



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 20, 2022. Artículo 5
DOI: 10.21134/lex.vi20.1780

LA AUSENCIA DE PREVISIÓN DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONTENIDO DEL CONVENIO CONCURSAL

THE ABSENCE OF A PROVISION FOR STRUCTURAL MODIFICATIONS IN THE CONTENT OF THE INSOLVENCY AGREEMENT

Carlos Soler Samper

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad Miguel Hernández de Elche

Resumen

En el presente artículo nos serviremos de la Sentencia 299/2021, de 18 de marzo de 2021, de la Audiencia Provincial de Murcia. El objetivo de este estudio es poder reflejar la importancia y necesidad de un estudio conjunto de la normativa en materia de modificaciones estructurales y la normativa en materia concursal. La relación entre ambas vertientes mercantilistas es patente en situaciones similares a la que procederemos a exponer.

Abstract

In this article we will make use of Judgment 299/2021, of 18 March 2021, of the Murcia Provincial Court. The aim of this study is to reflect the importance and need for a joint study of the regulations on structural modifications and the regulations on insolvency. The relationship between both commercial aspects is evident in situations similar to the one we are going to present.

Palabras clave

Convenio concursal, modificaciones estructurales, concurso de acreedores, fusiones.

Keywords

Insolvency agreement, structural modifications, insolvency proceedings, mergers.

Sumario:

I. HECHOS OBJETO DEL LITIGIO. II. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA. III. NOVEDADES EN MATERIA CONCURSAL Y DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. IV. SOBRE EL MANTENIMIENTO O CONCLUSIÓN DEL CONCURSO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA. VII. JURISPRUDENCIA. VIII. RESOLUCIONES DGSJFP. IX. NORMATIVA.

I. HECHOS OBJETO DEL LITIGIO.

La controversia expuesta en la sentencia a analizar se centra en determinar la idoneidad del archivo del concurso de la sociedad BODEGAS Y VIÑEDOS CASA DE LA ERMITA, S.L.U. por el hecho de que, tras la aprobación del convenio, la mercantil concursada se extinguió. Dicha extinción se produjo como consecuencia de su fusión por absorción por parte de la entidad ESENCIA WINES CELLARS S.L. Anótese que no nos encontramos ante un convenio cuyo contenido incluía una modificación estructural (como prevé el art 317.3TRLC, antes art 100.3LC).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Provincial se plantea, derivado del concurso de la sociedad BODEGAS Y VIÑEDOS CASA DE LA ERMITA, S.L.U., si los acreedores concursales de ésta pasan a serlo de la entidad absorbente en los términos que se pactaron en el convenio. El convenio, por tanto, vincularía a la sociedad absorbente.

Sin embargo, y siendo más certeros en el objeto de estudio, la problemática se basa en analizar si es necesaria una previa declaración judicial de incumplimiento del convenio (en caso de darse el mismo) por el juez del concurso. O si tal declaración no es necesaria y puede el Juez de Primera Instancia conocer de la reclamación íntegra contra la absorbente (ahora deudora).

Según la sentencia, tanto la doctrina como la práctica judicial están divididas en lo que respecta a la extinción de la concursada y la transmisión en bloque de su patrimonio a la absorbente. Es decir: si la absorción implica la finalización del

concurso que afecta a la sociedad absorbida.

No obstante, en el pronunciamiento judicial se indica que existe unanimidad en la negativa a considerar la extinción societaria como causa de conclusión del concurso. Lo anterior se defiende en tanto que se han venido admitiendo modos de terminación atípicos, como la unipersonalidad pasiva sobrevenida (esto es la desaparición de la pluralidad de acreedores) o los casos de convenio de asunto liberatorio.

A su vez, se descarta la solución de la sucesión procesal de los artículos 16 y 17 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). Esta idea se fundamenta en considerar que la fusión por absorción conlleva, con carácter general, la sucesión procesal¹, excepto en la situación de encontrarnos en el proceso concursal².

Con todo lo anteriormente expuesto, la Audiencia Provincial de Murcia expone los resultados que provocaría la sucesión procesal automática. Estos son:

“Se consideraría concursada a una sociedad (la absorbente) al margen de su situación de solvencia.

