil “propietario”, sin que la atribución de un perfil u otro a los socios se haga en atención al tamaño de la sociedad. Ello porque socios de uno y otro perfil podrían convivir en sociedades de diverso tamaño. Ahora bien, no se nos oculta que esa distinción en función del perfil del socio y no del tamaño de la sociedad es relativamente sencilla de aplicar en modelos de reestructuración en los que los socios son tratados como una clase más, junto a las clases de acreedores, motivo porque el podrían preverse a su vez diferentes clases de socios en función de su perfil como tales. En la medida en que el Derecho español no ha optado por ello, sino que mantiene el poder de decisión de la sociedad a través de sus órganos, lo que, en función del contenido supondrá la intervención de la junta general, donde se reúnen sus socios, que podrían ser de uno y/u otro perfil, esa distinción entre socios se ha realizado de manera imperfecta, partiendo de la idea generalmente asumida en torno al perfil de socio “habitual” en función del tamaño de la sociedad, lo que no es exacto en todos los casos.

la reestructuración un mayor valor del que, en principio, les correspondería, a cambio de no obstaculizar la reestructuración.

Pues bien, a la vista de lo dispuesto en el TRLC, de entrada, podría afirmarse que ese riesgo de bloqueo y de extorsión procedente de socios podría seguir operando tanto en probabilidad de insolvencia (con independencia del tamaño de la sociedad deudora) como en el caso de sociedades pequeñas a las que fuera de aplicación el régimen especial del Libro II (y también en el caso de microempresas, aunque en este caso en relación con el plan de continuación en el marco de su procedimiento especial). Ello en tanto que solo se ha previsto una reestructuración forzosa a socios para grandes y medianas empresas (a la que resulta de aplicación el régimen general del Libro II) en los casos de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Por lo que respecta a las sociedades a las que resulta de aplicación el régimen general del Libro II, ello obedece a la idea de que, para el legislador español, encontrándose el deudor en situación de probabilidad a la insolvencia, éste no ha perdido aún el beneficio del plazo, en tanto que aún puede satisfacer sus obligaciones conforme resultan exigibles, motivo por el que no parece justificado que puedan imponerse medidas como una capitalización forzosa. Además, se espera que, el que ello sí que pueda imponerse en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente será un potente incentivo para que desde el deudor se impulse una reestructuración preventiva y los socios colaboren con su consecución, toda vez que, de no hacerlo, podrían sufrir una reestructuración forzosa⁵⁸. A ello coadyuva también que se haya previsto la posibilidad de excepcionar la regla de la prioridad absoluta, aplicable en caso de que el plan no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, de forma que sea posible reconocer a acreedores en la reestructuración un valor inferior al importe de sus créditos, conservando los socios derechos, acciones o participaciones en la sociedad deudora (art. 655.2.4ª en relación con el art. 655.3 TRLC). Esto último, según establece el apdo. 3 del art. 655 TRLC *“cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente”*, condiciones éstas que podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios.

Por lo que respecta a las sociedades pequeñas (o más específicamente, aquellas a las que se aplica el régimen especial del Libro II y a las microempresas), podría pensarse que, si se asume que los socios tienen una implicación personal en la sociedad, hasta el punto de radicar en ella su medio de vida, por no ser meros inversores, ello parece llevar a considerar que, entonces, serán los primeros interesados en una reestructuración efectiva, que, en principio, no bloquearían. Y, a la vista de su perfil, también se asume que la continuación de la actividad empresarial pasa por su mantenimiento en el capital social, lo que tiene cabida en la regla de la prioridad relativa que opera en relación con la reestructuración en el régimen especial del Libro II. Así, mientras que en el régimen general se establece como causa de oposición a la homologación o de impugnación del auto de homologación del plan no aprobado por todas las clases (art. 663.2º y art. 655.1.4ª TRLC), *“que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración”*, el art. 684.4 TRLC establece, para el régimen especial, que, *“aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores, el plan de reestructuración podrá ser homologado si la clase o clases de acreedores que no lo hayan aprobado reciben un trato más favorable que cualquier otra clase de rango inferior”*. Ahora bien, se advierte que la regla de la prioridad relativa presenta el inconveniente de ser susceptible de amparar

⁵⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco., “La reforma del Derecho preconcursal: algunas reflexiones sobre sus fundamentos”, AAVV, *La reestructuración como solución de las empresas viables*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, págs. 41 y 42.

