

8.8.4.3. ¿Es reversible una modificación estructural? ¿Cómo se tramita la liquidación tras el incumplimiento del convenio?

Cuando nos enfrentamos a una modificación estructural el carácter poliédrico del fenómeno nos obliga a distinguir varios supuestos. En primer lugar, debemos dejar claro que en todo caso escapan al efecto resolutorio del convenio todas aquellas modificaciones estructurales que, propiamente, no han formado contenido del mismo, sino que se han desarrollado y ejecutado en su plenitud tras la sentencia de aprobación, una vez recuperadas por la concursada sus facultades de administración y disposición (v. gr. as. Martí, Baterías Hidráulicas, *vid.* 8.1.7). Limitado nuestro examen a la modificación estructural que forma parte integrante del convenio (as. Fiesta, Juliana) - aun en fase de mero proyecto pendiente de consumación- el art. 47 de la Ley 3/2009 (referido a la fusión pero aplicable al resto de figuras) advierte de que la modificación estructural, una vez consumada con la inscripción en el Registro Mercantil, sólo podrá ser impugnada si se han infringido las previsiones de la ley especial, y si la STS, Pleno de la Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2016, ha reconocido la inmunidad de la modificación estructural (una escisión parcial, en aquel caso) frente a la acción rescisoria, parece que las mismas razones de seguridad jurídica imponen que el escudo que la inscripción representa se extienda igualmente a la resolución.

La resistencia de la modificación estructural al efecto resolutorio *ex art.* 140.4 no agota la problemática asociada a la liquidación consecutiva al fracaso del convenio, que se manifiesta con especial vigor en aquellas modificaciones estructurales que suponen la extinción de la persona jurídica (fusión, escisión total).

La dificultad de una exposición en abstracto aconseja recurrir a los mismos grupos de casos que nos sirvieron en el epígrafe 8.1.7 para encauzar las relaciones entre modificación estructural y convenio. Veamos, paso a paso, como afecta a cada supuesto la modificación estructural y qué impacto tiene el incumplimiento del convenio.

*Modificación estructural como doble contenido del convenio (as. Fiesta). Absorbente y absorbida estén ambas en concurso y la modificación estructural ha sido contenido de sus respectivos convenios (recíprocamente condicionados), de modo que una absorbe a la otra y será la que pague a los acreedores. ¿Cómo afecta esto a cada uno de los concursos?

a.- Concurso de la absorbida. Por la fusión, los acreedores de la absorbida han pasado a serlo de la absorbente, rigiéndose por el convenio de ésta. El convenio de la absorbida se ha agotado con la modificación estructural, por lo que, consumada ésta tras su aprobación, hay que dictar auto declarando el cumplimiento del convenio de la concursada. En la propia sentencia de aprobación del convenio debe acordarse la apertura de la sección de calificación, puesto que la modificación estructural es contenido “gravoso” a efectos del art. 167. Una vez tramitada, se dictaría auto de conclusión del concurso de la absorbida, pues aún en el hipotético caso de que la absorbente no pague, la modificación estructural es irresoluble y, con ella la sucesión universal y la extinción de la absorbida; no tendría sentido mantener abierto el concurso hasta que la absorbente cumpla el convenio, porque de incumplirlo, no podríamos abrir la sección de liquidación (no hay bienes que liquidar ni acreedores a quienes pagar) ni tampoco la sexta, pues las conductas de los administradores de la absorbida previas a su aprobación ya habrían sido juzgadas en la calificación primitiva; y de las posteriores,

el TS (sentencia del Pleno de 13 de Abril de 2016) sólo nos permite juzgar la conducta del art. 164.2.3º, que, por referir el incumplimiento al “concurtido” (la absorbida, en este caso) no resultaría de aplicación, al extinguirse su personalidad jurídica antes de que el contenido negocial del convenio empezare a cumplirse; el incumplimiento por la absorbente de los compromisos de pago adquiridos (frente a sus acreedores originales y los derivativos) debería ventilarse en su concurso.

