



Comentario a la Ley Concursal

3.^a Edición

Tomo I

Directora

Juana Pulgar Ezquerro

Coordinadores

Andrés Gutiérrez Gilsanz

Javier Megías López

Eva Recamán Graña



Comentario a la Ley Concursal

Texto Refundido de la Ley Concursal

3.^a Edición

Tomo I

Directora

Juana Pulgar Ezquerro

Coordinadores

Andrés Gutiérrez Gilsanz

Javier Megías López

Eva Recamán Graña

© Autores Varios, 2023
© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.laley.es>

Tercera edición: septiembre 2023

Depósito Legal: M-2422-2023
ISBN versión impresa obra completa: 978-84-19446-09-1
ISBN versión impresa: 978-84-19446-11-4
ISBN versión electrónica: 978-84-19446-10-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.
Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Artículo 317 bis. Propuesta de convenio con modificación estructural

1. En la propuesta de convenio podrá incluirse la modificación estructural de la persona jurídica concursada. En ese caso la propuesta deberá ser firmada, además, por los respectivos representantes, con poder suficiente, de la entidad o entidades que sean parte en cualquiera de esas modificaciones estructurales.

2. En ningún caso la sociedad transformada, la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria pueden llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural.

Andrés Gutiérrez Gilsanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

I. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD CONCURSADA COMO CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

De la lectura conjunta de los arts. 317.3 TRLC y 317 bis TRLC se puede deducir que en la propuesta de convenio puede incluirse tanto la modificación estructural de la persona jurídica concursada ya acordada en las entidades implicadas, como la posibilidad de que se realice, esto es, que la propuesta incluya un proyecto de modificación estructural que afectará a la persona jurídica concursada. De ahí que en art. 317 bis TRLC se requiera la firma de la propuesta, además de por la representación de la sociedad concursada, asimismo por los respectivos representantes, con poder suficiente, de la entidad o entidades que sean parte en la modificación estructural.

Es sabido que en las modificaciones estructurales en las que se ve implicada más de una persona jurídica, tras unos contactos preliminares entre los administradores de las entidades y una vez decidida llevarla a cabo, se diseña y se redacta de común acuerdo entre aquellos el proyecto de modificación estructural, se elabora un informe al respecto por los administradores de cada una de las sociedades y en ocasiones también por uno o varios expertos independientes, poniéndose después a disposición de los socios tanto el proyecto como los informes, para posteriormente someter la operación a la necesaria aprobación por los socios de cada una de las entidades (aunque en la cesión global de activo y pasivo sólo es necesario el acuerdo de los socios en la sociedad cedente) surgiendo después los derechos de tutela individual de los acreedores.

Por tanto, los supuestos que contempla el precepto como contenido de una propuesta de convenio son de modificaciones estructurales que no sólo están diseñadas por los administradores, sino que ya han sido aprobadas por los socios de las entidades implicadas.

La privación por el art. 399 ter.1 TRLC a los acreedores concursales de los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en el caso de que el convenio previera una modificación estructural, se explica porque tales acreedores van a tener la posibilidad de oponerse a la apro-

bación de convenio que contenga tales modificaciones estructurales conforme a los arts. 382 y ss TRLC, con lo que su protección está asegurada. No podrá en cambio privarse de tales derechos a los acreedores no concursales, que carecen del derecho de oposición a la aprobación del convenio, singularmente a los titulares de créditos contra la masa y a los acreedores del resto de entidades implicadas en las modificaciones estructurales contenido del convenio.

Al igual que en el supuesto en el que en la propuesta sólo se contenga el proyecto de modificación estructural, también cuando en la propuesta se contenga la modificación estructural ya acordada, 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 (art. 399 ter .2 TRLC).

