



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET MERCANTIL
“MANUEL BROSETA PONT”

PROGRAMA DE DOCTORADO 070 F:
CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO MERCANTIL

TESIS DOCTORAL

Las modificaciones estructurales como parte del proceso concursal

Presentada por: Jessica Girón Beckles

Dirigida por: Dr. D. José Miguel Embid Irujo

Dra. D^a. María de Lourdes Ferrando Villalba

Tutora: Dra. D^a. María José Vañó Vañó

Valencia, 2013

AGRADECIMIENTOS

A los profesores Dr. José Miguel Embid Irujo y Dra. Lourdes Ferrando Villalba por su valiosa ayuda y siempre sabios consejos, fundamentales para la concreción de este trabajo.

Con inmensurable amor a mi familia, quienes con su cariño me motivaron para finalizar esta investigación.

A mis padres y mi hermano, por brindarme un hogar cálido y enseñarme que la perseverancia y el esfuerzo son el camino para lograr nuestros objetivos.

A mis hijos, que entre risas y juegos han alegrado la construcción de mis mundos mentales.

A Mi Vida, por permitirme estar a su lado y disfrutar de su cariño, comprensión y constante estímulo.

Y todas aquellas personas que de una u otra forma, colaboraron o participaron en la realización de esta investigación, hago extensivo mi más sincero y profundo agradecimiento.

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado

ABREVIATURAS

DGT	Dirección General de Tributos
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
Et al.	Y otros
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIS	Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades
LMES	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

ABREVIATURAS

LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
REVESCO	Revista de Estudios Cooperativos
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDCP	Revista de Derecho concursal y Paraconcursal
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RESE	Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea
RGD	Revista General de Derecho Privado
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista jurídica del notariado
RM	Registro Mercantil

RMV	Revista del Mercado de Valores
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el 31 de diciembre de 2013).
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UmwG	Umwandlungsgesetz, de 28 de octubre de 1994, (BGBl. 1994 I, p. 3210)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN GENERAL

I. Delimitación del objeto de esta investigación. II. Metodología. III. Plan de trabajo

CAPÍTULO I

LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN GENERAL

A. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. B. CARACTERES DEFINIDORES Y REQUISITOS DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 1. Alteración de la estructura social. 2. Con finalidad de reestructuración empresarial. 3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal. C. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO.

CAPÍTULO II

FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

A. LA FUSIÓN DE SOCIEDADES. 1. Concepto de fusión: Notas esenciales. Analogías y diferencias con otras figuras. 2. Naturaleza Jurídica de la fusión. 3. Clases de fusión. a) Fusión por creación y fusión por absorción. b) Fusiones especiales, operaciones asimiladas a la fusión y fusiones transfronterizas

intracomunitarias. 4. Fusión de sociedades en liquidación y en concurso de acreedores. 5. Elementos de configuración. a) Sociedades mercantiles. b) Inscritas en el Registro Mercantil. c) Integración en una única sociedad que resulta de la fusión y la extinción de las sociedades participantes. d) Transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal. e) Integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la operación de fusión. 6. Procedimiento de fusión de sociedades. a) Fase preparatoria. b) Fase decisoria: Junta de socios y acuerdo de fusión. c) Fase de pendencia: de la Protección de los acreedores. d) Fase ejecutoria: escritura de fusión. B. LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES. 1. Concepto, caracteres generales, finalidad y naturaleza. 2. Clases de escisión de sociedades. a) Criterio de clasificación atendiendo a la extinción o no de la sociedad que se escinde. (1) La escisión total. (2) La escisión parcial. b) Criterio de clasificación atendiendo a la naturaleza de la sociedad beneficiaria. c) Escisión subjetiva. d) Escisiones especiales o simplificadas e) La segregación y la constitución de una sociedad íntegramente participada. 3. Procedimiento de escisión. a) La fase preparatoria. b) La fase decisoria: el acuerdo de escisión y la junta de socios. c) La fase de formalización y ejecución. C. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO. 1. Concepto. 2. Elementos de la figura. a) Elemento subjetivo. (1) El cedente. (2) El cesionario o cesionarios b) Elemento objetivo: la contraprestación. 3. Procedimiento. a) Fase preparatoria: Proyecto, informes de administradores y documentos contables. b) Fase decisoria: acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente y Derecho de oposición de los acreedores. c) Fase de ejecución. 4. Eficacia de la cesión global de activo y pasivo.

CAPÍTULO III

LAS OPERACIONES DE MODIFICACION ESTRUCTURAL Y EL PROCESO CONCURSAL

A. LOS OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. B. LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA. C. EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD QUE PARTICIPA O HA PARTICIPADO EN UNA OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL CON CARÁCTER PREVIO A LA APERTURA DEL PROCESO. 1. La declaración de concurso de sociedades participantes en

operaciones de modificación estructural pendientes. 2. La declaración del concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural ya concluidas. a) La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso. (1) Presupuestos de la acción rescisoria concursal. (2) Legitimación de la acción rescisoria concursal. (3) Plazo para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. b) Prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM, con especial referencia la caducidad de la acción. D. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DENTRO DEL PROCESO CONCURSAL. 1. Modificaciones estructurales durante la fase común. 2. Con especial referencia a la fase del convenio concursal. a) De la libertad de contenido del convenio a sus límites. b) Requisitos especiales para la aplicación de las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio. 3. Las modificaciones estructurales de una sociedad en liquidación concursal.

CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN GENERAL

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN

En la situación económica actual se hace evidente que cada vez son más las empresas que entran en la vorágine de los procesos concursales, pero con el agravante de que muchas de estas empresas podrían continuar con su actividad empresarial mediante el uso de soluciones diferentes a la típica liquidación al ser económicamente viables. El Derecho concursal desemboca, como ha demostrado la práctica en los últimos años en gran número de supuestos, en la disolución de tales sociedades por medio del proceso liquidatorio, que finaliza con su extinción. Pese a ello, en principio, la finalidad del proceso no debería ser esta con carácter principal.

Es por ello que la investigación propuesta se centra en el estudio de las modificaciones estructurales de sociedades, reguladas por la Ley 3/2009 de 3 de abril, dentro del proceso concursal. La cuestión no es fácil de abordar pues la zona de confluencia de ambas áreas, modificaciones y concurso, es algo confusa y ha sido

poco debatida. Su análisis conjunto plantea además preguntas importantes de muy complicada respuesta. Punto de partida de nuestras consideraciones es la necesaria distinción entre la extinción societaria y liquidación patrimonial, lo que permite concluir que no todo proceso concursal tiene que terminar con la extinción de la sociedad por medio de la liquidación patrimonial. Una sociedad podrá extinguirse pero no por ello se debe liquidar su haber patrimonial. Es esto lo que sucede con las modificaciones estructurales, como formas jurídicas idóneas para rehacer y reestructurar organizativamente las empresas. A través del análisis de las modificaciones estructurales, de su propia naturaleza y del instituto de la sucesión universal, demostraremos que estas modificaciones ofrecen numerosas ventajas dentro de un proceso concursal.

Las modificaciones estructurales se muestran con su actual regulación como medios idóneos para la superación de las crisis económicas empresariales. De ellas se derivan consecuencias ventajosas como la conservación del crédito, la continuación de la actividad económica y el mantenimiento de las relaciones y obligaciones con terceros. Son operaciones aptas, además, para la conservación del empleo. Y pueden, con carácter general, servir para la satisfacción de los acreedores por vías conservativas, con costes temporales más bajos que aquellos derivados de los negocios de transmisión de empresas. Por ejemplo, la fusión por absorción podría ser una técnica de saneamiento de grupos de empresas, con la cual sería posible asumir las deudas de la sociedad dominada. La escisión parcial o la segregación permiten desprenderse de la parte más afectada por la crisis de una organización empresarial,

con la consecuente subsistencia de la sociedad que se escinde. Iguales consecuencias beneficiosas tendría la cesión global de activo y pasivo.

Pero la posible confluencia entre el Derecho concursal y las distintas figuras de modificación estructural no termina ahí. Dentro de los procesos concursales, la sociedad que se somete a una operación de modificación estructural puede encontrar ventajas que no tendría si aún no hubiera sido declarada en concurso. Dado que el Derecho español no excluye las modificaciones estructurales en el proceso concursal, esas ventajas se concretan en la supervisión judicial de la modificación estructural, la desactivación parcial del derecho de oposición de los acreedores y la disminución de su pasivo por medio de las quitas y esperas pactadas. Cada vez son más, por ello, las empresas que se acogen a este tipo de procedimientos.

Esta investigación busca sistematizar y dar solución a las preguntas que surgen cuando confluyen estas dos regulaciones, analizando el Derecho español y aquellas referencias necesarias de Derecho comparado. Esta situación de concurrencia entre ambas materias conlleva una compleja labor de interpretación, que ha sido objeto de escaso tratamiento jurídico- doctrinal¹.

El estudio de las modificaciones estructurales como parte de los procesos de saneamiento de sociedades en situación concursal gira alrededor de dos

¹ Algunas aportaciones valiosas, no obstante, son, entre otras, las opiniones que en diferentes monografías y conferencias han vertido LARGO GIL, PULGAR ESQUERRA, CERDÁ ALBERO, CORTÉS DOMÍNGUEZ, PÉREZ TROYA y BELTRÁN.

instituciones clave: las acciones de impugnación y el convenio concursal. De ellas derivan tres problemas importantes. El primero de ellos atañe a la rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso; el segundo, a la posibilidad legal de que una o varias sociedades concursadas participen en una operación de modificación estructural, así como las condiciones e implicaciones que esta reestructuración conlleva; y el último, a las consecuencias para la sociedad concursada que lleve a cabo una reestructuración societaria durante la vigencia del convenio judicialmente aprobado, y sobre todo si dicho convenio fuera incumplido.

En torno al primer problema apuntado, cabe investigar si puede plantearse la acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal en contra de una operación de modificación estructural producida en los dos años anteriores a la declaración del concurso y que cause de alguna forma un perjuicio para la masa activa. Consecuentemente entonces deberá aclararse qué papel podrá jugar el derecho de oposición de los acreedores en el momento de realizar la operación y si se abre una nueva posibilidad de impugnar la operación dentro el proceso concursal. Esta situación ha sido solventada por otros sistemas jurídicos europeos, creemos que con mayor acierto que el español.

Esta no es, sin embargo, la única problemática que se suscita, pues existen normas que delimitan una prohibición de impugnación de la fusión, según el artículo 47.1 de la LMESM, aun cuando posterior y contradictoriamente se regula un plazo de caducidad para su planteamiento. Con esta regulación no queda claro si

se está ante una prohibición absoluta o si se permite la impugnación de las operaciones de modificación estructural en casos particulares y con especial atención a la contravención de los preceptos legales. Y en el caso de que proceda esta impugnación, quedan dos incógnitas más por resolver. La primera atañe a cuáles serán los vicios de nulidad que permitirán fundar la acción. La segunda de ellas alude a si la sede concursal será la llamada a decidir sobre estos puntos. Ciertamente la cuestión no es pacífica.

El Derecho comunitario europeo da libertad a los Estados Miembros para permitir la aplicación o no del régimen de fusiones o escisiones a las sociedades en concurso. Al respecto, algunos ordenamientos jurídicos importantes, como el portugués, el británico y el holandés lo prohíben; otros, como el belga, admiten expresamente esta posibilidad. En el ordenamiento jurídico español no se ha regulado de forma clara y demasiado sencilla el tema de si una o varias sociedades concursadas pueden participar en una modificación estructural. Remontándonos a los antecedentes de la legislación actual, tampoco la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades ni el TRLSA regulaban la cuestión con claridad, al permitir que una sociedad en situación concursal pudiera participar en un proceso de fusión o escisión. Con posterioridad, la LSRL hacía una breve referencia en su artículo 94.3, al establecer que se requería de autorización judicial para que una sociedad en liquidación pudiera participar en procesos de fusión o escisión. Actualmente se acoge como contenido facultativo del convenio concursal.

Son numerosas las dificultades derivadas de la participación de una sociedad concursada en una modificación estructural. Así, por ejemplo, el establecimiento del tipo de canje sobre la base del valor real de las sociedades participantes. En este sentido, cabe preguntarse si junto a la modificación estructural planteada en el seno de un convenio concursal deben necesariamente tratarse otros contenidos del convenio (como las quitas y las esperas); o la situación ante una operación de absorción de sociedad íntegramente participada, en cuyo caso son asuntos de mención necesaria, entre otros, la determinación del procedimiento a seguir para su aprobación o los sujetos legitimados para elaborar la propuesta y firmar proyecto de fusión o escisión.

Por otra parte, la particularidad que las operaciones de modificación estructural adquieren en el procedimiento concursal, afecta al derecho de oposición de los acreedores, reconocido por el artículo 44 LMESM. Poco se ha estudiado en este punto sobre qué sucede con las normas establecidas en el artículo 134 LC en torno a la extensión subjetiva del convenio.

No menos fascinante resulta el determinar qué sucede cuando se incumple un convenio concursal que ha sido acompañado por una operación de modificación estructural. Aquí cabe preguntarse por dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a qué puede ocurrir si admitido o concluido el convenio concursal no llega a concretarse la modificación estructural pactada por la razón que fuese. La segunda cuestión va más allá, planteándonos qué ocurriría si habiéndose aprobado el convenio

concurzal y realizado la operación de modificación estructural, se incumpliera aquél convenio posteriormente.

Pero los problemas enunciados no se limitan únicamente a los anteriormente mencionados, faltaría determinar qué sucede con una sociedad concursada que, tras haber pactado un convenio concursal y durante su período de vigencia, quiera participar en una operación de modificación estructural, situación que se encuentra todavía más necesitada de análisis cuando atañe a operaciones de escisión total, fundamentalmente en relación con las reglas de la responsabilidad solidaria del artículo 80 LMESM.

Por último, no menos relevante es determinar si ya en la fase de liquidación podrán adoptarse operaciones de modificación estructural. Nada se establece, sin embargo, en la LC sobre la posibilidad de que una sociedad en liquidación concursal pueda participar en un proceso de modificación estructural. Es complicada la interpretación de los artículos 5, 28 y 83 de la LMESM, de los que aparentemente puede colegirse que sociedades en liquidación participen en procesos de fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y segregación. Presupuesto de tal posibilidad es que no se haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios.

El trabajo propuesto resulta conveniente para dar respuesta a las controversias apuntadas y resulta provechoso para resolver los problemas derivados

del recurso a las operaciones de modificación estructural en los procesos concursales, cada vez más recurrentes y complicados. Un estudio como el presentado resultará de interés a las empresas en crisis que barajen como solución una modificación estructural, dado que pretende aportar respuestas claras a cuestiones básicas de la aplicación de las normas. Pero además apoyará a aquellos acreedores, que ante el panorama general de lo que acontece dentro del proceso concursal, vean limitado alguno de sus derechos.

La hipótesis de la que parte este trabajo es demostrar que las modificaciones estructurales constituyen una solución práctica y beneficiosa para las empresas viables dentro del proceso concursal, siendo posible realizarlas en todas sus fases, si bien con matices específicos en cada una. Se impone, en consecuencia, verificar que las modificaciones estructurales no son ajenas al Derecho concursal, dentro de él se erigen como una forma idónea de saneamiento empresarial.

