



FACULTAD DE DERECHO

LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Autor: Lucía López Renilla

5º E3-C

Área de Derecho Mercantil

Tutora: Inés Fernández Fernández

Madrid

Abril, 2018.

ÍNDICE

ÍNDICE	i
LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	iii
RESUMEN.....	iv
PALABRAS CLAVE.....	iv
ABSTRACT.....	v
KEY WORDS.....	v
I. Introducción	1
1. Objeto de estudio e interés de su tratamiento	1
2. Objetivos perseguidos	2
3. Metodología y plan de trabajo	2
II. Las operaciones de modificación estructural y el procedimiento concursal	3
1. Las modificaciones estructurales en general	4
2. El procedimiento concursal en general y sus objetivos	8
3. Las modificaciones estructurales como alternativa y solución al procedimiento concursal	9
4. La ausencia de coordinación entre el régimen de las modificaciones estructurales y el régimen concursal	11
III. Las modificaciones estructurales en el precurso	13
1. ¿Pueden las modificaciones estructurales integrar el contenido de los acuerdos de refinanciación?	13
2. El concurso de acreedores de una sociedad que participa o ha participado en una operación de modificación estructural con carácter previo a la apertura del proceso	15
2.1 Modificaciones estructurales concluidas antes de la declaración de concurso	15
2.2 Modificaciones estructurales iniciadas pero no concluidas antes de la declaración de concurso	19
IV. Las modificaciones estructurales en la fase común del concurso	22

1. Viabilidad de las modificaciones estructurales en la fase común del concurso	22
2. El derecho de oposición de los acreedores	26
V. Modificaciones estructurales en la fase de convenio	27
1. Las modificaciones estructurales como contenido del convenio	27
1.1 El contenido del convenio y sus límites	28
1.2 Las modificaciones estructurales como contenido único el convenio	29
1.3 Las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio	29
1.4 Propuesta cronológica	31
1.5 Requisitos especiales para la aplicación de las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio	32
1.6 Incumplimiento del convenio concursal cuyo contenido está integrado por una modificación estructural	34
2. El derecho de oposición de los acreedores	35
VI. Modificaciones estructurales en la fase de liquidación	37
VII. Análisis del caso Fiesta, S.A. y General Distribución de Fiestas, S.L. La fusión de sociedades en concurso	40
VIII. Conclusiones	44
IX. Bibliografía	50

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

- **Art.** Artículo
- **AAVV.** Autores varios
- **BOE.** Boletín Oficial del Estado
- **CC.** Código Civil
- **LC.** Ley Concursal
- **LME.** Ley de Modificaciones Estructurales
- **ss.** siguientes
- ***Op.Cit.*** “Opere citato”, que significa “en la obra citada”
- **STS.** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TRLSC.** Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- **TS.** Tribunal Supremo
- ***Vid.*** “Viden”, que significa “véase”

RESUMEN

Como consecuencia de la crisis económica de 2008 se han multiplicado los procedimientos concursales y las operaciones de reestructuración empresarial. El procedimiento concursal nace con el objetivo de satisfacer el crédito de los acreedores del deudor concursado, manteniendo en lo posible la actividad empresarial. Para cumplir estos objetivos, la legislación otorga diversas posibilidades, entre las que encontramos las modificaciones estructurales. Estas operaciones pueden realizarse en cualquier momento durante el concurso de acreedores, pudiendo constituir tanto una alternativa como una solución al mismo. No obstante, son varios los interrogantes que se plantean en relación con el encaje de estas operaciones en el procedimiento concursal. Cabe preguntarse, entre otras cuestiones, si es posible que los acreedores ejerciten su derecho de oposición, si es necesario la aprobación previa de la modificación para poder aprobar el convenio, qué tipo de operaciones son las más convenientes en este tipo de situaciones o cuál es la fase más recomendable para llevarlas a cabo. En el presente análisis se pretende dar respuesta a estos y otros interrogantes realizando un estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina en la materia.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores, deuda, crédito, convenio, liquidación, modificación estructural, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo.

ABSTRACT

As a result of the economic crisis of 2008, bankruptcy proceedings and corporate restructuring operations have multiplied. The bankruptcy proceeding was created with the objective of satisfying the credit of the creditors of the insolvent debtor, with the maintenance of the business activity. To meet these objectives, the legislation provides various possibilities, among which we find structural modifications. These operations can be carried out at any time during bankruptcy proceedings, and may constitute both an alternative and a solution to it. However, there are several questions that arise in relation to the fitting of these transactions in bankruptcy proceedings. One can ask, among other questions, whether it is possible for creditors to exercise their right of opposition, if it is necessary to previously approve the modification in order to approve the composition, what kind of operations are the most convenient in this type of situation or what is the most recommendable phase to carry them out. In the present analysis we try to answer these and other questions by carrying out a study of the legislation, jurisprudence and doctrine in the matter.

KEY WORDS: *Bankruptcy proceedings, debt, credit, composition, liquidation, structural modification, merger, demerger, global assignment of assets and liabilities.*

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO E INTERÉS DE SU TRATAMIENTO

Como consecuencia de la gran crisis económica de 2008, muchas empresas se vieron abocadas a procesos de reestructuración de deuda y a procesos de cierre.¹ Ante estas situaciones de crisis empresarial, el Derecho concursal trata de buscar una solución a la incertidumbre, regulando los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, o en el caso de no ser posible, procediendo a una regulación ordenada para poder satisfacer a éstos. Además, se busca en la medida de lo posible, mantener la actividad empresarial.

La conexión entre el concurso de acreedores y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es múltiple, y afecta a numerosos niveles dentro del concurso.

Las modificaciones estructurales pueden aparecer en numerosos momentos del procedimiento concursal, desde que se inicia éste hasta que llega a su fin; convirtiéndose, incluso en una solución a éste, además de ser una alternativa que puede llevarse a cabo para evitar la declaración de concurso.²

La legislación concursal no es partidaria de que los concursos de acreedores acaben en liquidación. Esta fase se configura en el procedimiento concursal como una solución subsidiaria al mismo.³ Por tanto, la regulación concursal otorga diversas alternativas para evitar que el procedimiento acabe con el fin de la empresa, entre las que encontramos la

¹ Alvargonzález Temols, A., “¿Para qué sirve el Derecho concursal?”, *LegalToday*, 2018 (disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/para-que-sirve-el-derecho-concursal/>; última consulta el 15 de abril de 2018)

² Embid Irujo, J.M., “Rescisión concursal y modificaciones estructurales.” *Rincón de Commenda*, 2017 (Disponible en <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/rescicion-concursal-y-modificaciones-estructurales/>; última consulta el 2 de febrero de 2018)

³ Iberley. “Fase de liquidación del concurso de acreedores: apertura y efectos de la fase de liquidación, especialidades de la transmisión de unidades productivas, operaciones de liquidación, pago a los acreedores y pago de créditos”, *Iberley. El valor de la confianza*, 2016 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/fase-liquidacion-concurso-acreedores-45161>; última consulta el 15 de abril de 2018)

posibilidad de realizar una modificación estructural, modificación que puede tener lugar en cualquiera de las fases de éste e incluso, antes de la declaración del mismo, configurándose como alternativa.

En los próximos apartados procedemos a realizar un estudio de las modificaciones estructurales como alternativa al concurso de acreedores y como solución al mismo; analizando sus particularidades según la fase del procedimiento concursal en la que nos encontremos. Finalmente, estudiará un caso real en el que se optó por realizar una fusión con el objetivo de evitar la liquidación de la empresa, en el cual el convenio fue finalmente incumplido y por tanto, no quedó otra alternativa mas que abrir la fase de liquidación.

2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS

Con el presente trabajo se busca dar respuesta a los interrogantes planteados en relación con la posibilidad de realizar o no modificaciones estructurales durante el proceso concursal. Por tanto, se irán analizando las diferentes fases de éste en relación con la mencionada posibilidad. Además se tratarán otras cuestiones relacionadas como por ejemplo, el derecho de oposición de los acreedores a la citada operación. También se busca estudiar qué ocurre con aquellas modificaciones estructurales que se iniciaron con anterioridad a la declaración de concurso y que o bien han sido ya finalizadas antes de la declaración, o bien se encuentran en proceso de tramitación.

Por tanto, se pretende con este estudio, realizar un examen de la legislación actual en la materia, junto con la jurisprudencia más reciente y las construcciones doctrinales sobre la cuestión, con el objetivo de responder a los diversos interrogantes que se han planteado durante la realización del presente trabajo.

3. METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO

Con el propósito de cumplir los objetivos planteados, se llevará a cabo un análisis de la legislación vigente, la jurisprudencia reciente y las opiniones doctrinales más relevantes. Se pretende, por tanto, estudiar la norma para poder concretar el alcance y encaje que tienen las modificaciones estructurales dentro del proceso concursal; además, se analizará

e interpretará la jurisprudencia, así como las opiniones doctrinales con el fin de suplir las carencias regulatorias que no dan una solución a priori a los posibles interrogantes.

El estudio que se realiza en el presente trabajo quedará, pues, estructurado de la siguiente manera. En primer lugar se realizará una breve exposición de las operaciones de modificación estructural y del procedimiento concursal, con el objetivo de introducir la cuestión y resaltar los aspectos más importantes de estos en relación con el trabajo, buscando desarrollar un marco teórico que permita una mejor comprensión del análisis posterior. En segundo lugar, se procederá a analizar las modificaciones estructurales en el precurso, para lo cual se estudiará el contenido de los acuerdos de refinanciación, y las modificaciones estructurales realizadas con anterioridad a la declaración de concurso, tanto concluidas como sin concluir. En tercer lugar, realizará un examen del encaje de estas operaciones en las distintas fases concursales, esto decir, en la fase común, en la fase de convenio y en la fase de liquidación. Finalmente, se expondrán las principales conclusiones extraídas del presente trabajo.

II. LAS OPERACIONES DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL Y EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Las operaciones de modificación estructural pueden ser utilizadas dentro del proceso concursal tanto como alternativa a una situación de crisis económica imperante, como también para solucionar la crisis misma.

En el presente capítulo se tratarán, brevemente, las modificaciones estructurales de forma general para obtener una visión introductoria de éstas que ayude a comprender mejor los posteriores capítulos del presente Trabajo de Fin de Grado. Asimismo, se procederá a dar breves pinceladas acerca del proceso concursal en sí, para poder contextualizar el tema a tratar; además, se hablará de las modificaciones estructurales como alternativa y solución al concurso de acreedores y se procederá a un análisis de la falta de coordinación entre el régimen de las modificaciones estructurales y el régimen concursal.

Finalmente, cabe destacar que hemos excluido del presente análisis el traslado internacional de domicilio social. La razón que subyace a esta exclusión es que, de

acuerdo con el artículo 93.2 LME, “no pueden trasladar su domicilio al extranjero las sociedades en liquidación ni las que se encuentren en concurso de acreedores”; pues así se evita que se traslade el proceso concursal a otro país en beneficio de la sociedad en concurso.

1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN GENERAL

No puede encontrarse en la normativa una definición legal del concepto de “modificaciones estructurales”, ahora bien, sí podemos encontrarla en la exposición de motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades de capital (en adelante, LME). De acuerdo con dicha exposición de motivos, las operaciones de modificación estructural son “*aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo*”.⁴

Por tanto, podemos concluir que las operaciones de modificación estructural son aquellas que implican una modificación sustancial de la estructura organizativa de las sociedades, modificando la forma en que se mantiene la titularidad del patrimonio social.

Las modificaciones estructurales están reguladas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales, que fue publicada el 4 de abril de 2009 en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE), tras un proceso parlamentario largo que se inició casi un año antes, en mayo de 2008.

Aunque no puede encontrarse en la LME un artículo que defina modificación estructural, lo que sí que encontramos en la ley es una enumeración de las operaciones que se engloban dentro de esta categoría, las cuales se agrupan en dos clases: aquellas que implican la transmisión en bloque de parte o de la totalidad del patrimonio social por medio de la sucesión universal, y las que no. Por tanto, parece que es tarea doctrinal precisar el concepto.

⁴ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 4 de abril de 2009)

Desde luego, queda claro que una modificación estructural supone una alteración o cambio en la estructura o elementos esenciales de la empresa y en la posición jurídica de los socios, lo cual permite diferenciarlas de las modificaciones de estatutos, que no afectan a la naturaleza o identidad de la sociedad, sino que afectan al marco estatutario por el que se rige ésta.⁵ No obstante, no toda alternación personal o patrimonial de una sociedad supone implica una modificación estructural, pues estas son características, por ejemplo, de los aumentos de capital y la separación de socios, los cuales no suponen una modificación estructural. Son necesarios, pues, requisitos adicionales. La doctrina ha especificado un rasgo genérico, común y sustancial entre todas las figuras reguladas en la LME, el cual es el “*cambio sustancial, decisivo, en la manera en que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural*”⁶, modificación que puede operar tanto cuando se transmite a un tercero la totalidad o parte del patrimonio social, como es el caso de las fusiones, las escisiones o cesión global de activo y pasivo o cuando se da un cambio en el status jurídico de la sociedad, como es el caso de la transformación.

En conclusión, podemos decir que además del mencionado cambio sustancial y decisivo mencionado en el párrafo anterior, son necesarios otros requisitos definidores para hablar de modificación estructural, como son⁷: la alteración de la estructura social; con la finalidad de reestructuración empresarial; así como un cambio en la titularidad del patrimonio; por medio de la sucesión a título universal.