Pertenecerá al cumplimiento del convenio ya aprobado por el juez la culminación de la modificación estructural acordada y presente en la propuesta, de tal manera que si ello no sucediera sería motivo para que pudiera solicitarse la declaración de incumplimiento del convenio, que de obtenerse supondría la resolución del convenio y una vez firme la apertura de oficio de la liquidación. Si la modificación estructural no implicara la extinción de la sociedad concursada y no constituyera el único contenido del convenio, también cabría la declaración judicial de incumplimiento de convenio por el incumplimiento de alguna otra previsión del convenio, aunque se hubiera llevado a cabo la modificación estructural, si bien la resolución del convenio que tal declaración implica no dejaría sin efecto la modificación estructural realizada (art. 404 .2 TRLC).

II. LA PROHIBICIÓN DE DESPATRIMONIALIZACIÓN

Siendo muy frecuente en la práctica la inclusión en la propuesta de convenio de la posibilidad de modificación estructural de la sociedad concursada, o de una modificación estructural de la misma ya acordada, la ley quiere evitar que tal previsión pueda amparar un verdadero fraude a los derechos de los acreedores y también de los socios de la sociedad concursada, como es la despatrimonialización societaria consecuencia de la realización de la modificación estructural contenido del convenio.

En efecto, ante la insolvencia de una sociedad motivadora de la declaración de concurso, subsistiendo sin embargo en su patrimonio bienes o derechos de valor apreciable junto con otros de nulo o escaso valor y/o derechos de muy difícil cobro, existe la tentación de diseñar una modificación estructural contenido de una propuesta de convenio que traiga consigo una vez aprobado el convenio y realizada la modificación estructural, un traspaso de los activos de menor valor y los pasivos tóxicos a otra u otras sociedades, o bien todo lo contrario, esto es, el traspaso de los activos de valor a otra u otras sociedades. La consecuencia de esta operación es que la sociedad transformada, la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria pueden llegar a tener como consecuencia de la modificación estructural realizada en ejecución de un convenio, un patrimonio negativo, quedando en cambio «saneada» la sociedad concursada u

otra sociedad, por albergar a partir de tal operación en su patrimonio los bienes y derechos apreciables. Ello constituye un verdadero fraude de los derechos de los acreedores titulares de créditos contra la sociedad despatrimonializada, que pierden el sustrato básico de la posible satisfacción de sus créditos, así como de los socios titulares de participaciones en la sociedad cuyo patrimonio se haya visto disminuido y devaluado como consecuencia de la modificación estructural.

Por eso el art. 317 bis .2 TRLC prohíbe que la transformación, la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la sociedad concursada contenido de un convenio puedan traer consigo que la sociedad transformada, la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria puedan llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural realizada en ejecución de un convenio concursal.

Se trata, en suma, de una norma relacionada con la necesidad de proteger la integridad del capital social.

Su infracción es motivo relacionado con el contenido del convenio que puede traer consigo el rechazo de la admisión a trámite de la propuesta de convenio con modificación estructural (art. 342 .1 TRLC). Si no es así, podrá fundar una oposición a la aprobación del convenio por la causa prevista en el nº 1 del art. 383 TRLC y en todo caso habrá de ser controlada de oficio por el juez en sede de aprobación judicial (art. 393 TRLC), pudiendo motivar el rechazo del convenio.

Artículo 318. *Prohibiciones*

1. En ningún caso la propuesta de convenio podrá suponer:

1.º La alteración de la cuantía de los créditos establecida por esta ley, sin perjuicio de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener.

2.º La alteración de la clasificación de los créditos establecida por esta ley.

3.º La liquidación de la masa activa para la satisfacción de los créditos.

2. La propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos de derecho público ni para los créditos laborales el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario.

3. La propuesta de convenio no podrá suponer quita ni espera respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Andrés Gutiérrez Gilsanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

I. EL CONTENIDO PROHIBIDO EN EL CONVENIO

El amplio margen que la Ley reconoce a la libertad de las partes en cuanto a la configuración del contenido del convenio se encuentra limitado expresamente por el art. 318 TRLC.

Ante todo, la norma es tajante cuando establece que en «ningún caso» la propuesta de convenio podrá suponer la alteración de la cuantía de los créditos «establecida por esta ley» (se entiende la cuantía fijada en el procedimiento desarrollado conforme esta ley), sin perjuicio de que se reconozca la posibilidad de que se acuerde una quita o remisión como contenido del convenio que pueda afectar a los créditos reconocidos.