II. METODOLOGÍA

El método adoptado en la investigación es descriptivo e interpretativo, de modo que se tratará de analizar la imbricación de las modificaciones estructurales dentro del proceso concursal, atendiendo en especial al Derecho español, pero sin olvidar las necesarias referencias al Derecho comparado europeo.

El método deductivo nos permitirá asimismo valorar los procesos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo como operaciones independientes del Derecho de sociedades para después poder establecer por medio de la retrospección y prospección cuáles serán los puntos de confluencia y discordancia con el Derecho concursal actual. Se utilizará además el método hermenéutico para poder dar respuesta a los vacíos legales y contradicciones normativas.

La nuestra no es una investigación de carácter experimental, sino una investigación centrada en la descripción, interpretación y análisis de la situación actual de las operaciones de modificación estructural dentro del contexto propuesto. Es, en definitiva, un trabajo dialógico- crítico, que incorpora la valoración crítica de la doctrina actual y la legislación vigente.

III. PLAN DE TRABAJO

Para ello, esta investigación se ha dividido en tres grandes capítulos. La primera precisión conceptual debe partir de la construcción inequívoca de la noción de modificación estructural, así como sus caracteres definidores y requisitos, mas si se toma el actual marco legal establecido por la LMESM. Preguntas importantes deben encontrar respuesta: ¿Implica la modificación estructural una alteración en la estructura social? ¿Cuáles son sus fines y cómo se desarrolla su específico procedimiento? Se trata de aspectos sometidos a discusión precisamente por englobar

las grandes categorías que pretenden alterar las estructuras societarias. Se integran en este primer capítulo asimismo la delimitación del procedimiento de las modificaciones estructurales y la importancia de éste para la producción de los efectos de la operación.

El marco conceptual y de análisis de esta investigación y del primer capítulo, por tanto, se limitará a las sociedades de capital. Con ello no se quiere restar importancia a esta materia en las sociedades de personas. Se ciñe además el tratamiento a las modificaciones estructurales traslativas (fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo). La transformación no presenta problemas de compatibilidad con el procedimiento concursal, siendo destacable que la figura puede ser útil como técnica preparatoria de un convenio o como técnica para enervar la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la masa². Por su parte, el traslado internacional de domicilio social está prohibido para las sociedades concursadas (artículo 93.2 LMESM).

El segundo capítulo aborda la delimitación de las figuras de la fusión de sociedades, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, así como el establecimiento de sus elementos básicos de configuración y el régimen legal actual. El capítulo se divide en tres secciones para tratar cada operación, por separado. No

² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 44, julio - agosto, 2012, documento electrónico en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2259&seccion_ver=0 {revisado el 06 de agosto de 2012}, s. p.

se pretende ser exhaustivo en torno al análisis de todas estas figuras, se trata, por el contrario, de dar forma y contenido a las principales ideas y elementos que ayudarán a determinar su utilidad en un eventual proceso concursal.

El tercer capítulo busca, pues, identificar dentro de las diferentes fases del procedimiento de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, los principales problemas de coherencia con las normas concursales así como delimitar los efectos de estas operaciones, resaltando los matices derivados de su confluencia con las normas generales del proceso concursal. Es preciso abordar el tema de la rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso, con arreglo al derecho de oposición de los acreedores en las operaciones de modificación estructural, y la prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM. También deben establecerse los condicionantes que surjan ante el concurso de una sociedad que participa en una operación de modificación estructural. Deben delimitarse asimismo los problemas principales derivados de la aplicación de la fusión, la escisión de sociedades y la cesión global de activo y pasivo dentro de la fase de convenio concursal frente a las limitaciones de su contenido, con especial atención al ejercicio del derecho de oposición a la modificación estructural y a los supuestos de incumplimiento del convenio concursal. De igual manera deben precisarse los requisitos que condicionen la participación de una sociedad en fase de liquidación de las operaciones de modificación estructural.

CAPÍTULO I

LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN GENERAL

SUMARIO: A. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. B. CARACTERES DEFINIDORES Y REQUISITOS DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 1. Alteración de la estructura social. 2. Con finalidad de reestructuración empresarial. 3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal. C. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO.

La legislación española anterior a LMESM no contemplaba de manera conjunta las operaciones de modificación estructural. Las regulaba de forma aislada y como pertenecientes a una categoría, pero sin considerar la relación entre ellas. La conformación general de esta categoría se haría doctrinalmente, con el problema añadido de que su caracterización se presupondría, dado que no se hacía referencia a sus elementos configuradores, o bien era relegada al estudio de las figuras que la

componían, siendo escasas, a pesar de ello, las propuestas para su caracterización general³.

La Ley reguladora de estas operaciones, la LMESM, dota de un marco jurídico legal a este tipo de operaciones y reúne aquellas normas que con precedencia se encontraban dispersas en la legislación española. Lo hace dentro de un contexto real del Derecho comparado, si bien en su articulación ha sido criticada⁴. La LMESM, sin embargo, únicamente reconoce y regula las distintas figuras que componen la categoría de las modificaciones estructurales, pero no concluye una caracterización general de la categoría.

La tarea no resulta en ningún caso sencilla. La delimitación de la categoría jurídica de modificación estructural es una peculiar tarea jurídica de regulación. Lo es por cuanto en ella concurren el Derecho de sociedades puro con el Derecho de la competencia, el Derecho de grupos, el Derecho laboral, el Derecho

³ Esfuerzo de caracterización general realizado por EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, en *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 32; quien señala que la categoría de modificaciones estructurales es dinámica por cuanto sus perfiles externos se encuentran delimitados por los rasgos caracterizadores de las figuras que la componen. De ahí que no es fácil llevar a cabo la delimitación de todas las operaciones que podrían incluirse en esta denominación genérica. Se incidía en el análisis de los elementos configuradores, centrándose la mayor parte de estudios en las concretas figuras de modificaciones estructurales.

⁴ VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *La Notaría*, núm. 1, 2010, documento electrónico en www.colnotcat.es/fitxers%5CAnotaria%5CLN2010_01_CAS.pdf [revisado el 25 de marzo de 2013], pág. 12.

fiscal y el Derecho patrimonial o civil. Es una materia de especial densidad jurídica caracterizada por una regulación muy compleja y extremadamente técnica⁵.

A. Tratamiento normativo de las modificaciones estructurales

El origen de la categoría de modificaciones estructurales debemos buscarlo en el ordenamiento jurídico alemán. Éste, al transponer la Tercera y Sexta Directivas Comunitarias sobre fusiones y escisiones de sociedades anónimas, reformó su regulación general por medio de la promulgación de la “*Umwadlungsgesetz*”⁶. Precisamente regula de manera conjunta las operaciones de transformación, fusión, escisión, segregación y cesión de activo y pasivo y las agrupa bajo la categoría de las llamadas “*Umwandlungen*”⁷. La doctrina española no fue ajena a esta regulación alemana⁸ y busca reproducir el debate a la realidad nacional. Así recurre a agrupar en

⁵ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pág. 14 y el mismo autor en “La Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y el retroceso del Derecho civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2010, núm. 50, págs. 65 a 93.

⁶ Nombre por el cual se conoce doctrinalmente a la “*Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts*” de 28 de octubre de 1994 y que entró en vigor el 1 de enero de 1995.

⁷ El término “*Umwandlungen*” era utilizado, antes de la *UmwG*, para referirse a la transformación y la doctrina empleaba el término *Umstrukturierungen* para referirse a las modificaciones estructurales, categoría que englobaba una serie de operaciones reguladas de manera incoherente, incompleta y asistemática. Al promulgarse la *UmwG* se dio un cambio total a la regulación de estas figuras. Representativa del cambio fue la variación terminológica porque desde 1994 se sustituye la referencia a las *Umstrukturierungen* por *Umwandlungen*. La transformación se pasa a denominar *Formwechsel*. En este sentido, véase CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Centro de Estudios, España, 2004, pág. 35.

⁸ El primero en emplear en sus trabajos este término de modificaciones estructurales para agrupar estas operaciones fue el profesor EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, ob.

esta categoría una serie de figuras ya existentes en la realidad comercial⁹. De estas operaciones se ha ocupado la reciente LMESM¹⁰, que ofrece un tratamiento unitario¹¹ y orgánico de estas figuras.

cit., pág. 14; y el mismo autor en "Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en AA. VV., *Derecho Mercantil de la CEE, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 293. Desde entonces la doctrina ha seguido utilizando esta voz para referirse a la misma categoría de operaciones. Vid VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, José M^a Bosch, 1990-1991, pág. 817 y LARGO GIL, R., "Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado", en *RdS*, núm. 9, 1997, págs. 143 a 185.

⁹ Al respecto, VICENT CHULIÁ, F., "La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 481 y ss. y el mismo autor en "Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil", en *RJC*, núm. 3, 1997-3, págs. 655 y ss., agrupaba algunas de estas operaciones dentro de las llamadas fusiones impropias, aludiendo a lo que en la práctica fiscal se denomina fusión abreviada del artículo 250 TRLSA. Esta figura comprendía las operaciones de concentración en las que, por no seguirse el procedimiento legal de fusión, no se producían todos los efectos excepcionales de ésta: la disolución sin liquidación; la sucesión universal, y el paso automático de los socios de las extinguidas a la sociedad nueva o absorbente, sin liquidación de su cuota o valor de sus participaciones. Esta clasificación fundamental se basaba en la legislación de beneficios a la concentración de empresas. Así, a la "neutralidad fiscal" podían acogerse diversos supuestos de "fusiones impropias": transmisión global o parcial de patrimonio, cesión global de activo y pasivo (arts. 266 LSA y 117 LSRL), segregación, venta-fusión y toma de control.

¹⁰ En torno al procedimiento legislativo y de discusión en el plenario de la citada ley puede consultarse SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "La Ley de Modificaciones Estructurales y el Concepto de Modificación Estructural", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 41 a 63.

¹¹ Sobre el tratamiento unitario de la LMESM a esta categoría son muy interesantes las matizaciones doctrinales dadas. Por un lado, EMBID IRUJO, J. M., "Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 309, octubre 2010, Año XVI, pág. 4, determina que se ha reunido dentro de un mismo cuerpo legal todas y cada una de las modificaciones estructurales hasta ahora reguladas, alcanzándose así una unificación formal; no así la unificación material por cuanto no se ha logrado un tratamiento conjunto de los elementos comunes de las modificaciones estructurales que permita conformarla como categoría jurídica merecedora de un enfoque único. Por otro lado, antes de la promulgación de la LMESM, existen las críticas doctrinales que se centraban en la ausencia en el tratamiento unitario de las operaciones de modificación estructural como VICENT CHULIÁ, F., "Transformación fusión y escisión de la sociedad", en BONARDELL LENZANO, R. (Coord.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de

La Ley, aparte de la pretensión de establecer una regulación unitaria y completa de las operaciones de modificación estructural, persigue otras finalidades. Por ejemplo, busca la simplificación procedimental de estas operaciones. Pero además transpone al ordenamiento español la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005¹², relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, y juntamente con ella, la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo. Además de la incorporación de la Directiva sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, la Ley española sobre modificaciones estructurales incorpora la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Corredores de Comercio, Madrid, 1994, págs. 763 a 767; EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1999, págs. 38 a 43; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta (RDGRN 10 de junio de 1994 [RJ 1994, 4915])”, en *RdS*, núm.4, 1995, págs. 276 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Fusiones y otras modificaciones estructurales entre sociedades vinculadas. Nota Práctica”, en *RGD*, junio 1995, págs. 7031 y ss.; LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, ob. cit., pág. 149; y GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo”, en *RJC*, Vol. 98, núm. 1, 1999, pág. 32.

¹² La incorporación de la Directiva 2005/56/CE a la LMESM se ha visto como una verdadera contaminación de ésta a toda la ley, con un carácter casi mimético e innecesario y que perjudica de manera sobresaliente a las fusiones internas, con el afán de no desproteger a las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitarias. LARGO GIL R., “La fase previa y el proyecto de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 426.

La LMESM pretende, pues, la delimitación de la categoría de modificaciones estructurales, que hasta entonces era algo imprecisa¹³. Y lo hace regulando varios puntos fundamentales. En primer término, pretende ampliar el régimen de las modificaciones estructurales¹⁴, pero lo limita a las sociedades mercantiles¹⁵, personalistas y de capital. Incluye las operaciones de transformación¹⁶, fusión y escisión y agrega las de segregación¹⁷, cesión global de activo y pasivo sin fines liquidatorios¹⁸ y el traslado internacional de domicilio social¹⁹. Incorpora las

¹³ CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., pág. 36.

¹⁴ La regulación sobre esta materia se encontraba dispersa en varios cuerpos legales. En torno a la transformación se podía encontrar una regulación diferenciada partiendo de si correspondía a una sociedad anónima o a una sociedad de responsabilidad limitada. La Ley de Sociedades Anónimas contenía una regulación completa de la fusión y la escisión, a que remitía a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada después de establecer alguna especialidad para su tipo social. La cesión global de activo y pasivo era objeto de una simple mención por parte de la Ley de Sociedades Anónimas y era regulada en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en sede de liquidación. Y el traslado internacional de domicilio era solo mencionado en una norma que remitía a tratados internacionales en ambos cuerpos legales. No existía regulación alguna de estas operaciones para las sociedades colectivas o comanditarias. Al respecto puede consultarse GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.; ÁLVAREZ ROYO, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 19 a 28. Sin embargo, no todos opinan que la ley efectivamente logró tal unidad, por cuanto el legislador ha elaborado un texto legal en el que las características definitorias del concepto normativo de modificaciones estructurales y de sistema jurídico, como campo concreto y especial dentro del Derecho de sociedades, están dispersos. En ese sentido, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el Concepto de Modificación Estructural”, ob. cit., pág. 52.

¹⁵ Quedan fuera del ámbito de la LMESM las operaciones de modificación estructural de las sociedades cooperativas por un problema de competencia autonómica, así como la normativa de carácter fiscal.

¹⁶ Vid BOQUERA MATARREDONDA, J., “La transformación de las sociedades mercantiles”, en *Noticias de la Unión de la Europea*, núm. 309, octubre de 2010, año XVII, págs. 3 a 9, y LEÓN SANZ, F. J., “Comentario al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación”, en *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 19 a 31.

¹⁷ La doctrina de forma casi unánime negaba el carácter de modificación estructural de la segregación RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. II, Cizur Menor X, Aranzadi, 2009, pág. 37; OLEO BANET, F. *La escisión de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 112, GUASCH MARTORELL, R. “Consideraciones

figuras de fusión simplificada en las “fusiones especiales”. Sin embargo, no opta por una regulación que ajuste todos los sujetos jurídicos y presenta algunas lagunas

en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo”, ob. cit., pág. 35; CERDÁ ALBERO, F., “Segregación de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada. A propósito de las RDGRN de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994, así como de la UmwG alemana de 28 de octubre de 1994”, en *RDM*, 214, 1994, pág. 951; en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 362 y ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, pág. 4943.

