

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y DERECHO PRECONCURSAL: REFLEXIONES A RAÍZ DEL REAL DECRETO-LEY 5/2023

Raúl Cartié Casabón

Abogado ICAM

***SUMARIO:** 1. COEXISTENCIA DEL DERECHO DE INSOLVENCIA Y LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRECONCURSAL EN ESPAÑA. 2.1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO. 3. PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 5/2023. 3.1. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE SU UTILIZACIÓN COMO CONTENIDO DE UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN/PLAN DE REESTRUCTURACIÓN. 3.1.1. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. 3.1.2 PLANES DE REESTRUCTURACIÓN. 4. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 5/2023 EN MATERIA CONCURSAL. 5. REFLEXIONES FINALES.*

Resumen: La reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que, entre otras medidas, se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 relativa a modificaciones estructurales, vuelve a traer a la palestra un tema sobre el que siempre han existido más incertidumbres que certezas. Este no es otro que, la convivencia de las modificaciones estructurales y el Derecho Preconcurso. Y es que, como consecuencia de la citada reforma, además de producirse la derogación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), se actualizan varios preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR) con el objeto de su adaptación a esta nueva regulación. No es objeto de este trabajo ocuparnos de la relación de ambas disciplinas a lo largo de toda su posible convivencia, sino de su entrelazamiento en sede preconcursal, analizando a lo largo de estas líneas si la última reforma convierte a las modificaciones estructurales en un verdadero aliado en la batalla contra la insolvencia o simplemente se trata de un paso más en la cohesión y acercamiento de ambas disciplinas.

1. COEXISTENCIA DEL DERECHO DE INSOLVENCIA Y LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

A nadie se le escapa que el Derecho de Insolvencia se relaciona con distintas áreas del ordenamiento jurídico, afectando en mayor o menor medida tanto a instituciones de derecho privado como público. Como no puede ser de otra forma, por puntos de conexión, podría decirse que el Derecho de Sociedades es una de la más cercanas, si bien, ello no ha impedido que su coordinación haya sido más que cuestionable, especialmente en la conjugación de las posibilidades ofrecidas por ambas ramas a las sociedades en los momentos previos a la insolvencia. En efecto, han sido múltiples los interrogantes que han surgido en su puesta en práctica, desincentivando el uso de las modificaciones estructurales como vía alternativa al concurso de acreedores o ya en sede concursal, como parte de un convenio o incluso, durante la fase de liquidación.

No debemos olvidar que el concurso de acreedores y las modificaciones estructurales (fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo) son instituciones independientes, con diferentes funciones y por tanto, autonomía propia. En este sentido, mientras que, el primero de ellos persigue, en esencia, alcanzar la satisfacción de los acreedores, el segundo, *“constituye un instrumento dispuesto para favorecer la transmisión de activos y pasivos de la persona jurídica y para la creación y la extinción de personas jurídicas”*.¹

En cuanto a su confluencia, nada impide que durante el transcurso de la ejecución de una operación de modificación estructural una sociedad pueda ser declarada en concurso (vid. arts. 1 y 5.1 (TRLR) ni tampoco lo contrario, esto es, que una mercantil declarada en concurso haga uso de las modificaciones estructurales como alternativa a su situación de *distress* (vid. 317.3, 317 bis y 339 ter TRLR).²

¹ BELTRÁN, E., (2010), “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *AAMN*, pp. 157-183.

² Téngase en cuenta que, iniciadas las comunicaciones de negociación con acreedores tendentes a alcanzar un plan de reestructuración o declarado el concurso, existe una primacía del Derecho de Insolvencia.

Admitido lo anterior, cabe destacar que el Derecho de Insolvencia no tiene su razón de ser únicamente cuando una sociedad se encuentra en tal situación, sino que, su finalidad es más amplia que la del concurso de acreedores propiamente dicho, pasando por erigirse como un instrumento que permita a sociedades mercantiles anticiparse a la insolvencia, actuando como su tabla de salvación. Es por ello que, a raíz de la transposición de la Directiva 2019/1023 se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un instrumento preconcursal que nos era ajeno hasta el momento, este es, el plan de reestructuración y, que viene a incentivar el uso de estas herramientas preconcursales. Si bien, con anterioridad a la reforma, nada impedía a los deudores, incluirlos como parte de un acuerdo de refinanciación o en uso de la libertad contractual, realizarlas al margen del derecho preconcursal.