En caso de no atender alguna de las obligaciones del convenio concursal, la declaración de incumplimiento implicaría la automática liquidación (art 409.1.5°TRLC, anterior art 143.1.5°LC) de una sociedad que no fue declarada en concurso y que puede no estar incurso en insolvencia, por no implicar ese incumplimiento del convenio

1. TS, de 7 de septiembre de 2015 (Auto - Recurso 1914/2013) y TS, de 30 de octubre de 2018 (Auto - Recurso 2802/2018).

2. AP Valladolid, de 9 de julio de 2018 (Sentencia 318/2018).

un sobreseimiento generalizado de sus obligaciones, teniendo en consideración la totalidad de las mismas.

- La liquidación concursal de la absorbente tendría lugar en un procedimiento concursal cuya lista de acreedores e inventario de bienes y derechos son manifiestamente inexactos, pues la primera no comprendería los créditos de la absorbente (a lo sumo los de la absorbida no atendidos) y el segundo no alcanzaría los activos de la absorbente (salvo los procedentes de la absorbida no realizados), sin que quede nada claro qué papel tendrían los acreedores de la absorbente en ese concurso, al no formar parte de la lista de acreedores del concurso.

- Se podría generar una duplicidad de concursos del mismo deudor, uno por incumplir el convenio de la absorbida y otro por la propia insolvencia de la absorbente; simultaneidad carente de toda lógica jurídica.”

Resulta de interés, para un estudio completo de la situación presentada, exponer los argumentos esgrimidos por la parte recurrente:

- Que estamos ante una causa atípica de conclusión por novación subjetiva de las obligaciones del concursado (sentencias núm. 72/2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza de 14 de marzo de 2016 y núm. 789/2016 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid de 20 de diciembre de 2016).

- Que se asimila a la causa de conclusión del artículo 176.1. 5º LC por tratarse de un supuesto de superación de la situación de insolvencia (auto núm. 14/2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 9

de Barcelona de 19 de enero de 2018).

- Que tiene lugar una carencia sobrevenida de objeto, no por conclusión de las obligaciones que pasan al patrimonio de la absorbente- sino por sucesión universal y extinción de la personalidad (por ejemplo, el auto núm. 218/2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 12 de diciembre de 2017).

A pesar de los puntos indicados, la Audiencia Provincial de Murcia descarta la respuesta de los recurrentes basándose en los argumentos reflejados a continuación:

1. La Audiencia señala que “dicha novación por cambio de deudor no supone la extinción de las obligaciones”³. El tribunal considera necesario que, en tanto no se cumplan las obligaciones, lo que se debe determinar es si existe interés legítimo que impida la conclusión del concurso, a pesar de la extinción de la personalidad jurídica del concursado; interés que entiende que subsiste.

2. El segundo de los argumentos tampoco consigue convencer a la Audiencia en la medida en que, en principio, ésta entiende que todos los convenios suponen superación de insolvencia, al establecer plazos de carencia/periodos de pago graduado. Como señala el tribunal “[d]e no ser así, significaría que desde la aprobación del convenio se es consciente de que es imposible cumplir los pagos comprometidos, que de forma inmediata obligaría al deudor a instar la apertura de liquidación (art 407.1 TRLC, anterior art 1742. LC) lo cual es absurdo, y nos revela que la aplicación de esa causa de conclusión post-convenio es cuanto menos cuestionable en los términos propuestos”.

3. TS, de 10 de junio de 2003 (Sentencia 552/2003).

3. En relación con el último de los argumentos apuntados no es admitido por la Audiencia ya que se considera que el cambio de deudor no conlleva la extinción de las obligaciones en tanto estas no se cumplan. Esta interpretación es difícilmente aceptada en la medida en la que no “podemos hablar de carencia sobrevenida de objeto (art 22LEC) de un procedimiento cuyo fin primigenio y esencial- pero no único - es la satisfacción de los acreedores”.

Por tanto, y como se puede apreciar, lo que se plantea la Audiencia es la verificación de “razones que justifiquen que no se pueda concluir el concurso cuando se extingue la persona jurídica concursada”. De manera que se considerará lógico mantener el concurso, aunque sea en estado latente, siempre que existan esos intereses legítimos.