¹⁸ ANSON PEIRONCELY, R. y GARRIDO PALMA, V. M., *La Ley 3/2009 de las Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Civitas, Pamplona, 2009, pág. 13. En torno a su naturaleza como modificación estructural, la han considerado una simple forma abreviada de liquidación, en este sentido puede consultarse EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., “Disolución y liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 108 a 109; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La extinción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 36, 1997, págs. 423 a 456; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social”, en *RGD*, núm. 640 – 641, enero – febrero, 1998, pág. 595; GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo”, ob. cit., págs. 44 a 45, y LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el proyecto de ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25 de enero de 1994/Nº 48-1)”, en *AC*, núm. 32, septiembre, 1994, pág. 610. Por otro lado, un grupo más minoritario aboga por el carácter de modificación estructural, antes de la LMESM: MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo”, en *RDM*, núm. 228, abril – junio, 1998, pág. 656, y CONDE TEJÓN, A. *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., págs. 106 a 107.

¹⁹ De la enunciación que hace la LMESM sobre los diferentes tipos de modificaciones existentes en su artículo primero, es preciso cuestionarse si estamos ante un sistema de “*numerus clausus*”, como el sistema alemán, o por el contrario de “*numerus apertus*”, dando cabida a otros tipos de modificaciones estructurales derivadas de la voluntad de las partes. Al respecto es interesante la opinión de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación estructural”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tomo I, Navarra, Aranzadi, 2009, págs. 79 a 80, que opina que la dicción del artículo 1 de la LMESM no imposibilita la adopción de otras figuras derivadas de la voluntad de las partes y al amparo del artículo 1255 del CC, por cuanto el carácter unificador de la LMESM alude al hecho formal de recoger en una sola ley el régimen societario de las modificaciones estructurales más importantes sin detrimento de las variantes de las mismas que, por costumbre comercial, se han venido utilizando. Lo anterior lo modula hacia las modificaciones estructurales relativamente típicas, en el tanto exista identidad de razón, según reza el artículo 3 CC.

importantes²⁰. Se trata de un conjunto complejo de normas con incidencia sobre los elementos estructurales de las sociedades, similares en procedimiento y en garantías de protección de socios y acreedores. Con su promulgación se ha culminado un proceso de normalización en España, pero se trata de una ley de extraordinaria importancia para el Derecho de sociedades, no solo por su extensión, sino por el tema que trata y los intereses heterogéneos que tutela²¹. La diversidad de temas a que alude hace que resulte ser una regulación muy compleja y técnica, lo que ha motivado numerosas críticas²².

En segundo lugar, regula la reforma del régimen de las aportaciones no dinerarias y de la adquisición de acciones propias, al transponer la Directiva

²⁰ Al respecto, véase SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *RdS*, núm. 31, Año 2008 – 2, págs. 33 y ss.

²¹ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS. M. y ÁLVAREZ ROYO, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 14. Pero además de estos dos puntos, señala que se trata de una materia de “*especial trascendencia macroeconómica y por tanto de política económica general. Así, la existencia de una normativa favorecedora de este tipo de operaciones (tanto en el plano fiscal como en el jurídico- sustantivo) se ha considerado algo necesario para facilitar los procesos de concentración empresarial, que a su vez juzgaban ineludibles para que una economía nacional hasta entonces prácticamente cerrada pudiera enfrentarse en condiciones de competitividad al reto que supone un mercado de dimensiones primero europeas y ahora ya mundiales. Pero no se trata de sólo de la necesidad coyuntural o episódica de redimensionar el tamaño de las empresas en un momento de apertura a nuevos mercados, sino de la necesidad constante de ir realizando ajustes y más reajustes de las estructuras empresariales en atención a las circunstancias siempre cambiantes de una economía dinámica y en permanente evolución*”.

²² VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 23ª ed., 2012, pág. 733 y ss.; PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, N° 7425, Sección Doctrina, 16 Jun. 2010, Año XXXI, s. p. y RECALDE CASTELLS, A. y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, N° 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012, Año XXXIII.

2006/68/CE, de 6 de septiembre de 2006, que a su vez modifica la Segunda Directiva (77/91/CEE) sobre la constitución de la sociedad anónima y el mantenimiento o modificación de su capital²³. Adiciona importantes excepciones a este régimen en relación con la exigencia de informe del experto independiente, así como en el régimen de la autocartera y de la asistencia financiera. Al mismo tiempo, el legislador español ha considerado oportuno introducir alguna norma de la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, como es el principio de igualdad de trato, hasta ahora considerado un principio implícito, así como ha considerado adecuar la redacción de otras normas directamente relacionadas con las que debían ser objeto de incorporación. Ha aprovechado la oportunidad, en fin, para adecuar el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 18 de diciembre de 2008²⁴.

La regulación de las modificaciones estructurales no es exclusiva del ordenamiento jurídico español. Ha sido objeto también de regulación variada en otros ordenamientos jurídicos, como muestra del auge que estas figuras han tenido de un tiempo a esta parte. Precisamente en la legislación comparada encontramos importantes esfuerzos normativos para regular de forma unitaria y sistemática esta

²³ La idea de refundir en un mismo texto legal esta materia proviene de la legislación alemana y en concreto de la *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* de 28 de octubre de 1994. Aunque según el preámbulo de la Ley española se trata de una solución transitoria hasta tanto se armonicen todas las normas que regulen el derecho de sociedades.

²⁴ En OJ C 32, 7.2.2009.

materia²⁵. Desde un punto metódico, la intervención legislativa se produce en todos los países de manera progresiva. Al principio, aparecen pequeñas referencias aisladas sobre la materia, dictándose más tarde normas importantes, pero propias de cada tipo social. Por último, se produce una codificación general, que da lugar a leyes de regulación general sobre el tema y con una perspectiva transversal, como sucede con la Ley alemana de 1994.

Ampliando lo anteriormente expuesto, por ejemplo, la legislación francesa regula fundamentalmente tres grandes figuras, como son la fusión, la escisión y la “*Apport partiel d’actif*”, que equivale a la “aportación de rama de actividad”. Su regulación se encuentra en el Código de Comercio, Capítulo VI, aunque existen normas dispersas en el desarrollo de todo el articulado principalmente en lo que concierne a la nulidad de la fusión y a los derechos de los socios. En una primera sección existen normas comunes para la fusión y escisión, iniciándose con una regulación bastante básica la fusión y la escisión en el artículo 236-1. Permite la aplicación de estas operaciones a entidades de diferente forma jurídica entre sí.

²⁵ Siguiendo lo expuesto por VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 732, existen tres grandes modelos de regulación de las modificaciones estructurales: 1) La regulación de las modificaciones estructurales que se encuentra contenida en Leyes y Códigos generales de sociedades mercantiles o tributarios, sujetos aun a la división de Derecho Mercantil/Derecho Civil, como Francia y Portugal, 2) La regulación general de estas operaciones para todos los sujetos jurídicos en una ley transversal, como es el caso de Alemania y Suiza; y 3) Su incorporación a un Código Civil que unifica todo el derecho privado (Holanda e Italia).

Posteriormente establece reglas básicas para las sociedades anónimas (a partir del artículo L. 236-8) y de responsabilidad limitada (artículo L. 236-23 y siguientes)²⁶.

La Ley Alemana de 28 de octubre de 1994, sobre perfeccionamiento y depuración (“*Bereinigung*”) del Derecho de las modificaciones estructurales supone un ejemplo de sistematización de la materia²⁷. Fue elaborada tomando como base el complejo Anteproyecto de Ley de 1988, pero de manera más simplificada. A pesar de ello es una Ley extensa y compleja que regula todas las posibles modificaciones estructurales entre la mayor parte de los sujetos de derecho privado. Entre ellos incluye, según su artículo 3, a las sociedades mercantiles, personalistas y de capital, las sociedades cooperativas inscritas, las asociaciones inscritas, las sociedades cooperativas de revisión o auditoría y mutualidades de seguros e incluso asociaciones con finalidad económica²⁸. No incluye a las fundaciones. La *UmwG* sufrió modificaciones por parte de la Segunda Ley de reforma de la Ley de modificaciones

²⁶ Véase EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, ob. cit., págs. 23 a 24.

²⁷ Bundesgesetzblatt, *Jahrgang* 1994, *Teil I*, S. 3209-3277, de 8 de Noviembre de 1994. De la Ley se han hecho varias traducciones al español: GUILLEN FERRER, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA de 28 de octubre de 1994, Primera Parte”, en *RGD*, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 7231 a 7283; VAZQUEZ LEPINETTE, T. y VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994, Segunda Parte”, en *RGD*, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 13683 – 13762; LEÓN SANZ, F. J., “La reforma Alemana sobre Modificaciones Estructurales de 1994”, en *RdS*, núm. 6, 1996, págs. 363 a 382 y BAENA BALBUENA, M., “Ley de Actualización del Derecho de Modificaciones Estructurales de Sociedades”, en *RdS*, núm. 7, 1996, págs. 373 a 404.

²⁸ VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 12.

estructurales de 24 de abril de 2007, que entró en vigor el 25 de abril de 2007²⁹. Esta ley añade un Capítulo 10 a la *UmwG* en lo referente a los problemas de interpretación sobre fusión transfronteriza. Alemania transpuso la Directiva 2005/56, dentro de plazo, antes del 15 de diciembre de 2007, implantándola en su complicada *UmwG*.

Según el art. 1 de la *UmwG* los sujetos de derecho pueden ser objeto de modificación estructural mediante cuatro clases de operaciones: 1) La fusión por absorción o por constitución de sociedad nueva (“*Verschmelzung*”); 2) La escisión, en sentido amplio denominada “*Spaltung*”³⁰; 3) La cesión global del patrimonio de una empresa a otro sujeto de derecho o empresa (“*Vermögensübertragung*”), y 4) La transformación, o cambio de forma (“*Formwechsel Umwandlung*”)³¹. El mismo artículo 1º de la *UmwG* afirma que estas modificaciones estructurales sólo son aceptables en los casos considerados en la Ley. De esta norma deduce la doctrina la imposibilidad de valerse de la analogía para aplicar las soluciones de la Ley a otros

²⁹ Segunda Ley de reforma de la Ley de modificaciones estructurales de 24 de abril de 2007, en *BGBl.* 24-4-2007, N° 15, Teil 1, S. 543 ff. Por otro lado, la Primera Ley de Reforma había introducido el régimen de la fusión como medio de creación de una Sociedad Anónima Europea domiciliada en Alemania.

³⁰ Figura cuya regulación contempla tres modalidades: 1. Escisión propia, bien sea total (con disolución sin liquidación de la sociedad escindida) denominada “*Aufspaltung*”; 2. Escisión propia parcial, de una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, que se transmiten a la sociedad o sociedades beneficiarias, entregando acciones o participaciones directamente a los socios de aquella (“*Abspaltung*”); y 3. Escisión impropia o segregación, de una o varias partes del patrimonio de la sociedad o empresa escindida, a cambio de acciones o participaciones de la sociedad adquirente que se entregan a la escindida transmitente (“*Ausgliederung*”).

³¹ Al Proyecto de Ley de 1988, que todavía contenía 416 artículos y era objeto de diversas críticas, por su extensión y por su indefinición en varios temas, se refirió la doctrina española; ver VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, José Mª Bosch, 1990-1991, págs. 819 a 821 y EMBID IRUJO, J. M., “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., págs. 393 y ss.

supuestos no contemplados en ella. Es decir, los principios de imperatividad y de “*numerus clausus*”. La principal característica de la Ley es la transversalidad en su aplicación.

Por su parte la Ley Suiza sigue el ejemplo de la Ley alemana en cuanto a la transversalidad dado que comprende a todos los sujetos jurídicos y figuras³². Esta Ley contempla importantes herramientas operativas para facilitar las reorganizaciones empresariales. Atiende principalmente a las reorganizaciones de sociedades de capital por acciones y de responsabilidad limitada, si bien se refiere a todo tipo de compañías, incluidas las asociaciones y fundaciones. En Derecho suizo, la Ley federal sobre la fusión, la escisión, la transformación y la transferencia de patrimonios, de 3 de octubre de 2003 entró en vigor en julio de 2004³³. Su artículo 1 afirma que la ley regula la adaptación de las ordenaciones jurídicas de las sociedades

³² Incluye las transformaciones (“*Umwandlung*”) así como fusiones por absorción (“*Absorptionfusion*”) y por constitución (“*Kombinationsfusion*”). En cuanto a las fusiones lo hace con la particularidad de que los socios minoritarios de las sociedades participantes puede ser integrados en la sociedad resultante o solo por medio de sus acciones o participaciones, sino que la entrega de dinero o acciones de una tercera compañía como compensación. En cuanto a la escisión (“*Spaltungen*”), Ley suiza sólo incluye los supuestos de escisión propia, total o parcial, con la debida asignación de acciones o participaciones por parte de la beneficiaria a los socios de la escindida en el valor necesario. No incluye la segregación de la Ley alemana, pero sí tutela la transmisión de activos y pasivos (“*Vermögensübertragung*”), de todo o parte del patrimonio, sea de un empresario individual inscrito en el Registro mercantil o de una persona jurídica inscrita en el Registro Mercantil, a favor de una persona jurídica de Derecho privado.

³³ Ver TRIGO TRINDADE, R., “La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit suisse”, *Riv. delle società*, 2003, nº 6, págs. 1316 a 1350; *Mergers and Acquisitions: A Global Tax Guide*, PricewaterhouseCoopers LLP, John Wiley & Sons, 2006, 576 pág.; TSCHÉINI, R. y RÖTHELI A., *New Merger Act in Switzerland*, *documento* electrónico en http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Doc13_02.pdf [revisado el 02 de marzo de 2013], “The Swiss Merger Act”, en documento electrónico en www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf, [revisado el 02 de marzo de 2013], s. p.

de capital, sociedades mercantiles colectiva y comanditaria, cooperativas, asociaciones, fundaciones y empresarios individuales en relación con las fusiones, las escisiones, las transformaciones de la forma jurídica y transmisiones de activos y pasivos. Reconoce relevancia a la tutela de los acreedores, empleados y socios minoritarios al salvaguardar incluso las fusiones de entidades bajo control público con entidades privadas. El artículo 4 especifica de forma particular las entidades que pueden fusionarse entre sí.

Esta ley busca facilitar la adaptación estructural de las entidades comerciales a las nuevas realidades del mercado. Las escasas reglas sobre fusiones y transferencia de patrimonios que se encontraban en el Código Civil Suizo son reemplazadas por las disposiciones de esta nueva Ley. La Ley además contiene normas referentes a los aspectos tributarios de las operaciones de modificación estructural.