A continuación procedemos a definir brevemente las posibles modificaciones estructurales que pueden tener lugar en el seno de un concurso de acreedores, resaltando sus características más significativas.

⁵ Vicent Chuliá, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol.96, núm.3, 1997, pp. 65-66.

⁶ Sánchez Álvarez, M. “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural” en Rodríguez Artigas, F. (dir.) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Vol, 1, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 73.

⁷ Arson Peironcely, R. y Garrido de Palma, V.M. *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 26-27.

En primer lugar encontramos la transformación, operación definida en el art.3 de la LME como aquella por la que *“una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica”*. Por tanto, podemos decir que la transformación es una modificación estatutaria mediante la cual una sociedad cambia su tipo social pero conserva, sin solución de continuidad, su personalidad jurídica, lo que implica que mantiene, sin alteración, la titularidad de todas sus relaciones jurídicas. La LME ha ampliado las diferentes modalidades de transformación de sociedades, pues ha incluido nuevos tipos e sociedades mercantiles que pueden participar en la transformación, como por ejemplo la sociedad anónima europea; además de reconocer la transformación con independencia del carácter mercantil de la sociedad y su finalidad.

En segundo lugar, la fusión, definida en el art.22 LME como operación por la que *“dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.”*

Como efectos de la fusión podemos destacar los siguientes. En primer lugar, la transmisión en bloque y por sucesión universal de los activos y pasivos de las sociedades absorbidas. Como es sabido, en toda fusión, ya sea por absorción o por creación de una nueva sociedad, se produce la transmisión de un patrimonio mediante sucesión universal *ipso iure y uno actu*.⁸ En segundo lugar, su disolución sin liquidación. Ahora bien, la fusión no puede ser asimilada con la disolución de las sociedades, pues aunque se disuelven las sociedades absorbidas, esto no comporta los efectos propios de la disolución de sociedades, al igual que la apertura del período de liquidación.⁹ Finalmente destacamos la continuidad en la participación de sus socios mediante el canje de su participación en

⁸ Uría, R., Menéndez, A. e Iglesias, J.L. “Fusión y escisión de sociedades”, en la obra colectiva *Curso de Derecho Mercantil I* (Uría, R. y Menéndez, A. dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2006 pp.1392-1393.

⁹ Uría, R., “La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en *RDM*; núm. 2, 1946, pp. 201 y Uría, R. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1976 pp. 734-736; Cortés Domínguez, L. J y Pérez Troya, A., “La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos”, en Sáez García de Albizu, J. C., Oleo Banet, F. y Martínez Flórez, A. (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Anibal Sánchez*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2010, pp. 816.

ellas por una parte proporcional del capital de la sociedad resultante de la operación.

En tercer lugar procede analizar la escisión, operación no definida en la LME pero regulada en el Título III de la ley y a la que puede aplicarse supletoriamente el régimen relativo a la fusión. Podemos encontrar bien escisiones parciales, bien escisiones totales. Además, una de las novedades de la LME es el reconocimiento de la modalidad de segregación. Entendemos por escisión total el proceso por el cual la sociedad preexistente se extingue totalmente, traspasando su patrimonio a otras, que pueden ser tanto de nueva creación como existentes con anterioridad (artículo 69 LME). La escisión parcial tiene lugar cuando la sociedad preexistente no se extingue, conservando su personalidad jurídica durante el proceso, pero reduciendo su tamaño. En ambos casos, las nuevas acciones o cuotas de las sociedades beneficiarias se integran en el patrimonio de las sociedades preexistentes, en proporción a su valor previo y a la participación individual de cada uno de los socios.¹⁰ En la modalidad de segregación no se atribuye a los socios de la sociedad escindida las participaciones o acciones de las sociedades beneficiarias, correspondiendo la mencionada atribución a la sociedad misma. La segregación es, por tanto, la operación por la que se traspasan en bloque, por sucesión universal, una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales debe constituir una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada, y no sus socios, acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias (art. 71 LME).

Finalmente, podría realizarse una cesión global de activo y pasivo bien como solución o bien como alternativa al concurso. La cesión global de activo y pasivo es, de acuerdo con el artículo 81 de la LME, aquella operación por la que una sociedad inscrita transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a uno o varios socios o a terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Los destinatarios de la contraprestación pueden ser la sociedad cedente, sus socios, o ambos.

La cesión global no implica que necesariamente deba extinguirse la sociedad cedente, aun cuando la LME contempla la posibilidad de utilizar la cesión global de activo y pasivo dentro del proceso extintivo de la sociedad cedente, lo cual no implica necesariamente

¹⁰ Prades Cutillas, D. *Derecho de Sociedades y de crisis empresariales*. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 185-222

que estemos ante auténticas reorganizaciones empresariales en el ámbito de las modificaciones societarias estructurales.¹¹

2. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN GENERAL Y SUS OBJETIVOS

El concurso de acreedores es un procedimiento jurídico que persigue, por un lado solventar los problemas de insolvencia del deudor persona física o persona jurídica, y por otro, que los acreedores de éste vean satisfechos sus créditos.

El régimen legal que regula dicho proceso concursal se haya contenido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE nú.164, de 10 de julio de 2003) (en adelante, LC). Esta ley ha sido objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, con el que se pretende facilitar la refinanciación de las empresas que puedan atravesar dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia, además de agilizar los trámites procesales, reducir los costes de la tramitación y mejorar la posición jurídica de los trabajadores de empresas concursadas que se vean afectadas por procedimientos colectivos.¹²

La Ley Concursal española no recoge en su articulado cuál es la finalidad del concurso. En su Exposición de Motivos tampoco encontramos una definición clara de sus objetivos, no habiendo prácticamente referencias sobre la cuestión. Ahora bien, sí que se concreta como finalidad del concurso la satisfacción de los acreedores, bien sea a través de la institución de la liquidación, o bien a través del convenio.

Por otro lado, se añade en la mencionada Exposición de Motivos que *“la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, cuya propuesta se acompañará de un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación*

¹¹ Rodríguez Artigas, F. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Op.cit.*

¹² Campuzano, A.B y Sanjuan y Muñoz, E. “El proceso concursal”. En Díaz Martínez, M. (2º ed). *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2016, pp-306-307.

puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros interesados". Podemos concluir, pues, que además de la satisfacción de los acreedores, el proceso concursal persigue la supervivencia de la actividad empresarial.

Analizando el articulado de la LC es evidente que la mencionada ley favorece la continuidad de la empresa. Por ejemplo, el artículo 44 LC dispone que la declaración de concurso no interrumpe la continuidad de la actividad empresarial. Aunque ello no implica que la actividad se desarrolle normalmente, pues ésta se lleva a cabo bajo la supervisión del administrador concursal. Esta posibilidad es un método para facilitar al deudor la continuidad de su empresa, de tal forma que pueda seguir obteniendo ingresos que eviten la desaparición de la empresa con su consiguiente entrada en el proceso liquidatorio.

Por tanto, podemos concluir que las finalidades del proceso concursal son eminentemente dos: la tutela del derecho de crédito y la conservación de la actividad empresarial del deudor. Es discusión permanente en la doctrina cuales son los propósitos de dicho proceso, y estas dos finalidades constituyen las dos líneas de pensamiento más claras y seguidas.¹³

Finalmente, cabe destacar que, como menciona Pulgar Ezquerro, J., existe una conexión innegable entre el momento en que se delimita legalmente la apertura de un procedimiento concursal, es decir, la determinación del presupuesto objetivo del concurso y las posibilidades de reestructurar o reflotar una empresa en crisis que es económicamente viable.

3. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVA Y SOLUCIÓN AL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Las operaciones de modificación estructural pueden suponer un medio eficaz para evitar el concurso de acreedores, o, en el caso de encontrarse éste ya iniciado, suponer una

¹³ Morillas Jarillo, M.J. *El concurso de las sociedades*. Iustel, Madrid, 2004, pp. 405 y ss.

solución eficaz al proceso. Éstas se constituyen, desde luego, como verdaderos modos de reestructuración que pueden convertirse en soluciones eficaces a las crisis empresariales. Además, favorecen la continuidad empresarial gracias a su modo de transmisión: la sucesión universal. Por si fuera poco, pueden constituir asimismo una técnica de saneamiento de grupos de empresas, bien sea desprendiendo la parte más afectada por la crisis, o bien sea diluyendo las deudas de la sociedad dominada, por ejemplo.

Personalmente, los considero medios muy adecuados para la conservación del crédito que evitan acudir a los modos singulares de transmisión de bienes o empresas, por medio del instituto de la sucesión universal.

De entre las modificaciones estructurales analizadas en el presente trabajo, la transformación, que puede parecer tener menor interés concursal en la medida que el cambio de forma jurídica no supone ninguna reorganización patrimonial que afecte directamente a la solvencia de la sociedad, puede suponer ventajas para aquellas sociedades concursadas que opten por su realización.¹⁴ Por ejemplo, la transformación de sociedad anónima o limitada en sociedad colectiva puede suponer la ventaja de sumar nuevos responsables subsidiarios de las deudas sociales; y, como señala la doctrina, servir como técnica preparatoria de un convenio. También puede utilizarse la figura de la transformación como instrumento para enervar la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la masa. Por ejemplo, una colectiva o comanditaria en concurso se transforma en sociedad de capital para evitar la *perpetuatio* de la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas contraídas durante el concurso.

La fusión es otra opción efectiva de saneamiento empresarial. Así, una sociedad absorbente que fuese a la vez insolvente puede, mediante la mencionada modificación estructural, modificar su organización y reiniciar operaciones con mayor coyuntura financiera. En el caso contrario en el que la sociedad insolvente fuese la absorbida, la sociedad dominante que absorbe la insolvente ayudará a aumentar las opciones de pago.

¹⁴ Pérez Troya, A., “Modificaciones Estructurales”, en Beltrán Sánchez, E., García-Cruces González, J. A. (Dirs.), Ávila de la Torre, A. y Campuzano Laguillo, A. B. (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pp. 2070

Por su parte, la escisión y la cesión global de activo y pasivo permiten separar la parte afectada por la insolvencia, pasando la misma a una sociedad solvente, lo cual coopera en la subsistencia de la sociedad escindida, convirtiéndose, desde luego, en una medida más que eficaz para frenar la crisis empresarial.

Finalmente, cabe destacar que la mayor parte de modificaciones estructurales se llevan a cabo en una fase preconcursal, con el objetivo de resolver la situación de dificultades económicas mediante la transmisión de una unidad económica vía segregación, o a través de una fusión. Ahora bien, la utilización de las modificaciones estructurales como solución de un concurso ya declarado ha sido bastante escasa.¹⁵

4. LA AUSENCIA DE COORDINACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y EL RÉGIMEN CONCURSAL

Para que se produzcan los efectos típicos, corporativos y patrimoniales de las modificaciones estructurales en un procedimiento concursal, es necesario que estas se adecuen al mencionado procedimiento tipificado legalmente.¹⁶

Ahora bien, se ha evidenciado una ausencia de coordinación normativa entre la Ley de Modificaciones Estructurales y la Ley Concursal, que dificulta el desarrollo conjunto de ambos procedimientos.¹⁷

La Ley Concursal no se ha ocupado prácticamente de la regulación de las modificaciones estructurales en el marco de un concurso, lo que ha provocado que en el caso de insolvencia de una sociedad, se aplique de manera ineludible el régimen general de modificaciones estructurales previsto en la LME.

¹⁵ León Sanz, F.J. “La reestructuración empresarial como solución a la insolvencia”. *Anuario de Derecho concursal*, núm.30, 2013, pp. 7

¹⁶ Beltrán Sánchez, E., “*Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*”, 2010, pp.157 y ss.

¹⁷ León Sanz, F.J “La reestructuración empresarial como solución a la insolvencia”. *Op. Cit.* págs. 2-7.

La LC, hasta la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tan solo se había limitado a admitir en su artículo 100.3 que las modificaciones estructurales podían formar parte del contenido del convenio. Con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se trató de incentivar la apuesta por las operaciones de modificación estructural por parte de las sociedades concursadas. Esta ausencia de coordinación también es apreciable en la LME, que contiene únicamente una referencia al procedimiento concursal con la prohibición de las sociedades concursadas y a las que se encuentren a su liquidación de trasladar su domicilio al extranjero (art.93.2 LME).

Con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, mencionado en el párrafo anterior, se posibilita la transmisión de unidades productivas en la fase común del proceso con el fin de conservar la masa activa. Con anterioridad a dicha reforma, solo se podía llevar a cabo la transmisión de activos y pasivos a través del convenio o la liquidación, lo que implicaba que las sociedades concursadas que querían transmitir su patrimonio a través de una operación de modificación estructural debían integrarlo en una propuesta de convenio o en el correspondiente plan de liquidación.¹⁸

Cabe destacar que en ocasiones se producen solapamientos innecesarios, por ejemplo, desde el punto de vista del objeto material de la información económico-financiera. La LC prevé la elaboración de una información exhaustiva una vez iniciado el concurso sobre la situación de la sociedad insolvente y las líneas de actuación de ésta para superar la crisis empresarial, con las garantías del administrador concursal y del juez del concurso. La LME también prevé la elaboración de información detallada sobre las sociedades que participan en la operación y sobre la operación en sí misma. No cabe duda de que se produce, en estos casos, un coste de tiempo y de recursos innecesario.