La Audiencia determina que no considera predecible, en este supuesto, la tesis de la “personalidad residual” de la concursada. Tal y como se refleja en el texto, esta idea sostiene que la cancelación registral es una fórmula que no implica la efectiva extinción de la personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara. No obstante, como se señala en la sentencia, no se distinguen relaciones jurídicas pendientes de la concursada al haberse transmitido a la absorbente, que es su sucesora universal.

Es por ello por lo que la Audiencia considera que existen intereses jurídicos, públicos y privados que deben ser protegidos y que justifican el mantenimiento del concurso de BODEGAS Y VIÑEDOS CASA DE LA ERMITA, S.L.U. (la empresa absorbida).

El tribunal entiende que la extinción de la

absorbida, resultado de la fusión por absorción con ESENCIA WINES CELLARS, S.L., impide la conclusión del proceso concursal. Añade la sentencia que la existencia de otros mecanismos de protección no es un argumento suficiente para poder justificar la conclusión y no dotar de la necesaria importancia a “las eventuales acciones ligadas a la calificación concursal”.

La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce la existencia de otros mecanismos de protección para el presente caso. Contamos, con ello, con “el derecho de oposición, la acción de impugnación o la de daños y perjuicios del art 44 y 47 LME, las acciones de responsabilidad por daños del art 136 y ss. LSC o acciones de carácter penal”.

Sin embargo, el tribunal entiende que lo anterior no es un argumento suficiente para “justificar la conclusión y minusvalorar las eventuales acciones ligadas a la calificación concursal”.

Cabe destacar también la mención que la Audiencia Provincial hace de la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante “TS”) 682/2016, de 21 de noviembre, en la que se indica que “*la inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas prevista en el art. 47.1 LME afecta a las acciones por las que se pretende su ineficacia, pero no impide otros remedios que permiten salvaguardar los derechos de los socios o, en su caso, de determinados acreedores, que hubieran sido ilícitamente soslayados, como ocurrió en los precedentes expuestos*”. En la mencionada sentencia se presenta la posibilidad de acciones como la pauliana (expresada también en la STS 12/2006, de 27 de enero, y en la STS 873/2008, de 9 de octubre).

La Audiencia Provincial reconoce, de lege

ferenda, que existen mecanismos societarios y penales que podrían considerarse suficientes y que la inscripción registral de la modificación estructural traslativa podría implicar la conclusión del concurso de la sociedad extinta. Sin embargo, la Audiencia indica que los tribunales están sujetos al principio de legalidad (reconocido en los artículos 1, 9 y 11 de la Constitución Española) por lo que, ante la ausencia de previsión legal, no es posible fallar a favor de lo expresado por la parte apelante.

Es decir, aunque ESENCIA WINES CELLARS, S.L. defiende que no hay reglas legales de coordinación entre el concurso y las modificaciones estructurales que se puedan llevar a efecto con posterioridad a la declaración de concurso en fase de cumplimiento de convenio, esto no es causa suficiente como para impedir que el concurso concluya.

Para finalizar con la exposición de los hechos, resulta de interés señalar que, a pesar de la postura mantenida por la Audiencia, la misma llega a expresar lo siguiente:

1. “Que el resultado de la modificación estructural ha sido una sociedad con un patrimonio mucho mayor y que ha recibido otros recursos y activos diferentes a los procedentes de la concursada extinguida, de modo que no cabe sospechar que se trate de una operación realizada con una finalidad espuria o con ánimo de evitar responsabilidades de ningún tipo”.
2. “Que las resoluciones judiciales reseñan que esa supuesta calificación que justificaría mantener vivo el proceso únicamente podría acabar con una condena a

inhabilitación, ya que el resto de posibles contenidos de la sentencia de calificación no resultarían aplicables a las personas afectadas de la sociedad absorbida, extinguida por efecto de la fusión”.

3. “Que ante un posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio, los acreedores afectados tendrían la protección de las instituciones extraconcursoales y concursales, e incluso acciones de carácter penal para el caso de que se acreditara que la motivación de la operación de reestructuración patrimonial era la huida de responsabilidades por parte de los administradores instantes, sin precisar el mantenimiento del procedimiento concursal de la sociedad extinguida”.

II. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA.