El Código Civil Holandés, en su Libro 2, presenta una regulación sencilla con el objetivo de facilitar únicamente las modificaciones estructurales de transformación, fusión y escisión³⁴. La transformación es regulada en los artículos 18, 71 y 72, permitiendo amplias posibilidades de conversión, de las cuales algunas requieren autorización judicial para su implementación (como es el caso de la transformación de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada en

³⁴ *Burgerlijk Wetboek Boek 2, Rechtspersone*, documento electrónico en <http://www.wetboek-online.nl/wet/Burgerlijk%20Wetboek%20Boek%202.html#71> [revisado el 02 de marzo de 2013].

fundación o asociación). Los artículos 308 a 324 del Código Civil Holandés establecen la regulación básica para las fusiones y escisiones de todas las entidades. Pueden fusionarse entre sí las personas jurídicas mencionadas en el artículo 308, a saber: asociaciones, cooperativas de seguros, mutuas, sociedad cooperativa europea y la sociedad anónima de responsabilidad limitada. No se aplican las normas a asociaciones sin personalidad jurídica plena ni a las comunidades de propietarios de propiedad horizontal. El artículo 310 permite la fusión de entidades con la misma forma o condición jurídica, salvo que se encuentren en liquidación o cuando la distribución patrimonial ya se hubiera realizado; tampoco podrán optar por estas operaciones aquellas entidades que se encuentren en quiebra o en suspensión de pagos. La fusión de las fundaciones es regulada por los artículos 314 a 317. En cuanto al tipo de canje presenta la novedad de que puede hacerse con acciones, dinero o con créditos de hasta el 10 % del valor nominal de aquéllas (art. 325.2) y el artículo 327 es el encargado de establecer los métodos de valoración de este canje.

La legislación italiana fue reformada por el Decreto legislativo número 6 de 17 de enero de 2003³⁵. Contiene una regulación elemental de la materia en su Capítulo VIII, pero que deja abierta a la reflexión y aclaración. Su objetivo principal ha sido la simplificación de los procedimientos con el fin de dotar a los operadores del comercio de instrumentos eficaces e idóneos para el ejercicio de su actividad. Regula la transformación en los artículos 2498 a 2500, con especial atención a la

³⁵ *Il Codice Civile Italiano*, documento electrónico en http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm [revisado el 02 de marzo de 2013].

transformación heterogénea de sociedades capitalistas; la fusión en los arts. 2501 a 2503; y la escisión, en los artículos 2504 septies a 2504 decies. Introduce importantes reglas en materia de fusiones heterogéneas, estableciendo asimismo la prohibición de declarar la nulidad de la operación una vez inscrita y el reconocimiento de las fusiones apalancadas³⁶. La reforma italiana intenta apoyar las operaciones de la “*fusión apalancada*” o de la “*fusión después de adquisición con endeudamiento*” (“*leveraged buy-out*”) regulada en el art. 2501 bis Código Civil³⁷. En cuanto a la escisión resulta interesante la posibilidad de que a algunos socios de la sociedad escindida no se les asignen acciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, sino de la sociedad que ha sido escindida. No contiene regulación alguna sobre la cesión global de activo o pasivo o transmisión del patrimonio social.

En el ámbito del common law, merece mención expresa el régimen inglés y el estadounidense. La *Companies Act inglesa* de 8 de noviembre de 2006 regula la transformación de manera simplificada en una reinscripción y las transformaciones entre las *public Co* y las *private Co*. El “*Model of Business Corporation Act*” regula las fusiones. Su regulación busca hacer lo más simple y

³⁶ CAGASSO, O., “La reforma italiana del Derecho de Sociedades: fusiones, escisiones, transformaciones”, en *RdS*, núm. 23, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 109 – 116. Igualmente MARTÍ MOYA, V., “Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del Derecho de Sociedades en Italia”, en *RDM*, núm. 251, 2004, págs. 291 y ss.

³⁷ Sobre esta reforma VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 356.

accesible posible la implementación de estas figuras para las pequeñas compañías³⁸. En los EEUU le corresponde al “*Model of Business Corporations Act*” regular las operaciones de modificación estructural, concretamente en su Chapter 11 y Chapter 13, al tutelar el derecho de separación. En su regulación se especifican las entidades nacionales o extranjeras que pueden participar, el contenido del plan, el canje de acciones y los efectos de la fusión³⁹.

B. Caracteres definidores y requisitos de las modificaciones estructurales

A pesar de la promulgación de la LMESM, ésta no contempla artículo alguno que determine cuál sea el concepto de modificación estructural⁴⁰. Sin que ello suponga restarle méritos, pues significa un esfuerzo de sistematización importante que facilita el trabajo de identificación de características comunes, la LMESM se limita únicamente a enumerar cuáles son las operaciones que se engloban dentro

³⁸ MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Modificación en el Reino Unido de la normativa sobre modificaciones estructurales”, en *RdS*, núm. 37, año 2011, págs. 549 – 550.

³⁹ VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 1.

⁴⁰ Lo más parecido a una conceptualización genérica de modificación estructural se encuentra en el Preámbulo de la misma LMESM, al referirse a “*la ampliación del régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También regula en la presente norma el traslado internacional de domicilio social, que, aunque no siempre presenta características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal*”.

dicha categoría⁴¹. Y lo hace incluso agrupando dos clases de operaciones: aquellas que implican la transmisión en bloque de parte o de la totalidad del patrimonio social por medio de la sucesión universal y aquellas que no. Sigue correspondiendo a la doctrina, entonces, dar mayores luces en este aspecto⁴². Partiendo de aquí, debe considerarse que la tarea no es del todo fácil, por cuanto las operaciones que abarca la

⁴¹ MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, en EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de sociedades de capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 327.

⁴² Al respecto deben destacarse las siguientes opiniones: **1)** Para EMBID IRUJO el ámbito mínimo que definiría a una modificación estructural se encuentra en la transferencia de dos elementos básicos como lo son el patrimonio y las posiciones de socio, consistentes estas últimas en las acciones, participaciones, cuotas, etc. Pero ello debe ir acompañado de una circunstancia específica “*que singularice la transmisión de elementos patrimoniales o de posiciones de socio. En nuestra opinión, tal elemento es de naturaleza teológica y consiste en la finalidad de servir, por vías diferentes de la fusión, al propósito de la concentración empresarial. Y ello, tanto desde el punto de vista de la constitución de una unión o agregación de sociedades, como desde el de su reestructuración o reordenación interna*”. EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, ob. cit., pág. 34. **2)** VICENT CHULIÁ parte del análisis de las diferencias entre la legislación mercantil y la legislación fiscal del Capítulo VIII de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades; siendo que para esta última las modificaciones estructurales son aquellas que afectan la organización patrimonial, empresarial y corporativa de la sociedad o sociedades que intervienen en la operación. En su opinión se está ante una modificación estructural cuando confluyan los siguientes preceptos: a) Será estructura la totalidad del patrimonio social; aunque únicamente en la fusión y en la escisión total se produce la transmisión en bloque de todo el patrimonio social; b) Es estructura la organización empresarial, y ello con mayor atención cuando la transmisión se refiere a solo parte del patrimonio como en la escisión parcial o la transmisión de rama de actividad; c) Es estructura la organización corporativa, del colectivo de socios, singularidad de la fusión y de la escisión donde se da migración de las acciones o participaciones de una sociedad a otra (VICENT CHULIÁ, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, en *RJC*, vol. 96, núm. 3, 1997, págs. 57 a 58). **c)** Por su parte, LARGO GIL considera que las modificaciones estructurales hacen referencia a aquellas modificaciones sustanciales de las sociedades, es decir aquellas que van más allá de la sola alteración estatutaria y que afectan la organización resultante del negocio jurídico fundacional. Esta observación le permite fijar unos elementos comunes a todas ellas, a partir de los cuales se puede configurar toda la categoría, a saber: “*en cuanto al objeto último a alcanzar; se trata de revisar el vínculo contractual inicial, en vista a su revitalización y o la extinción del mismo. En relación al procedimiento de realización de la modificación societaria de que se trate. El mismo se compone de una fase preparatoria, otra decisoria y una última, de ejecución de la decisión acordada. Y por lo que se refiere a la eficacia típica desarrollada; resulta afectada la forma societaria, el patrimonio, que se mantiene, y en su caso, la posición de los socios.*” (LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, ob. cit., pág. 146).

categoría de modificaciones estructurales son de naturaleza heterogénea, lo que hace que los criterios de delimitación no sean unánimes. La ausencia de una definición adecuada de lo que debe entenderse por modificaciones estructurales, así como la relación de estas operaciones con la categoría de operaciones de reestructuración empresarial, más amplia que aquella, genera múltiples problemas. Por ello *“la solución a esta cuestión previa debería cerrar estos debates e impedir la aparición de nuevas dudas en torno a la naturaleza jurídica de operaciones ya existentes o de otras que los operadores pudieran idear en el futuro en uso de la autonomía de la voluntad de las partes”*⁴³.

El concepto de modificación estructural no proviene del derecho comunitario ni de la decisión del legislador de agrupar en una sola ley distintas operaciones reestructurantes. Se parte de que el *nomen iuris* de las modificaciones estructurales sigue desprovisto de significación normativa mínima, es un concepto meta jurídico de índole meramente funcional y carente de cualquier significación normativa directa. Se refiere a un conjunto de operaciones de reestructuración empresarial⁴⁴; y el concepto legal dado por la LMESM conforma un concepto de carácter ordenador que fija sus caracteres básicos y que aún son discutibles doctrinalmente.

⁴³ CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)”, en *RdS*, número 35, año 2010-2012, pág. 66.

⁴⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural”, ob. cit., pág. 42.

A pesar de la dificultad que se genera al tratar de manera conjunta operaciones complicadas, a los efectos de esta investigación se parte de que las modificaciones estructurales comúnmente comprenden ciertas decisiones u operaciones de reestructuración que conllevan una alteración sustancial del contrato de sociedad, por afectar a la organización patrimonial o personal de ésta, por lo que pueden determinar el tipo de modelo societario elegido, la integración de unas sociedades con otras, su división o la cesión global de activo y pasivo⁴⁵. Suponen la alteración o cambio en la estructura o elementos esenciales de la empresa. A diferencia de las modificaciones de estatutos, que limitan sus efectos al marco estatutario por el que se rige una sociedad pero sin afectar propiamente su identidad o naturaleza, las modificaciones estructurales de las sociedades se caracterizan por suponer un cambio en la estructura de éstas y, por extensión, en la posición jurídica (patrimonial y administrativa) de los socios⁴⁶.

⁴⁵ EMBID IRUJO, J. M., “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, ob. cit., pág. 33. En igual sentido VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 163.

⁴⁶ En cuanto a la diferencia entre las modificaciones estructurales y las modificaciones estatutarias, VICENT CHULIÁ señala los siguientes aspectos: a) Mientras que para las modificaciones estatutarias rige el principio de “*numerus apertus*”, sin perjuicio de que algunas de ellas tengan una cierta tipicidad y regulación; para las modificaciones estructurales rige el principio de *numerus clausus* y la prohibición de la analogía; b) Dada la mayor trascendencia de las modificaciones estructurales, hay un sistema de publicidad más complejo para éstas. En las modificaciones estatutarias en general el acuerdo de la Junta general produce efectos inmediatos, sin necesidad de previa inscripción en el Registro Mercantil; mientras que la inscripción de las modificaciones estructurales es constitutiva. Sin embargo, determina que en el aumento y reducción, la creación de las acciones o derechos de accionista y su extinción se producen como consecuencia de la inscripción en el Registro mercantil (VICENT CHULIÁ, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, ob. cit., pág. 65 a 66).

Pero no toda alteración personal o patrimonial de una sociedad implica una modificación estructural, como es el caso del aumento del capital social y la separación de socios. Para poder estar frente a una modificación estructural de la sociedad debe ésta suponer la existencia de decisiones u operaciones que comporten tal alteración sustancial: cambia la identidad, la naturaleza o la estructura de la sociedad y por ende, la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios. Evidentemente el problema esencial, llegados a ese punto, es delimitar el concepto de estructura y qué aspectos patrimoniales o corporativos engloba.

De ahí que una vez más se ponga de manifiesto que es mediante el estudio de cada una de las figuras que componen esta categoría como se podrán deducir los requisitos definidores, lo que posteriormente permitirá su conceptualización. No debe partirse de premisas apriorísticas o ajenas a la misma LMESM- tampoco supeditadas a la regulación legal nacional existente-, sino de la base de la observación de la doctrina, del Derecho comparado y de ciencias afines como la económica. La deducción científica aplicada al estudio de cada una de las figuras legales, nos ofrecerá los caracteres delimitadores y comunes, para luego construir la conceptualización jurídica de las modificaciones estructurales.

Inicialmente parece que no existe un común denominador entre las figuras legales contenidas en la LMESM, máxime cuando confunde entre dos tipos diferentes de estas operaciones: aquellas que conllevan un cambio en el status jurídico de la persona jurídica y las que producen la transmisión en bloque de la

totalidad de su patrimonio⁴⁷. Sin embargo, la doctrina ha podido determinar que existe un rasgo genérico y sustancial entre todas las figuras, como lo es que todas las modificaciones estructurales producen un “*cambio sustancial, decisivo, en la manera en que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural*”⁴⁸. Esta modificación también opera cuando se da un cambio en el status jurídico de la sociedad como sucede con la transformación; o bien cuando se transmite a un tercero la totalidad o parte del patrimonio social, como es el caso de las fusiones, las escisiones o cesión global de activo y pasivo⁴⁹. Se ha discutido si tal cambio se da además cuando se modifica el

⁴⁷ VICENT CHULIÁ, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento de Registro Mercantil”, en *RJC*, 1997, pág. 56.

⁴⁸ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural”, ob. cit., pág. 73.

⁴⁹ GARDEAZÁBAL DEL RÍO sintetiza esta situación con claridad partiendo de la finalidad de cada una de las operaciones que engloba la categoría de modificaciones estructurales. De tal suerte que la fusión se dirige a incrementar el tamaño de la sociedad; la escisión busca lo contrario; la transformación facilita la adecuación de la estructura jurídica a las características económicas de la empresa; la cesión global o parcial permite el trasvase de los patrimonios sin alterar la estructura jurídica de las sociedades interesadas. Por otro lado, la fusión y la escisión producen el traspaso de los socios y del patrimonio de una sociedad a otra; la fusión además conlleva la extinción de una o varias sociedades; la escisión conlleva siempre un efecto de reducción del capital o de extinción de la sociedad. La cesión global de activo y pasivo supone la transmisión del patrimonio y la transformación actúa en el aspecto jurídico sin alterar el patrimonio de las sociedades afectadas. Señala además que todas las figuras tiene por efecto común, la alteración en la posición del socio y en el contrato de sociedad. La fusión, la escisión y la cesión global, conllevan además la sucesión universal en los patrimonios de las sociedades que intervienen en los procesos. Por último, todas las figuras coinciden en constituir procesos en que se producen los cambios pretendidos de manera sistemática. Por último desde una perspectiva finalística, se busca adaptar las características de la sociedad a los requerimientos económicos actuales (GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., “Panorámica de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en MARTÍNEZ – CALCERRADA Y GOMEZ, L. (Coords.), *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Vol. III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 2683 a 2684).

elemento básico de conexión de la sociedad con la ley nacional, como acontece respectivamente con la transformación y traslado internacional del domicilio social⁵⁰.

Pero no puede concluirse que únicamente éste sea el elemento caracterizador de las modificaciones estructurales. De ahí que se parte de que existen otros requisitos definidores⁵¹ de una modificación estructural, como son los siguientes: 1) que implica una alteración de la estructura social; 2) con la finalidad de reestructuración empresarial; 3) así como un cambio de la titularidad del patrimonio 4) por medio de la sucesión a título universal. Examinemos a continuación de manera individualizada cada uno de ellos.