comportamientos oportunistas, a través de estrategias que pretenden extraer valor en exceso a cambio del voto, toda vez que se trata simplemente de asegurar que las clases de rango superior recibirán un trato más favorable que las inferiores pero, a partir de ahí, la diferencia podría ser mínima con tal de ser más favorable, lo que a su vez genera incertidumbre que, se vaticina, afectará a las posibilidades de obtención de financiación⁵⁹. No obstante, a la vista de los preceptos que acabamos de transcribir y también del tenor del apdo. 3 del art. 655 TRLC, podría sostenerse que, al menos en relación con la posición de los socios, con respecto al plan de reestructuración operan las condiciones que derivan del art. 655.3 TRLC y que, según hemos señalado en el párrafo anterior (imprescindibilidad para asegurar la viabilidad de la empresa y ausencia de perjuicio injustificado para los acreedores afectados), podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios. En este sentido, nótese que, en Derecho español, los socios no constituyen una clase y, en relación con ello, el art. 655.2.4º TRLC, que contempla la regla de la prioridad absoluta, distingue entre “una clase de rango inferior” y los socios. A este respecto, el régimen aplicable a los deudores mencionados en el art. 682 TRLC consiste en el régimen general del Libro II, pero desplazado en las especialidades que contemplan los arts. 683 y 684 TRLC. De esta forma, si el art. 681.4 TRLC establece que el plan podrá homologarse aunque no haya sido aprobado por todas las clases de acreedores si las clases de acreedores disidentes reciben un trato más favorable que cualquier “otra clase” de rango inferior y, en Derecho español, los socios no constituyen una clase, entonces en este régimen especial sigue operando esa regla de que los socios no podrían conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración si las clases de acreedores disidentes recibieran en virtud del plan menos del valor de su crédito. Esto es, a la vista de lo dispuesto en el art. 684.4 TRLC parece que lo que se desplaza en el régimen especial es la primera parte de lo previsto en el art. 655.2.4º TRLC, pero no lo segundo (referido a los socios), de forma que, para esto último, podría operar la excepción contemplada en el apdo. 3 del art. 655 TRLC, cuyas condiciones, como hemos señalado, podrían controlar posibles excesos que pudieran proceder por parte de socios⁶⁰.

Ahora bien, no se trata solo de establecer cautelas para evitar comportamientos abusivos del lado del deudor lo que, en ocasiones, pasa por imponer una reestructuración forzosa (en nuestro caso, una capitalización forzosa), sino que la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad parte también de la protección de los intereses legítimos de los accionistas o tenedores de participaciones (Considerando 57). De entrada, de lo que se parte es de garantizar que estos no puedan impedir *injustificadamente* la adopción de planes de reestructuración, de donde se extrae que podría existir justificación para ese bloqueo. Además, no es admisible que ese régimen facilitador de la reestructuración abra la puerta a conductas oportunistas de acreedores, o incluso, también de socios mayoritarios. Así, no parece razonable “neutralizar” el abuso de socios, pero abrir la puerta al abuso de acreedores, lo que se podría evidenciar particularmente en caso de reestructuración forzosa. Pero incluso cuando se precisa del acuerdo favorable emanado de la junta general, ese régimen especial de rebaja de mayorías y, con ello, el menor poder de que disponen las minorías, podría amparar comportamientos abusivos en detrimento de estas. De ahí la necesidad de establecer salvaguardas desde este otro lado. En relación con ello, la principal protección que deriva del TRLC es la previsión, como causa de oposición o de impugnación del auto de

⁵⁹ Vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria, “Los socios y el reparto del excedente en la reestructuración”, GARNACHO CABANILLAS, L./ARIAS VARONA, J. (dirs.), *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre reestructuración preventiva*, Wolkers Kluwer, 2022, págs. 225 y 226.

⁶⁰ Por lo que respecta al plan de continuación en microempresas, se establece como requisito de homologación que sea “justo y equitativo” de no haber sido aprobado por una clase de acreedores (art. 698 bis 6 5º TRLC). Esa referencia al carácter “justo y equitativo” del plan pondría coto a posibles abusos.

homologación del plan de reestructuración por parte de los socios, el que “*una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos*” (art. 656.1.5º TRLC), lo que persigue tutelar a éstos frente planes expropiatorios⁶¹. Además, cuando existe acuerdo aprobatorio del plan emanado de la junta general, los socios minoritarios contarían con la posibilidad de su impugnación lo que, aun motivada en las causas de impugnación que contempla la normativa societaria, se haría por el cauce y en el plazo previstos para la impugnación u oposición a la homologación, tramitándose como cuestión incidental de previo pronunciamiento (art. 631.2.5ª TRLC). Ello tanto si el acuerdo aprobatorio es necesario para la homologación del plan como si no, aunque, evidentemente, los efectos del éxito de la impugnación no habrían de ser los mismos, por cuanto mientras que en unos casos el consentimiento del deudor, manifestado a través de su junta general, es esencial desde el punto de vista de la extensión de efectos que implica la homologación, en otros es, en realidad, prescindible.