Bajo este contexto, la coexistencia del proceso societario y concursal ha producido disfunciones que, sin una normativa que los coordinase efectivamente, ha venido obligando a los distintos operadores jurídicos a integrarlos por la vía interpretativa. A lo largo de este trabajo, comprobaremos si la promulgación del Real Decreto-ley 5/2023 ayuda a disipar las dudas que hasta ahora se planteaban, facilitando el uso de las modificaciones estructurales como contenido de un plan de reestructuración.

2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRECONCURSAL EN ESPAÑA

El punto de partida del presente artículo debe pasar, por tanto, por la definición y delimitación de los institutos preconcursales en el Derecho de Insolvencia español. Para ello, analizaremos rápidamente su evolución y creciente protagonismo.

Así las cosas, el nacimiento del “*preconcurso*” en nuestro país no se produce hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, mediante la cual se introdujo, por un lado el artículo 5.3 a la Ley Concursal y, por otro lado, la D.A 4ª dónde se hablaba por primera vez de acuerdos de refinanciación, siendo esta la primera vez que aparecen en nuestra Ley medidas que permiten al deudor realizar ciertas actuaciones en la fase previa a la solicitud de declaración del concurso.

Si bien, las insuficiencias de este primigenio derecho preconcursal hicieron de él un continuo maremágnum de cambios legislativos que nunca se trasladaron a una utilización

práctica y efectiva de las herramientas preconcursales ofrecidas por la normativa concursal. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 16/2022 rezaba lo siguiente; *“la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito.”* Y es que, hasta la entrada en vigor de la citada Ley por la que se reforma el TRLC, no existía un procedimiento común que permitiese al deudor, reestructurar su activo y pasivo de forma conjunta.

Bajo estas circunstancias, la reforma operada en la Ley Concursal a raíz de la transposición de la Directiva (UE) sobre Reestructuración e Insolvencia tiene por objeto afrontar este conjunto de limitaciones. Para ello, introduce en nuestro ordenamiento el novedoso concepto de *“probabilidad de insolvencia”*, situándolo como presupuesto objetivo del concurso. Esta situación implica un adelanto temporal, permitiendo el acceso a los planes de reestructuración³ en una fase anterior a la de insolvencia inminente (presupuesto objetivo anterior a la reforma). A este respecto, el legislador español ha seguido el modelo alemán y ha optado por enmarcar la probabilidad de insolvencia en un horizonte temporal de dos años.⁴ Ahora bien, nada impide a cualquier compañía que se encuentre en insolvencia inminente o actual recurrir a este instrumento preconcursal (art.584.1 TRLC), sin perjuicio del trámite de una solicitud de concurso necesario, cuya admisión se constituye como un límite al acceso a los marcos de reestructuración preventiva.

2.1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO.

Con carácter previo al análisis de esta cuestión, huelga decir que cualquier deudor que se encuentre ante una delicada situación económica, puede en el ejercicio de su libertad

³ Los nuevos planes de reestructuración reducen las dos instituciones preconcursales anteriores (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago) a una sola.

⁴ *Vid.* § 18 *Insolvenzordnung* (DEU) en el que se establece un periodo de 24 meses para prever el incumplimiento, si bien sin diferenciar dos estados distintos como serían la probabilidad y la insolvencia inminente.

contractual iniciar negociaciones extrajudiciales con uno o varios de sus acreedores tendentes a resolver la crisis por la que atraviesa y cuyo contenido pase por la realización de una modificación estructural. Ahora bien, estos acuerdos únicamente van a desplegar su eficacia sobre las partes contratantes, siendo inoponibles ante terceros y por tanto, quedando la deudora descubierta ante el posible inicio de acciones ejecutivas individuales o incluso, la solicitud de concurso necesario, si esta ya se encuentra en un estadio de insolvencia actual o inminente. Es por ello que, para beneficiarse de la protección que otorgan los institutos preconcursales, es necesario que la modificación estructural se incluya como contenido de estos, adaptándose a la configuración prevista para ellos en la Ley Concursal.