Por ello, una vez agotada la primitiva sección sexta, debería dictarse auto de conclusión del concurso, bien porque consideremos que, transmitido en bloque su activo y su pasivo, ha de dejado de ser insolvente, bien por considerar cumplido “su” convenio de forma instantánea a su aprobación (art. 176.1.2º). Desde luego lo que no parece defendible es liquidar a la absorbente en el concurso de la absorbida; a la anomalía de liquidar a una sociedad en el concurso de otra, cuando ella misma tiene su concurso abierto (¿qué liquidaríamos entonces en su concurso?), se une la imposibilidad de recurrir a la figura de la sucesión procesal (arts. 16 y 17 LECiv), prevista para procedimientos declarativos y que se acomoda mal a un concurso.

b) *Concurso de la absorbente*. El panorama aquí es un poco más sencillo; aprobado el convenio en el concurso de la absorbente, debemos abrir su sección sexta para enjuiciar las conductas previas. Si cumple el convenio (pagando a los acreedores que ya tenía y los que adquirió por sucesión universal), se concluirá el concurso; si no pagare, los acreedores (ya lo fueren de la absorbida, ya de la absorbente) vinculados al contenido *negocial* (quitas, esperas, etc.) del convenio, podrán denunciar el incumplimiento de los pagos (art. 140); si el incumplimiento consistiere en la frustración de la modificación estructural, como ésta afecta por igual a todos los acreedores, también los prededucibles y privilegiados no adheridos ni “arrastrados” podrán acudir al art. 140; asimismo todos los acreedores (previos al convenio o posteriores, concursales o contra la masa, propios o “ajenos”) podrán instar la liquidación de la absorbente por “reinsolvencia” (art. 142.2.II). Abierta la liquidación, cualquiera que sea la vía, se incluirá, como es obvio, a todos los acreedores y por el importe inicial de sus créditos; se abrirá, de nuevo, la sección sexta y ahí podremos enjuiciar si el incumplimiento del convenio (frente a unos y otros) le es imputable.

*Modificación estructural como contenido del convenio de la absorbida, con absorbente en situación no concursal (as. Juliana). La fusión por absorción ha sido contenido del convenio de la absorbida, pero la absorbente no está en concurso. Con la aprobación del convenio se abre la sección de calificación. Agotada la sección sexta primitiva y vacía de contenido la futura, debería procederse a concluir el concurso, ya que en caso de incumplimiento del convenio nada hay que liquidar y los acreedores han pasado a serlo de la absorbente; éstos podría oponerse a la conclusión afirmando que tienen un interés legítimo en que el concurso se mantenga latente para que, caso de incumplimiento, sus créditos recuperen su estado original como consecuencia del efecto resolutorio; pero consideramos que mantener abierto el concurso para tan limitado fin es prescindible, ya que el efecto resolutorio (y, con él, la desaparición de los efectos de la quita) deriva del hecho mismo del incumplimiento, limitándose el art. 140.4 a constatarlo.

Los acreedores tendrían la posibilidad de reclamar el pago por medio de un declarativo o, incluso, instar el concurso de la absorbente.

*Modificación estructural post convenio, con absorbente en situación no concursal (as. Baterías Hidráulicas). En este tercer escenario el convenio ha tenido un contenido típico (quita y/o espera), pero tras su aprobación la concursada ha sido absorbida por una sociedad que no está en concurso. La sentencia de aprobación abrirá o no la sección de calificación en función del carácter gravoso o “benigno” de ese contenido remisorio/dilatorio:

a) Si el contenido es gravoso (y así lo fue el de “Baterías”), dictada sentencia o auto de archivo en la sección sexta y una vez tengamos noticia de la modificación estructural, podremos concluir el concurso, salvo que estimemos que los acreedores conservan un interés legítimo residual en que opere el efecto resolutorio ligado a la apertura de la liquidación para poder reclamar a la absorbente el crédito original, sin la quita; la liquidación, en todo caso, quedaría vacía de contenido sustantivo (por la inmutabilidad de la modificación estructural, máxime aquí, en que ni formaba parte del convenio), al igual que la calificación, pues las conductas pre-convenio ya habrían sido juzgadas y de las posteriores sólo cabría valorar el art. 164.2.3º, que, por no depender el cumplimiento del convenio de la absorbida –ya extinta- sino de un tercero, no podría invocarse.

b) Si el contenido del convenio fue benigno, sin apertura de sección sexta, no podremos acordar la conclusión de forma anticipada; la eventual liquidación estaría igualmente yerma, pero sí puede haber interés en una futura calificación, no ya porque podamos enjuiciar el art. 164.2.3º -que tampoco podemos- sino porque podremos examinar las conductas pre-convenio que la falta de apertura inicial de la calificación nos impidió entonces; por ello, en este caso, la conclusión quedaría diferida, bien al efectivo cumplimiento del convenio, bien al agotamiento de la sección sexta; esa calificación, por supuesto, sólo podría tener como resultado la inhabilitación, pues el resto de contenidos patrimoniales (devolución de bienes, indemnización de daños y perjuicios, cobertura del déficit), no existiendo ya concursada ni acreedores de la misma, carecen de sentido.