Precisamente, en el TRLC se aprecia un régimen poco ajustado por lo que respecta a esta última cuestión. De un lado, se prevén causas de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración (que también operan como motivos de oposición) en función de si el acuerdo ha sido o no aprobado por todas las clases de acreedores y de quien sea el impugnante (acreedores o socios), y de otro lado, se regulan los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación, en relación con lo que solo se prevé la ineficacia del plan si la estimación se basó en la falta de concurrencia de las mayorías necesarias o en la formación defectuosa de clases (art. 661.2 TRLC). En el resto de casos, lo que se prevé que implique la impugnación es la no extensión de efectos del plan únicamente frente al impugnante, subsistiendo frente a los demás afectados. Además, de no poder revertirse esos efectos, lo que se contempla es que el impugnante tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios del deudor. Así, ello parece suponer que, aunque el plan sea expropiatorio de los socios, la impugnación del auto de homologación no afectaría a la ejecución de las medidas contenidas en el plan (si, por ejemplo, se trata de una operación societaria que no pueda revertirse), sino que la tutela del socio vendría por la vía del reconocimiento de un derecho de indemnización, que lo que lleva es a tutelar su interés económico. Ello parece conectar con la idea, que ya se ha sugerido, de que, cuando se trata de socios inversores, lo que se asocia con sociedades grandes y medianas, habría de bastar solo con respetar su interés económico en la sociedad⁶². Al margen de que ello pueda generar un alto grado de litigiosidad, en torno a las diferentes valoraciones de ese interés, en atención a los diferentes métodos de valoración de la empresa, este régimen no parece abordar todas las posibles situaciones, de forma que será necesario precisar su interpretación y aplicación. De esta forma, podría suceder que el régimen de funcionamiento de la junta general o la circunstancia de que el plan pueda imponerse al margen del consentimiento del deudor en determinadas situaciones, pueda ser aprovechado para contemplar en el plan medidas u operaciones societarias que nada tienen que ver con la reestructuración, o que no respeten la legislación societaria o que resulten desproporcionadas para los socios. Existiendo acuerdo de la junta general aprobatorio del plan, no parece que el éxito de la impugnación del acuerdo de la junta general (lo que supone dejar ese acuerdo sin efecto), cuando este acuerdo es imprescindible, no deba conducir a la ineficacia del plan, por cuanto, el dejar sin efecto el acuerdo

⁶¹ PULGAR EZQUERRA, Juana, “El papel de los socios en reestructuraciones de empresas en crisis y la proyectada reforma del Texto refundido concursal”, *El Notario del Siglo XXI*, n. 102, 2022, págs. 6 y 7 (versión electrónica).

⁶² Sobre la adopción generalizada de la doctrina del propietario residual, pero evidenciando que ello también conlleva la necesidad de establecer contrapesos para salvaguardar los intereses legítimos de socios, vid., VATTERMOLI, Daniele, “La posizione dei soci nelle ristrutturazione. Dal principio di neutralità organizzativa alla *residual owner doctrine*”, *Rivista delle Società*, Vol. 63, n. 4, págs. 858-890.

supondría que el deudor a través de su junta general no habría aprobado el plan, lo que constituye presupuesto para la homologación en tales casos. En relación con ello, podría considerarse que acontece la circunstancia que prevé el art. 661.2 TRLC, sobre falta de concurrencia de las mayorías necesarias, en tanto que faltaría la aprobación del deudor. Ahora bien, en aras de conservación del plan de reestructuración, podría explorarse la posibilidad de que, tratándose el acuerdo de aprobación del plan de reestructuración de un acuerdo de contenido complejo, que lleva implícito el de las medidas societarias incluidas en el plan, pudieran dejarse sin efecto aquellas partes del acuerdo de la junta general aprobatorio referidas al contenido del plan que, por ejemplo, no fueran útiles ni relevantes para la reestructuración, lo que, siendo imprescindible el acuerdo aprobatorio, conduciría a que la estimación de la impugnación del auto de homologación del plan dejara sin efecto solo una parte del mismo. Evidentemente, en aquellos casos en los que el acuerdo de la junta general no es imprescindible y en los que, por tanto, puede que el plan sea homologado sin que ni siquiera se hubiese pronunciado la junta general (por no ser necesario), las consecuencias serían diferentes. Nótese que podría no existir acuerdo alguno de la junta general o que, incluso existiendo, el éxito de su impugnación, que llevaría a no entender aprobado el plan por la junta general, se presentara, en principio, irrelevante desde el punto de vista de los efectos de la homologación⁶³. Pero no parece que en todos los casos pudiera bastar con la tutela del interés económico de los socios a través del derecho a la indemnización de daños y perjuicios al socio impugnante que deriva del art. 661.1 TRLC. Entendemos que el que pueda imponerse el plan de reestructuración no justifica que, por ejemplo, puedan introducirse en el mismo cualesquiera contenidos desconectados de la finalidad reestructuradora. Si así se hace, entendemos que, si esos contenidos son competencia de la junta general conforme a la normativa societaria, ha de seguir siendo necesario el acuerdo de la junta general que, además, habría de adoptarse conforme se determina en la normativa societaria (esto es, sin que operaran las reglas del art. 631 TRLC). De lo contrario, no podrían considerarse contenido del plan de reestructuración. De nuevo, de ser así, podría entenderse que, a los efectos del art. 661.2 TRLC, no habrían concurrido las mayorías necesarias para la aprobación del plan.