Delimitado el marco circunstancial y temporal en el que nos vamos a mover, BELTRÁN, E.⁵ diferenciaba tres grupos en los que las modificaciones estructurales pueden configurarse como una alternativa al concurso de acreedores.

- El primero de ellos, relativo a modificaciones estructurales extintivas, donde la sociedad en insolvencia (inminente o actual) o probabilidad de insolvencia, transmite íntegramente su activo y pasivo, extinguiéndose la sociedad (fusión, escisión total y cesión global de activo y pasivo con contraprestación a los socios).
- Aquel en el que la mercantil transmite una parte de su patrimonio por sucesión universal, sin que se produzca su extinción (Escisión parcial, segregación y cesión global de activo y pasivo con contraprestación a la propia sociedad). En la actualidad, este carece de sentido como contenido de un plan de reestructuración, toda vez que la última reforma del TRLC introdujo la posibilidad de vender la unidad productiva en funcionamiento (algunos Juzgados de lo Mercantil, ya lo venían autorizando antes de la Reforma), constituyéndose como una vía más ágil para salvar aquellas partes de la compañía que de manera autónoma fuesen rentables.

⁵ BELTRÁN, E., (2012), “Operaciones societarias sustitutivas del concurso de acreedores”, en *Teoría y derecho. Revista del pensamiento jurídico*, núm.12, Pág. 104-120.

- Por último, aquel en el que una sociedad adquiere un patrimonio por sucesión universal (Fusión por absorción (sociedad absorbente), escisión (sociedad beneficiaria), cesión global de activo y pasivo (sociedad cesionaria).

3. PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN ANTERIOR AL REAL DECRETO-LEY 5/2023.

En los últimos tiempos nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado dos reformas de gran calado; por un lado, la reforma del TRLC, por la cual, en esencia y a los efectos que aquí interesan se efectúa una gran remodelación en el derecho preconcursal, introduciéndose como figura clave, los planes de reestructuración y produciéndose a su vez el adelanto del presupuesto objetivo para el acceso a este instituto preconcursal respecto a su precursor, por otro lado, la reforma de la LME que a su vez modifica el TRLC, a través de la cual, entre otras, se viene a esclarecer y facilitar el uso de las modificaciones estructurales, mejorando la coordinación en sede preconcursal.

En la legislación anterior a ambas reformas, nada impedía en uso de la autonomía de la voluntad de las partes alcanzar un acuerdo de refinanciación entre la sociedad deudora y sus acreedores cuyo contenido orbitase sobre la ejecución de una modificación estructural, pese a no estar recogido expresamente en la ley, ni tampoco la ejecución de una modificación estructural extramuros de la normativa concursal⁶.

Y es que, a pesar de la utilidad práctica que podía revestir el uso de una modificación estructural como alternativa al concurso de acreedores, no eran pocas las ocasiones en que se acababa desechando tal posibilidad como consecuencia de una serie de dificultades técnicas y jurídicas que entorpecían enormemente su uso. En esencia, no quedaba claro qué reglas se debían aplicar para proteger a los acreedores.

3.1. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE SU UTILIZACIÓN COMO CONTENIDO DE UN ACUERDO DE REFINANCIACIÓN/PLAN DE REESTRUCTURACIÓN.

⁶ A este respecto, la apertura de un proceso de modificación por una compañía en insolvencia actual o inminente no exime a sus administradores del deber de solicitar el concurso.

Dado que las regulaciones de los acuerdos de refinanciación y los planes de reestructuración son sustancialmente distintas, es preferible su distinción, alumbrando los problemas que encontrábamos en cada una de ellas.

3.1.1. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

La primera de las dudas que suscitaba la inclusión de una modificación estructural como contenido de un acuerdo de refinanciación era la relativa a su rescindibilidad en caso de una posterior declaración de concurso.