Los acreedores, de nuevo, podrán demandar a la absorbente ante los juzgados de primera instancia o, incluso, instar su concurso.

A soluciones similares a las expuestas llega el AJM nº 1 de Valladolid de 20 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 23942), as. Begar:

“SEGUNDO. En relación con la primera de las causas de conclusión invocadas, solvencia sobrevenida ex art.176.4 LC, no podemos coincidir con los argumentos de ELODEA S.A sino más bien con el de los acreedores que se han opuesto al acogimiento de esta causa.

Y ello es así por cuanto que ciertamente debería haberse producido el pago de una vez y en bloque de los plazos comprometidos en el convenio.

El hecho de que se hayan atendido los pagos durante un periodo de tiempo, que se haya producido un cumplimiento regular de las obligaciones exigibles durante los cuatro años que se citan, no supone la conclusión de concurso sino que ésta tendrá lugar cuando el convenio se cumpla íntegramente y se produzca la declaración de cumplimiento.

En orden a la sucesión procesal invocada por algunos acreedores, sobre la base de una aplicación automática y poco rigurosa del art.17 LEC, ciertamente puede producirse respecto de derechos y obligaciones transmisibles, mas no respecto de la propia condición de concursado, que tiene un carácter personalísimo. Como acertadamente se señala por el solicitante, la sucesión opera en el

ámbito de obligaciones no personalísimas, como las inherentes al convenio e incluso la rendición de cuentas sobre su cumplimiento, pero no respecto del status de concursado.

Así las cosas, producida la fusión (consentida por los acreedores) y como consecuencia de esa sucesión universal, se produce una novación modificativa de las obligaciones por cambio en la persona del deudor. El convenio, en su integridad, es asumido en cuanto a su cumplimiento por la absorbente. De producirse el incumplimiento desaparece la eficacia novatoria de los créditos producida por la aprobación de aquél conforme al art.140.4 en relación con el art.136 LC. Ciertamente la reclamación de cumplimiento habría de hacerse ante el juez natural (que ya no es el juez del concurso de la sociedad extinguida por la absorción) y si concurre en la obligada (sociedad absorbente) la situación de insolvencia podrá instarse su declaración en concurso (en el presente caso ya lo está), pero no por el mero hecho de que se haya producido dicho incumplimiento cabe pasar directamente a la liquidación de esta. Y ello porque, insistimos, no cabe hablar de sucesión procesal en la condición de concursado (de la misma manera que la muerte del concursado persona natural, no produce la declaración de concurso de los herederos sino de la herencia - art.182 LC).

Por otra parte, la pretendida solución de la liquidación parcial de la absorbente (limitada al patrimonio procedente de la mercantil absorbida-Begar) en el seno del presente concurso, no sólo carece de amparo legal sino que produciría problemas irresolubles derivados de la confusión de patrimonios (de lo que es consciente el legislador dada la redacción del art.25 ter LC).

Ningún perjuicio se causa además a los acreedores pues declarado el concurso de ELODEA S.A, se garantiza, con el patrimonio de ésta, el ordenado cobro con más expectativas de satisfacción del mismo y en posición igualitaria con los restantes acreedores de la sociedad absorbente.

En definitiva, extinguida la personalidad jurídica de la sociedad absorbida- BEGAR- como consecuencia de la fusión, consentida además por los acreedores, se produce la conclusión del concurso, con independencia de la transmisión, sucesión universal, de las obligaciones contraídas, que pasan a la absorbente (...)"

***Modificación estructural post convenio de sociedades concursadas (as. Martí).** Si la modificación estructural no es contenido de los respectivos convenios, sino que se proyecta y ejecuta con posterioridad a su aprobación, su inmunidad al efecto resolutorio está fuera de discusión. El devenir de cada concurso dependerá del contenido –gravoso o no- de cada singular convenio y del eventual incumplimiento.

Tenemos que partir de que los convenios son independientes, por lo que es posible que uno se cumpla y el otro no (distinto era el caso FIESTA, en que la fusión era contenido de ambos convenios, que estaban coligados); si se incumple el convenio de la absorbida no necesariamente se tiene por qué estar incumpliendo el de la absorbente, pues son independientes; la absorbente puede estar pagando su convenio y no el de la absorbida.