Otro ejemplo de coste económico y retraso innecesario es el que se produce como consecuencia de la previsión del artículo 71.6 LC, el cual exige para los acuerdos de refinanciación, la elaboración de un informe por un experto independiente designado por el Registrador mercantil. Ahora bien, en los supuestos en los que el mencionado acuerdo de refinanciación prevea la realización de una modificación estructural, será necesario que

¹⁸ Bethancourt Rodríguez, G.. “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”. *Revista de Derecho UNED*, núm.16, 2015, pp. 1184

intervenga un experto independiente adicional, no pudiendo designar al mismo que elabore el informe previsto por la LC.

Además, la LME prevé que la modificación estructural sea aprobada por los socios reunidos en Junta general, teniendo los acreedores de las sociedades participantes un derecho de oposición. Ahora bien, parece más razonable que en el caso de las modificaciones estructurales en el seno de un procedimiento concursal, éstas debiesen ser aprobadas no solo por los socios, sino también por el conjunto de acreedores.

Como conclusión diremos que es necesario poner en marcha todo el procedimiento de la LME al no prever la LC un procedimiento especial para la adopción de una modificación estructural en sede concursal, lo que supone una pérdida de eficacia.

III. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL PRECONCURSO

1. ¿PUEDEN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES INTEGRAR EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN?

Las modificaciones estructurales pueden tener como finalidad ser una alternativa al concurso, o bien una solución al mismo. En la práctica, es más frecuente que se utilicen como una alternativa a este, por lo que hay autores como Pérez Troya, A. que proponen considerarlas institutos preconcursales. Cabe preguntarnos, pues, si podrían integrar el contenido de los acuerdos de refinanciación del artículo 71.bis LC para evitar el inicio del proceso concursal.

Aunque no hay una previsión legal que confirme la cuestión, tampoco la hay que la prohíba. Y, por tanto, amparándonos en el artículo 1255 CC y en el artículo 71.bis de la LC podríamos considerar que sí que tienen cabida en los acuerdos de refinanciación. La doctrina defiende esta afirmación. Se afirma respecto a los acuerdos homologados que: *“Como en los demás tipos de acuerdos de refinanciación, los acuerdos homologados con*

efectos extraordinarios pueden contemplar la realización de una modificación estructural o la transmisión de unidades económicas”.¹⁹

Los acuerdos de refinanciación son aquellos convenios que el deudor alcanza con sus acreedores con anterioridad a la declaración del concurso, para reestructurar las deudas contraídas con ellos y así posibilitar su cumplimiento manteniendo la actividad empresarial.²⁰ Estos acuerdos deben integrar un contenido legal mínimo de carácter financiero, el cual puede completarse con otros contenidos adicionales.

Ahora bien, estos contenidos adicionales deben permitir, al igual que los legalmente exigidos, la continuidad de la actividad empresarial en el corto o medio plazo, conforme a un previo plan de viabilidad. Por tanto, las modificaciones estructurales podrían ser parte de este contenido adicional, lo que conllevaría enormes ahorros económicos y temporales, al mismo tiempo que permite aludir la dificultad de conciliación entre la LME y la LC.²¹

Finalmente, cabe preguntarse si, en el caso de una posterior declaración de concurso, son rescindibles estas modificaciones estructurales. La respuesta parece negativa, pues el artículo 71.bis LC excluye de la acción rescisoria a los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos expuestos por la norma. A priori no parece que las modificaciones estructurales constituyan el contenido típico de los acuerdos de refinanciación, pero como pueden ser parte de su contenido, se encuentran afectadas por la irrescindibilidad de la Ley Concursal.

¹⁹ León Sanz, F.J. *La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales*. Working paper IE law school. Cátedra Pérez-Llorca/ IE de Derecho Mercantil, 2014.

²⁰ Hijas Cid, E. “Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores.” *Notarios y registradores*, 2017 (Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/concurso-acreedores-modificaciones-estructurales/> última consulta el 12 de febrero de 2018)

2. EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD QUE PARTICIPA O HA PARTICIPADO EN UNA OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL CON CARÁCTER PREVIO A LA APERTURA DEL PROCESO

El concurso de acreedores es un instrumento legislativo que tiene como una de sus finalidades la satisfacción de los acreedores de un deudor insolvente. Esta satisfacción puede llevarse a cabo mediante diversos medios, bien sea a través de una reestructuración o reorganización societaria, la transmisión de la empresa o alguna de sus unidades productivas, o mediante su liquidación.

Las modificaciones estructurales, por su parte, son una técnica jurídica de transmisión y adquisición de empresas, así como de constitución, modificación y extinción de sociedades.

El concurso de acreedores y las modificaciones estructurales son instituciones autónomas, pero es claro que existen evidentes interferencias cuando una sociedad concursada o próxima a concursar participa en una operación de modificación estructural. Estas interferencias derivan, como es obvio, de que la adquisición y la transmisión de activos y pasivos quedan sujetas a reglas concursales, pero también de que se trata de constituir, modificar o extinguir una sociedad concursada. Pero puede haber algo más que interferencias, en la medida en que la modificación estructural puede constituir no sólo una solución del concurso de acreedores, sino también, y sobre todo, una alternativa.²²

2.1 Modificaciones estructurales concluidas antes de la declaración de concurso

La modificación estructural puede estar completada antes de que se produzca la declaración de concurso de una de las sociedades participantes. Ante este escenario nos surgen dos cuestiones importantes: ¿Procede el ejercicio de la acción rescisoria concursal del artículo 71 LC para los actos perjudiciales para la masa activa, con el fin de dejar sin efecto la modificación estructural efectuada? ¿Procede la impugnación de las operaciones

²² Beltrán Sánchez, E. *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*. *Op.cit.* pp.161

de modificación estructural que prevé el artículo 47 LME en el marco del proceso concursal?

La sola enunciación de la primera cuestión planteada proporciona elementos que dan idea de la dificultad de su respuesta, pues exige la interpretación y aplicación conjunta de dos textos legales que no contienen reglas que permitan o faciliten esa labor: La Ley Concursal y la Ley de Modificaciones Estructurales.²³

El sistema de acciones rescisorias concursales previsto en la LC pivota sobre un presupuesto de carácter eminentemente objetivo: la existencia o perjuicio a la masa activa. Así pues, la acción rescisoria concursal regulada en los artículos 71 a 73 LC busca atacar la eficacia de un negocio jurídico con el fin de reintegrar a la masa activa del concurso aquellos bienes y derechos que no debieron abandonar el patrimonio del deudor, pues al hacerlo, han causado un perjuicio a éste. Como señala Fernández Campos : “*en la rescisoria concursal, en la medida en que se trata de remover el perjuicio que el acto ahora impugnado representa para todos los acreedores concursales, permite la vuelta del bien enajenado al patrimonio del deudor, convertido ahora en masa activa, para poder satisfacer al máximo número de acreedores mediante la liquidación del mismo y posterior reparto entre los insinuados en la masa pasiva*”.²⁴ Por tanto, es condición fundamental la existencia de un perjuicio para la masa activa para poder ejercitar la acción rescisoria concursal.

Las modificaciones estructurales que no se contengan en un acuerdo de refinanciación están bajo la amenaza de la rescisión concursal, pues no constituyen “*actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor*” que el artículo 71.5 LC excluye de la rescisión concursal.

²³ García Villarrubia, M. A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*. Núm, 8, 2013.

²⁴ Fernández Campos, J.A. Reintegración del patrimonio del concursado. *Anales de Derecho*. Núm, 25, 2007, pp. 20.

Ahora bien, la controversia surge porque el artículo 47 LME²⁵ regula la llamada cuasi-impugnabilidad de las fusiones inscritas.

La cuestión no es pacífica, lo que ha llevado a posiciones opuestas en la doctrina. Así, un sector doctrinal sostiene que no puede abrirse una vía oblicua para atacar una modificación estructural que el legislador ha querido blindar con la redacción del mencionado artículo 47 LME. Además, la LME otorga a los acreedores un derecho de oposición (art.44 LME), por lo que no sería aceptable que los acreedores que no ejercitaron ese derecho cuando tuvieron la oportunidad, utilicen la acción rescisoria concursal como un “*medio para activar el derecho de oposición de forma extemporánea*”.²⁶ Son numerosos los autores que niegan la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria²⁷.

Otros autores sostienen la postura contraria en base a dos argumentos: uno en relación con el derecho de oposición de los acreedores y el otro, con la consecuencia de la inscripción de las modificaciones estructurales traslativas.

Respecto al primer argumento cabe destacar que no todos los acreedores gozan del derecho de oposición, por ejemplo, por tener su crédito suficientemente garantizado o porque su derecho de crédito haya nacido con posterioridad a la modificación estructural. Además, podría ocurrir que ninguno de los acreedores se opusiese a la modificación estructural porque considerasen en ese momento que visto desde su perspectiva individual la operación les resultaba beneficiosa. Ahora bien, esa misma operación, en el marco de

²⁵ Así, dice el artículo 47 LME que “*ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*”.

²⁶ Hijas Cid, E. Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores. *Op.cit.*

²⁷ Entre los que niegan la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria destacan Cerdá Albero, F., “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”, en *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*, VVAA, Madrid, 2010, pp. 713 y ss., Sánchez-calero Guilarte, J. y Fernández Torres, I., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14, 2011, pp. 109 y ss., y González Navarro, B., “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, en *La Reintegración de la Masa*, Congreso de Antequera, IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía 19 a 21 de abril de 2012, Rojo, A. y Beltrán Sánchez, E. (Directores), 2012, pp. 199 y ss.

un proceso concursal y examinada a la luz de los artículos 71 y ss. LC puede determinarse como perjudicial para la masa activa.²⁸

El segundo argumento se basa en el artículo 47 LME, el cual, como se ha apuntado anteriormente, prohíbe la impugnación de la fusión cuando ésta ha sido inscrita y se ha realizado de conformidad con las previsiones de la LME. Cabe destacar que aunque el artículo se refiere a la fusión, es aplicable igualmente a la escisión y a la cesión.

Como se ha apuntado anteriormente, el sector doctrinal que niega el ejercicio de la acción rescisoria sostiene que el legislador ha querido blindar con este artículo las modificaciones estructurales, y que el ejercicio de la acción rescisoria sería una vía oblicua para atacar éstas. Ahora bien, aquellos a favor de la rescisión²⁹ sostienen que la Ley Concursal debe considerarse una norma de carácter especial, por lo que las limitaciones del mencionado artículo 47 LME no impiden el ejercicio de la acción en el marco de un procedimiento concursal.

Finalmente, cabe abordar la cuestión desde el punto de vista de la jurisprudencia, entre cuyas sentencias destacan la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Las Palmas de 12 de diciembre de 2011, y la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - STS 682/2016, de 21 de noviembre de 2016 – que confirma la sentencia 414/2014, de 30 de diciembre de la Audiencia Provincial de A Coruña, y por extensión la dictada en su día en 1º instancia, que se habían pronunciado en contra de admitir el ejercicio de la acción rescisoria concursal una vez inscrita la modificación estructural.

La STS 682/2016 planteaba el caso de una sociedad declarada en concurso de acreedores en 2013 que había realizado una escisión parcial dos años antes, mediante la cual, traspasó

²⁸ García Villarrubia, M. A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa? *Op.cit.*

²⁹ Entre los autores a favor de la rescisión de las modificaciones estructurales concluidas antes de un procedimiento concursal cabe destacar a Rojo, A., Beltrán Sánchez, E., (“las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en anales de la academia matritense del notariado, nº 50, 2011, pp. 159 y ss.) y León Sánchez, F. J. y Rodríguez Sánchez, A., “la rescisión de las operaciones societarias y la rescisión de la escisión”, en estudios del derecho del comercio internacional, Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz moreno, a., Sevilla, 2013, pp. 615 y ss.

en bloque parte de su patrimonio a otra empresa. La administración concursal pretendía la reintegración de los activos que habían salido de la sociedad al considerarla perjudicial para la masa activa de la sociedad escindida. Al Tribunal Supremo se le planteó, pues, la cuestión de la llamada resistencia de la escisión parcial frente a la acción rescisoria concursal.

El Alto Tribunal niega la posibilidad de ejercicio de la mencionada acción, en base al argumento de que *“no cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión, en atención a que la transmisión es un efecto propio de la escisión, que se produce con la inscripción registral (...) y el art.47.1 LME impide el ejercicio de acciones , como la rescisión concursal, que conllevan la ineficacia de la modificación estructural traslativa (sin perjuicio de la nulidad basada en la infracción de las normas reguladoras de la escisión, sujeta a un plazo de caducidad de tres meses”*.³⁰

Cuestión distinta es la segunda cuestión planteada al inicio del presente apartado, es decir, si procede la impugnación de las operaciones de modificación estructural que prevé el artículo 47 LME en el marco del proceso concursal por incumplimiento de los requisitos procedimentales correspondientes. La respuesta la encontramos en el artículo 33 de la LC, la cual legitima implícitamente a la administración concursal para *“ejercer las acciones de impugnación”*. Por tanto, mediante la acción de impugnación la administración concursal puede pretender que se declare nula la modificación estructural que ha incumplido los preceptos procedimentales correspondientes de la LME, pues como bien dice el artículo 47 LME, para que la operación de fusión goce de la inimpugnabilidad será necesario que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME.

2.2 Modificaciones estructurales iniciadas, pero no concluidas, antes de la declaración de concurso

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 628/2016 de 21 de noviembre de 2016.