A este respecto, el antiguo art.71 bis LC excluía de la acción de rescisión los acuerdos de refinanciación que cumplieran los requisitos impuestos en la misma, si bien nada decía al respecto de la modificación estructural. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (STS 5136/2016), defendiendo que no era posible la rescisión concursal de estas operaciones, toda vez que así lo excluía el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. En palabras del Alto Tribunal, *“Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no solo la nulidad, sino también la rescisión concursal, que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión (art. 73.1 LC). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término “impugnación”, que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil.”* Las mismas conclusiones son aplicables al art.226 TRLC y por consiguiente, a los actuales planes de reestructuración. Superado el obstáculo anterior, mayor preocupación ha causado a los operadores jurídicos la cuestión de que acreedores tenían derecho a oponerse a la modificación estructural. De conformidad con los artículos 44 (fusión), 73.1 (escisión) y 88.2 (cesión global de activo y de pasivo) de la derogada LME, dentro del mes siguiente a la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se apruebe la modificación que se trate o, desde el envío de la comunicación por escrito al último de ellos, podían oponerse los acreedores cuyos créditos hubieren nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto o del acuerdo, que no estuviesen vencidos en dicho momento y no estuviesen debidamente garantizados.

Por su parte, desde el punto de vista concursal, debemos distinguir las distintas posiciones que podían surgir en la práctica:

- Aquellos acreedores que votasen a favor del acuerdo. En virtud de la doctrina de los actos propios, resultaba difícil la justificación de su oposición en sede societaria, una vez manifestado su consentimiento favorable al acuerdo de refinanciación/plan de reestructuración que incluía la modificación estructural.
- Aquellos que votasen en contra del acuerdo. Tendrían derecho a la oposición, aunque se mejorase la situación financiera del deudor como consecuencia del acuerdo.
- Aquellos acreedores financieros y sindicados que votasen en contra y les fuera aplicable la extensión de efectos de la homologación. Al amparo de la D.A. 4ª LC, cumplidas las mayorías previstas, a los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo y cuyos créditos no gozasen de garantía real o por la parte de los créditos que excedan el valor de esta, se les extendía por la homologación judicial una serie de efectos. Existían dudas sobre la existencia de derecho de oposición o no, pues del tenor literal únicamente se desprendería que la extensión de efectos se limitaba a esperas, quitas y conversión de deuda.

Bajo este pretexto, no quedaba claro que reglas debían aplicarse para la protección del interés del acreedor, generando una inseguridad que abocaba por frustrar cualquier acción dirigida a incluir la modificación como contenido del acuerdo de refinanciación.

3.1.2. PLANES DE REESTRUCTURACIÓN

La reforma operada en la Ley Concursal a través de la transposición de la Directiva 2019/1023, ha supuesto ciertamente una gran mejora en materia de reestructuración de empresas, permitiendo bajo un único procedimiento, la reestructuración de activo y pasivo, pudiéndose incluso imponer a socios y acreedores disidentes, las medidas que resulten más adecuadas para la salvaguarda de los intereses económicos de la compañía, extendiéndoles los efectos y sacrificios que del plan de reestructuración se pueden derivar.

Sin embargo, pese a ser un gran avance, durante este año han seguido surgiendo dudas a la hora de incorporar una modificación estructural como contenido de un plan de reestructuración.

➤ **Posición de los socios en el plan de reestructuración**

En relación con la posición del socio en cuanto al plan y la modificación estructural, no se pronuncia el TRLC sobre si el plan de reestructuración debe incluir los proyectos e informes a que se refería la derogada LME en sus artículos 30 (fusión), 73 y 74 (escisión) y 85 (cesión global de activo y pasivo). Una interpretación analógica del art. 371 bis TRLC (relativo a convenio), podría conducirnos a error, al hacernos pensar que es suficiente con aportar una propuesta firmada por los respectivos representantes, con poder suficiente, de las entidades que participen en la modificación estructural. Y ello debido a que, a tenor del artículo 631 TRLC, el plan de reestructuración debe someterse a su aprobación en junta general al contener medidas que requieren el acuerdo de los socios. Luego, parece más lógico, en atención al artículo 631.3 TRLC⁷, pensar que en todo caso, el plan de reestructuración debe incluir dicha documentación. En primer lugar, para salvar el derecho de información que todo socio posee y que indudablemente se vería vulnerado si acude a la junta sin haber tenido la oportunidad de revisar los informes y proyectos de la modificación estructural y, en segundo lugar, para que no existan problemas en la inscripción en el Registro Mercantil cuando el plan no resulte aprobado por la junta general, como más adelante se explicará.