De esta forma, entendemos que lo que justifica bien el desplazamiento de las normas societarias de funcionamiento de la junta general (art. 631 TRLC) o bien la reestructuración forzosa que afecte a socios en situación de insolvencia actual e inminente de sociedades grandes y medianas (art. 640.2 TRLC), es que se trate de medidas funcionalmente conectadas con una reestructuración realizada en situación de probabilidad a la insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, que persiga evitar el concurso y asegurar viabilidad empresarial. Sorprende, no obstante que mientras que se contemplan como motivos de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración por parte de los socios el que la sociedad no se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente o que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar viabilidad empresarial, la estimación de la impugnación por esos motivos no se contemplan expresamente como generadores de una ineficacia del plan (art. 661.2 TRLC), lo que parecería conducir a considerar que el éxito de la impugnación solo conllevaría que el plan dejara de producir efectos con respecto al impugnante. Por ello, consideramos que, en la medida en que los factores a los que hemos aludido son los que justifican o bien el desplazamiento de las normas societarias o bien que se prescindiera del consentimiento de ciertos deudores en situación de insolvencia actual o inminente (a través del correspondiente acuerdo de su junta general, por lo que a este trabajo

⁶³ No obstante, sí sería relevante desde el punto de vista de la posibilidad de que los socios de la sociedad deudora pudieran impugnar el auto de homologación del plan de reestructuración, toda vez que el art. 656 TRLC, que contempla la legitimación de los socios, parte, en sus dos apartados, de que estos no hayan aprobado el plan de reestructuración. Existiendo, de entrada, acuerdo aprobatorio del plan, podría considerarse que no lo hay si el mismo se dejase sin efecto tras haberse impugnado.

interesa), la ausencia de aprobación en los términos que derivan de la normativa societaria habría de llevar a que tales medidas no pudieran considerarse contenido del plan. De la misma forma, aunque el art. 661 TRLC no lo establezca expresamente, es evidente que no puede considerarse como contenido del plan medidas incluidas en este en unos términos que infrinjan la normativa societaria (por ejemplo, una capitalización de créditos respecto de la que se contemple una emisión de acciones o la creación de participaciones bajo la par, prohibido por el art. 59.2 LSC). En última instancia, serían nulas por contrarias a norma imperativa (art. 6.3 Código Civil). En suma, consideramos que el argumento que se emplea en el Considerando 57 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad para justificar el desplazamiento de la normativa societaria o que no sea preciso el consentimiento de los socios y que parte de que ha de evitarse que estos obstaculicen injustificadamente la reestructuración (sin dejar de proteger los legítimos intereses de estos) y también la necesidad que se extrae de su Considerando 24, de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración (motivo por el que estos han de estar disponibles en atención a cierto presupuesto objetivo y para garantizar la viabilidad de la actividad empresarial), habrán de tenerse muy presentes a la hora de interpretar y aplicar las normas sobre la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración y sus efectos, siendo no obstante deseable que la normativa concursal fuera más explícita en este sentido.

c. La capitalización de créditos como contenido del convenio

Tras habernos ocupado de la competencia de la junta general en el caso de previsión de una capitalización de créditos en un plan de reestructuración, resta ahora abordar esta misma cuestión en relación con el convenio concursal. Advertimos que sobre ella inciden diversos preceptos de la regulación del convenio en el TRLC que se muestran aparentemente contradictorios.

De entrada, si atendemos al nuevo art. 399 bis TRLC, todo parece apuntar a que la capitalización de créditos prevista en un convenio concursal y articulada por medio de un aumento de capital no precisa de acuerdo de la junta general. En ese sentido, dicho precepto establece que *“si el convenio en que se hubiera previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora fuera aprobado por el juez, los administradores de la sociedad estarán facultados para aumentar el capital social en la medida necesaria para la conversión de los créditos, sin necesidad de acuerdo de la junta general de socios”*. A partir de ahí, teniendo en cuenta las consideraciones que hemos efectuado en el apartado precedente, la duda que, en principio, dicho precepto suscita podría ser la de si lo que deriva del precepto es si, en este caso, no se requiere el consentimiento de la sociedad deudora (en tanto que, tratándose de un asunto competencia de la junta general es a este órgano al que corresponde manifestar la voluntad social) o si, en cambio, el mismo sí es requerido pero, en la medida en que parece que no lo sería, según el precepto, por su junta general, habría de serlo por su órgano de administración. En última instancia, esta segunda interpretación conduciría a considerar que el art. 399 bis TRLC estaría atribuyendo al órgano de administración la competencia para decidir con respecto al aumento de capital.

Pues bien, ante todo, no consideramos que el art. 399 bis TRLC esté amparando que pueda prescindirse del consentimiento de la sociedad deudora en el caso de que el convenio previera una capitalización de créditos⁶⁴. Si se atiende al art. 359 TRLC, la aceptación por el concursado de la propuesta de convenio presentada por acreedores es precisa para que el convenio, que a esa

⁶⁴ Además, en esta sede no existe previsión similar a la del art. 650.2 TRLC destinada a superar un posible bloqueo de parte del órgano de administración de la sociedad deudora.

propuesta se refiere, pueda ser aprobado por el juez⁶⁵. Precisamente, el art. 399 bis TRLC contempla una conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en un convenio *que fuera aprobado por el juez*. Ello implica que, o bien la propuesta de convenio fue formulada por el concursado (siendo evidente el consentimiento del mismo, al ser autor de la propuesta) o bien, de haber sido formulada por acreedores, la misma fue aceptada por el concursado (la sociedad deudora), pues, en caso contrario, conforme deriva del art. 359.2 y también del art. 379 TRLC⁶⁶, el convenio no habría podido ser aprobado por el juez. Además, de considerar que el 399 bis TRLC estaría contemplando que pudiera prescindirse el consentimiento de la sociedad deudora, ello lo sería en atención a la previsión de una capitalización de créditos en el convenio, pero no en atención a otras medidas como pudiera ser una la enajenación de activos esenciales, que también es competencia de la junta general según la normativa societaria [art. 160 f) LSC]. No se alcanza a entender el motivo por el de que solo se estaría prescindiendo del consentimiento de la sociedad deudora en caso de previsión en el convenio de una conversión de créditos en acciones o en participaciones.