En el apartado anterior hemos analizado qué ocurre con aquellas modificaciones estructurales que se han concluido antes de iniciar un concurso de acreedores. Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de que la modificación estructural se haya iniciado, pero no concluido? Las modificaciones estructurales constituyen también un proceso, el cual requiere del cumplimiento de unos requisitos que no tienen por qué realizarse de forma instantánea. Ante esta situación son varias las cuestiones que se plantean acerca de cómo afecta la modificación estructural en cuestión al procedimiento concursal en sí mismo y sobre qué consecuencias puede tener el concurso de acreedores en la modificación estructural.

En primer lugar, es necesario recalcar que el hecho de que una sociedad se encuentre inmersa en un proceso de modificación estructural previo, no exime a los administradores del deber de solicitar el concurso en el caso de que se den los presupuestos del mismo. También puede ser solicitado por los acreedores de la sociedad si se diesen cualquiera de los hechos reveladores del artículo 2.4 LC. Ahora bien, en el caso de que un acreedor solicitase la declaración de concurso en base al presupuesto de la insolvencia, la sociedad deudora podría defenderse alegando que la modificación estructural es la solución a la mencionada insolvencia, y por tanto, la modificación estructural se convertiría en una alternativa al concurso.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta el deber de información de los administradores que prescribe el artículo 39.3 de la LME. Según el citado precepto, los administradores deben poner en conocimiento de las juntas de las sociedades que se fusionan “*las modificaciones importantes del activo y del pasivo acaecidas*”. No cabe duda de que, la formación de la masa activa y pasiva una vez declarado el concurso de acreedores, así como el régimen de intervención o sustitución por parte de la administración concursal, implican una modificación importante del activo y del pasivo que tiene cabida en el artículo 39 LME, y por tanto debe informarse en las juntas de las sociedades participantes en la fusión.

En tercer lugar, es menester responder a la pregunta de si la declaración de concurso constituye una justa causa para la resolución de la operación de modificación estructural por parte de cualquier de las sociedades participantes. Esta posibilidad parece más que razonable dada la dicción del artículo 1124 de Código Civil (en adelante, CC). Como dice

Beltrán Sánchez. E. *“A primera vista, además, la solicitud de declaración de concurso y, por supuesto, la declaración judicial de concurso constituirían justa causa para la resolución del proyecto de fusión por parte de cualquiera de las otras sociedades participantes e incluso para la revocación del correspondiente acuerdo”*. Sin embargo, parece que la intención del legislador es otra, estando dirigida a consolidar y dar seguridad jurídica a este tipo de operaciones. Esta intención se puede observar claramente en las limitaciones al derecho de oposición de los acreedores, los cuales pueden obtener garantía de su crédito pero no paralizar la operación; o en el efecto de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita. Ahora bien, en el caso de que existiesen otros motivos como la ocultación de su insolvencia, podría plantearse una acción de resolución contractual conforme al mencionado artículo 1124 CC, la cual parece que tendría opciones de prosperar.³¹

En cuarto lugar, surge la cuestión de si sería posible resolver una modificación estructural en interés del concurso, en base al artículo 61.2 LC. El mencionado artículo dice que: *“la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso”*. Ahora bien, el artículo 61 LC regula los contratos bilaterales pendientes de ejecución, y como las modificaciones estructurales no constituyen contratos sinalagmáticos al uso, parece que la cuestión es muy discutible, no habiendo una respuesta clara.

En conclusión, el proceso de modificación estructural iniciado pero no concluido puede continuar adelante, aunque deberá someterse a las reglas concursales, del mismo modo que si el proceso se iniciará con posterioridad a la declaración de concurso.³² Por tanto, la declaración de concurso no paraliza la modificación estructural en curso, pero la condiciona, lo cual implicará la intervención de la administración concursal y del juez del concurso en determinados casos, como por ejemplo en el caso de una sociedad concursada transmitente la cual deberá integrar necesariamente la modificación estructural en alguna de las soluciones formales del concurso, es decir, en el convenio o liquidación.

³¹ Girón Beckles, J. *Las modificaciones estructurales como parte del proceso concursal*. Tesis doctoral leída en la Universidad de Valencia, 2013 pp. 244 (Disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/31686> ; última consulta el 13 de marzo de 2018.)

³² Beltrán Sánchez, E. *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*. pp.169. *Op.cit.*

IV. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN LA FASE COMÚN DE CONCURSO

El proceso concursal, una vez se declara el estado de insolvencia del deudor, puede estructurarse en dos fases: la fase común y la fase de convenio o liquidación.

La fase común comienza con el auto de declaración del concurso y finaliza con la presentación del informe de la administración concursal o en su caso, con la resolución de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, abriéndose después la fase de convenio.

La fase común, pues, engloba los siguientes trámites³³. En primer lugar, se admite el concurso, definiéndose la situación del concursado en cuanto a la intervención o suspensión de las facultades de administración. En segundo lugar, se procede al nombramiento y emisión de informes de la administración concursal. En tercer lugar, la administración concursal determinará la masa activa y pasiva, clasificará los créditos y confeccionará la lista de acreedores.

Como se ha mencionado anteriormente, el concurso de acreedores pretende solucionar la crisis empresarial manteniendo la actividad del deudor en la medida de lo posible. Las modificaciones estructurales pueden servir como medios idóneos para la superación de estas crisis, pues mediante una reestructuración societaria, favorecerían la continuidad de la actividad productiva con todos los efectos de la sucesión universal: conservando las relaciones laborales, contractuales y crediticias.³⁴

1. VIABILIDAD DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

³³ Iberley. *Fase común del concurso de acreedores*. www.iberley.es, 2016 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/fase-comun-concurso-acreedores-45091> ; última consulta el 19 de marzo de 2018)

³⁴ Hijas Cid, E. *¿Son posibles las modificaciones estructurales en las sociedades en la fase común del concurso?*. *Op.cit.*

La Ley Concursal no menciona la posibilidad de realizar modificaciones estructurales en la fase común del concurso, aunque tampoco la excluye. La legislación concursal, de forma escueta, admite las modificaciones estructurales en el artículo 100 como contenido de la propuesta del convenio. Reza el mencionado artículo: *“También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis.”*

Como consecuencia de esta situación surge la pregunta de si son posibles también estas modificaciones en la fase común del concurso, fase que parece más enfocada a integrar la masa activa concursal, conservarla y ponerla a disposición del proceso (art.43 LC) y la constitución de la masa pasiva (arts. 49 y 84 LC).

Ante el silencio de la Ley Concursal es necesario recurrir a la doctrina, la cual se encuentra dividida, siendo varias y excluyentes las posturas propuestas.

Parte de la doctrina mantiene que dado que el legislador ha escogido la fase de convenio como fase para emplazarlas, lo más razonable es que solamente quepa su preparación en la fase común, para que sean posteriormente concluidas en la fase de convenio.³⁵ Así, dicen Cabanas Trejo y Bonardell Lezano que:

“La modificación estructural de la sociedad en concurso de acreedores es vista con simpatía por la doctrina. Pero esta solución presenta por exigencias del Derecho de sociedades una autonomía poco compatible con alguna de las fases del procedimiento concursal. En particular por el carácter irreversible de la confusión de activos y de pasivos en el patrimonio de la sociedad adquirente, con la consiguiente desaparición subjetiva de la concursada, y la imposibilidad de continuar con el procedimiento concursal, al menos en su vertiente estrictamente liquidatoria, ya que nuestro Derecho no regula el concurso del patrimonio, y menos de una parte del mismo. Este resultado supone una alteración tan profunda de la situación de los acreedores en el concurso, que obliga a restringir la medida

³⁵ Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. Las modificaciones estructurales en el concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.18, 2016 pp. 93-106.

a la fase de convenio y como solución prevista en el mismo, pues sólo entonces queda garantizada su participación colectiva.”

Otros autores, opinan que sí son posibles las mencionadas operaciones. Ahora bien, únicamente podrá culminar una operación de modificación estructural una sociedad en calidad de adquirente. Además, en lo referente a las enajenaciones, estas solo están permitidas si se trata de transmisiones aisladas de bienes para no alterar la finalidad conservativa de la masa activa, finalidad preminente en la fase común del concurso.³⁶

Finalmente, hay autores que sí admiten las modificaciones estructurales en la fase común del concurso como opción para todo tipo de sociedades, incluso aunque la sociedad concursada sea la transmitente. El hecho de que nuestro ordenamiento haya escogido como fase preferente para estas operaciones la de convenio no significa que sea la única fase en la que pueden llevarse a cabo. Ahora bien, es necesario que se sometan a las especialidades del proceso concursal, estando la Administración Concursal legitimada para cuestionarlas en el caso de que pudiera perjudicarse a los acreedores o al interés del concurso. Será necesaria, además, autorización judicial, por tratarse de un acto dispositivo (art.43 LC).³⁷

La opinión del Magistrado Don José María Fernández Seijo viene respaldada por la reforma de la Ley Concursal de 2015, la cual ha añadido un cuarto apartado al artículo 43 LC, el cual reza: “*En el caso de transmisión de unidades productivas pertenecientes al concursado, se estará a los artículos 146 bis y 149*”. El artículo 43 LC versa sobre la conservación y administración de la masa activa hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación. Por tanto, al incluir este apartado cuarto, la reforma está amparando la posibilidad de realizar una modificación estructural traslativa en la fase común del concurso.

³⁶ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones y el concurso de acreedores. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo 50, 2010, pp. 157-183.

³⁷ Fernández Seijo, J.M. “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”. *ElDerecho.com.*, 2010, (Disponibile en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Ley-Modificaciones-Estructurales-Sociedades-Mercantiles_11_184555009.html ; última consulta el 20 de marzo de 2018)

Por tanto, aunque la respuesta no está al cien por cien clara, parece que debemos inclinarnos por confirmar la opinión de aquellos autores que admiten la posibilidad de realizar una modificación estructural en la fase común del proceso concursal.

Ante esta situación, considero necesario realizar algunos apuntes³⁸:

En primer lugar cabe destacar la alta participación de la administración concursal. Al tener el deudor sus facultades patrimoniales limitadas (arts.40 y 48.1 LC), el administrador concursal participará en la redacción del proyecto, además de tener derecho de asistencia y voz en los órganos colegiados (art.48.1 *in fine* LC).

En segundo lugar, el juez de concurso no solo deberá aprobar las modificaciones estructurales, como ocurre en la fase de convenio, sino que deberá autorizarlas.

En tercer lugar, como se comentará en el apartado siguiente, el derecho de oposición de los acreedores incluye tanto a los concursales como a los acreedores de la masa, pues no existe sometimiento de estos a ningún convenio.

Finalmente, en el caso de que la sociedad concursada se extinga como consecuencia de la operación realizada, aplicando analógicamente los artículos 182 LC y 16 LEC, se producirá la sucesión procesal de la sociedad resultante de la fusión o beneficiaria de la escisión. Así lo admite el Tribunal Supremo en Auto de 7 de septiembre de 2015:

“Habiéndose acreditado con los documentos aportados, la fusión-absorción de “Ingotor Seguros, S.L.” por “Cureña, S.L.” y traspaso en bloque a título universal de su patrimonio a la sociedad absorbente que adquirirá todos sus derechos y obligaciones y, en general cada una de las relaciones jurídicas en las que participan, aunque el supuesto no tenga encaje perfecto en lo dispuesto en el art. 16 de la LEC, que regula la sucesión procesal por muerte, invocado por la parte, procede declarar la sucesión procesal, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las

³⁸ Hijas, E. *¿Son posibles las modificaciones estructurales en las sociedades en la fase común del concurso?. Op.cit.*

sociedades mercantiles la fusión determina la extinción de la sociedad absorbida, sin perjuicio de que los argumentos y las defensas de la parte, en orden a acreditar la aplicación al caso de la doctrina del levantamiento del velo vayan referidos a la entidad "Ingotor Seguros, S.L."³⁹

2. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

En la fase común del concurso pueden ejercitar el derecho de oposición a la modificación estructural tanto los acreedores de la masa, como los acreedores concursales, pues no existe convenio alguno al que hayan podido someterse. Ahora bien, los créditos no pueden estar lo suficientemente garantizados y no pueden estar vencidos, requisitos exigidos por el art. 44 LME para ejercitar el mencionado derecho de oposición.

Parece que a simple vista no es complicado discernir cuando un acreedor tiene derecho de oposición a la modificación estructural y cuando no, pues parece que habría que fijarse únicamente en la fecha de vencimiento del crédito y en si se encuentran o no suficientemente garantizados.

Ahora bien, puede surgir alguna duda respecto al derecho de oposición de los acreedores con privilegio especial. Al encontrarse estos créditos lo suficientemente garantizados, no tendrían a priori, derecho de oposición.⁴⁰ Pero, siguiendo la redacción del artículo 43 LC que remite al artículo 149 LC, podría darse el caso de que los mencionados acreedores tuviesen que manifestar su consentimiento a la modificación. Así, en el caso de que los bienes con créditos con privilegio especial estuviesen incluidos en una unidad productiva que fuese vendida, si el precio no alcanza el valor de su garantía, éstos deberán manifestar su conformidad con la operación en el caso de cumplir las siguientes condiciones. En primer lugar, deben representar al menos el setenta y cinco por ciento del pasivo de esa naturaleza afectado por la transmisión. En segundo lugar, es necesario que pertenezcan a la misma clase. Finalmente, es necesario que tengan derecho de ejecución separada.