Gracias a la sentencia objeto de comentario podemos apreciar que no existen reglas legales de coordinación entre el concurso y las modificaciones estructurales que se puedan llevar a efecto con posterioridad a la declaración de concurso en fase de cumplimiento de convenio. Como esta, en la práctica pueden darse situaciones similares en las que sea necesaria una adecuada regulación entre las operaciones estructurales transfronterizas y el concurso de una sociedad.

El legislador europeo ha identificado, a priori, la problemática surgida y el inexcusable análisis paralelo y complementario de las disciplinas en materia concursal y de modificaciones estructurales. De todo ello queda patente la lógica que llevó a la aprobación del “Company Law Package” y las reformas que están todavía por llegar a nuestro ordenamiento nacional.

El motivo que justifica la elaboración del presente artículo reside en la novedad que supone este pronunciamiento que procederemos a exponer a continuación. Tal y como se expone en la propia sentencia, nos encontramos con una situación “respecto de la que no existe jurisprudencia”⁴.

La problemática se dilucida en tanto que la Ley Concursal (en adelante “LC”) y el ahora Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante “TRLR”) no contienen, tal y como indica ROMERO GARCÍA-MORA, “previsiones específicas sobre esta materia más allá de una genérica referencia reflejada en el art. 317.3 TRLR”. En el mencionado artículo del TRLR se expresa que: “*En la propuesta de convenio podrá incluirse la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada*”⁵.

Resulta de interés señalar que la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante “LME”) no concreta tampoco las actuaciones pertinentes para una situación en la que encontremos a una sociedad en situación de concurso y se haya sometido a una modificación estructural.

Por tanto, diferenciamos dos normas totalmente complementarias en los supuestos de implementación de modificaciones estructurales en sociedades en concurso. A pesar de ello su regulación es autónoma entre sí, generando una incertidumbre en su efectiva aplicación práctica.

A pesar de lo reflejado con anterioridad, en la actualidad distinguimos el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo⁶. El objeto de esta norma es, ni más ni menos, la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

III. NOVEDADES EN MATERIA CONCURSAL Y MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.

Nos centraremos ahora en el articulado del mencionado proyecto de ley. Su objetivo es garantizar, a priori, una adecuada regulación de las modificaciones estructurales dentro de la disciplina concursal.

En primer lugar, diferenciamos, de manera especial y respecto al supuesto de estudio, el artículo 399 ter relacionado con la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo en ejecución del convenio. En el mismo se establece que:

“1. En el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y

4. AP Murcia, de 18 de marzo de 2021 (Sentencia 299/2021).

5. ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Aproximación a las novedades del proyecto de reforma concursal en materia de modificaciones estructurales”, Diario La Ley, n.º 10027, marzo 2022,

6. El Proyecto de Ley fue recientemente aprobado por el Congreso el pasado día 30 de junio de 2022.

pasivo los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición. 2. La inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso, será causa de conclusión del concurso de acreedores”.

Por tanto, el proyecto de ley determina que las operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, siempre y cuando se hallen incluidas en el convenio concursal y posteriormente inscritas una vez se hayan llevado a cabo, constituirán causa de conclusión del concurso de acreedores. Además, cabe destacar el rechazo al ejercicio del derecho de oposición previsto en el precepto para la situación en la que las mencionadas operaciones se encuentren en el convenio.

Cabe apuntar lo indicado por ROMERO GARCÍA-MORA, quien señala que sólo se entenderá cumplido el convenio en la medida en la que se lleve a cabo el pago a los acreedores. Esto es, no basta la realización de la modificación y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Por tanto, el efectivo cumplimiento del convenio “debe examinarse también en su dimensión solutiva, esto es, como cumplimiento de los pagos comprometidos, en el sentido de que no bastaría para considerar cumplido el convenio con que se ejecute e inscriba la modificación estructural”⁷.

Es de marcado interés señalar también la limitación al derecho de oposición de los acreedores concursales presente en el artículo 399 ter reflejado. Como señala ROMERO GARCÍA-MORA: “[e]l

prelegislador, sin embargo, se ha decantado por privar a todos los acreedores concursales —privilegiados incluidos— del derecho de oposición, cabe entender que tratando de facilitar con ello las operaciones de modificación estructural como medio de dar viabilidad a las empresas en crisis”. Parece que el objetivo es impedir que los acreedores que hubiesen votado en contra de la propuesta de convenio puedan, después, frustrar el contenido a través del ejercicio del derecho de oposición. Sin embargo, como el autor indica: “este riesgo no existiría respecto de los acreedores que, siendo concursales —como ocurre con los privilegiados— no se ven sin embargo sometidos al convenio”⁸.