A la vista de ello, teniendo en cuenta lo señalado para los planes de reestructuración, podría cuestionarse el que, en relación con el convenio concursal, el consentimiento de la sociedad deudora no fuera prescindible para la capitalización de créditos, cuando sí lo es en relación con un plan de reestructuración en situación de insolvencia actual y de insolvencia inminente. Ello podría cuestionarse en la medida en que el convenio concursal operaría estando el deudor en situación de insolvencia actual o de insolvencia inminente (en tanto que presupuestos para la declaración del concurso con arreglo al art. 2 TRLC), que son, precisamente, los dos presupuestos objetivos que contempla el art. 640.2 TRLC para posibilitar la homologación del plan de reestructuración que contuviera medidas que requieran acuerdo de la junta de socios (aunque no hubiera sido aprobado por los socios)⁶⁷.

Se ha de llamar la atención sobre la circunstancia de que el régimen precedente contemplaba una presunción de culpabilidad del concurso y, por ende, de responsabilidad de administradores o de socios a la cobertura del déficit concursal, ligado a una negativa sin causa razonable de administradores a proponer o de socios a acordar a una capitalización de créditos; régimen que solo se contemplaba con respecto a los acuerdos de refinanciación y a los acuerdos extrajudiciales de pagos (eso es, con respecto a los institutos preconcursales), pero no en caso de negativa en relación con la conversión de créditos en acciones o en participaciones prevista en el convenio (art. 700 TRLC con anterioridad a la reforma por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre). Si, tras la reforma, esa presunción de culpabilidad, que operaba como mecanismo para impulsar la capitalización de créditos en el precurso, disuadiendo bloqueos precedentes de administradores o de socios (ante el temor de sufrir esas consecuencias de una calificación del concurso como culpable), se ha sustituido por una imposición en situación insolvencia actual y de insolvencia inminente, podría

⁶⁵ El art. 359.1 TRLC prevé que el concursado podrá aceptar la propuesta o propuestas de convenio presentadas por los acreedores en el plazo para las adhesiones, que, según el art. 358.1 TRLC, es de dos meses desde la fecha de admisión a trámite de las propuestas.

⁶⁶ El art. 379.1 TRLC establece que el orden de verificación de las propuestas de convenio para determinar su aceptación será, en primer lugar, la del concursado y, de no haberse alcanzado la mayoría correspondiente, se continuará por las presentadas por los acreedores "*que hubieran sido aceptadas por el concursado*", siguiendo el orden de mayor a menor cuantía de créditos titulados por los proponentes.

⁶⁷ Recuértese que, aun siendo irrelevante a efectos de homologación el plan de reestructuración en tales situaciones, lo cierto es que, tratándose de sociedades de capital, del régimen de reestructuración se extrae que de prestarse el consentimiento de la sociedad deudora para la aprobación del plan que contenga medidas "*que requieran el acuerdo de los socios*", este habría de prestarse a través de su junta general.

tener sentido que esa “sustitución” hubiera tenido lugar en los escenarios para los que estaba previsto ese otro régimen (el preconcursos y, no, en cambio, en el marco del convenio concursal). El que, bajo el régimen precedente, esas previsiones sobre la culpabilidad del concurso solo operaran en relación con los institutos preconcursales, parecía obedecer a la idea de incentivar la capitalización para, de esa forma, contribuir al éxito de aquellos, lo que supondría evitar la declaración de concurso y, con ello, los costes temporales, económicos, reputacionales, etc., ligados a la misma. Evidentemente, tales costes no se evitan cuando se trata del convenio concursal, en tanto que ello implica que el deudor ya ha sido declarado en concurso. Y, también ha de tenerse en cuenta que, en reestructuración, se prevé que pueda suspenderse la solicitud de concurso voluntario presentada por el deudor, tanto mientras estén en vigor los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con acreedores por parte del deudor, como si se estuviera en negociación un plan de reestructuración sin comunicación previa (arts. 612 y 637 TRLC)⁶⁸. En cambio, declarado el concurso y en convenio, el deudor podría solicitar en cualquier momento de la fase de liquidación, debiendo el juez dictar auto de apertura dentro de los diez días siguientes a la solicitud (arts. 406 y art. 346 TRLC)⁶⁹.

Descartada esa primera opción interpretativa, la segunda de las opciones que hemos apuntado ya ha sido acogida por quienes se han aproximado al art. 399 bis TRLC. De esta forma, se afirma que la norma ha traído consigo una alteración de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital⁷⁰, de donde parece inferirse que, para que se entienda que la sociedad de deudora ha aceptado la propuesta de convenio (art. 359.2 TRLC), bastaría con la actuación de su órgano de administración, en tanto que se entiende que es a este órgano al que corresponde decidir sobre la ampliación de capital correspondiente⁷¹.