³⁹ Auto del Tribunal Supremo, Sala 1º, de lo Civil, de 7 de Septiembre de 2015.

⁴⁰ Hijas Cid, E. (2017). Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores. *Op.cit.*

V. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN LA FASE DE CONVENIO

Una vez finalizada la fase de impugnación del informe de la Administración concursal, si el deudor no ha pedido la liquidación o si no se ha presentado y mantenido con éxito una propuesta de convenio anticipado, se abre la fase de convenio.

El juez convoca junta de acreedores mediante auto, que tiene que celebrarse en el plazo máximo de dos meses si ya existe una propuesta de convenio, o de tres meses en el caso de que no sea así. En el caso de que el número de acreedores sea superior a trescientos, el juez puede acordar la tramitación escrita del convenio, lo cual, como consecuencia de su facilidad, es muy frecuente para tramitar los convenios de las sociedades en concurso.

Las propuestas de convenio pueden presentarse hasta un mes antes de la fecha fijada por el juez. Desde la fecha del auto, los acreedores tendrán dos meses para adherirse a una de las propuestas presentadas.⁴¹

1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO CONTENIDO DEL CONVENIO

La Ley Concursal menciona las modificaciones estructurales únicamente en dos ocasiones. En primer lugar, el artículo 100.3 LC admite las modificaciones estructurales como contenido del convenio, ya sea este anticipado u ordinario, pues menciona la fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada junto con la posibilidad de que estas operaciones integren su contenido. En segundo lugar, el artículo 190.2 LC admite la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado en el caso de que el deudor en concurso presente una propuesta de convenio integrada por una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y pasivo. Por tanto, no cabe duda de que las modificaciones estructurales pueden formar parte del contenido de los

⁴¹ Sebastián Quetglas, R. (Coord); Almoguera García, J.; Azofra Vegas, F.; Martínez Muñoz, M.; Prades Cutillas, D.; Veiga Copo, A.B. & Vives Ruiz, F. El convenio. En Sebastián Quetglas, R. *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho Concursal. Tomo IV.* (3º ed), Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2018, pp.197.

convenios en el seno de un procedimiento concursal.

Como se ha mencionado anteriormente, no solo pueden realizar las operaciones de modificación estructural en la fase de convenio. Ahora bien, parece el lugar preferido por el legislador, además de ser la fase en la que éstas se aplican con mayor facilidad, aunque parte de la doctrina considera que es también en la fase del convenio donde se presentan mayores dificultades para armonizar las normas de la LME y la LC.⁴²

Ante esta situación se plantean diversas cuestiones a analizar. Así pues, en las siguientes líneas se hablará de la libertad de contenido del convenio, de sus límites

1.1 El contenido del convenio y sus límites

La actual legislación concursal regula con mayor detalle que la anterior el contenido del convenio, contenido que es, desde luego, muy heterogéneo. Este contenido se encuentra recogido en el mencionado artículo 100 LC.

Existe, en primer lugar, un contenido obligatorio o esencial, el cual consiste en las esperas y quitas, además del plan de viabilidad que debe redactarse en el caso de que se decida hacer frente a los pagos con los recursos procedentes de la continuación de la actividad empresarial por parte del deudor.

Cabe destacar, en segundo lugar, la existencia de una serie de límites a la voluntad de las partes a la hora de redactar el convenio, limitaciones que están dirigidas en su mayor parte a una mayor protección de los derechos del acreedor. Estas prohibiciones son de interpretación restrictiva.

Finalmente, existe un contenido facultativo, dentro del cual tendrían cabida las modificaciones estructurales como señala el artículo 100.3 LC. Este contenido facultativo parece que podría estar integrado por cualquier propuesta que no fuese contraria a la ley, la moral o el orden público.⁴³

⁴² En este sentido, León Sanz, F.J. “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, en Embid Irujo, J.M. y Abriani, N. *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Comares, Granada, 2013.

⁴³ González Gonzalo, A., “Art. 100”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Volumen I, Ed. Tecnos, 2004.

1.2 Las modificaciones estructurales como contenido único del convenio

Las modificaciones estructurales pueden constituir el objeto único del convenio concursal, bien sea cuando la sociedad concursada se una a otra para constituir una nueva sociedad, sea absorbida por una sociedad preexistente, se escinda totalmente o transmita globalmente su activo y pasivo a cambio de una contraprestación para los socios.⁴⁴

En el caso de que la modificación estructural finalmente no llegue a realizarse, nos encontraríamos ante un incumplimiento del convenio, y por tanto, se abriría la fase de liquidación.

1.3 Las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio

En el apartado anterior se ha analizado el caso de una operación de modificación estructural como contenido único del convenio. Ahora bien, estas pueden ser solo una parte de dicho contenido, pues aunque nada diga la ley, pueden venir acompañadas de una quita o de una espera, pues constituyen el contenido esencial del convenio (art.100.1 LC). Por tanto, en este caso no será suficiente para agotar el convenio la realización de la modificación estructural, sino que además habrá que satisfacer de forma íntegra los créditos aplazados por la espera en la nueva fecha de vencimiento.⁴⁵

Cabe destacar que la existencia de quitas y esperas propiciará el cumplimiento del artículo 25 LME⁴⁶, ya que favorecerán a establecer una correcta relación de canje, pues mejorarán el valor real de la empresa.

Ante esta situación surge el interrogante de qué es lo que pasa en el caso de que la modificación estructural haya sido concluida pero se incumpla el resto del contenido del convenio. El artículo 162 LC dice que en el caso de que a la liquidación preceda un

⁴⁴ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op.cit*

⁴⁵ Hijas Cid, E. (2017). Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores. *Op.cit.*

⁴⁶ El mencionado artículo establece que: “En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio”

cumplimiento parcial del convenio “*se presumirán legítimos los pagos realizados en el mismo*”, al margen de ciertas excepciones. Parece que sería una contradicción mantener los pagos realizados y no otras operaciones, como podrían ser las modificaciones estructurales, que además se han convertido en inatacables.⁴⁷

Se ha debatido si una propuesta de convenio que contenga una modificación estructural la cual no ha sido aún aprobada constituye una propuesta sometida a condición, y por ende, no permitida por el artículo 101 LC.⁴⁸ Este fue el caso de la empresa Forum Fitalético, la cual entró en concurso de acreedores y el juez no admitió a trámite la propuesta al entender que el hecho de que la operación tuviera que ser aprobada por la junta implicaba condicionar la propuesta, por lo cual instó en abrir el proceso de liquidación de la sociedad (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº7 de Madrid de 23 de julio de 2008).⁴⁹ Esta posición es defendida por autores que consideran la aprobación a posteriori por la junta como una condición.⁵⁰ Ahora bien, la doctrina no es unánime en este aspecto y según otros autores, en la mayoría de los casos cabe entenderse que la posterior aprobación de la modificación estructural por parte de la junta de socios no constituye una condición en sentido técnico jurídico, sino que en el caso de que finalmente no se llevase a término, nos encontraríamos ante un incumplimiento del convenio, pues la operación constituye el contenido mismo del convenio.⁵¹

⁴⁷ Cerdá Albero, F. “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”. *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, 2010, pp. 713-730

⁴⁸ Reza el mencionado artículo: “*La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada.*”

⁴⁹ AJM 7 Madrid 23.7.8: «*Además de lo expuesto debe indicarse que la eficacia del convenio se hace depender para su eficacia de acontecimientos futuros como (...) la conversión de la concursada SA en una sociedad limitada (...). Estas operaciones constituyen, como acontecimientos futuros e inciertos, auténticas condiciones, pues las operaciones societarias requieren de la aprobación de la Junta de accionistas de la sociedad (...), circunstancias éstas que no dependen de la exclusiva voluntad del proponente. El legislador ha querido que la obligación contraída en la propuesta de convenio sea una obligación pura y así el artículo 101 de la Ley concursal establece que: La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada. Esta condición no tiene por qué ser expresa, puede ser implícita y como se ha descrito la eficacia del convenio se hace depender de una serie de acontecimientos, indicados en el párrafo precedente, que son auténticas condiciones, contenido que infringe las previsiones de la ley concursal y que deben ser analizadas en este momento procesal.*»

⁵⁰ Pulgar Ezquerro, J. “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”. *Diario la Ley*, núm.7265, sección doctrina. Año XXX, Ref. D-325. Editorial LA LEY, 2009.

⁵¹ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op. Cit.* pp.179

1.4 Propuesta cronológica

Cabe preguntarse, llegados a este punto, qué es lo que debe ir primero: la aprobación de la propuesta de convenio o la modificación estructural.

Cabe preguntarse, llegados a este punto, qué es lo que debe presentarse al juez del concurso: un proyecto de modificación estructural el cual esté pendiente de la aprobación de la junta de socios de la sociedad de capital, a la cual la ley otorga competencia exclusiva en la cuestión; o, por otro lado, presentarle el acuerdo de modificación estructural, previamente aprobado por la mencionada junta.

Parte de la doctrina considera que la solución más recomendable sería aprobar en primer lugar la propuesta de convenio concursal, y más adelante, la modificación estructural. Se considera que es más fácil encontrar una sociedad saneada dispuesta a involucrarse en una operación de modificación estructural con una sociedad en concurso una vez se haya aprobado el proyecto y convenio por los acreedores y el juez del concurso.⁵²

No obstante, hay autores que manifiestan que tal solución alteraría el curso normal de aprobación de los proyectos de modificaciones estructurales, pues la legislación prevé la aprobación del acuerdo como paso anterior a la participación de los acreedores. Además, la propuesta de convenio se presentaría sometida a condición, lo cual no está permitido por la ley concursal.⁵³

Finalmente, hay autores que se decantan por una posición intermedia, no considerando tan relevante el orden cronológico. Además, estos no consideran extraño que al estar la modificación estructural al servicio del concurso por constituirse como su solución, pueda alterarse el proceso de aprobación de una modificación estructural societaria, precediendo

⁵² Largo Gil, R. “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”. *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor García Villaverde*, Vol.3, 2007, pp.2148

⁵³ Pulgar Ezquerro, J. “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en AAVV: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Dir. Rodríguez Artigas y otros, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 729-773.

la intervención de los acreedores al consentimiento de los socios, pues estos últimos son al final quienes acaban teniendo la última palabra.⁵⁴

1.5 Requisitos especiales para la aplicación de las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio

Como se ha apuntado anteriormente, existe una ausencia de coordinación entre la Ley de Modificaciones Estructurales y la Ley Concursal, cada una de las cuales regula un procedimiento cerrado e imperativo para la aprobación bien sea del convenio, bien sea de la modificación estructural. Por tanto, nos encontramos ante el reto de compatibilizar ambos procedimientos, y, teniendo en cuenta que el legislador español no ha procedido a tal regulación, es necesario acudir a la interpretación y a la hermenéutica para encontrar una solución a la cuestión.

No es objeto del presente trabajo analizar de forma exhaustiva ambos procedimientos, por lo que en las próximas líneas se intentará articular los mencionados procedimientos.

Partiendo de la idea de que el convenio de acreedores ha de aprobarse antes de la modificación estructural, por considerar, compartiendo opinión con LARGO GIL, R. (*vid. Supra*), que se protege de manera más efectiva a los acreedores, además de ser una forma más atractiva de atraer a sociedades saneadas a formar parte de la operación.

En primer lugar, cabe destacar, siguiendo la línea de opinión de CERDÁ ALBERO, F. (2010), que no es necesario incluir en la propuesta de convenio una exposición detallada del proyecto de modificación estructural, pues es suficiente con exponer los aspectos fundamentales de la operación y el compromiso de la sociedad concursada de realizarla.⁵⁵ La cuestión tiene relevancia porque la Ley Concursal establece que una vez se admite a trámite la propuesta, ésta no puede modificarse ni revocarse. Ahora bien, parece que la mencionada regulación legal no está prevista para este tipo de situaciones, dado que si nos fijamos en la finalidad de la ley, esta busca llegar a un convenio para que los

⁵⁴ Gutiérrez Gilsanz, A. “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”. *Documentos de trabajo del Departamento de derecho mercantil. UCM*, 2011, pp. 161-162 (Disponible en http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf ; última consulta el 24 de marzo de 2018)

⁵⁵ Cerdá Albero, F. “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”. *Op.cit.* pp.722.

acreedores sean satisfechos en la medida de lo posible y se continúe la actividad empresarial, por lo que no parece necesario que el convenio contenga la propuesta de modificación estructural de manera detallada y completa. Será necesario, de todas formas, determinar los plazos para la aprobación del proyecto por parte de la junta de la sociedad así como el plazo que tendrán los administradores para depositar el proyecto en el Registro Mercantil, una vez haya sido aprobado el convenio.

En segundo lugar, será necesario un plan de viabilidad, exigido por el artículo 100.5 LC, en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones para obtener los recursos para atender al cumplimiento del convenio, y por ende, a la realización de la modificación estructural. Será necesario, asimismo, un plan de pagos junto con la documentación legalmente requerida. Uno de los problemas para coordinar ambos procesos es la duplicidad de documentos que se requieren, por lo que para simplificar el proceso y reducir costes, podrían el plan de viabilidad y el plan de pagos servir como informe de los administradores.⁵⁶

En el caso de tratarse de una propuesta anticipada de convenio, el procedimiento es más rápido y ágil, una vez se obtengan las adhesiones de los acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo del deudor y reunidos los requisitos procesales y formales legalmente establecidos, el juez mediante auto, la admitirá a trámite y se entenderá por aprobada cuando se hayan adherido acreedores cuyos créditos representen al menos la mitad del pasivo del deudor (art.124.1 LC).