Así las cosas, el apartado segundo del artículo 631 TRLC prevé una serie de especialidades relativas a la junta general a la que se someterá el plan de reestructuración y que, como contenido del mismo incluya una modificación estructural. Estas reglas especiales afectan a la convocatoria, orden del día, quórum y mayorías requeridas, si bien, nada dice sobre la publicidad que prevé la LME para las modificaciones estructurales, lo que nos lleva, por la vía interpretativa de nuevo, a entender que los informes y proyectos

⁷ Vid. art.631.3 TRLC; “cualquier operación societaria que prevea el plan deberá ajustarse a la legislación societaria aplicable.”

de la modificación deberán estar insertados en la página web de la sociedad o en su defecto, depositados en el Registro Mercantil con antelación de un mes.

En cuanto a la convocatoria (631.2.1ª TRLC), esta debe realizarse con un plazo de antelación muy reducido (10 días para sociedades limitadas y anónimas y 21 días para sociedades cotizadas), pudiendo efectuarse o bien, con anterioridad a la fecha de solicitud de la homologación del plan, esto es, durante los siete meses siguientes a la comunicación del inicio de negociaciones⁸ o bien, si no hubiera sido convocada en ese plazo, a instancia de la sociedad por el juez en la resolución de la admisión a trámite de la homologación. Así, estamos ante un breve plazo que dificulta enormemente la proposición e inclusión de modificaciones estructurales como contenido de un plan en aquellas sociedades que no exista consenso entre sus socios, entendiéndose que en garantía del derecho de información del socio se deben publicar los proyectos e informes previstos en la LME con el plazo de antelación de un mes (antiguo art.32 LME y nuevo art.7 nueva LME).

El acuerdo a que nos referimos se adoptará con el quórum y mayorías legales ordinarias, cualquiera que sea su contenido. A este respecto, el TRLC omite deliberadamente la posibilidad de celebración de la junta en segunda convocatoria para el caso de las sociedades anónimas, entendiéndose que si no existe quórum suficiente para su celebración en primera convocatoria, el plan deberá entenderse rechazado. Por otro lado, rechaza las mayorías legales reforzadas que son aplicables a estos casos de modificación estructural o aumentos o reducciones de capital (art.199 LSC), lo cual en pro de la aprobación del plan, diluye el poder de aquellos socios minoritarios contrarios a su contenido, evitando así el denominado abuso de la minoría.⁹

⁸ La comunicación de inicio de negociaciones tendentes a alcanzar un plan de reestructuración (art.585 TRLC) otorga un plazo de tres meses al deudor que se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual (siempre que no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario) para que las lleve a cabo. Dicho plazo puede ser prorrogado en otros tres meses sucesivos a la ya concedida (art.607 TRLC). Sin que la homologación del plan se encuentre sujeta a plazo en el TRLC, nada impediría al deudor homologar el plan dentro del mes posterior a la prórroga ex artículo 610.3 TRLC. Ahora bien, no debemos olvidar que para que salga adelante un plan de reestructuración cuyo contenido pase por la ejecución de una modificación estructural, será necesario que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia inminente o actual.

⁹ Entre otros, MARTÍNEZ, S. S. (2013) en “Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptados o rechazados”. *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, (75), 1 o, PULGAR EZQUERRA, J. (2013) en “Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías”, Pág. 18.

En lo relativo a su impugnación por los socios disidentes, cabe destacar que el juez es el encargado de controlar su legalidad ex art.647.4 TRLC, no pudiendo estos impugnarlo si este ha sido aprobado por mayoría legal ordinaria¹⁰, pero sí, por aquellos que hayan votado en contra, cuando no se hubiera aprobado por la mayoría antedicha y se solicitase su homologación (art.656.2 TRLC).

Otra de las dudas que nos asaltan es la posible inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil por parte de los administradores de la sociedad, o en su defecto, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, cuando no se adoptaran los acuerdos de ejecución por la junta general (art.650.2 TRLC). A este respecto, cobra todo el sentido la necesidad de que se incorporen como Anexos al plan los ya citados proyectos e informes, pues una interpretación extensiva del último inciso del apartado segundo del artículo 650 TRLC, nos lleva a pensar que el auto de homologación es título suficiente para la inscripción en el Registro no solo para la inscripción de modificaciones estatutarias sino también de modificaciones estructurales, pudiendo calificar como desfavorable la inscripción en caso de que estos documentos no se incorporen al plan sometido a homologación.