No obstante, no nos resistimos a manifestar que, en nuestra opinión, semejante conclusión no resulta tan evidente como pareciera, pues cabrían lecturas de ese precepto más acordes con otras previsiones del TRLC y, además, respetuosas con la distribución orgánica de competencias trazada por la normativa societaria. De entrada, consideramos que el art. 399 bis TRLC no es lo suficientemente preciso como para derivar de él una consecuencia tan relevante como es el desplazamiento del régimen de distribución de competencias entre órganos de sociedades de capital, que lleve a considerar que, junto con el art. 359 TRLC, la normativa concursal establece con claridad una atribución al órgano de administración de la competencia para tomar esa decisión⁷².

⁶⁸ Tratándose de deudores sujetos el régimen especial del Libro II, respecto de los que no cabe reestructuración forzosa, dicha suspensión no es posible (art. 683.2 TRLC).

⁶⁹ Ello no implica que el que el deudor no acepte una propuesta de convenio conduzca a la liquidación (lo que podría solicitar en cualquier momento), por cuanto ello no impediría la toma en consideración de otra propuesta de convenio, si se hubiesen presentado varias (art. 379 TRLC).

⁷⁰ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, *Los efectos del concurso de acreedores sobre los órganos de las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 31.

⁷¹ MORENO SERRANO, E., “Los acuerdos sociales en el nuevo Derecho Concursal”, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B. (dir.), *Los acuerdos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2023, pág. 738, que señala que el art. 399 bis TRLC contempla que los administradores están facultados para *acordar* el aumento de capital.

⁷² Claridad y precisión que resulta necesaria si se tiene en cuenta que con ello se estaría exceptuando lo dispuesto en el art. 68 de la Directiva 2017/1132, en materia de sociedades, conforme al que “*todo aumento del capital será decidido por la junta general*”, salvo capital autorizado (art. 68.2 Directiva 2017/1132). A este respecto, el art. 32 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad ha modificado la Directiva de Sociedades, incorporando un apartado 4 a su art. 84, a los efectos de permitir a los Estados Miembros establecer excepciones a la aplicación de ciertos preceptos de la Directiva de Sociedades, entre ellos, el art. 68, sobre decisión de la junta sobre el aumento de capital. En relación con ello, se ha de notar que, aunque el Considerando 96 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad refleje la necesidad de modificar la Directiva sobre Sociedades para permitir a los Estados Miembros excepcionar algunos de sus requerimientos y aunque se prevea en ese Considerando que ello ha de ser

Nótese que el precepto no contempla que los administradores están facultados para *decidir* el aumento (o para decidir sobre la propuesta de convenio), sino que lo están para aumentar el capital social, lo que, en el marco de la ejecución del convenio, sería la materialización de ese aumento, o si se quiere, su *ejecución*.

Así, del régimen de distribución orgánica de competencias establecido por la normativa societaria se extrae que, si es preciso el consentimiento de la sociedad de capital, el mismo no puede manifestarse válidamente más que por el órgano competente; competencia que vendría determinada por los asuntos incluidos en la propuesta de convenio (en nuestro caso, el aumento de capital social por compensación de créditos es competencia de la junta)⁷³. Además, se ha de tener en cuenta que el art. 328 TRLC no ha sido modificado tras la reforma y que dicho precepto, que se refiere a una propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales, contempla, en su segundo apartado, “*la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social*” (en relación con lo que se rebaja la mayoría de votación, como ya hemos señalado). En suma, si se tiene en cuenta lo dispuesto en los arts. 328 y 359 TRLC, resulta que el legislador concursal está contemplando un acuerdo de la junta general en caso de propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o en participaciones sociales y un necesario consentimiento del deudor a la propuesta de convenio presentada por acreedores (por supuesto, cuando la propuesta procede del deudor, ello presupone que el mismo consiente esa propuesta).

De esta forma, a la vista de esos preceptos y del art. 399 bis TRLC, no nos parece descabellado considerar que, de la misma forma que se prevé en el art. 631 TRLC con respecto al plan de reestructuración, lo que está contemplando en este caso la normativa concursal es un acuerdo de la junta general para aprobar o aceptar la propuesta de convenio que incluya conversión de créditos en acciones o en participaciones, de forma que el acuerdo favorable a esa propuesta llevaría implícito el acuerdo de aumento de capital social. Y, siendo así, cabría una lectura del art. 399 bis TRLC en el sentido de que, entonces, que ya no sería necesaria la específica adopción de un “nuevo” acuerdo de aumento por la junta general (en tanto que el acuerdo acordando la propuesta de convenio habría de considerarse ya como como acuerdo de aumento) y de que ello ya es suficiente para que pueda ejecutarse por parte del órgano de administración⁷⁴.

Precisamente, quienes parecen acoger la segunda de las posibilidades interpretativas del art. 399 bis TRLC que antes hemos apuntado, señalan que lo que atribuye dicho precepto a los administradores es la facultad para *ejecutar* el aumento de capital⁷⁵. Pero, distinto de la ejecución

así también “*en el caso de procedimientos de insolvencia no cubiertos por la presente Directiva que permitan tomar medidas de reestructuración*”, lo cierto es que, en el articulado de la Directiva, la previsión de la posibilidad de excepcionar ciertos preceptos de la Directiva de Sociedades se ha acabado circunscribiendo a “*la medida y durante el tiempo*” necesario para el “*establecimiento de los marcos de reestructuración preventiva previstos en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo*”, que es lo que contempla el art. 84.4 de la Directiva de Sociedades.