Ahora bien, en el caso de tratarse de una propuesta ordinaria de convenio, será necesaria la aceptación por la Junta de Acreedores, convocada por el juez. Se realizará la votación establecida, aceptándose o no el convenio dependiendo de si se alcanzan las mayorías legalmente exigidas por el artículo 124 LC.

Una vez se ha realizado el procedimiento de aprobación del convenio, será necesario redactar el proyecto común de la modificación estructural, el cual será redactado por los administrador es de la sociedad en concurso o por la administración concursal, dependiendo del régimen de intervención elegido por el juez. La aprobación de la

⁵⁶ Garnacho. Cabanillas, L., “Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal”, en Arias Verona. F. (Dir.), *Conservación de empresas en crisis, La Ley*: Grupo Wolters Kluwer, 2013.

modificación estructural seguirá los cauces del procedimiento establecido en la Ley de Modificaciones Estructurales, dentro del cual tienen derecho de oposición los acreedores. Una vez se haya superado este trámite, será necesario dotar a la modificación estructural de escritura pública con su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

1.6 Incumplimiento del convenio concursal cuyo contenido está integrado por una modificación estructural

Finalmente, es necesario determinar qué ocurre en el caso de incumplimiento del convenio cuando su contenido está formado por una modificación estructural.

En primer lugar, puede darse un incumplimiento en el caso de que el convenio sea aprobado pero finalmente no se lleve a término la modificación estructural pactada. En este caso, se procederá a la apertura de la fase de liquidación, pues nos encontramos ante un incumplimiento del convenio a todos los efectos.

En segundo lugar, en el caso de que se declare la nulidad del convenio antes de concluir la operación, la modificación estructural quedaría sin efecto, teniendo que abrirse al igual que en el caso anterior, la fase de liquidación de acuerdo con el artículo 143.1.4º LC.

En tercer lugar, podemos encontrarnos ante el caso de que el convenio fuese incumplido una vez se haya concluido la modificación estructural. En virtud del artículo 47.1 LME “ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley”. Por tanto, cabe concluir que la operación o sus efectos no desaparecerían.

Finalmente, en el caso de que mediante la modificación estructural la sociedad en concurso se extinguiera, nos podemos encontrar con dos escenarios dependiendo de si la modificación estructural coexiste con otras estipulaciones o si integra de manera única el contenido del convenio. En el caso de que la operación constituya su contenido único, el convenio se agotará, lo cual implicaría el cumplimiento íntegro del convenio. Por tanto, el concurso concluirá (art.176.2 LC). Por otro lado, en el caso de que la modificación

estructural coexista con otras disposiciones, como una quita o una espera, la sociedad adquirente pasará a ser la concursada, por sucesión procesal.⁵⁷

2. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

El derecho de oposición de los acreedores a las operaciones de modificación estructural traslativas está regulado en el artículo 44 LME, y constituye su principal mecanismo de protección. Mediante el ejercicio de este derecho, los acreedores de las sociedades participantes en la operación cuyo crédito hubiese nacido antes de la fecha de inserción del proyecto en la página web de la sociedad o de su depósito en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, pueden, en el plazo de un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la modificación estructural, oponerse a la operación hasta que se les garanticen dichos créditos.

Este derecho de oposición del artículo 44 LME viene a sustituir al consentimiento individual que exige el artículo 1205 CC en el caso de cambio de deudor, al establecer que de producirse la novación de una obligación es necesario el consentimiento del acreedor.

Cabe destacar que, aunque el artículo 44 LME se refiere al proyecto de fusión, esta norma también es aplicable a todas las modalidades de escisión (en virtud de la remisión genérica contenida en el artículo 73.1 LME) y a la cesión global de activo y pasivo (en virtud del artículo 88 LME).⁵⁸

Ante esta situación cabe preguntarse cómo se articula dicho derecho en el seno de un procedimiento concursal, en especial en el caso de los acreedores que quedan sometidos al convenio, y por tanto, a la modificación estructural contenida en este.

⁵⁷ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op.cit* pp.179

⁵⁸ Cerdá Albero, F. *Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas*. 2011 (Disponible en [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescicion_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_\(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011\)_277.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescicion_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf); última consulta el 25 de marzo de 2018)

En primer lugar cabe destacar que los acreedores de la sociedad interviniente no concursada mantienen su derecho de oposición a la modificación estructural sin alteración alguna, quedando éste sometido a las reglas generales.⁵⁹

En segundo lugar, cabe distinguir diferentes categorías de acreedores de la sociedad concursada. Los acreedores de la masa, los cuales no están sometidos al convenio, se rigen por las normas generales, por lo que en el caso de que su crédito no se encuentre vencido ni suficientemente garantizado, podrán oponerse a la operación siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 44 LME. Por otro lado, nos encontramos con los acreedores concursales, los cuales sí se encuentran sometidos al concurso, y por tanto, al convenio y a su contenido. Es, con este segundo grupo de acreedores, con los que podemos encontrarnos problemas para conciliar el mencionado derecho con la legislación concursal.

Dentro de los acreedores concursales cabe distinguir a su vez entre los acreedores privilegiados, los acreedores ordinarios y los acreedores subordinados. En cuanto a los primeros, únicamente quedan sometidos al convenio en el caso de votar a favor de la propuesta (art.134.2 LC). Por tanto, en el caso de no votar a favor de la propuesta (art.123.1 LC), ésta no les vinculará, por lo que continuarán gozando de su derecho de oposición en los mismos términos que los acreedores de la sociedad no concursada. Ahora bien, los acreedores ordinarios y subordinados sí quedan vinculados por el convenio concursal en virtud del artículo 134 LC, por lo que no podrán gozar del derecho de oposición. Podría pensarse que mediante este mecanismo se priva a los acreedores de la tutela efectiva de su crédito, ahora bien, en opinión de autores como Beltrán Sánchez, E. y Cerdá Albero, F., este derecho no desaparece sino que se reemplaza por la norma concursal de la admisión válida de un acuerdo entre el deudor y la comunidad de los acreedores que solucione la insolvencia.⁶⁰ Además, existe un argumento adicional que se considera decisivo: al abrir la fase de liquidación se llegaría al mismo resultado, pues se considerarían vencidos (artículo 146 LC), y por tanto, sin derecho de oposición, todos los

⁵⁹ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op.cit.* pp. 177

⁶⁰ Beltrán Sánchez, E., *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*, (Disponible en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> ; última consulta el 26 de marzo de 2018) y Cerdá Albero, F., *op. cit.*, pp. 724 a 725.

créditos concursales. Sin embargo puede considerarse que la aceptación que realizan los acreedores en el momento de aprobar el convenio, desactiva su derecho de oposición.⁶¹

Ahora bien, la modificación estructural realizada a través del convenio deberá someterse a la aprobación del juez concursal, además, interviene la administración concursal y la operación debe ser aprobada por la junta general .

VI. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La liquidación concursal es la solución alternativa o consecutiva al convenio, que implica la enajenación de los bienes integrantes de la masa activa, con el objetivo de satisfacer, siguiendo el orden de prelación de los créditos, a los acreedores.⁶²

La fase de liquidación pone punto y final al proceso concursal cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo mediante un convenio. La liquidación debe considerarse como la solución última para la satisfacción de los acreedores, pues lo conveniente sería llegar a un acuerdo en fases anteriores. Puede considerarse, pues, como la aceptación teórica del mal menor⁶³, dado que si se alcanza esta fase será por insuficiencia del activo para cubrir el pasivo, lo que implicará que la satisfacción de los créditos se hará en su mayoría parcialmente, o incluso, habrá créditos que posiblemente nunca lleguen a cobrarse, como es el caso de los créditos subordinados.

En este apartado abordamos la cuestión de si es posible realizar una modificación estructural durante la fase de liquidación. En la LME hay normas que prevén la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante la liquidación, ahora bien, hay que tener en cuenta que estas normas están pensadas para la liquidación societaria.

⁶¹ Pulgar Ezquerra, J. “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”. Op.cit. pp. 760-761

⁶² Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op.cit.* Pág.180

⁶³ Prades Cutillas, D. *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho Concursal. Tomo IV.* (3º ed). Pág. 197. Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2018. pp.197.

Así, el art.28 LME permite a las sociedades en liquidación fusionarse con otras siempre y cuando no haya comenzado la distribución del patrimonio entre los socios; y dado que el art.73 LME dispone que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión, el artículo 28 LME sería aplicable también a este tipo de modificación estructural . Por su parte, el art.83 LME establece una previsión idéntica a la del art.28 LME para la cesión global de activo y pasivo.

No obstante, es necesario tener en cuenta que la liquidación concursal se considera una solución o alternativa al convenio, que implica la enajenación de los bienes que integran la masa activa con el objetivo de satisfacer a los acreedores concursales.

Por tanto, surge el problema de establecer la relación adecuada entre la liquidación societaria y la liquidación concursal, el cual no ha sido resuelto de forma acertada por la Ley Concursal⁶⁴, la cual, no obstante, no prohíbe a una sociedad concursada en fase de liquidación participar en una modificación estructural.

Hay que tener en cuenta que la solución preferida por el legislador es la transmisión global de la empresa, y no de cada uno de sus bienes individualmente, por lo que el hecho de que la empresa se encuentre en fase de liquidación no tiene porqué conllevar la desaparición de ésta. Esta transmisión global de la empresa puede producirse, por tanto, mediante una modificación estructural. A priori parece que todas las opciones son posibles para la mencionada transmisión, pero, como señala la doctrina, en esta fase del concurso una modificación estructural puede no resultar sencilla. Así, dado que el patrimonio neto de la sociedad durante esta fase será normalmente negativo parece poco probable que pueda discutirse la posibilidad de una fusión, una escisión o una cesión global de activo y pasivo. Otra dificultad que podríamos encontrar, sostiene como dificultad la contraprestación en acciones, participaciones u cuotas y no de dinero en metálico que conllevan este tipo de operaciones.⁶⁵

⁶⁴ Beltrán, V., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dirs.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 455-497.

⁶⁵ Largo Gil, R. “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm.9, 2008, pp. 89-100.

Parece que sí que tiene mayores posibilidades de éxito una escisión parcial o una segregación, porque la sociedad concursada podría transmitir únicamente la parte de su activo y pasivo con una valoración positiva, que además formaría parte de una unidad económica, como exigen los arts. 70 y 71 LME.

Respecto a los requisitos necesarios en el caso de realizarse la modificación estructural durante la fase de liquidación destacamos los siguientes, los cuales son diferentes a los requisitos que se precisan en la fase de convenio. En primer lugar, de acuerdo con el art.148 LC, el juez del concurso debe aprobar el plan de liquidación, sustituyendo esta aprobación a la autorización judicial que exige el art.227 RRM. En segundo lugar, cabe destacar la intervención de la administración concursal, pues será ésta quien sustituya a los administradores de la sociedad (145.3 LC). No obstante, al mantenerse las facultades de la junta general durante el concurso, aun encontrándose la sociedad en fase de liquidación (ex art.145 LC), la operación deberá ser aprobada por la junta general, no siendo suficiente la autorización judicial junto con la intervención de los administradores concursales.⁶⁶ Por tanto, habrá que coordinar las competencias de la junta general y de los administradores concursales, especialmente en lo referente a la redacción del proyecto común de las modificaciones estructurales y en la toma del acuerdo social de modificación estructural, pues, como se ha mencionado anteriormente, la junta general es quien debe aprobar la operación, pero de acuerdo con el artículo 148.1 LC, son los administradores concursales los encargados de la elaboración y presentación del plan de liquidación.⁶⁷ Finalmente, cabe destacar que los acreedores no gozan derecho de oposición durante esta fase, pues de acuerdo con el art.146 LC la apertura de la liquidación produce “*el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquéllos que consistan en otras prestaciones*”. Por tanto, dado que no se cumple el requisito establecido por el art.44 LME de no vencimiento de los créditos, los acreedores perderán su derecho de oposición a la modificación estructural.⁶⁸

⁶⁶ Beltrán Sánchez, E. Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *Op.cit.* pp.181

⁶⁷ Gutiérrez Gilsanz, A. La liquidación concursal anticipada, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm.274, 2009, pp.1303 y 1308-1310.

⁶⁸ Hijas Cid, E. Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores. *Notarios y registradores. Op.cit.*

Parece que la situación no es sencilla, lo que ha llevado a parte de la doctrina a considerar que lo más razonable es reducir las operaciones que pueden realizarse en esta fase a la escisión parcial o a la segregación, actuando la sociedad concursada como transmitente. Sin embargo, no falta quien considera que se puede realizar cualquier tipo de operación de modificación estructural, actuando la sociedad concursada tanto como adquirente como transmitente.⁶⁹

VII. ANÁLISIS DEL CASO FIESTA, S.A Y GENERAL DISTRIBUCION DE FIESTAS, SL. LA FUSIÓN DE SOCIEDADES EN CONCURSO.

En el presente apartado se procede a analizar la posibilidad de realizar una modificación estructural en el seno del concurso de acreedores, como solución a éste; observando cómo la teoría analizada previamente tiene plena aplicación práctica.