⁵⁰ Con respecto al traslado internacional de domicilio, el legislador defiende la inclusión de esta figura en el preámbulo de la LMESM de la siguiente manera: *“También se regula en la presente norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad aconsejan su inclusión en el mismo texto legal”*.

⁵¹ ARSON PEIRONCELY, R. y GARRIDO DE PALMA, V. M., *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 26 a 27. Dichos autores parten de una enumeración de características comunes deducidas de la debida tutela a todos los iteres involucrados y del mismo procedimiento establecido para las modificaciones estructurales por la LMESM. Tales características serían: 1) La obtención de una alteración de la estructura de la sociedad constituida por una unidad de elementos interrelacionados que da por resultado el tipo o forma social específica, 2) Con el fin de una reestructuración empresarial de media o alta intensidad que conlleve a motivos económicos válidos; 3) Se produce un cambio en la titularidad patrimonial, con excepción de la transformación y el traslado del domicilio social; 4) Dicho cambio del titular patrimonial se produce por medio de una concreta sucesión, inter vivos, a título universal, en bloque, por un solo acto y por un único título, y 5) Exige un procedimiento complejo.

1. Alteración de la estructura social

Precisamente una de las características fundamentales de este tipo de operaciones es que implican un cambio de la estructura social. Conviene en este punto detenerse brevemente para reflexionar sobre una cuestión en particular: es preciso concretar a qué estructura se refieren estas modificaciones. Ello resulta trascendente por cuanto existen otras operaciones a las que puede acogerse un ente social, pero que no son modificaciones estructurales. Son dos, en este sentido, las cuestiones que deben resolverse para contestar de manera efectiva la premisa anterior⁵². La primera de estas cuestiones atañe a delimitar qué parte de la estructura de la sociedad es la que soporta la modificación operada; la segunda, la comparación de dicha alteración con el resto de los elementos caracterizadores de las modificaciones estructurales.

La variación que comporta una modificación estructural conlleva una modificación de las condiciones esenciales del contrato social, así como de las circunstancias a las que el socio se adhiere. Constituye una modificación de los derechos y de las obligaciones que conforman la posición de los socios entre sí y frente a la sociedad. Ello sucede con la transformación, al pasar a regirse por otro sistema jurídico por el cambio de tipo social; y en la fusión al perder la condición de socios de una sociedad y adquirir tal condición en otra. Igual sucede con la escisión

⁵² CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., pág. 60.

total, mientras que con la escisión parcial, conservan su condición de socios y la adquieren también en otra sociedad. Bien pierden su calidad de socios al recibir una contraprestación como en el caso de la cesión global de activo y pasivo. Pero además puede conllevar una alteración relevante en su patrimonio, como ocurre en la segregación⁵³.

2. Con finalidad de reestructuración empresarial

Según se ha reconocido⁵⁴, las modificaciones estructurales se encuentran ligadas a los procesos de reestructuración empresarial, en tanto constituyen una especie de éstas⁵⁵. Es éste uno de los elementos que les permiten diferenciarse de

⁵³ En las modificaciones estructurales que sólo implican el cambio de titularidad de una parte del patrimonio, la característica común reside en que la parte del patrimonio que se transmite constituye una unidad económica, es decir, un conjunto de bienes y derechos que, por su coyuntura, son apropiadas para la explotación económica vinculada. No se precisa que conjunto formase una unidad con carácter previo a la modificación estructural; pero sí la transmisión de un conjunto de bienes aislados, no vinculados entre sí, aunque puedan formar luego una unidad económica en la sociedad adquirente, quedaría sometida al derecho común y no constituirían una modificación estructural.

⁵⁴ VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorros, 1971, pág. 229.

⁵⁵ Al respecto, CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo), ob. cit., pág. 71, señala “a la vista de las consideraciones anteriores, hay que tener en cuenta que la categoría general no es la de las modificaciones estructurales, sino la de las reestructuraciones empresariales, dentro de las que tienen cabida todo tipo de operaciones cuyo objetivo sea el de operar una reestructuración de la empresa, siendo las modificaciones estructurales un tipo específico de reestructuraciones empresariales que cuenta con unos efectos especiales que requieren de un procedimiento singular. De esta forma, ante la necesidad de una empresa de alterar su estructura (acordar una operación de reestructuración empresarial), la misma tiene total libertad para optar por cualquier operación admitida en derecho, por lo que el elemento determinante de su opción será evidentemente la eficiencia de esta operación para lograr los fines deseados.”

otras operaciones que afectan de manera importante a la sociedad pero que no se encuentran dentro de la categoría de modificaciones estructurales.

Todas las empresas necesitan en un momento dado ejecutar un proceso de reestructuración para adecuarse a las circunstancias de un mercado variable o bien para consolidar su futuro a medio y largo plazo. Por lo general, la reestructuración empresarial surge también cuando una empresa se encuentra en una situación difícil, razón de más para que la dirección de la misma tome la decisión de cambiar interna y externamente los entes empresariales. Por ello, cada una de las modificaciones estructurales existentes tiene un objetivo específico con el fin de dar cumplimiento a la actividad empresarial perseguida por la sociedad, adaptándola a las nuevas necesidades del orden económico. Sea que se busque aumentar su tamaño, variar sus actividades, traspasar un bloque patrimonial, cambiar la forma de la persona jurídica, o adaptarse a las necesidades territoriales, en realidad lo que se aplica es un conjunto de acciones dirigidas a transformar la estructura productiva de tales empresas, modificando la participación de los factores de producción en el proceso. Son diversos y complejos los factores económicos que promueven la conveniencia de realizar una modificación estructural por cuanto acarrear una serie de situaciones que demandan una respuesta diferente y cambiante.

La alteración de la estructura de la sociedad que conlleva la reestructuración empresarial se encuentra ligada íntimamente con el derecho de

grupos de sociedad⁵⁶, pero no con exclusividad. Ello por cuanto no todas las reestructuraciones empresariales operan dentro del ámbito de los grupos de sociedades. Las consecuencias de estos procedimientos son favorables para la economía general, pero benefician la competencia y el ajuste de las compañías en particular. De ahí la necesidad legislativa de determinar un procedimiento especial que facilite su implementación sin elevados costes económicos⁵⁷.

3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal

Prácticamente en casi todas las modificaciones estructurales opera la sucesión de un bloque patrimonial⁵⁸, bloque que está compuesto por activos o pasivos de muy diversa naturaleza. Es precisamente este modo de transmisión el que nos permite diferenciar las modificaciones estructurales de otras figuras afines. Dicho bloque empresarial puede estar conformado de diversas maneras⁵⁹ y dependiendo de

⁵⁶ EMBID IRUJO, J. M., “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”. *ob. cit.*, pág. 298., en “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, *ob. cit.*, págs. 36 a 37; y éste mismo en “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *ob. cit.*, págs. 298.

⁵⁷ CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)”, *ob. cit.*, pág. 67.

⁵⁸ Sobre si existe o no en la transformación un cambio en la titularidad patrimonial puede verse a MOTOS GUIRAO, M., “La transformación de las sociedades mercantiles”, en *RDM*, núm. 33, 1951, págs. 393 y ss.

⁵⁹ Al respecto nos sumamos a la postura de CONDE TEJÓN, A., “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril d 2009”, en *RdS*, núm. 33, año 2009-2, pág. 389.

ellas podremos distinguir la operación realizada. En los casos de las fusiones o la cesión global de activo y pasivo con una única sociedad beneficiaria dicho bloque estará compuesto por la totalidad del patrimonio social, concebido como una unidad, siendo que la transmisión del mismo conlleva la extinción de las sociedades transmitentes. Igualmente, dicho bloque patrimonial puede implicar la totalidad del patrimonio social, pero no como una unidad, sino dividido en varios bloques diferenciados, que comportan cada uno una unidad económica. Tal es el caso de las fusiones o la cesión global de activo y pasivo con varias sociedades beneficiarias, o de la escisión total, siendo que la operación realizada conlleva también a la extinción de la sociedad transmitente. O bien, como en los supuestos de escisión parcial o segregación, puede que el bloque patrimonial esté conformado por una parte diferenciada de la totalidad del patrimonio social de la sociedad transmitente, el cual, además constituye una unidad económica. En tal caso la sociedad transmitente perdura con la parte de su patrimonio que no ha transmitido.

Por otro lado, la transmisión de este bloque de los patrimonios de las sociedades participantes se lleva a cabo por medio de la sucesión universal y no por la vía de aplicación de las normas generales de transmisión de bienes, como lo es la sucesión particular. Por esta última se requeriría el consentimiento individual de todos los afectados por las deudas con lo cual la operación sería más complicada de realizar y por ende menos atractiva. Con la sucesión universal se posibilita el

transmitir los elementos patrimoniales activos y pasivos sin necesidad de cumplir con las normas generales de la transmisión⁶⁰.

La regulación de las modificaciones estructurales ha sido significativa por cuanto facilita, en la práctica, su aplicación sin las complicaciones e inconvenientes propios que se presentarían si se tratara de realizar estas operaciones por medio de las reglas generales de la transmisión de patrimonios. Si la transmisión patrimonial en bloque se realizara por medio de la sucesión particular (artículo 1205 del CC aplicable a la transmisión de deudas y el artículo 1255 para la transmisión de las deudas), los inconvenientes que se presentan complicarían su operatividad por el exceso de trabas y la dejarían sin sus efectos beneficiosos.

Se opera un traspaso casi automático del patrimonio, por lo que los intereses de los acreedores y otros posibles interesados podrían verse vulnerados. A tal efecto, se sustituyen los requisitos generales de la transmisión por otras medidas de tutela de los intereses que participan con el fin de mantener un equilibrio entre los intereses de las empresas participantes y los acreedores. Tales medidas incluyen mecanismos especiales de protección, como son el derecho de oposición⁶¹ y el régimen de la responsabilidad solidaria de las sociedades que participan en la

⁶⁰ Las figuras de transformación y cambio de domicilio social constituyen una excepción a este aspecto.

⁶¹ Este derecho de oposición se articula, no como la facultad de impedir que se realice la operación de modificación estructural, sino como la exigencia de aseguramiento de sus créditos. Para poder ejercerlo, el crédito debe haber nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto de fusión; no debe haber vencido y no debe gozar de garantía suficiente o adecuada. El acreedor tendrá un plazo de un mes para ejercerlo.

operación en caso de incumplimiento de obligaciones⁶², y otras medidas de protección a los socios – como lo establecido para la conformación de la aprobación de esta figura y el derecho de separación en las transformaciones y el traslado internacional del domicilio-.

No en balde se ha señalado a la sucesión universal como el elemento caracterizador y central de su regulación⁶³, que dota a las modificaciones estructurales en general, de complejidad y excepcionalidad. Bajo tal premisa su aplicación constituye un mecanismo extraordinario justificado por el interés en pro de las empresas y de la economía en general.

⁶² Las operaciones de escisión y de cesión global de activo y pasivo en las que existen varios cesionarios tienen otro mecanismo de tutela como es un régimen especial de responsabilidad de las mismas o de sus socios. Así, según los artículos 80 y 91 LMESM, si alguna sociedad beneficiaria incumple alguna obligación asumida en razón de la escisión o la cesión global, las restantes sociedades beneficiarias responderán según las siguientes reglas: a) Habrá responsabilidad subsidiaria cuando hay ausencia de cumplimiento voluntario; b) la responsabilidad de carácter solidario surge cuando la sociedad que se haya visto obligada a responder por la totalidad de la obligación frente al acreedor, pero lo hará frente a la parte que internamente acredite y tendrá de derecho a repetición de lo pagada contra la sociedad inicialmente obligada y en caso de que esta fuere insolvente, lo tendrá frente a los restantes coobligados. En ambos casos se limita a activo neto percibido por la acción. Vid CONDE TEJÓN, A., “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril d 2009”, ob. cit., pág. 396.

⁶³ CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de restructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y cesión parcial de activo y pasivo)”, ob. cit., pág. 68 y *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., pág.66. Inicialmente en análisis anteriores, dicho autor especifica que la sucesión a título universal no es un efecto imprescindible para hablar de restructuración empresarial, posteriormente sí determina que es un rasgo importante. Por su parte ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA sostiene que el mecanismo de la sucesión universal, más que un presupuesto de las modificaciones estructurales, es una consecuencia de algunas de ellas (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de derecho privado*, Vol. 6, Tomo 2, España, Editorial Civitas, 2001, pág. 638).

Para garantizar este carácter excepcional, se ha discutido si a esta materia le es aplicable el principio de tipicidad y prohibición de la analogía. Sin embargo, la doctrina, de manera prácticamente unánime⁶⁴, defiende la tipicidad de la LMESM, por lo que las operaciones que no se encuentren reguladas en la misma no serán modificaciones estructurales.

C. Procedimiento específico

La doctrina ha discutido si este procedimiento especial corresponde a un elemento específico del concepto de modificación estructural, o bien, es únicamente responsable de sus especiales efectos. Según LARGO GIL⁶⁵ el procedimiento es un elemento definitorio de la categoría de modificaciones estructurales, en tanto, si éste no se cumple debidamente y de la manera que se encuentra tipificado, no podrá

⁶⁴ EMBID IRUJO, J. M., “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 296; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La cesión global de sociedades anónimas (art. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas”, en *RdS*, núm. 14, 2000, pág. 253 a 254; LARGO GIL, R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado” ob. cit., págs. 170 a 171; ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, ob. cit., págs. 4947; y MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo”, en *RDM*, núm. 228, abril – junio, 1998, pág. 671. VICENT CHULIÁ, F., “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de sociedades limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, ob. cit., pág. 651, establece que el principio de “*numerus clausus*” impide la creación por acuerdo social libre de una modificación estructural totalmente nueva, no regulada por la Ley; pero que, por el contrario, si el legislador regula una determinada figura, para unos concretos sujetos será posible aplicarla por analogía a otras “sociedades en sentido amplio” o entidades jurídicas. Pero, a su vez, esto solo será posible si no lo impide alguna norma. Y en posición contraria puede consultarse SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación Estructural”, ob. cit., pág. 80. Ver además supra nota número 15.

⁶⁵ LARGO GIL R., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, ob. cit., págs. 165 a 169.

verificarse una modificación estructural. En tal tesitura, el procedimiento constituiría, en primer término, un presupuesto de eficacia caracterizadora de las reestructuraciones societarias, por cuanto la ordenación de una operación de modificación estructural que no se ajuste al procedimiento legalmente establecido para ello sería incapaz de producir los efectos excepcionales y propios de las operaciones en cuestión. Pero además el procedimiento constituye una medida de protección a los intereses que resultan dados por una modificación estructural (acreedores, terceros, asociados y fisco)⁶⁶. Lo anterior sin olvidar la debida flexibilización que debe poseer para su adecuada aplicación. Por su parte ÁLVAREZ ROYO- VILLANOVA establece más bien que, lejos de ser un criterio decisivo para su caracterización, el procedimiento especial fijado legalmente es una consecuencia que la propia ley instituye para la protección de intereses⁶⁷.