De lo anterior podemos destacar la inclusión de la operación de transformación transfronteriza (reconocida y regulada en la Directiva 2019/2121). En el texto no está incluida, pero, efectivamente, podría ser una modificación estructural de interés a llevar a cabo en una situación de insolvencia.

También diferenciamos el artículo 465 del Proyecto de Ley, que reconoce a las modificaciones estructurales como causa del concurso. En este precepto se indica que “La conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones procederá en los siguientes casos: [...] 8.º Cuando, en los casos admitidos por la ley, la sociedad declarada en concurso se hubiera fusionado con otra u otras o hubiera sido absorbida por otra, se hubiera escindido totalmente o hubiera cedido globalmente el activo y el pasivo que tuviere”. Entendemos

7. ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Aproximación a las novedades del proyecto de reforma concursal en materia de modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, n.º 10027, marzo 2022.

8. ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Aproximación a las novedades del proyecto de reforma concursal en materia de modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, n.º 10027, marzo 2022.

que esta situación se producirá en el supuesto de haber incluido estas operaciones de modificaciones estructurales en el convenio concursal pero ¿Cómo debemos operar en el supuesto de que dicha modificación estructural no esté incluida en el convenio concursal?

Vemos, por tanto, una clara voluntad por parte del legislador para resolver los conflictos originados en esta materia. Sin embargo, el supuesto contenido en la sentencia estudiada no encuentra cabida en el Proyecto. Esto es: la realización de una modificación estructural que no se recoge en el convenio concursal.

Además, y complementando a la idea anterior, como expresa ROMERO GARCÍA-MORA: “[h]a quedado fuera de la reforma concursal [...] el tratamiento de la modificación estructural como instituto preconcursal en el marco de operaciones de reestructuración, un ámbito en el que la Directiva (UE) 2019/1023 deja distintas opciones a los Estados y donde la modificación estructural es, si cabe, más útil que en el convenio, particularmente como medio para acceder a mejores condiciones de financiación”.⁹

Este último punto destacado constituye uno de los aspectos claves en esta materia. La posibilidad de servirnos de las operaciones de modificaciones estructurales para evitar caer en una situación de concurso, eso sí (y es lo que proponemos como cuestión de interés práctico) estén o no incluidas en el convenio concursal.

Porque como hemos indicado, y creemos que es el punto de partida desde el que (parece) comienza a regular el legislador, la modificación estructural es un instrumento idóneo para conseguir la efectiva recuperación financiera de la sociedad. Esta es la finalidad última que pretendemos conseguir en la práctica sin perjudicar a ninguna de las partes involucradas en el procedimiento.

Es por ello por lo que la Audiencia, tal y como señala SCAIANSCHI MÁRQUEZ, “afronta una ardua y meritoria labor de exégesis a falta de un criterio legal que, como sería deseable, aclarase mejor los puntos de conexión y el encaje entre el concurso de acreedores y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”¹⁰.

IV. SOBRE EL MANTENIMIENTO O CONCLUSIÓN DEL CONCURSO.

A pesar de lo anteriormente indicado y de la novedad del litigio, la situación presentada ha sido objeto de un estudio previo. Procederemos a exponer, de forma breve, las dos posturas relacionadas con el supuesto materia de análisis. Eso sí, teniendo en cuenta tanto la inclusión de la modificación estructural en el convenio concursal como su no inclusión.

1. A favor del mantenimiento del concurso de acreedores

Autores como YÁÑEZ EVANGELISTA y CAAMAÑO RODRÍGUEZ entienden (en el marco de no incluir la modificación estructural en el convenio con-

9 ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Aproximación a las novedades del proyecto de reforma concursal en materia de modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, n.º 10027, marzo 2022.