El 7 de febrero de 2013 se dictó la sentencia nº 6/2013 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid mediante la cual se aprobaron las propuestas anticipadas de convenio de acreedores que establecieron la fusión de dos sociedades concursadas: Fiesta, S.A y General Distribución de Fiestas, S.L.

Esta sentencia ha sido reputada como pionera al aprobar la fusión de las mencionadas sociedades concursadas, aunque en realidad, en el año 2011, se dictaron sentencias⁷⁰ en el seno del concurso de las sociedades del grupo ABACO mediante las cuales se acordó la fusión de ocho sociedades en concurso de acreedores.⁷¹

⁶⁹ Pulgar Ezquerro, J. *Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal*. Aranzadi, Navarra, 2009, pp.766

⁷⁰ Sentencias nº 211 a 218, dictadas por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia nº1, auto 668/2007, todas ellas de 13 de julio de 2011.

⁷¹ Simmons & Simmons. “La fusión de sociedades en concurso. Sentencias pioneras y dificultades prácticas”, pp.1, 2013, (Disponible en <http://www.simmons-simmons.com/~media/Files/Newsletters/Derecho%20Corporativo%20y%20de%20Negocios%20en%20Espana/Spain%20newsletter%20%20May%202013.ashx>; última consulta 13 de abril de 2018)

En el presente concurso, se logró un convenio de acreedores en el cual se acordó la fusión de las dos sociedades mencionadas, que fueron declaradas en concurso de acreedores voluntario en el año 2011. Éstas lograron obtener un aplazamiento de sus deudas por diez años y recuperar libres de cargas ciertos activos que habían sido gravados en refinanciaciones anteriores. Además, con la mencionada fusión, se consiguió un ahorro de costes y numerosas sinergias.⁷² Como se ha analizado en apartados anteriores, la transmisión de empresas en el ámbito concursal, bien sea de alguna de sus unidades productivas, bien sea de la empresa en su conjunto, puede llevarse a cabo, desde luego, mediante una operación de modificación estructural que propicie sinergias además de una simplificación de la estructura administrativa y societaria de la sociedad que se encuentre en concurso de acreedores.⁷³

No obstante, antes de que se pudiera satisfacer a los acreedores, afloró la insolvencia, por lo que la nueva sociedad fusionada comunicó la imposibilidad de cumplimiento del convenio al Juzgado, el cual decretó la liquidación de la sociedad mediante auto el 29 de julio de 2014.

Cabe destacar, en primer lugar, que la Ley Concursal admite la posibilidad de fusión como parte del contenido del convenio. Así, el artículo 100.3 LC menciona la *“posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.”*

Las empresas concursadas pidieron al Juzgado excluir en este caso concreto, el derecho individual de los acreedores de oponerse a la fusión. Este derecho, contenido en el artículo 44 LME permite a los acreedores cuyos créditos no estuvieran lo suficientemente garantizados y hubieran nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de este proyecto en el Registro Mercantil,

⁷² Bufet Jordi Domingo Avocats. “La Justicia avala por primera vez la fusión de dos empresas en concurso.” *Bufet Jordi Domingo Avocats*. 2013 (Disponible en <http://www.bjdomingo.com/content/es/noticias/6-destacamos/178-la-justicia-avala-por-primer-vez-la-fusion-de-dos-empresas-en-concurso.html>; última consulta 13 de abril de 2018)

⁷³ Thery Martí, A. “Primera exclusión concursal del derecho individual de oposición de acreedores (Convenio de fusión “Fiesta”). *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*. Nº 19/2013, La Ley, 2013, pp.274.

oponerse a la operación. El juzgado accedió a la petición alegando que supondría una alteración del principio general de la *pars conditio creditorum* al otorgar a los acreedores opositores un privilegio frente a los que no tuvieran dicha posibilidad. Concluye la sentencia mencionada previamente que en el caso de que el convenio de acreedores de una sociedad concursada prevea una fusión, el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada objeto de fusión debe quedar subsumido en el derecho de oposición al convenio de acreedores que prevea tal fusión.⁷⁴ Por tanto, en el mencionado caso, se negó el derecho de oposición de los acreedores.

Finalmente cabe preguntarse qué sucedería en el caso de incumplimiento del mencionado convenio de fusión. Parece que son tres las posibilidades que derivan del incumplimiento. En primer lugar, la Disposición Transitoria 3ª del Real Decreto Legislativo 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, dispone en su apartado 2 que en el caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor del mencionado decreto, el deudor o los acreedores que representen al menos el treinta por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento podrán solicitar un reconvenio aplicando las medidas que se introducen con el mencionado Decreto Ley. En segundo lugar, podría pensarse en la apertura de la liquidación, pues como es sabido, el incumplimiento del convenio abre la fase de liquidación. Finalmente cabe preguntarse si cabría la posibilidad de un acuerdo de refinanciación que fuese posteriormente homologado judicialmente.

Ahora bien, este tipo de soluciones a los procedimientos concursales no son frecuentes en la práctica y ello es debido principalmente a dos cuestiones: la limitación del derecho de oposición de los acreedores y la dificultad de conciliación de los plazos de la Ley Concursal y la Ley de Modificaciones Estructurales.

En primer lugar, como se ha mencionado anteriormente, según parte de la doctrina y la jurisprudencia el derecho de oposición de los acreedores a la fusión previsto en el art.44 LME debe subsumirse en el derecho de impugnación del convenio por éstos. Ahora bien, atendiendo a la dicción del art.44 LME, los acreedores contra la masa gozarían asimismo de un derecho de oposición a la operación, el cual no podría ejercitarse ni subsumirse en

⁷⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm.4 de Madrid de 7 de febrero de 2013. FJ 2º.

el derecho de impugnación del convenio por no ser acreedores concursales. Por tanto, se priva a éstos acreedores de un derecho recocado expresamente por ley.

En segundo lugar, los plazos de la Ley Concursal manifiestan una brevedad tal que hace difícil la conciliación de los extensos plazos previstos en la Ley de Modificaciones Estructurales con éstos.

Es importante añadir que, como se ha analizado en apartados anteriores, la existencia de un patrimonio neto negativo puede dificultar las operaciones de modificación estructural por las razones ya expuestas.⁷⁵ Por tanto, la modificación estructural traslativa no debe constituir el contenido único del convenio, debiendo contener éste, al menos quitas o esperas o ambas, siguiendo al artículo 100.1 LC. En caso analizado, las sociedades Fiesta, S.A y General de Distribución Fiestasa S.L establecieron en sus convenios quitas y esperas de siete años para los créditos senior de una refinanciación pactada en 2010, y de diez años para algunos otros créditos concursales. No obstante, no procedió apertura de la sección de calificación al ser las quietas inferiores a un tercio de los créditos y las esperas inferiores a tres años para una clase de acreedores, lo que resultó en el no cumplimiento de la condición establecida por el artículo 167.1 LC para la apertura de la sección de calificación.

La concepción de convenio concursal definida por la Ley Concursal parece más bien pensada para albergar reestructuraciones de pasivo a través del aplazamiento o reducción de las obligaciones de la sociedad en concurso, mediante quitas y esperas. Ahora bien, se han presentado en la práctica alternativas a éstas soluciones tradicionales, siendo la realización de una modificación estructural una de ellas. Cabe mencionar pues, además del analizado concurso de Fiesta S.A, los concursos de Centro de Iluminación Laluz S.L, con un convenio de cesión de activo y pasivo⁷⁶, el del Grupo Expofincas Inversiones y Servicios S.L y de Expofinques S.L⁷⁷, el de Envases del Vallés S.A y de EDV Packaging Solutions S.L absorbiendo y participando íntegramente a la primera⁷⁸, o el Grupo

⁷⁵ *Vid supra*. Apartado VII. Las operaciones de modificación estructural en la fase de liquidación.

⁷⁶ Sentencia del Juzgado Mercantil N° 1 de Pamplona/Iruña de 5 de julio de 2007.

⁷⁷ Sentencias del Juzgado Mercantil N° 3 de Barcelona de 25 de junio de 2009.

⁷⁸ Sentencia de Juzgado Mercantil N° 1 de Barcelona de 22 de enero de 2010.

Pescanova, el cual realizó operaciones de modificación estructural de fusión por absorción y segregación aplicadas por la vía del convenio.⁷⁹

Por tanto, puede concluirse que la fusión de sociedades puede resultar una solución eficaz al concurso de acreedores. Ahora bien, su aplicación práctica es escasa, lo cual podría modificarse realizando cambios en la legislación que salvasen las mencionadas dificultades prácticas que se presentan.

VIII. CONCLUSIONES

Comenzábamos este trabajo preguntándonos si era posible realizar modificaciones estructurales en el proceso concursal, bien con anterioridad, constituyendo estas una alternativa al mismo; o bien, durante el propio proceso, siendo las operaciones de modificación estructural la solución a la crisis empresarial. Para responder a este interrogante, se ha analizado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Como consecuencia de la crisis económica de 2008 se ha multiplicado el número de procedimientos concursales, los cuales pueden acabar con una liquidación de la empresa. Ahora bien, la Ley Concursal no es partidaria de que el proceso concursal acabe en liquidación, por lo que otorga diferentes opciones que pueden ser utilizadas como solución o alternativa al concurso, dentro de las cuales encontramos las modificaciones estructurales.
2. Aunque no puede encontrarse en el articulado de la Ley de Modificaciones Estructurales una definición de modificación estructural, sí que podemos encontrarla en su exposición de motivos, así como en sucesivas interpretaciones doctrinales. Podemos concluir que las operaciones de modificación estructural son aquellas que implican una modificación sustancial en la estructura organizativa de las sociedades, modificando la forma en que se mantiene la titularidad del patrimonio social. Además, son necesarios otros requisitos

⁷⁹ Sentencia del Juzgado Mercantil N°1 de Pontevedra de 23 de mayo de 2014.

definidores para hablar de modificación estructural, como son: la alteración de la estructura social; con la finalidad de reestructuración empresarial; así como un cambio en la titularidad del patrimonio; por medio de la sucesión a título universal.

3. El concurso de acreedores tiene como finalidad satisfacer a los acreedores del deudor y mantener, en lo posible, a continuidad de la empresa.
4. Las modificaciones estructurales, bien como solución al concurso, bien como alternativa a éste, se presentan en los últimos años como opciones más que viables. Ahora bien, dentro de éstas, son la fusión, cesión global de activo y pasivo y la escisión, las que parecen tener más posibilidades de dar resultados. La transformación parece tener menor interés concursal como consecuencia de que el cambio de forma jurídica no supone ninguna reorganización patrimonial que pueda mejorar la solvencia de la sociedad.
5. No han sido numerosas las modificaciones estructurales realizadas una vez el concurso de acreedores ha sido declarado. Ahora bien, sí que parecen ser una solución habitual en la fase preconcursal, realizándose para intentar reestructurar la sociedad vía la transmisión de una unidad productiva mediante una segregación o mediante una fusión.
6. Es evidente la ausencia de coordinación entre la Ley de Modificaciones Estructurales y la Ley Concursal, lo que dificulta la adopción de este tipo de operaciones en el seno de un procedimiento concursal. Sería recomendable unificar los plazos y evitar los solapamientos innecesarios, como los que se producen desde el punto de la solicitud de información económico-financiera de las sociedades participantes en la modificación estructural.
7. Las modificaciones estructurales pueden integrar el contenido de los acuerdos de refinanciación del art.71.bis LC, pues aunque esta posibilidad no se encuentra expresamente regulada, no existe disposición que lo prohíba. Estos acuerdos deben integrar un contenido mínimo de carácter financiero, pero pueden integrar asimismo contenidos adicionales. No obstante, no parece que estas operaciones

formen parte normalmente de los mencionados acuerdos, pero cabe destacar que, en el caso de hacerlo, estarían protegidas por la irrevocabilidad concursal.

8. Queda claro que las modificaciones estructurales pueden constituir una alternativa al concurso, realizándose con anterioridad a la declaración de éste. Ahora bien, estas operaciones pueden haber concluido o pueden encontrarse en trámite en el momento de la declaración.
9. En el caso de haber concluido y no estar integradas en el contenido de un acuerdo de refinanciación, pueden ser rescindidas en el caso de constituir un perjuicio para la masa activa mediante la acción rescisoria concursal del art.71 LC. Sin embargo, al regular el art.47 LME la llamada cuasi-inimpugnabilidad de las fusiones inscritas, surge la controversia de si es posible rescindir una fusión que ha constituido un perjuicio para la masa activa pero que ha sido formalmente inscrita. La cuestión ha llevado a controversias doctrinas, pues no parece existir una solución preestablecida. Personalmente considero que sí que debería ser posible la rescisión, pues no todos los acreedores tienen derecho de oposición. Además, en el momento de realizar la operación, ésta podría parecer beneficiosa, no siéndolo una vez analizada la situación concursal.
10. En la Sentencia del Tribunal Supremo 682/2016, de 21 de noviembre de 2016, el TS negó la posibilidad de acción rescisoria concursal para reintegrar los activos que habían salido de una sociedad en concurso dos años antes mediante una escisión, en base a la prohibición del artículo 47 LME. Personalmente, opino que la decisión del TS no fue acertada, pues debería haberse fijado en si la mencionada salida patrimonial resultaba o no perjudicial para la sociedad en concurso, pues la finalidad principal de la regulación concursal es la tutela del crédito de los acreedores.
11. La realización de una modificación estructural constituye un proceso, por lo que es posible que se acuerde una operación que no haya concluido en el momento en el que una de las sociedades participantes se declare en concurso. La cuestión más problemática que se plantea en relación con esta cuestión es si la declaración en concurso de una de las sociedades constituye justa causa para la rescisión de la

operación. A primera vista podría parecer que constituye justa causa, ahora bien, parece que la intención del legislador es otra cuando regula la inimpugnabilidad de las fusiones inscritas o el derecho de oposición de los acreedores, los cuales pueden pedir garantía de sus créditos pero no paralizar la operación. Por tanto, cabe concluir que para poder rescindir la operación parece necesario además de una declaración de concurso, que se diesen otras causas tales como ocultación de la insolvencia, pudiendo por tanto, prosperar la operación en base a la dicción del art.1124 CC.