Con independencia de la postura mantenida, realmente una característica de las modificaciones estructurales es que para su realización se han instaurado procedimientos complejos y específicos, cuya primera característica se centra en la intervención de los dos órganos principales de la sociedad, los administradores y la junta⁶⁸. Tales procedimientos se componen de fases sucesivas y sistemáticas, que, cuando se cumplen, dan un resultado final específico y efectivo con un fuerte

⁶⁶ En este mismo sentido se expresa la RDGRN de 20 de julio de 1944 (RJ 1944, 996).

⁶⁷ ÁLVAREZ ROYO – VILLANOVA, S., “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Instituciones de Derecho Privado*, Europa Notario - Thompson Civitas, Madrid, 2004, pág. 640.

⁶⁸ MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, ob. cit., 2013, pág. 327.

elemento tuitivo para los sujetos e intereses en juego. Al respecto, el procedimiento de fusión es tomado como arquetipo a considerar, aunque para el caso de la transformación, el procedimiento instaurado es más simple por la sola participación de una sociedad. En el resto de operaciones de modificación estructural, el procedimiento es más complicado por la necesaria coincidencia de las voluntades de las sociedades participantes y los efectos que la misma operación conlleva.

Aún ahora, el procedimiento básico se puede dividir en fases diferenciadas: una fase preparatoria, una fase decisoria y otra de ejecución. Podemos incluso determinar que existe una cuarta fase, antecesora de las otras tres, y que consiste en una etapa previa, la cual, pese a que no se encuentra regulada legalmente por lo general comporta la negociación de los órganos de administración de las sociedades intervinientes con el objetivo de establecer los acuerdos necesarios para el proyecto de la operación de modificación estructural correspondiente⁶⁹.

En la fase preparatoria participan los órganos administradores de los entes comerciales, quienes tienen por encargo todas las labores de información y de facilitación de la toma del acuerdo por parte de los órganos sociales de decisión. En ese sentido, el órgano realiza las actuaciones previas para lograr tal acuerdo. Inicia

⁶⁹ Durante esta etapa es común que los órganos administrativos pacten como se ordenará las subsiguientes fases de la operación, para lo cual se revelen entre ellos datos importantes de cada uno de los entes empresariales intervinientes. Por ello es frecuente que se suscriban pactos de *due diligence*. Vid HALLET CHARRO, R., “Due Diligence”, en ÁLVAREZ ARJONA, J. M. y CARRASCO PERERA, A. (Coords.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Editorial Aranzadi, 2004, págs. 145 a 202.

con la suscripción del proyecto de la operación a realizar y traza el plan a seguir y los acuerdos necesarios para que la operación pueda realizarse, en el caso de que las sociedades participantes la aprueben.

Al ser una fase informativa, deben ponerse a disposición de los socios de las compañías participantes, no solo el proyecto de la modificación estructural, sino también los informes de los administradores y los expertos independientes (como en el caso de la fusión y la escisión), así como algunos documentos que atañen a la contabilidad de las sociedades. Lo que se busca es que los socios estén bien informados a la hora de emitir su voto, así como aquellos otros sujetos que, afectados por la operación, puedan valorarla.

Ciertamente, la suscripción del proyecto de fusión no obliga a las juntas de socios a aprobar las operaciones de modificación estructural en juego, pues su mera aprobación por parte del órgano administrativo no obliga a la sociedad a la que pertenece. Pero sí conlleva responsabilidades claras para los administradores, en tanto no podrán realizar actuaciones que obstaculicen la aprobación de la modificación estructural correspondiente, como tampoco aquéllas que puedan gravemente variar las condiciones en que se pactó la operación.

La fase decisoria se inicia con el acuerdo de la Junta General, Asamblea u otro órgano similar de las respectivas entidades participantes sobre el proyecto de toda la modificación estructural elaborado previamente. Como se mencionó líneas

atrás, se debe informar de manera ajustada a los socios, así como darse la publicidad necesaria al proceso, a fin de que los acreedores puedan oponerse al acuerdo. De esta manera se garantiza un instrumento jurídico de protección y un complemento a la transmisión universal del patrimonio social. Salvo la posible modificación de la responsabilidad por las deudas sociales, la posición jurídica de los socios no es alterada. Como es la junta general el órgano capaz de vincular a la sociedad, es imperativo que todas las juntas generales de todas las sociedades participantes aprueben el proyecto⁷⁰.

Finalmente, la fase de ejecución conlleva, a parte de los actos propios de cada modificación estructural operada, los pasos necesarios para el otorgamiento de la escritura pública, en la que deberá plasmarse el consentimiento irrevocable de las sociedades participantes. Dicha escritura deberá inscribirse en el Registro Mercantil para que tenga plena eficacia y sea oponible a terceros. Será conforme pues cuando se produce la efectiva transmisión por sucesión universal de los bloques patrimoniales, la extinción de las sociedades transmitentes y la distribución de la contraprestación correspondiente.

Existe además un régimen de impugnación de la modificación estructural cerrado que busca mantener inalterables los efectos de la operación. El procedimiento se vuelve medular en operaciones tan complejas, donde opera la transmisión de

⁷⁰ En relación a esto mismo, el artículo 87 LMESM establece que en el caso de la cesión global de activo y pasivo únicamente será necesaria la aprobación por parte de la junta general de la sociedad cedente.

elementos patrimoniales por medio de la sucesión universal y donde debe equilibrarse la tutela de los intereses afectados por la excepcionalidad de su aplicación (principio de tipicidad o de “*numerus clausus*” ya apuntado), para que esta tutela sea efectiva.

CAPÍTULO II

FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

SUMARIO: A. LA FUSIÓN DE SOCIEDADES. 1. Concepto de fusión: Notas esenciales. Analogías y diferencias con otras figuras. 2. Naturaleza Jurídica de la fusión. 3. Clases de fusión. a) Fusión por creación y fusión por absorción. b) Fusiones especiales, operaciones asimiladas a la fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias. 4. Fusión de sociedades en liquidación y en concurso de acreedores. 5. Elementos de configuración. a) Sociedades mercantiles. b) Inscritas en el Registro Mercantil. c) Integración en una única sociedad que resulta de la fusión y la extinción de las sociedades participantes. d) Transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal. e) Integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la operación de fusión. 6. Procedimiento de fusión de sociedades. a) Fase preparatoria. b) Fase decisoria: Junta de socios y acuerdo de fusión. c) Fase de dependencia: de la Protección de los acreedores. d) Fase ejecutoria: escritura de fusión. B. LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES. 1. Concepto, caracteres generales, finalidad y naturaleza. 2. Clases de escisión de sociedades. a) Criterio de clasificación atendiendo a la extinción o no de la sociedad que se escinde. (1) La escisión total. (2) La escisión parcial. b) Criterio de clasificación atendiendo a la naturaleza de la sociedad beneficiaria. c) Escisión subjetiva. d) Escisiones especiales o simplificadas e) La segregación y la constitución de una sociedad íntegramente participada. 3. Procedimiento de escisión. a) La fase preparatoria. b) La fase decisoria: el acuerdo de escisión y la junta de socios. c) La fase de formalización y ejecución. C. LA CESIÓN

GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO. 1. Concepto. 2. Elementos de la figura. a) Elemento subjetivo. (1) El cedente. (2) El cesionario o cesionarios b) Elemento objetivo: la contraprestación. 3. Procedimiento. a) Fase preparatoria: Proyecto, informes de administradores y documentos contables. b) Fase decisoria: acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente y Derecho de oposición de los acreedores. c) Fase de ejecución. 4. Eficacia de la cesión global de activo y pasivo.

La economía de mercado contemporánea, caracterizada por la competencia comercial de alta intensidad, permite que cobren popularidad los fenómenos de concentración de empresas. De esta manera, se exige que el sector mercantil no permanezca estático ante las exigencias comerciales, sino que, por el contrario, deba redimensionarse en sus estructuras corporativas para poder consolidarse o sobrevivir en el mundo empresarial. A fin de lograr este dinamismo, las empresas deberán recurrir a los diferentes instrumentos de cohesión empresarial que les ofrezca el ordenamiento jurídico.

Nuestro trabajo no pretende abordar una disertación exhaustiva de todas las formas de reestructuración empresarial. Nos limitaremos a la fusión de empresas, a la escisión, en todas sus modalidades y a la cesión global de activo y pasivo, por cuanto resultan soluciones adecuadas para la persistencia empresarial según lo dispuesto por el artículo 100.3 de la Ley Concursal. En particular profundizaremos en el estudio general de los alcances conceptuales y procedimentales de tales figuras; precisamente de aquéllos que son importantes a considerar para su implementación en

un proceso concursal. Hemos dejado de lado el resto de las cuestiones que se pueden presentar, sin que por ello sean menos importantes.

A. La fusión de sociedades

La LMESM ha establecido una disciplina general de la fusión que resulta ajustable a todas las sociedades mercantiles. El sistema legal actual en materia de fusión habrá de integrarse con las reglas específicas de las formas societarias que se vean afectadas por la operación, como sería particularmente en los aspectos de formación de la voluntad social de fusionarse. Pero además ha venido a disciplinar por vez primera en el ordenamiento jurídico español las fusiones transfronterizas intracomunitarias y la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión⁷¹, que ofrecen una clara similitud con las normas aplicables a las fusiones transfronterizas comunitarias.

⁷¹ SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, págs. 300 a 385; LARGO GIL, R., “La Constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE): (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, en *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 99 a 155; FAJARDO GARCÍA, I. G., “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (Coord.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 139 a 192; GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. y ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima Europea: Análisis del Reglamento 2157/2001/CE sobre el Estatuto de la Sociedad Europea y de la Directiva 2001/86/CE*. Editorial Bosch, S.A. España, 2005; ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea "Holding". en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Coords.), *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, España, 2004, págs. 386 a 469; GUERRA MARTÍN, G. y ALONSO UREBA, A., “La constitución de la Sociedad Europea como operación de concentración de Empresas”, ob. cit. págs.

La LMESM incorpora otras normas que sobre la materia se ha promulgado a nivel comunitario. Tal es el caso de las Directivas 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, aplicable exclusivamente a las sociedades por acciones; por el Reglamento 2157/2001, sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (como procedimiento de constitución de las misma); por la Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas intercomunitarias⁷²; y la directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CCC en lo que se refiere a la constitución, el mantenimiento y las modificaciones de capital de la Sociedad Anónima. A ellas se añade la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78 /855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, en lo que concierne al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en el caso de la fusión o escisión de las sociedades anónimas.

El régimen jurídico particular de la fusión se incluye en los arts. 22 a 53 de la LMESM, sin perjuicio de las limitaciones que puedan imponer otras leyes

860 a 995; y, EMBID IRUJO, J. M., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de Holding y por fundación de filial común”, ob. cit. págs. 193 a 228.

⁷² La Directiva 2009/109 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 modifica las Directrices 78/91/CEE, 78/855/CEE y 82/981 CEE del Consejo y la directiva 2005/56 CE en lo que atañe a las obligaciones de información y documentación en las operaciones de fusión o escisión. Si bien estas regulaciones modifican de manera importante aspectos del régimen de la fusión, no afectan los aspectos más primordiales de su concepto. Sobre este tema puede consultarse SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión y fusiones transfronterizas intercomunitarias. Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en *RdS*, núm. 31, año 2008-2. págs. 33 y ss.

especiales. En la medida en que la fusión es una manifestación del fenómeno de concentración de empresas, debe tenerse en cuenta que en determinados casos estas operaciones pueden verse subordinadas a las normas de la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007 en lo que concierne a las concentraciones económicas o, en función del sector económico afectado, a la legislación sectorial que en su caso resulte aplicable.

La regulación de la figura de la fusión se estructura partiendo de su acepción general, posteriormente se resuelve con el desarrollo de un procedimiento dividido en sus diferentes fases y que se concluye en sus efectos. Si bien para delinear el concepto de fusión éste debe ser integrado por el procedimiento que le informa, este capítulo no pretende ser exhaustivo en su análisis, sino tan solo resaltar aquellos aspectos especiales y fundamentales.

Desde una perspectiva económica, la fusión es un modelo del fenómeno de la reestructuración y concentración de empresas⁷³. Su propósito es lograr una dimensión significativa que se adecue a los requerimientos variables del mercado.

⁷³ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Madrid, 1976, pág. 359; URÍA R., “La fusión de sociedades mercantiles en el Derecho Español”, en *RDM*, núm.2, 1946, págs. 201 a 202; OLIVENCIA RUIZ, M. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Navarra, Civitas 2008, pág. 786; VICENT CHULIÁ, F., “La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español”, ob. cit., pág. 485; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 485; CAMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Estudios de Derecho Mercantil*, Primera Parte, II, Edersa, 1978, 2ª. ed., pág. 385; BIANCHI, G., *Le operazioni di fusione*, Torino, UTET, 2000, pág. 3, y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva”, en *RDBB*, núm. 32, 1988, pág. 722.

Pero, desde una aproximación legal, la fusión no es sino una operación jurídica que, con efectos sobre dos o más sociedades, permite la extinción de todas o de algunas de ellas y la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad. De aquí se colige ya la presencia de dos modos o procedimientos de fusión: la fusión por creación de una nueva sociedad y la fusión por absorción. Pero la discrepancia entre estos dos procedimientos es puramente superficial y formal, pues en ambos casos se produce el mismo fenómeno jurídico de unificación de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas que es propio a esta operación de modificación estructural.

1. Concepto de fusión: Notas esenciales. Analogías y diferencias con otras figuras

La fusión, al ser una operación de modificación estructural, es un fenómeno de concentración y reestructuración de empresas, como ya se mencionó en líneas atrás. La unión de dos empresas para lograr una de mayor tamaño configura una de las maneras más recurrentes en la actualidad para adquirir dimensión y competitividad. Generalmente, este tipo de operaciones empresariales están promovidas por la identificación de una amenaza o de una oportunidad en el mercado, lo que las conduce a reestructurar su organización y racionalizar sus actividades con el fin de lograr una mejora de los resultados conjuntos.

Constituye un procedimiento societario que conlleva la extinción de una o más sociedades sin liquidación, ya que se traspasan, en bloque y por medio de la sucesión universal, sus patrimonios a una nueva sociedad. Como contraprestación por la adquisición en bloque del patrimonio de las sociedades extinguidas, sus socios reciben acciones, participaciones o cuotas de la sociedad supérstite de la fusión⁷⁴. El concepto de fusión lleva consigo mismo el elemento de integración; es decir, dos o más sociedades se unen para formar una sola. Y esta unificación opera desde dos dimensiones: una dimensión subjetiva, con la unificación de los socios; y, una dimensión objetiva, con la integración del patrimonio⁷⁵.

El concepto legal de la fusión dado por la LMESM, según reza el artículo 22, no dista de la anterior conceptualización. Lo que sí se produce es una sistematización del mismo por cuanto hace hincapié en que la operación afecta a sociedades mercantiles inscritas, sin diferenciar su tipo social. De esta manera deroga los específicos regímenes de fusión recogidos por el TRLSA y la LSRL.

El instituto de la fusión tiene su identidad y autonomía específicas, que van más allá de cualquier otra figura que le sea afín. Es una figura con características

⁷⁴ PAREJO BALLESTEROS, D., “La fusión”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de restructuración societaria*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 71. VICENT CHULIÁ diferencia entre un concepto restringido y otro amplio de la fusión. El concepto restringido no dista mucho del dado por la propia LMESM. Mas el concepto amplio incluye las fusiones entre entidades sin base asociativa (fundaciones y cajas de ahorro) así como las fusiones heterogéneas. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 749.