10 SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H. “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 299/2021, de 18 de marzo de 2021)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 55, enero- abril 2022.

cursal) que “[e]l abanico de posibilidades que se abren en el horizonte del acreedor se simplifica si la decisión de llevar a cabo una ME surge tras la aprobación judicial del convenio”. A su vez, “en la medida en que el deudor habrá recuperado las facultades de administración y disposición sobre sus bienes y derechos, nos encontraremos una ME «ordinaria»”¹¹. Derivado de lo anterior se afirma el reconocimiento en favor de los acreedores a poder ejercitar el correspondiente “derecho de oposición”. Este derecho no vetará la posibilidad de llevar a cabo la modificación estructural¹².

De manera que la modificación estructural se podría realizar con plena eficacia y acceso al registro mercantil. Lógicamente, el acreedor que se hubiera opuesto a la operación podrá solicitar que se haga constar, en nota marginal, el ejercicio tempestivo de su derecho.¹³

Derivado de lo anterior, debemos tener en consideración cuál es la finalidad última que busca tanto la modificación estructural realizada como el convenio concursal. Esta no es otra que la satisfacción de las deudas existentes. Satisfac-

ción que se puede alcanzar a pesar de no estar incluida en el convenio concursal.

YÁÑEZ EVANGELISTA y CAAMAÑO RODRÍGUEZ destacan que “el elemento diferencial para considerar cumplido (o incumplido) el convenio concursal deber ser la efectiva satisfacción a los acreedores (pago) y no la mera ejecución de la ME”¹⁴. Así es como algunos pronunciamientos judiciales lo han entendido¹⁵.

Existe, como podemos apreciar, una tesis favorable al mantenimiento del concurso de acreedores. Dicha tesis fue la seguida por la Audiencia Provincial de Murcia.

En relación con la postura a favor del mantenimiento del concurso de acreedores podemos destacar (entre sus diversos argumentos y ya teniendo en cuenta su inclusión en el convenio concursal) el rechazo de la posibilidad de elección de esta alternativa con el fin de provocar efectos perturbadores y distorsionadores a raíz de una modificación estructural extintiva con una sucesión “plena” de la sociedad absorbente en los

11. YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 29, 2018.

12. Sin embargo, a raíz de la aprobación del Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal deberemos tener en cuenta el contenido del ya mencionado y estudiado artículo 399 ter, en el que se establece que: “En el caso de que el convenio previera la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición. 2. La inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso, será causa de conclusión del concurso de acreedores”.

13. RDGSJFP núm. 12715/2015, de 4 de noviembre de 2015.

14. YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, n.º 29, 2018.

15. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, de 12 de diciembre de 2017 (Auto 218/2017). Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 8 de enero de 2018 (Auto). Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 19 de enero de 2018 (Auto 14/2018).

derechos, bienes y procedimientos de la extinta. De tal manera que la sociedad resultante de la operación sería considerada como parte concursada a todos los efectos. En caso de incumplirse, se abriría la fase de liquidación que alcanzaría a todos los bienes de la sociedad absorbente ¹⁶.

Por ejemplo, se podrían estar impidiendo acciones de reintegración concursal, una ampliación injustificada de los créditos contra la masa o también podríamos encontrarnos con que el juez competente para conocer de la liquidación fuese distinto del juez que declaró el concurso desde un punto de vista de competencia territorial ¹⁷.

De manera paralela a lo anteriormente expuesto, cabe destacar la importancia de la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 682/2016, de 21 de noviembre en la que se descartó la posibilidad de una sucesión procesal en la que la sociedad absorbente sucedería a la entidad concursada extinta. En dicho supuesto, y en caso de incumplimiento del convenio, se abriría la fase de liquidación, limitándose los efectos de la misma a los bienes y derechos que fueron objeto de transmisión en la modificación estructural¹⁸.

Por último, reviste cierta relevancia anotar la postura de ciertos estudiosos de la materia que señalan una posible sucesión procesal (de carác-

ter limitado) que, en todo caso, no tendrá por objeto habilitar una eventual fase de liquidación. En su caso deberá permitir la solicitud de la declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, tramitando, si corresponde, la sección de calificación.¹⁹

Destacamos algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo de los que podemos señalar los siguientes puntos:

- Sentencia núm. 229/2016, de 8 de abril de dos mil dieciséis y Sentencia núm.147/2015, de 26 de marzo de dos mil quince: El único órgano competente para declarar el incumplimiento del convenio es el juez del concurso y “mientras no haya declaración de cumplimiento o incumplimiento del convenio, lo único que puede declararse [en un procedimiento declarativo o de reclamación de cantidad que se iniciase al margen] es la compensación de las cantidades novadas (por aplicación de la quita) y vencidas”.