12. La legislación concursal parece haber elegido la fase de convenio como el momento idóneo para la realización de las modificaciones estructurales. Ahora bien, surge la pregunta de si son posibles éstas en las demás fases del proceso concursal. En lo que respecta a la fase común, la ley guarda silencio al respecto, lo que hace necesario acudir a la doctrina para intentar buscar una respuesta a la pregunta. Parte de la doctrina sostiene que al haber elegido el legislador la fase de convenio para emplazarlas, lo más razonable es que únicamente puedan tener lugar como parte del contenido del convenio. No obstante, otros autores sostienen que sí es posible la realización de una modificación estructural durante la fase común, siempre y cuando se someta a la legislación concursal. Considero que, si bien es cierto que todas las opiniones tienen argumentos convincentes, parece que si el objetivo del concurso es la tutela del crédito de los acreedores y la continuidad de la empresa y no hay artículo que lo prohíba, no debería existir óbice para realizar una modificación estructural en el momento en que fuese más conveniente para la sociedad concursada, incluso si éste tiene lugar durante la fase común del concurso.
13. Si se cumplen los requisitos del art.44 LME, esto es, que los créditos se encuentren vencidos y no estén suficientemente garantizados, los acreedores contra la masa y los acreedores concursales pueden ejercitar el derecho de oposición a la modificación estructural durante la fase común del concurso, pues no existe convenio al que deban someterse. No obstante, pueden surgir dudas acerca de si ostentan este derecho los acreedores con privilegio especial, pues sus créditos posiblemente estén suficientemente garantizados. La respuesta debemos encontrarla en el art.43 LC en relación con el art.149 LC, lo cual exige que para

poder manifestar dicho derecho es necesario el cumplimiento de determinados requisitos.

14. No hay duda de que puede realizarse una modificación estructural durante la fase de convenio, pues el art.100 LC lo admite expresamente. Puede concluirse, por tanto, que éste es sin duda, el lugar preferido por el legislador para llevarlas a cabo. Las modificaciones estructurales pueden constituir el contenido único del convenio o formar parte de éste junto con otro contenido, especialmente quitas y esperas.
15. Respecto a si es necesario que la propuesta de modificación estructural haya sido aprobada por la junta con anterioridad a la inclusión de ésta en el contenido del convenio. Parte de la doctrina considera que es más recomendable una aprobación inicial del convenio, pues parece más sencillo que una sociedad decida involucrarse en una operación de modificación estructural con una sociedad declarada en concurso de acreedores, si se ha aprobado un convenio. No obstante, hay autores como Pulgar Ezquerro que no están de acuerdo con una aprobación previa del convenio, pues estiman que se alteraría el curso normal de la aprobación de los proyectos de modificaciones estructurales, además de presentar una propuesta de convenio sometida a condición, lo cual no está permitido por la ley concursal. Personalmente, estoy de acuerdo con la opinión de autores como Gutiérrez Gilsanz, quien no considera tan relevante el orden cronológico.
16. Pueden surgir problemas respecto al derecho de oposición de los acreedores a la medida, especialmente en lo referente a los acreedores concursales, los cuales se encuentran sometidos al convenio. Dentro de éstos, los acreedores ordinarios y subordinados quedan sometidos al convenio, por lo que puede parecer que se les priva del derecho de oponerse a la operación. Hay autores que consideran que esto no es así, dado que se reemplaza el mencionado derecho por la norma concursal de admisión válida de un acuerdo entre el deudor y la comunidad de acreedores. Considero que esta opinión no es acertada, pues todo acreedor debería tener derecho a oponerse a la modificación estructural en los términos del art.44 LME, no debiendo ser posible un cambio en el contenido del derecho que pueda generar el no reconocimiento de la tutela efectiva de éstos.

17. Surge asimismo la cuestión de si es posible realizar una modificación estructural en la fase de liquidación. La respuesta parece ser afirmativa, al no establecer la LC prohibición alguna, como ocurría durante la fase común del concurso. En el caso de realizar una modificación estructural en esta fase, parece que lo más recomendable sería realizar una transmisión global de la empresa, solución preferida por el legislador. Sin embargo, una modificación estructural durante la liquidación puede no resultar sencilla, siendo más recomendable su realización durante la fase de convenio.

18. Si bien la utilización de modificaciones estructurales en el procedimiento concursal no es muy frecuente, se han dado casos en los cuales ha tenido lugar, especialmente operaciones de fusión. Las razones que subyacen a su escasa aplicación están relacionadas con dificultades de conciliación entre la LME y la LC, además de otras dificultades prácticas. Por tanto, parece que realizando un cambio en la regulación podrían incentivarse estas soluciones.

19. Dentro de las modificaciones estructurales que se llevan a cabo en el seno del concurso de acreedores, la fusión y la escisión en su modalidad de segregación son las operaciones más utilizadas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Arson Peironcely, R. y Garrido de Palma, V.M. *La restructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Campuzano, A.B y Sanjuan y Muñoz, E. “El proceso concursal”. En Díaz Martínez, M. (2º ed). *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2016.
- Beltrán Sánchez, E., “*Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*”, 2010.
- Beltrán, V., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dirs.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- Cerdá Albero, F. “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”. *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, 2010.
- Cortés Domínguez, L. J y Pérez Troya, A., "La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos", en Sáez García de Albizu, J. C., Oleo Banet, F. y Martínez Flórez, A. (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez*, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- Garnacho. Cabanillas, L., “Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal”, en Arias Verona. F. (Dir.), *Conservación de empresas en crisis*, La Ley: Grupo Wolters Kluwer, 2013.

- González Gonzalo, A., “Art. 100”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Volumen I, Ed. Tecnos, 2004.
- Largo Gil, R. “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”. *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor García Villaverde*, Vol.3, 2007.
- León Sanz, F.J. “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, en Embid Irujo, J.M. y Abriani, N. *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Comares, Granada, 2013.
- Morillas Jarillo, M.J. *El concurso de las sociedades*. Iustel, Madrid, 2004.
- Pérez Troya, A., “Modificaciones Estructurales”, en Beltrán Sánchez, E., García-Cruces González, J. A. (Dirs.), Ávila de la Torre, A. y Campuzano Laguillo, A. B. (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.
- Prades Cutillas, D. *Derecho de Sociedades y de crisis empresariales*. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015.
- Pulgar Ezquerro, J. “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en AAVV: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Dir. Rodríguez Artigas y otros, Aranzadi, Navarra, 2009.
- Sánchez Álvarez, M. “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural” en Rodríguez Artigas, F. (dir.) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Vol, 1, Aranzadi, Navarra, 2009.
- Sebastián Quetglas, R. (Coord); Almoguera García, J.; Azofra Vegas, F.; Martínez Muñoz, M.; Prades Cutillas, D.; Veiga Copo, A.B. & Vives Ruiz, F. El convenio. En Sebastián Quetglas, R. *Fundamentos de Derecho Empresarial. Derecho Concursal. Tomo IV*. (3º ed), 2018, Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2018

- Uría, R. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1976.
- Uría, R., Menéndez, A. e Iglesias, J.L. “Fusión y escisión de sociedades”, en la obra colectiva *Curso de Derecho Mercantil I* (Uría, R. y Menéndez, A. dirs.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2006.

REVISTAS

- Bethancourt Rodríguez, G.. “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”. *Revista de Derecho UNED*, núm.16, 2015.
- Cabanas Trejo, R. y Bonardell Lenzano, R. Las modificaciones estructurales en el concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.18, 2016.
- Fernández Campos, J.A. Reintegración del patrimonio del concursado. *Anales de Derecho*. Núm, 25, 2007.
- García Villarrubia, M. A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa? *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*. Núm, 8, 2013.
- Gutiérrez Gilsanz, A. La liquidación concursal anticipada, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm.274, 2009.
- León Sanz, F.J. “La reestructuración empresarial como solución a la insolvencia”. *Anuario de Derecho concursal*, núm.30, 2013.
- Largo Gil, R. “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm.9, 2008.

- León Sanz, F.J. *La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales*. Working paper IE law school. Cátedra Pérez-Llorca/ IE de Derecho Mercantil, 2014.
- Pulgar Ezquerro, J. “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”. *Diario la Ley*, núm.7265, sección doctrina. Año XXX, Ref. D-325. Editorial La ley, 2009.
- They Martí, A. “Primera exclusión concursal del derecho individual de oposición de acreedores (Convenio de fusión “Fiesta”). *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*. Nº 19/2013, La Ley, 2013.
- Uría, R., “La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en *RDM*; núm. 2, 1946.
- Vicent Chuliá, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”. *Revista jurídica de Catalunya*, Vol.96, núm.3, 1997.

LEGISLACIÓN

- Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. (BOE de 10 de julio de 2003)
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE 4 de abril de 2009).
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- Real Decreto Legislativo 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

JURISPRUDENCIA

- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº7 de Madrid de 23 de julio de 2008)
- Auto del Tribunal Supremo, Sala 1º, de lo Civil, de 7 de Septiembre de 2015.
- Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 1 de Pamplona/Iruña de 5 de julio de 2007.
- Sentencias nº 211 a 218, dictadas por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia nº1, auto 668/2007, todas ellas de 13 de julio de 2011.
- Sentencias del Juzgado Mercantil Nº 3 de Barcelona de 25 de junio de 2009.
- Sentencia de Juzgado Mercantil Nº 1 de Barcelona de 22 de enero de 2010.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Las Palmas de 12 de diciembre de 2011
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº4 de Madrid nº 6/2013 de 7 de febrero de 2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 414/2014, de 30 de diciembre de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo 682/2016, de 21 de noviembre de 2016

RECURSOS DE INTERNET

- Alvargonzález Temols, A., “¿Para qué sirve el Derecho concursal?”, *LegalToday*, 2018 (disponible en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/para-que-sirve-el-derecho-concursal>; última consulta el 15 de abril de 2018)
- Bufet Jordi Domingo Avocats. “La Justicia avala por primera vez la fusión de dos empresas en concurso.” *Bufet Jordi Domingo Avocats*. 2013 (Disponible en

- <http://www.bjdomingo.com/content/es/noticias/6-destacamos/178-la-justicia-avala-por-primera-vez-la-fusion-de-dos-empresas-en-concurso.html>; última consulta 13 de abril de 2018)
- Cerdá Albero, F. *Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas*. 2011 (Disponible en [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescision_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_\(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011\)_277.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescision_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf); última consulta el 25 de marzo de 2018)
 - Embid Irujo, J.M., “Rescisión concursal y modificaciones estructurales.” *Rincón de Commenda*, 2017 (Disponible en <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/rescision-concursal-y-modificaciones-estructurales/>; última consulta el 2 de febrero de 2018)
 - Fernández Seijo, J.M. “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”. *ElDerecho.com.*, 2010, (Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Ley-Modificaciones-Estructurales-Sociedades-Mercantiles_11_184555009.html ; última consulta el 20 de marzo de 2018)
 - Girón Beckles, J. *Las modificaciones estructurales como parte del proceso concursal*. Tesis doctoral leída en la Universidad de Valencia, 2013 pp. 244 (Disponible en <http://roderic.uv.es/handle/10550/31686> ; última consulta el 13 de marzo de 2018.)
 - Gutiérrez Gilsanz, A. “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”. *Documentos de trabajo del Departamento de derecho mercantil. UCM*, 2011, pp. 161-162 (Disponible en http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf ; última consulta el 24 de marzo de 2018)

- Hijas Cid, E. “Las modificaciones estructurales en las distintas fases del concurso de acreedores.” *Notarios y registradores*, 2017 (Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/concurso-acreedores-modificaciones-estructurales/> última consulta el 12 de febrero de 2018)

- Iberley. *Fase común del concurso de acreedores*. www.iberley.es, 2016 (Disponible en <https://www.iberley.es/temas/fase-comun-concurso-acreedores-45091> ; última consulta el 19 de marzo de 2018)

- Iberley. “*Fase de liquidación del concurso de acreedores: apertura y efectos de la fase de liquidación, especialidades de la transmisión de unidades productivas, operaciones de liquidación, pago a los acreedores y pago de créditos*”, Iberley. *El valor de la confianza*, 2016 (disponible en <https://www.iberley.es/temas/fase-liquidacion-concurso-acreedores-45161>; última consulta el 15 de abril de 2018)

- Simmons & Simmons. “La fusión de sociedades en concurso. Sentencias pioneras y dificultades prácticas”, pp.1, 2013, (Disponible en <http://www.simmons-simmons.com/~media/Files/Newsletters/Derecho%20Corporativo%20y%20de%20Negocios%20en%20Espana/Spain%20newsletter%20%20May%202013.aspx>; última consulta 13 de abril de 2018)