⁷⁵ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, España, Librería-Editorial Dykinson, págs. 119 a 120.

y particularidades que le son propias, aunque, solo en apariencia, algunos de sus efectos sean compartidos por otros institutos empresariales. El que la fusión pueda finalizar con la creación de una nueva sociedad, sea por la absorción de todas las participantes por la absorbida y la simultánea extinción de todas las participantes o de todas menos una, puede conllevar a confundirla con otros institutos afines como lo son la constitución de sociedades⁷⁶. Pero tampoco debe confundirse la fusión por absorción con las modificaciones estatutarias o de escritura de la absorbente como resultado del aumento de capital, pues puede acontecer que exista suficiente autocartera, o se trate de casos en los que no procede el aumento, como en la absorción de sociedades íntegramente participadas o con coincidencia entre el activo o pasivo en la sociedad absorbida.

La figura de la venta – fusión también puede dar lugar a aparentes coincidencias con las operaciones de fusión. En virtud de esta venta una sociedad transmite todo su patrimonio a otra que le entrega a cambio acciones representativas de su aumento de capital. Pero la realización de esta operación empresarial no sobrelleva la extinción de la sociedad cedente ni la integración de los socios en la sociedad cesionaria; y, precisamente por la falta de estos dos efectos no puede asimilarse a una fusión. Mayor es el problema de precisión en aquellos casos en que la sociedad transmitente puede acordar su disolución y entrega a sus socios las

⁷⁶ SEQUEIRA MARTÍN, A., “La fusión (artículos 233 a 251)”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1993, Tomo VII, págs. 114 y ss.

acciones de la sociedad adquirente, pues con ello se obtienen los mismos efectos que con la fusión.

Otro caso en el que tampoco se desdoblán estos dos efectos propios de la fusión, es el de la cesión global de activo y pasivo, figura a la que dedicaremos algunas líneas más adelante⁷⁷. Sin embargo, podemos anticipar que consiste en la transmisión de todo el patrimonio de una sociedad, en este caso cedente, a otra (cesionaria), a cambio de una contraprestación que no puede consistir en la entrega de acciones o participaciones de la cesionaria. Esta operación tampoco implica la extinción de sociedad cedente en todos sus casos ni la integración de los socios.

La venta de todas las acciones o participaciones de una entidad comercial tampoco puede asimilarse a las operaciones de fusión, pues ésta comporta una compraventa de las acciones o participaciones del capital de otra sociedad y no de la suma de todo su patrimonio social. Del mismo modo, la sociedad adquirente logra el control absoluto de la empresa de la sociedad adquirida, consiguiendo actuar de hecho como si los dos patrimonios empresariales constituyeran una unidad. Igual sucede en aquellas hipótesis en las que la compraventa no abarque la totalidad de las acciones o participaciones sociales, sino un “paquete de control”.

⁷⁷ Supra sección C) de este capítulo, pág. 187.

2. Naturaleza Jurídica de la fusión

Para poder determinar cuál es la naturaleza jurídica de la fusión, previamente debemos hacer dos delimitaciones importantes. En primer lugar, la fusión no puede ser asimilada con la disolución de las sociedades⁷⁸ por cuanto, si bien se disuelven las sociedades absorbidas, esto no comporta los efectos propios de la disolución de sociedades, al igual que la apertura del período de liquidación. Aún más, si bien la fusión extingue un vínculo societario, lo hace precisamente para crear otro nuevo. Por otro lado, la fusión tampoco es una mera técnica de transmisión patrimonial, por más que comporta la transmisión en bloque de los diferentes patrimonios sociales y este pueda ser su propósito primordial. Lo que caracteriza a la fusión es que la integración de los patrimonios lleva aparejada la integración de las sociedades que participan en una sola sociedad y la agrupación de los socios de las diferentes entidades que participan en una sociedad resultante⁷⁹.

Partiendo de lo anterior, sobre la naturaleza jurídica de la fusión se han desarrollado varias alternativas posibles, predominando así las posturas contractualistas y corporativistas, sobre las cuales se ha dividido la doctrina nacional,

⁷⁸ URÍA, R., "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español", en *RDM*; núm. 2, 1946, pág. 201 y URÍA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Madrid, Civitas, págs. 734 a 736; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J y PÉREZ TROYA, A., "La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos", en SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez*, Pamplona, Civitas - Thomson Reuters, 2010, pág. 816.

⁷⁹ Vid URÍA R., "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español", en *RDM*, 1946, 1, págs. 201 y ss.

fundada, por lo general, en análisis el Derecho comparado. Sin embargo existen otras posturas interesantes que han sido desarrolladas. No pretendemos ser extensos en el análisis de cada una de las tesis propuestas, pero sí explicarlas someramente para poder exponer nuestra postura.

La tesis corporativista⁸⁰ pretende que la fusión es, lejos de ser un contrato entre las partes, un acto corporativo. Esta postura es de influencia alemana y parte de que los pactos preparatorios previos que pudieran existir carecen de importancia ante las decisiones internas de las respectivas sociedades y actos corporativos internos de las sociedades por medio de los cuales se concreta la fusión. Si bien el traspaso de bienes de una sociedad a otra puede adquirir la forma de un convenio entre las sociedades, ello no explica el carácter de las decisiones internas de cada sociedad que a ello conllevan. El eje se encuentra en los acuerdos tomados por las sociedades que participan de la fusión, siendo jurídicamente irrelevante el procedimiento de negociación que se haya efectuado con anterioridad a éstos, si no se cumple con la actuación corporativa a la que se une sus efectos.

La tesis contractualista⁸¹ parte de que la fusión es un contrato entre las sociedades participantes que tiene por objeto la transmisión universal del patrimonio

⁸⁰ MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, págs. 21 y ss. y VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, ob. cit. págs. 841 y 842.

⁸¹ RUBIO, J., *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974, págs. 472 a 473; TRÍAS, M., “La fusión y operaciones de similar alcance”, en BALLESTER, J. [et al.]: *Las operaciones societarias de modificación estructural, análisis de su*

de la absorbida por parte de la sociedad absorbente. Bajo tal criterio, la fusión es un acuerdo entre las sociedades y por ello el proyecto de fusión es el centro de relevancia de toda la operación a realizar. Así, este proyecto es un verdadero contrato entre los órganos internos de las sociedades y los acuerdos que deban tomar las Juntas Generales serían una condición jurídica de la existencia de este contrato.

A fin de reforzar el carácter contractual de la fusión se ha señalado que en ella se dan todos los elementos necesarios para la existencia de un negocio jurídico, como lo es el consentimiento, el objeto, la causa y la forma⁸². El consentimiento es prestado por la asamblea general de los socios de cada una de las sociedades que se fusionan en las circunstancias requeridas para la emisión de tales acuerdos. El objeto del mismo lo constituye la modificación de la actividad o el proyecto económico que cada sociedad viniera desarrollando a otro que permita la actividad futura de todas ellas. Por ello se adaptan los estatutos de la sociedad absorbente o se redactaran unos nuevos. La forma escogida para la formalización de la fusión será la escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil para obtener plena eficacia. Si bien se exige el cumplimiento de otros requisitos legales para el buen término de la fusión (el proyecto común, la información a los socios, entre otros), ello no desvirtúa su

tratamiento jurídico tributario y contable”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 72 y 73; quien le otorga naturaleza contractualita o cooperativista según la modalidad de la que se trate. En cuanto a la teoría contractualita vid CAMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Estudios de Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 391; y MOTOS GUIRAO, M., *Fusión de sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 23 a 24.

⁸² SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *Fusión y escisión de sociedades: aportaciones de activos y canje de valores. Cesión global del activo y pasivo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, segunda edición, págs. 137 a 138.

carácter contractual, según esta postura. Es en relación con la causa donde más incertidumbre podría plantearse, por cuanto son muchas las razones últimas por las cuales se justifica una fusión. Sin embargo, ello es solo en apariencia, por cuanto las modificaciones estructurales están ligadas a objetivos de reestructuración y concentración empresariales.

Así, el contrato de fusión se produce gracias al ejercicio de la autonomía de la voluntad. En él dos o más sociedades deciden fusionarse con el fin de integrar sus patrimonios; conlleva la extinción de una o varias sociedades participantes y con ella se modifica o se crea una sociedad. Este negocio jurídico tiene una doble faceta, una interna y otra externa. Es decir, por un lado encontramos el convenio realizado por los administradores por medio del proyecto de fusión, que implica el ejercicio de la potestad de representación de aquellos sujetos legitimados para suscribir y asumir contratos por parte de la empresa. Por otro lado, se encuentra el acuerdo tomado en el seno del órgano social como forma de manifestación de la voluntad de la sociedad misma. En esta situación, planteada inicialmente por la doctrina⁸³, la fusión debe calificarse como un negocio jurídico de visos complejos, de carácter sucesivo y formal en tanto en él convergen dos contratos suscritos en momentos distintos: por un lado, un precontrato plasmado en el proyecto de fusión; por otro, el contrato definitivo, constituido por los acuerdos de las juntas de socios de las sociedades

⁸³ EMBID IRUJO, J. M., “Sección 2da. Fusiones”, en ARROYO MARTÍNEZ, I y EMBID IRUJO, J. M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2009, 2ª ed., pág. 2229.

participantes y que culmina con el otorgamiento de la escritura pública para darle íntegra eficacia.

La delimitación jurídica de la fusión bajo esta posición está dada por sus especiales efectos, por cuanto esta es la forma en que se cumple el objeto anteriormente apuntado del contrato, es decir la modificación de su esquema económico. De ahí que la transmisión universal del patrimonio social y la integración de los socios de las sociedades que se extinguen conducen al cumplimiento de tal objeto.

La tesis estatutaria⁸⁴ es una teoría intermedia, según la cual debe considerarse a la fusión desde una perspectiva de la modificación del contrato social. Con esta operación se produce una renovación del contrato constitutivo de la sociedad por la cual los socios integran las diferentes sociedades en un nuevo contrato de sociedad. Es decir, es una integración de los contratos sociales de la que deriva la extinción de sociedades; es una disolución sin liquidación. Esta opinión reconoce la importancia de la sucesión universal de los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen al ser una transferencia patrimonial de carácter voluntario, lo que conlleva la modificación del acto constitutivo de cada sociedad.

⁸⁴ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., “Los conceptos de liquidación y extinción de la sociedad anónima en la realidad”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (Coord.), *Estudios sobre la sociedad anónima*, Editorial Civitas, España, 1991 págs. 435 a 480. Es seguida por DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva”, ob. cit., págs. 734 y ss.

La tesis que muestra a la fusión como un procedimiento determina que ésta no tiene su eje de gravedad en los actos preparatorios, así como tampoco en los acuerdos tomados para su aprobación o en la formalización de la misma en escritura pública, sino que se trata de un procedimiento legal indisoluble al que se le imputan los efectos jurídicos. Es a través del cumplimiento de las diferentes fases como finalmente se producen sus efectos. Incluso se ha propuesto considerar la fusión al mismo tiempo como un procedimiento y como un negocio jurídico particular, siendo que en cuanto a esto último no llega a ser totalmente un acuerdo entre los socios o un acto puramente corporativo. La consideración aislada de los acuerdos tomados por cada sociedad no puede dar justificación adecuada a estos efectos propios de la fusión; el acuerdo por sí solo no produce los efectos, pero sí el cumplimiento sistemático de tal procedimiento, aún en los casos en que se ha operado una simplificación del mismo en las fusiones de carácter especial. Cabe preguntarse en qué fase de este procedimiento quedan vinculadas las sociedades, de forma tal que carezcan de la posibilidad de desvincularse de manera voluntaria y unilateral de la fusión sin sufrir sanción alguna⁸⁵.

Actualmente la tesis que ha tomado más auge es aquella que vislumbra la fusión como una modificación estructural, principalmente por la presencia de sus dos efectos característicos: la transmisión de un bloque patrimonial por medio de la

⁸⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, ob. cit., págs. 705 a 706.

sucesión universal y la integración de la sociedad transmitente o sus socios. Partimos nosotros pues de esta misma concepción.

3. Clases de fusión

Al partir del concepto legal, la LMESM establece que las sociedades que se fusionan se integran en una sola resultante. Esta sociedad resultante puede ser de nueva creación o bien una de las sociedades que se fusionan (fusión por absorción). Ambas clases de fusión son reguladas conjuntamente, a pesar de que también se han detectado excepciones concretas que les son propias. Pero la diversidad de clases sugeridas no quiebra la unidad del concepto anotado, por cuanto son sus efectos, producidos en el desarrollo de las fases del proceso, los que le proporcionan su esencia.

Aparte de estos dos tipos de fusión, la Ley identifica las fusiones transfronterizas intercomunitarias, las fusiones especiales y las operaciones asimiladas a la fusión. Estas categorías merecen un análisis, aunque sea en términos generales.

a) Fusión por creación y fusión por absorción

La fusión en una nueva sociedad implicará que todas las sociedades que participan en la operación se integren en una nueva entidad. Ello, por tanto, implica la

extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

La fusión por absorción se produce cuando la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente. De tal forma que ésta última adquirirá, por sucesión universal, los patrimonios sociales (activo y pasivo) de las sociedades absorbidas, que se extinguirán (en una disolución sin liquidación), y operará la atribución a los socios de las sociedades absorbidas, en proporción a sus respectivas participaciones, de la totalidad de los valores representativos de la ampliación de capital social que la sociedad absorbente ha de realizar como contraprestación por la aportación recibida, y, en su caso, de una indemnización en dinero que no supere del 10% del valor nominal de los valores recibidos, cuando sea satisfactorio para ajustar el tipo de canje de los valores ⁸⁶.

b) Fusiones especiales, operaciones asimiladas a la fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias

Tomando en consideración la especial vinculación de las sociedades participantes, se distinguen además otros tipos de fusión conocidos como fusiones

⁸⁶ SÁNCHEZ CRESPO, A., “Las operaciones de fusión: La empresa familiar”, documento electrónico en <http://www.microsoft.com/business/es-es/content/paginas/article.aspx?cbcid=560> [revisado el 07 de marzo de 2013], s. p.

especiales y operaciones asimiladas a la fusión⁸⁷. Entre ellos se encuentran la absorción de sociedad íntegramente participada, la fusión inversa, la fusión de sociedades gemelas y la absorción de sociedad participada al 90%. Además, como categoría especial, se encuentran las fusiones transfronterizas intracomunitarias. No podemos tampoco olvidar a la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente, bien conocida como fusión apalancada.

La característica común a todas estas modalidades reside en que el procedimiento a seguir se ha visto simplificado, por cuanto se omite el requerimiento del acuerdo de alguna de las sociedades participantes o de ninguna de ellas, dependiendo del especial supuesto que se trate. Dicha simplificación obedece a la ausencia de socios externos o a su reducido número o porcentaje.

La absorción de sociedad íntegramente participada es conocida también como fusión impropia o abreviada y tiene lugar cuando la sociedad absorbente es titular, de forma directa o indirecta, de la totalidad de las acciones o participaciones⁸⁸ en que se divide el capital de la sociedad o sociedades absorbidas. Igualmente son asimilados como supuestos de este tipo de operación la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas directa o indirectamente por el mismo

⁸⁷ Vid JUSTE MECÍA, J., “Fusiones especiales”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, 2009, España, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 767 a 803.