➤ **Posición de los acreedores en el plan de reestructuración.**

Por su parte, desde el prisma de los acreedores, tanto la LME como el TRLC les proveían de mecanismos de oposición. Así, los artículos 44 (fusión), 73.1 (escisión) y 88.2 (cesión global de activo y de pasivo) LME establecían una serie de herramientas a disposición de los acreedores, que les permitían que se les garantizase el cobro de sus créditos ante una modificación estructural. Por su parte, el artículo 631.3 *in fine* TRLC, preveía lo siguiente: *“En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán derecho de oposición.”* De ahí que, debiésemos entender que los mecanismos de la LME quedan desactivados, pudiendo el acreedor en defensa de sus intereses impugnar la homologación judicial del plan ex artículo 653 y siguientes TRLC, lo cual suponía un adelanto lógico en la materia, aunque no dejaba de ser una mera interpretación realizada por los distintos operadores jurídicos.

¹⁰ Téngase en cuenta que el artículo 656.1 TRLC únicamente es aplicable al plan no aprobado por los socios.

4. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 5/2023 EN MATERIA CONCURSAL.

Como consecuencia del Real Decreto-ley 5/2023, son cuatro los artículos modificados en el TRLC (tres de ellos en sede de convenio y uno en materia de planes de reestructuración).

Así las cosas, se da una nueva redacción al artículo 317.3 de la Ley Concursal dónde se pasa a hablar en términos genéricos de “modificación estructural”¹¹ con el fin de adaptar el texto a la realidad práctica, dónde se venía aceptando la transformación de la sociedad. Del mismo modo, se modifica la redacción del artículo 317 bis.1 TRLC, incluyendo la referencia expresa a la transformación de la sociedad. Por último, en materia de convenio se aclara lo dispuesto en el artículo 399 ter 1 al aclarar que: “*En el caso de que el convenio previera una modificación estructural los acreedores concursales no tendrán los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero del Real Decreto-ley 5/2023*”.

En los mismos términos es modificado el artículo 631.3 TRLC, señalando que: “*En particular, en el caso de que el plan prevea una modificación estructural, los acreedores a los que afecte el plan no tendrán los derechos de tutela individual reconocidos en el libro primero del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio.*”¹²

La razón de ser de estas modificaciones es clarificar el mecanismo de defensa que tiene el acreedor ante la pretendida extensión de efectos y sacrificios de un plan de reestructuración cuyo contenido pase por la ejecución de una modificación estructural,

¹¹ En el texto derogado se hacía mención expresa a “*la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada*”.

¹² PULGAR EZQUERRA, J. en la Tribuna publicada en Diario la Ley, de fecha 13 de octubre de 2023, bajo la rúbrica “*Los nuevos Planes de Reestructuración: un año de aplicación práctica*” plantea como un error en la transcripción del precepto el hecho de no incluir en él la protección concursal sobre otras operaciones societarias distintas a las modificaciones estructurales, como pudiera ser una reducción de capital, señalando que “*no tendría lógica alguna excluir dichos derechos en modificaciones estructurales en aras de la conservación y mantenimiento al margen del concurso de compañías viables en dificultades económicas y sin embargo permitir que los acreedores puedan bloquear un plan de reestructuración en virtud del ejercicio de derechos individuales de tutela en operaciones que pueden resultar claves en las reestructuraciones como podría ser una reducción de capital.*”

siendo este el de impugnación del auto de homologación cuando concurra alguno de los motivos previstos en el artículo 654 TRLC.

Por todo ello, a salvo de la concreción del régimen de defensa que poseen los acreedores, el legislador ha perdido una oportunidad para realizar una armonización más completa entre ambas áreas, salvando alguna de las lagunas y dudas que surgen a los operadores jurídicos a la hora de hacer uso de las modificaciones estructurales como contenido de un Plan de Reestructuración.