⁷³ A diferencia de lo dispuesto en relación con la reestructuración (art. 631.5º TRLC), para el caso del convenio no se han contemplado previsiones con respecto a la posible impugnación del acuerdo de la junta general que desplacen el régimen societario y dirigidos a encajar su tramitación en la tramitación del convenio. Tratándose de una cuestión que afecta a derechos de socios (el derecho de impugnación de acuerdos sociales, enumerado en la letra c) del art. 93 TRLC], no parece que pueda extenderse al convenio lo dispuesto para reestructuración. En cualquier caso, el que no se hayan contemplado previsiones similares no es determinante de la cuestión que nos ocupa en este trabajo, sino que más bien evidencia la conveniencia, si no necesidad, de que la normativa las contemple también para el convenio.

⁷⁴ De nuevo, ello es lo más acorde con la finalidad de eficiencia de los procedimientos de insolvencia que también persigue la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad.

⁷⁵ MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, *Los efectos del concurso de acreedores...*, op. cit., pág. 381.

es la manifestación la voluntad social en torno a la realización de la operación, tomando una decisión que es la que posteriormente se ejecuta.

Adicionalmente, bajo el régimen precedente se ha sostenido que, si la junta general se pronunciara sobre la ampliación de capital con anterioridad a la aprobación judicial del convenio, sería necesario un nuevo acuerdo de la junta general, una vez que se conocieran los detalles de la operación⁷⁶. Pues bien, no sería incompatible con esa línea argumentativa sostener también que el art. 399 bis TRLC podría estar aclarando que, en realidad, no haría falta ese nuevo acuerdo. Incluso podría entenderse que dicho precepto contiene una suerte de delegación en los términos del art. 297.1 a) LSC⁷⁷.

En definitiva, aunque se ha afirmado que de los arts. 359 y 399 bis TRLC se extrae una alteración de la distribución orgánica de competencias cuando se trata de aumentos de capital para la conversión de créditos en acciones o en participaciones previstos en un convenio concursal, no nos parece tan evidente que ello sea lo que derive de la normativa concursal española, pues caben lecturas de dichos preceptos acordes con la distribución orgánica de competencias trazada por la normativa sobre sociedades de capital (en este sentido, las anteriores previsiones no parecen lo suficientemente claras y precisas para provocar esa alteración) y con otros preceptos del régimen del convenio en el TRLC (particularmente, con el apdo. 2 del art. 328 TRLC, que se ha mantenido inalterado tras la reforma del TRLC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre).

III. Conclusiones

La reforma del TRLC para la transposición de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad ha traído consigo la incorporación de previsiones en la normativa concursal española que inciden en la capitalización de créditos mediante aumento del capital social en el concurso y en el precurso de las sociedades de capital. En relación con ello, en este trabajo se ha prestado particular atención a la posibilidad de imponer, ya sea acreedores o a la propia sociedad deudora (lo que afecta directamente a sus socios), capitalizaciones de créditos en el concurso y en el precurso.

Por lo que respecta a los acreedores, a diferencia del régimen precedente de acuerdos de refinanciación homologados y de lo dispuesto en otros ordenamientos, como el alemán, tanto para el concurso como para el precurso, con carácter general, y salvo excepciones, la reforma del TRLC ha traído consigo la posibilidad de que la conversión de créditos en acciones o en participaciones pueda ser impuesta a los acreedores de la sociedad deudora. No obstante, ello se compensa en el art. 399 bis TRLC, en relación con el convenio, con previsiones para facilitar que los acreedores puedan posteriormente transmitir sus acciones o sus participaciones, evitando así que queden prisioneros en una sociedad en la que quizás no deseen participar; previsión que también

⁷⁶Vid., MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús, "La capitalización de créditos ...", *op. cit.*, pág. 29 y FACHAL NOGUER, Nuria, "¿La reforma del texto refundido...", *op. cit.*, pág. 7. Entre otros detalles, se mencionan a los acreedores y el importe por el que hubieran optado por la capitalización, pero adviértase que la junta general podría adoptar un acuerdo de aumento de hasta una cierta cuantía, cubriendo la máxima conversión posible, lo que ofrecería cobertura para aumentar el capital social hasta esa cifra, sin perjuicio de poder ir ajustándose al formalizar posteriormente el aumento en función de los acreedores que hubieran optado por la conversión con arreglo a la facultad de opción que se les reconociera. Así fue, de hecho, como se contempló en el convenio sobre el que se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala Civil) n. 396/2022, de 6 de abril de 2022.

⁷⁷ Recuérdese que dicho precepto prevé la delegación en los administradores de la facultad de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta.

podría contribuir a que hubiera acreedores dispuestos a facilitar la capitalización. El que ello se contemple solo en relación con el convenio concursal lleva a considerar que el legislador parece estar incentivando la medida que nos ocupa más en el convenio concursal que en los planes de reestructuración, sin perjuicio de que previsiones similares podrían contemplarse como contenido del plan de reestructuración.