Si se incumple sólo el de la absorbida, vale lo dicho en el supuesto anterior. La declaración de incumplimiento supondría, a lo más, la rescisión de los efectos del convenio —renaciendo los créditos originales (salvo los pagos que se pudieren reputar legítimos) en cabeza de la absorbente— y, en su caso, la apertura de la calificación, pero no se habría de liquidar el patrimonio de la absorbente, pues de otro modo ¿qué patrimonio liquidaríamos si también incumple “su” convenio? La solución pasaría, nuevamente, por una conclusión anticipada del concurso de la absorbida -si el convenio fue gravoso y ya se tramitó la sección de calificación- o, en otro caso, por una apertura de la liquidación con efectos limitados (los del art. 140.4 y la formación de la sección sexta), pero sin realización de bienes. Estos acreedores, que pasaron a serlo de la absorbente merced a la modificación estructural, seguirían siéndolo, pero con sus créditos iniciales, y podrían, bien reclamárselos a medio de un declarativo, bien instar

“su” liquidación por la vía del artículo 142.2.II, mas no por la del artículo 140 puesto que no son parte del segundo convenio. Entre los limitados efectos que, en el caso enjuiciado, traerían causa del incumplimiento del convenio de la absorbida deberíamos asimismo excluir la disolución de la sociedad absorbente (artículo 145.3).

Si la absorbente incumple su convenio, se procederá a la liquidación, con integración de los activos y pasivos anteriores y posteriores a la fusión.

*Cesión global de activo y pasivo como contenido del convenio. Aquí la concursada cedente ha dejado de ser deudora para pasar a serlo un tercero; a diferencia de la asunción de deuda, que puede ser parcial (de ordinario, sólo parte del pasivo concursal), la cesión ha de afectar a la totalidad del patrimonio social, con inclusión de los elementos de activo y de pasivo.

La cesión puede ser única, teniendo como destinataria del conjunto patrimonial a una sola sociedad beneficiaria, o plural, con tantas beneficiarias como unidades económicas puedan distinguirse (art. 82 LME).

La contraprestación puede recibirla la propia sociedad, los socios, o ambos, pero si la percibieren total y directamente los socios la cedente quedará extinguida (art. 81.2).

Aprobado el convenio, en todo caso deberá tramitarse la sección de calificación. El futuro devenir del concurso dependerá de la modalidad de la cesión y de quién haya percibido la contraprestación:

- a) Si la contraprestación la reciben los socios de forma total y directa, la sociedad concursada se extingue, lógica consecuencia de no disponer ya de activos ni pasivos. Si la beneficiaria o beneficiarias incumplen el convenio, la inatacabilidad de la operación implica que nada haya que liquidar, ni tampoco que examinar en la calificación, por cosa juzgada o preclusión de las conductas pretéritas y falta de imputabilidad de la cedente en el incumplimiento, por lo que la conclusión deviene ineludible. Los acreedores podrán reclamar de las beneficiarias por los medios ordinarios y, de forma añadida, contra los socios, en régimen de solidaridad, con el límite de los activos netos atribuidos o de la contraprestación recibida (art. 91 LME), acción que deberá ejercitarse fuera del concurso y que prescribe a los cinco años.
- b) Si la sociedad recibe contraprestación por la cesión, de forma total o compartida con los socios, ni se extingue ni pierde de forma definitiva su condición de deudora, pues en caso de incumplimiento por las beneficiarias de las obligaciones asumidas, la ley le atribuye responsabilidad solidaria por la totalidad de la obligación (art. 91.1 *in fine*), lo que justifica la pendencia del concurso para el caso de que, incumplido el convenio, haya de abrirse la liquidación a fin de hacer efectiva esa responsabilidad *in solidum*.

*Escisión parcial o segregación. Es este, sin duda, el supuesto más sencillo, al no implicar extinción de la concursada, de ahí que el incumplimiento del convenio podrá desplegar los efectos que le son propios, salvo la ineficacia de la modificación estructural; la liquidación post convenio se limitará a los activos y pasivos subsistentes

en la cedente, sin posibilidad de alcanzar al patrimonio transmitido a las sociedades beneficiarias; los acreedores transferidos a las beneficiarias lo serán asimismo de la escindida, pues el art. 80 proclama su responsabilidad solidaria por la totalidad de la obligación.