5. REFLEXIONES FINALES.

La nueva redacción dada al TLRC en materia de planes de reestructuración a través de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2023 supone un paso más en la coordinación entre el Derecho Societario y Concursal en los momentos previos a la insolvencia. Paso que no se antoja suficiente y cuya única novedad aportada es la aclaración del mecanismo de defensa que pueden utilizar los acreedores disconformes cuando el plan de reestructuración contemple alguna modificación estructural. Este mecanismo es el ofrecido por el TRLC al facultarles a impugnar el auto de homologación del plan cuando concurra alguna de las causas previstas en los artículos 654 TRLC.

Sin embargo, todavía queda bastante camino por recorrer, pues a pesar de quedar clara la posición del acreedor y su posible defensa respecto a aquellos planes cuyo contenido pase por una modificación estructural, ningún incentivo que no estuviera ya contemplado desde la reforma de 2022 otorga esta nueva regulación para la inclusión de modificaciones estructurales como contenido de un plan de reestructuración. Y es que, debemos tener en cuenta que se siguen suscitando dudas que pueden dificultar la inclusión de estas medidas como parte de un plan de reestructuración, especialmente en aquellos casos en que los socios se muestren disconformes con su ejecución.

Así, aceptada la inclusión al plan de toda la documentación (proyecto e informes) exigida por la nueva LME, esta debe ser publicada con la antelación de un mes en la página web de la sociedad o, en su defecto, depositada en el Registro Mercantil (art.7 nueva LME). Por tanto, dado que para los casos aquí analizados es preciso que la sociedad deudora se encuentre en estado de insolvencia inminente o actual, ya que, en caso de estar todavía en

probabilidad de insolvencia quedaría expuesto a una eventual impugnación ex artículo 656.1.3º TRLC, los plazos para instrumentar la operación son ciertamente breves.

Téngase en cuenta que incurra la sociedad en insolvencia inminente se da el presupuesto objetivo para que sea instado el concurso necesario, por tanto, en aquellas sociedades que pretendan aprobar un plan con este contenido y se encuentren en dicho estado, deberán apresurarse a comunicar el inicio de negociaciones, debiendo presentar a los socios el proyecto y los informes a que se refiere la nueva LME con al menos un mes a la fecha límite de homologación del plan (recuérdese que el juez en el auto de homologación puede convocar la junta en la que se decida la aprobación del plan), esto es, dentro de los seis primeros meses desde la comunicación mediando solicitud de prórroga y siendo esta concedida.

En caso contrario, nada impide que una sociedad haga la comunicación en un estadio previo (probabilidad de insolvencia) y por el transcurso del plazo y la prórroga, someta a homologación el auto ya en estado de insolvencia actual o inminente. Bajo estas circunstancias, el plazo que tiene una sociedad para someter a homologación el plan desde el inicio de las comunicaciones de negociaciones de siete meses, debiéndose encontrarse para entonces al menos, en sociedad inminente cuando su contenido implique una modificación estructural. Así, la modificación estructural se convierte en un aliado contra la insolvencia cuando a fecha de la comunicación el deudor prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos nueve meses (si se solicita la prórroga de la comunicación y se agota el mes adicional) o de seis meses (si no se solicita la prórroga y se agota el mes adicional). Esto sin duda desfavorece su uso, toda vez que acorta en un año y un mes el plazo temporal previsto en la ley para la utilización de los marcos de reestructuración preventiva. El plazo para la presentación a los socios de los informes y los proyectos sería el mismo que para el caso de la insolvencia inminente, es decir, en la fecha de finalización de la prórroga, estos deberán ser publicados en la web de la sociedad o depositados en el Registro Mercantil.

No existirían estos problemas para el caso que no existan socios disidentes, toda vez que, el artículo 650 TRLC prevé que los administradores de la sociedad y, si no lo hicieren, quien designe el juez a propuesta de cualquier acreedor legitimado, podrán llevar a cabo

los actos necesarios para su ejecución, siendo el auto de homologación título suficiente para la inscripción.

En suma, las modificaciones estructurales se convierten en una alternativa a tener en cuenta en sede preconcursal, especialmente en aquellos casos que los socios se muestren favorables a su aprobación como contenido del plan, convirtiéndose la reforma analizada en un paso más en la coordinación de ambas materias. Si bien, con ella no quedan colmadas todavía otras lagunas o inconvenientes que en la práctica pueden desaconsejar el uso de estas herramientas como parte de un Plan de Reestructuración.