Como resultado de lo anterior, autores como YÁÑEZ EVANGELISTA y CAAMAÑO RODRÍGUEZ indican que “no resulta posible someter a otro órgano judicial en un procedimiento declarativo la existencia de un incumplimiento del convenio como elemento prejudicial de una reclamación de cantidad frente a la sociedad resultante de la modi-

16. Tal y como exponen YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 29, 2018 (a pesar de lo defendido por BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores» AAMN, núm. 50/2010 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona, de 18 de abril de dos mil doce).

17. Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 8 de enero de 2018 (Auto). Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 19 de enero de 2018 (Auto 14/2018).

18 BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015.

19 CABANAS TREJO, R. y BORNADELL LENZANO, R. “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 18, 2013.

ficación estructural”²⁰. Por tanto, éstos afirman la existencia de un insoslayable interés “privado” (en lo que respecta a los acreedores) en el mantenimiento del concurso.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2016, de 13 de abril de 2016, haciendo referencia a su anterior sentencia 29/2013 de 12 de febrero 2013, en la que se destaca la posible apertura o reapertura de la sección de calificación: “cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC). Pero la Ley no regulaba expresamente el alcance de la apertura de la sección de calificación en caso de incumplimiento de un convenio “no gravoso” para los acreedores y que, por tanto, no había dado lugar a la apertura previa de la sección de calificación, al tiempo de su aprobación. Está claro que en estos casos es posible abrir la sección de calificación, pues el incumplimiento del convenio determina la apertura de la fase de liquidación y el art. 163.1.2º prescribía “la formación de la sección de calificación del concurso (...) en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación”.

Como destacan YÁÑEZ EVANGELISTA y CAAMAÑO RODRÍGUEZ: “[l]a extinción de la personalidad

jurídica de la sociedad concursada no impediría la tramitación de la sección de la calificación, teniendo en cuenta la capacidad residual de las sociedades con la personalidad jurídica y que las consecuencias patrimoniales derivadas de la calificación culpable se harían efectivas en terceros, bien como sujetos afectados por la calificación, bien como cómplices”.²¹

2. A favor de la conclusión del concurso de acreedores

Por otro lado, se distingue la postura en defensa de la conclusión del concurso de acreedores. Teoría que autores como SCAIANSCHI MÁRQUEZ (específicamente para nuestro supuesto de estudio) defienden. El mismo expresa que tanto nuestra normativa concursal como nuestra LME sólo prevén una extinción sin liquidación de la sociedad en concurso para el caso en que sea consecuencia del cumplimiento de un convenio que contenga la modificación estructural concreta. De tal forma que o cumplimos con el convenio y finaliza con éxito el concurso o este se incumple y se abre la fase de liquidación de la entidad concursada. Como el autor señala: “[e]n tal sentido, la participación de la concursada en una modificación estructural aparece como un elemento disruptivo”.²²

Esta línea de pensamiento reviste de una especial relevancia en el sentido de que, tal y como hemos apreciado, nos otorga un prisma diferenciado de lo que, hasta ahora, venía siendo una

20. YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 29, 2018.

21 YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 29, 2018.

22. SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H. “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 299/2021, de 18 de marzo de 2021)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 55, enero- abril 2022.

apreciación en una única línea de tratamiento.