Desde la perspectiva del deudor sociedad de capital, sin perjuicio de que se hayan añadido (o eliminado, según los casos) otras previsiones, se mantienen, en esencia, algunas de las previsiones en torno al régimen societario de la capitalización de créditos, ya contenidas en la normativa concursal previa a la reforma. Por lo que respecta a la competencia de la junta general, como órgano facultado para manifestar la voluntad social para el aumento de capital por compensación de créditos, resultan particularmente relevantes, de un lado, los arts. 631, 638.3º, 640 y 650 TRLC (en el caso de capitalización como contenido de planes de reestructuración), y, de otro lado, los arts. 328, 359 y 399 bis TRLC (en caso de capitalización como convenio concursal).

En los casos en los que el plan de reestructuración contemple una capitalización de créditos, de los preceptos antes apuntados se extrae que mientras que, en caso de probabilidad de insolvencia, el consentimiento de la sociedad de capital-deudora, manifestado a través de su junta general, es necesario para que el plan de reestructuración pueda entenderse aprobado por el deudor (y, entonces, el plan pueda homologarse), dicho consentimiento, que de prestarse lo sería a través de su junta general, no es necesario para la homologación del plan en insolvencia actual y en insolvencia inminente. Esto último supone que el plan de reestructuración podría homologarse a pesar de no haber sido aprobado por el deudor. Ello implica que, en probabilidad de insolvencia, la intervención de la junta general lo es para manifestar la voluntad de la sociedad deudora con respecto al plan de reestructuración que contemplara una capitalización (de la misma forma que lo es, con independencia del presupuesto objetivo, para sociedades de capital sujetas al régimen especial del Libro II – art. 684.2 TRLC – y que fueran microempresas con respecto al plan de continuación – art. 698 TRLC-). A su vez, ello también supone que, a diferencia de lo dispuesto con anterioridad a la reforma, la capitalización puede ser impuesta a la sociedad de capital deudora en caso de insolvencia actual y de insolvencia inminente, aunque solo para los deudores societarios sujetos al régimen general del Libro II, pues para el resto (pequeñas empresas y microempresas) se hace precisa la intervención favorable de la junta general. Precisamente estas últimas son las predominantes en el tejido empresarial español.

Sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que, particularmente cuando se trata de una reestructuración forzosa (es decir, impuesta a socios, lo que tendrá lugar en grandes y medianas empresas), ello obedece a la idea de evitar que los socios de la sociedad deudora puedan obstaculizar injustificadamente planes de reestructuración que serían susceptibles de asegurar viabilidad empresarial. De ahí que, a la vista de lo poco preciso, a este respecto, de la regulación en materia de impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración y de sus efectos en el TRLC, mientras el mismo no se haga más explícito, consideramos que la aplicación de las normas sobre reestructuración habrá de tener muy presentes tales objetivos, para evitar que esa facilitación de operaciones societarias (o incluso su imposición) que deriva del nuevo régimen pueda abrir la puerta a abusos de parte de acreedores o de socios mayoritarios. En ese sentido, como deriva del Considerando 57 de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad, se trata de evitar que se obstaculice injustificadamente una reestructuración eficiente, pero sin dejar de proteger los legítimos intereses de los socios.

Por su parte, atendiendo a la capitalización contenida en el convenio concursal, en este caso ya no se distingue en función del tamaño del deudor, como sucede para la reestructuración en el precurso. En relación con el convenio, ha de destacarse que del art. 359 y, particularmente, del art. 399 bis, ambos del TRLC, se afirma que los mismos han supuesto una alteración de la distribución de competencias entre los órganos de las sociedades de capital con respecto al régimen precedente. Ello supondría que la capitalización podría imponerse sin necesidad de pronunciamiento favorable de la junta general. No obstante, no nos parece tan evidente que ello sea lo que derive de la normativa concursal española, pues el art. 399 bis TRLC no es lo suficientemente claro y preciso para ello, siendo posibles lecturas de los arts.359 y 399 bis TRLC acordes con la distribución de competencias orgánicas trazada por la normativa sobre sociedades de capital y con otros preceptos relativos al convenio que aún se mantienen en el TRLC y que proceden del régimen precedente, en el que, sin acuerdo de la junta general, no era posible la conversión de créditos en acciones o en participaciones (en particular, el art. 328.2 TRLC). Conforme a estas lecturas, la capitalización no podría imponerse sin pronunciamiento favorable de la junta general.

Finalmente, comparando tanto el plano concursal como el preconcursal y también el régimen precedente, si bien el legislador español sigue contemplando la capitalización de créditos como medida de saneamiento financiero idónea en tales escenarios, se aprecia que, si bien la normativa concursal española contiene previsiones que la facilitan, tras la reforma, el legislador ha dejado de incentivarla preferentemente frente a otras medidas en el precurso (así, por ejemplo, la rebaja de mayoría en junta general o la presunción de culpabilidad de concurso en caso de rechazo, se contemplaba solo en relación con la capitalización de créditos, pero no con respecto a otras medidas), aunque mantiene su incentivación preferente en el convenio (así, se contempla para ella una rebaja en la mayoría para la adopción de acuerdos por la junta general, que no se traslada a otras operaciones que pudieran preverse en el convenio y que también fueran competencia de la junta general).