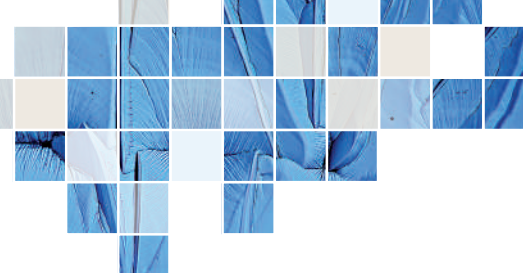
Además, la propuesta de convenio tampoco podrá suponer la alteración de la clasificación de los créditos establecida por la Ley, que comprende tanto el traslado de una clase a otra, como la creación de clases diferentes a las establecidas legalmente, lo cual debe diferenciarse de la posibilidad, legalmente reconocida, de prever un trato singular, entendido como trato distinto y fundamentalmente favorable en comparación con el resto, a ciertos créditos o a grupos de créditos determinados por sus características (art. 378 TRLC).

En suma, en el convenio no se puede realizar el reconocimiento y la clasificación de los créditos concursales. Eso es labor de la administración concursal mediante la elaboración de la lista de acreedores conforme a las prescripciones al respecto de la ley y con decisión final del juez en caso de que se presenten impugnaciones a la misma.

No obstante, la ley misma permite una excepción a la prohibición anterior. En efecto, en el art. 242 16º TRLC se permite que en el convenio se prevea que los créditos concedidos al concursado para financiar el cumplimiento del convenio aprobado por el juez, según el plan de viabilidad presentado, se consideren créditos contra la masa en caso de liquidación. Esta misma regla se aplicará a los créditos prestados por personas especialmente relacionadas con el concursado si en el convenio consta la identidad del obligado y la cuantía máxima de la financiación a conceder.

Asimismo, la Ley prohíbe que la propuesta consista en la liquidación de la masa activa para la satisfacción de los créditos⁽⁹⁾. Con ello se pretende prohibir que por medio de su previsión como contenido del convenio se eludan las normas legales sobre liquidación concursal, que es la solución alternativa al convenio e incompatible con él. Por eso, no sólo están prohibidos los convenios que tengan por objeto regular la liquidación de la masa activa, sino también los convenios de continuación

(9) Vid. STS (Sala 1ª) de 28 de marzo de 2012 (LA LEY 52700/2012), SSAP Alicante (Secc. 8ª) de 22 de enero de 2009 y 11 de febrero de 2009, SAP Pontevedra de 20 de enero de 2010 y SSAP Murcia (Secc. 4ª) de 7 de enero de 2011 y 1 de marzo de 2012. La previsión de venta de inmuebles de una promotora que continúa con su actividad no supone liquidación; así, vid. SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 12 de diciembre de 2011 y AAP Madrid (Secc. 28ª) de 8 de junio de 2012.



La transposición a nuestro Derecho de la **Directiva UE 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventivos, exoneración de pasivo y medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales, en virtud de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha supuesto una reforma a fondo, institucional del Texto Refundido de la Ley Concursal.**

La Reforma incide especialmente en el preconcursos a través de los nuevos planes de reestructuración (libro II TRLC), introduciendo un procedimiento especial para microempresas (libro III TRLC), pero también reforma aspectos esenciales del concurso de acreedores tales como: el concurso sin masa, el convenio, la liquidación y la enajenación de unidades productivas (prepack) o la calificación del concurso.

En esta tercera edición, se aborda el análisis de estas cuestiones, artículo por artículo del Texto Refundido de la Ley Concursal tras su reforma por la Ley 16/2022 desde un planteamiento interdisciplinar.

Todo ello con la participación de prestigiosos economistas y juristas privatistas e Iuspublicistas procedentes no sólo del mundo académico, sino también de la judicatura y la práctica del Derecho.

Actualizado al Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.

ISBN: 978-84-19446-11-4



3652461310



ER-0280/2005



GA-2005/0100