Dicha perspectiva entiende que los acreedores tienen reconocidas herramientas legales suficientes para hacer velar sus derechos frente a la responsabilidad de los administradores de la entidad concursada por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad absorbente (eso sí, éstos no podrán enjuiciarse desde el expediente de la calificación del concurso de la sociedad absorbida). A su vez, se defiende que la conclusión del concurso de la sociedad absorbida no impide la posibilidad de depurar las correspondientes responsabilidades originadas en el supuesto en que la sociedad absorbente no pudiera cumplir con las obligaciones derivadas del convenio y deviniera insolvente (todo ello a través del trámite de calificación en el marco del concurso de la propia sociedad absorbente).²³

V. CONCLUSIONES

Tal y como hemos podido apreciar en el presente artículo, tanto nuestro ordenamiento como nuestra jurisprudencia concursal carecen de un análisis específico para una situación con características similares a las encontradas en el caso expuesto. Esto es: si debemos entender finalizado el concurso de acreedores cuando se lleva a cabo una operación de modificación estructural (por parte de la entidad deudora) durante la fase de cumplimiento de convenio concursal pero, eso sí, dicha operación no se encuentra incluida en el convenio acordado por las partes concurrentes.

De la doctrina y pronunciamientos judiciales

expuestos se ha apreciado la falta de claridad existente en un supuesto como el que hemos expuesto. Hemos encontrado, por tanto: una tesis favorable al mantenimiento del concurso de acreedores y otra tesis favorable a la finalización del concurso de acreedores.

La mencionada ausencia de criterio definido es la causa de estas dos posturas encontradas. Las mismas reflejan argumentos y dudas a tener en cuenta por el legislador a la hora de intentar buscar la unidad regulatoria que la práctica concursal necesita.

A raíz del análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia hemos advertido la necesidad de una adecuada regulación de las modificaciones estructurales dentro de la disciplina concursal. La regulación de las dos vertientes mercantilistas es, por tanto, autónoma entre sí. Esto genera una incertidumbre en su efectiva aplicación práctica, especialmente en casos como el que hemos examinado.

No negamos la voluntad de intento de mejora que manifiesta el legislador nacional de dar respuesta a situaciones en las que las modificaciones estructurales aparecen, por necesidad de proceder a un intento de reestructuración de la sociedad afectada, dentro del desarrollo de un procedimiento concursal o de convenio.

Sin embargo, y como apreciamos, en la práctica pueden darse situaciones particulares que carecen (y parece que seguirán careciendo) de una regulación adecuada y actualizada.

23 SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H. “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 299/2021, de 18 de marzo de 2021)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 55, enero- abril 2022.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BETHENCOURT RODRÍGUEZ, G. “Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 16, 2015.

CABANAS TREJO, R. y BORNADELL LENZANO, R. “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 18, 2013.

ROMERO GARCÍA-MORA, G., “Aproximación a las novedades del proyecto de reforma concursal en materia de modificaciones estructurales”, *Diario La Ley*, n.º 10027, marzo 2022,

SCAIANSCHI MÁRQUEZ, H. “Los efectos de la fusión por absorción sobre el proceso concursal en la fase posterior al convenio (Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 299/2021, de 18 de marzo de 2021)”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 55, enero- abril 2022.

YÁÑEZ EVANGELISTA J. y CAAMAÑO RODRÍGUEZ, F.J., “Modificaciones estructurales e incumplimiento de convenio: posición del acreedor”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 29, 2018.

VII. JURISPRUDENCIA

TS, de 10 de junio de 2003 (Sentencia 552/2003).

TS, de 27 de enero de 2006 (Sentencia 12/2006).

TS, de 9 de octubre de 2008 (Sentencia 873/2008).

TS, de 12 de febrero de 2013 (Sentencia 29/2013).

TS, 26 de marzo de 2015 (Sentencia 147/2015).

TS, de 7 de septiembre de 2015 (Auto - Recurso 1914/2013).

TS, de 8 de abril 2016 (Sentencia 229/2016).

TS, de 13 de abril de 2016 (Sentencia 246/2016).

TS, de 21 de noviembre de 2016 (682/2016).

TS, de 30 de octubre de 2018 (Auto - Recurso 2802/2018).

AP Valladolid, de 9 de julio de 2018 (Sentencia 318/2018).

AP Murcia, de 18 de marzo de 2021 (Sentencia 299/2021).

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, de 12 de diciembre de 2017 (Auto 218/2017).

Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo, de 8 de enero de 2018 (Auto).

Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 19 de enero de 2018 (Auto 14/2018).

VIII. RESOLUCIONES DGSJFP

RDGSJFP núm. 12715/2015, de 4 de noviembre de 2015.

IX. NORMATIVA

Constitución Española.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

Carlos Soler Samper

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

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