⁸⁸ Al hacer referencia la ley únicamente a participaciones o acciones, omitiendo las cuotas, la doctrina ha interpretado que este tipo de operaciones se encuentra limitadas únicamente a sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Vid GARRIDO DE PALMA.V. M., “Fusión”, ob. cit., pág. 124.

socio y la fusión por absorción de una sociedad que es directa o indirectamente, socio único de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente, denominada fusión inversa o invertida (artículo 52 LMESM).

La fusión por absorción de sociedades íntegramente participadas tiene su antecedente en el artículo 250 del TRLSA. Se distingue por tener un proceso de ejecución más rápido y simplificado por cuanto cuenta con un menor número de requerimientos que el previsto para las fusiones en general, diferenciándose dicha simplificación si se está ante fusiones con participación directa o indirecta.

En las fusiones de sociedades íntegramente participadas, donde la sociedad absorbente es titular directa de las acciones o participaciones, según el artículo 41.1 LMESM, se las exime de incluir en el proyecto de fusión referencia sobre el tipo de canje de las acciones o participaciones, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje; así como de la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones o participaciones tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho. En el caso de que se trate de una fusión transfronteriza, tampoco necesita mencionar la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante o las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión. Tampoco son necesarios los informes de los administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No ha de

procederse a aumentar el capital de la sociedad absorbente, como no procede la aprobación de la fusión por parte de las Juntas Generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

Si, por otro lado, se presenta el supuesto en la que la sociedad absorbente es titular de manera indirecta de todas las participaciones de la sociedad absorbida, será necesario el informe de los expertos del artículo 34 LMESM y será exigible el aumento de capital de la sociedad absorbente⁸⁹. Más si la fusión provoca una disminución del patrimonio neto de las sociedades que no intervienen en la fusión, ello por la intervención que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá pagar a éstas últimas sociedades por el valor razonable de la participación.

La fusión de sociedades gemelas o “*fusión de hermanas*”, conlleva la integración de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio. El proceso de ejecución de este tipo de fusiones se beneficia, en la medida de lo que cabe, de la reducción de trámites advertido para la absorción de sociedades íntegramente participadas. En los casos de fusiones entre sociedades hermanas, que tienen, por así llamarlo, una sociedad padre común se aplicarán las mismas normas para el primer supuesto de sociedades íntegramente participadas del artículo 41.1 LMESM ya apuntadas. Pero en el caso de sociedades íntegramente participadas de manera indirecta por el mismo socio, le es aplicable el régimen de las

⁸⁹ En relación con el aumento de capital es las fusiones especiales puede tomarse como referencia a ALBA ISASI, J., “El aumento de capital necesario o potestativo en las fusiones por absorción”, en *Diario La Ley*, núm. 7949, Sección Tribuna, 23 Octubre, 2012, s. p.

sociedades íntegramente participadas por único socio, pero con la necesidad de presentar el informe del experto del artículo 34 y el aumento de capital de la sociedad absorbente. Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de las sociedades que no intervienen en las operaciones, debido a las participaciones que tiene en la sociedad absorbente o absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas sociedades por el valor razonable de su participación.

A la fusión inversa le es aplicable lo dispuesto para la fusión de sociedades íntegramente participadas según el artículo 52 apartado 1 LMESM, segunda parte. Pero en el caso de que la participación sea indirecta, deberán aplicarse las especificaciones del artículo 52 para sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio.

La absorción de sociedad participada al noventa por ciento o más es un supuesto actualmente contemplado en la LMESM y que se presenta cuando la sociedad absorbente es titular directa del noventa por ciento o más del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada que vayan a ser elemento de absorción. Es decir, la sociedad absorbente no posee la totalidad del capital. Este tipo de fusión se beneficia de una reducción procedimental ya que no son obligatorios los informes de los administradores y de los expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que se esté bajo el supuesto de la sociedad absorbente que ofrece a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo que no

podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. Como excepción a lo anterior, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza comunitaria.

El artículo 51 de la LMESM permite que la fusión no sea necesariamente aprobada por la Junta General de la sociedad absorbente siempre que, con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta o juntas de las sociedades absorbidas que deban pronunciarse sobre el proyecto de fusión, o, en caso de sociedad íntegramente participada, a la fecha prevista para la formalización de la absorción, se hubiera publicado el proyecto por cada una de las sociedades participantes en la operación con un anuncio, publicado en la página web⁹⁰ de la sociedad o, caso de no existir, en el BORME o en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En él deberá hacerse constar el derecho que corresponde a los socios de la sociedad absorbente y a los acreedores de las sociedades que participan en la fusión a examinar en el domicilio social el proyecto de fusión así como las cuentas anuales, los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, y los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles. Deberá tener acceso además a los informes de los administradores de cada una de las

⁹⁰ En cuanto al régimen de la página web, Vid RECALDE CASTELLS, A. y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012, Año XXXIII, s. p.

sociedades sobre el proyecto de fusión, los informes de los expertos independientes y el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado del informe de auditoría o del informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido, en el caso de fusión de sociedades cotizadas. Cuando no se hayan publicado en la página web tales documentos, en los términos previstos en el artículo 32 LMESM, podrán obtener la entrega o el envío gratuitos del texto íntegro de los mismos.

En el anuncio deberá mencionarse el derecho de los socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social, a exigir la celebración de la junta de la sociedad absorbente para la aprobación de la absorción y el derecho de los acreedores de esa sociedad a oponerse a la fusión en el plazo de un mes desde la publicación del proyecto.

Será necesaria la aprobación por parte de la Junta General, por lo que los administradores de la sociedad absorbente estarán obligados a convocarla cuando, dentro de los quince días siguientes a la publicación del último de los anuncios a los que se refiere el apartado 2 del artículo 51 descrito anteriormente, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social. En este supuesto, la junta debe ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiera requerido notarialmente a los administradores para convocarla.

La transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad que se extingue a otra sociedad socia única de aquélla, es el supuesto que el artículo 53 LMESM asimila a las operaciones de fusión, lo que impide su caracterización como cesión global. El régimen de simplificación del procedimiento aplicable es el dado por el artículo 52.

Con la finalidad de garantizar la efectividad del mercado interior de la UE y eliminar las dificultades a la libertad de establecimiento y circulación de capitales, se integra en la legislación española la Directiva Comunitaria 2005/56 relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. Estas fusiones transfronterizas intracomunitarias⁹¹ venían siendo reguladas con breves y sucintas referencias por la legislación española⁹². La LMESM se ha ocupado por vez primera de los procesos de

⁹¹ Puede consultarse FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Documentación de absorción transfronteriza”, en *RGD*, núm. 609 - 610, 1995, págs. 7085 y ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, págs. 7 a 38; SÁNCHEZ CALERO, F. J., “La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho español”, en *Noticias de la Unión Europea*, número 55 - 56, Agosto – Septiembre, Año V, págs. 61 a 72; SÁNCHEZ RUS, H., “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español”, en BALLESTER, J. E. (Coord.), *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 141 a 210; TAPIA HERMIDA, A. J., “Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho Español”, en *RdS*, núm. 12, 1999, págs. 133 a 173; GALEOTE MUÑOZ, M., “Fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *Diario La Ley*, núm. 7273, Sección Tribuna, 30 Oct. 2009, Año XXX, s. p.; NAVARRO MARTÍNEZ-AVIAL, G., “Las fusiones transfronterizas un año después de la entrada en vigor de la ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Boletín de Dirección de Finanzas*, 2011, vol. 17, núm. 65, págs. 55 a 57.

⁹² Al respecto el 9.11.II del Código Civil prevé de manera expresa la posibilidad de fusiones internacionales por cuanto “*en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales*”. El artículo 84 de la Ley del Impuesto de Sociedades, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, regulaba la

fusión que comprometan a una sociedad española y a otra u otras sociedades extranjeras. El principio general es que la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se registrará por lo establecido en sus respectivas leyes personales, que serán por tanto las que determinen el régimen aplicable. Pero al margen de este principio general, la Ley prevé un régimen específico para las fusiones transfronterizas intracomunitarias, entendiendo por tales las fusiones entre sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del EEE, cuando al menos dos de ellas se rijan por legislaciones diferentes y una sea española.

Para que una fusión pueda beneficiarse del régimen especial regulado, tienen que concurrir las siguientes circunstancias: a) Que la fusión tenga lugar entre sociedades de capital, lo que en el supuesto español equivale a las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada⁹³; b) Que las sociedades que se fusionen estén constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro. Por tanto, no es aplicable a fusiones en que intervengan sociedades no comunitarias; c) Que, además, las sociedades que se fusionen tengan su domicilio

participación en una fusión de entidades residentes en territorio español y de entidades residentes en el extranjero y extendía el régimen de neutralidad fiscal a las fusiones domésticas como a aquéllas en que participaban sociedades extranjeras. Por otro lado, la Ley de Sociedades Anónimas, no contempla expresamente el supuesto de fusiones entre sociedades de distinta nacionalidad, pero tampoco excluye esta posibilidad, principalmente si se toma en cuenta lo dispuesto en su artículo 233.1: “*la fusión entre cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva*”. La frase utilizada de “*cualquiera sociedades*” se ha interpretado en el sentido de comprender tanto la fusión entre sociedades españolas como la fusión entre una sociedad española y una sociedad extranjera. SÁNCHEZ RUS, H., “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español”, ob. cit., pág. 155.

⁹³ No se aplicará el referido régimen a las fusiones transfronterizas en las que intervenga una sociedad cooperativa, una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y sometido al principio de reparto de los riesgos.

social, centro de efectiva administración o su principal establecimiento dentro de la Comunidad; d) Que al menos dos de las sociedades implicadas estén sujetas a la legislación de Estados miembros diferentes. Este requisito nace de la propia *ratio* de la norma que procura agilizar las fusiones de carácter transfronterizo.

El principio general es que la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en sus respectivas leyes personales, que serán por tanto las que determinen el régimen aplicable. Sin embargo, el régimen jurídico nacional de las fusiones transfronterizas se encuentra tipificado en los arts. 54 y ss. LMESM. Empero, hay que aclarar que con carácter general, el procedimiento aplicable a estas fusiones es el mismo que el de las fusiones de carácter nacional, cuyo régimen, en realidad, se aplica de modo supletorio. La principal particularidad se advierte en la posibilidad de que los socios de las sociedades españolas, que votan en contra del acuerdo de fusión, gocen de un derecho de separación en aquellos casos en que la sociedad resultante de la fusión (la sociedad nueva o absorbente) tenga su domicilio en otro Estado miembro. La atribución del derecho de separación a los socios disconformes de la sociedad española se encuentra justificada por cuanto en estos casos produce una modificación a un elemento estructural, tan importante para la posición jurídica de los socios como es la nacionalidad de la sociedad en la que participan y el Derecho que le resulta aplicable.

El procedimiento de la fusión transfronteriza intracomunitaria se articula por fases. Su procedimiento se distribuye en dos fases: una fase previa o preparatoria

de la fusión que se va a llevar a cabo y otra decisoria, donde se van a ocasionar los acuerdos precisos para verificar la fusión. Nos ocupamos seguidamente de explicar brevemente cada una de ellas⁹⁴.

La fase previa empieza con la elaboración del proyecto de fusión por parte de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión⁹⁵. El contenido del proyecto es el mismo que el exigido para el régimen general, pero con algunas especialidades que deben incluirse, como son las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen. Además, deberá contener, si existiera, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza de conformidad con lo dispuesto por la misma ley en el artículo 67 LMESM⁹⁶.

⁹⁴ Para mayor profundidad sobre el procedimiento de fusiones transfronterizas véase MAMBRILLA RIVERA, V., “Particularidades de las fases preparatoria y decisoria”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 851 a 928 y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La ejecución de la fusión transfronteriza”, *ibíd.*, págs. 929 a 973.

⁹⁵ SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentario al Proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 33 a 54.

⁹⁶ Dicho artículo reza que cuando la sociedad resultante de la fusión tenga su domicilio en España, los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a la legislación laboral española, mientras que los derechos de participación de los trabajadores en la sociedad se definirán con arreglo a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Será esta

Al igual que en una fusión del sistema general, el informe de los administradores de cada una de las sociedades participantes deberá estar a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o de los propios trabajadores, en su caso, en un plazo no inferior a un mes antes de la junta de socios que decidirá sobre el proyecto de fusión transfronteriza presentado. Si bien la nueva regulación sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias no se refiere a la publicidad del proyecto de fusión ni al informe de los expertos independientes, al ser éstos dos aspectos desarrollados en el régimen general, se aplicarán tales normas a la fusión transfronteriza.

En la fase decisoria, la fusión transfronteriza ha de aprobarse por la Junta de socios de cada una de las sociedades participantes en el proceso con algunas especialidades frente al régimen común de la fusión general. Así, la junta de socios de cada una de las sociedades implicadas va a poder condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante. Y, por otro lado, surge el derecho de separación de los socios de aquellas sociedades españolas que participen en una fusión transfronteriza intracomunitaria y que voten en contra del acuerdo de una fusión cuya sociedad resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro. Este

misma ley la que dote de contenido a ambos tipos de derechos. Cuando al menos una de las sociedades que participan en la fusión esté organizada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad resultante de la fusión transfronteriza se rija por dicho sistema, ésta deberá adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación. Los derechos de información y consulta de los trabajadores de la sociedad que resulte de la operación de fusión que presten sus servicios en centros de trabajo situados en España se regirán por la legislación laboral española, al margen del lugar donde dicha sociedad tenga su domicilio.

derecho de separación se regirá por lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para los casos de separación de socios en general.

No hay cambios sustantivos en cuanto a las formas de publicidad de las fusiones transfronterizas intracomunitarias: en el BORME, deberá publicarse una indicación, para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores así como de los socios de las sociedades implicadas. Deberá además divulgarse la dirección donde se pueda obtener, sin erogación de gastos, una información exhaustiva sobre esas condiciones. Particularmente en aquellos casos en que la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registro Mercantil que haya practicado la inscripción lo notificará de inmediato a los Registros donde estén inscritas las sociedades participantes para que se proceda a su cancelación.

El legislador somete a un control específico los actos y trámites en las operaciones de fusión transfronteriza y que han sido realizados de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, debido a que las sociedades implicadas o alguna de ellas tienen su domicilio en España. Así, se establece que el Registrador mercantil ejercerá un control de legalidad previo sobre la base de los datos existentes en el Registro a la vista de la escritura de fusión y entregará a estas sociedades un certificado. Para el caso de que la sociedad sujeta a la legislación española sea justamente la resultante de la fusión, el registrador mercantil, antes de derivar a la

inscripción de la misma, dispensará otro control sobre el procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen y, en su caso, la adecuación de las disposiciones sobre participación de los trabajadores. Para que ello sea posible, cada una de las sociedades participantes remitirá al Registrador mercantil el certificado mencionado anteriormente en el plazo de seis meses a partir de su expedición, así como el proyecto común de fusión aprobado por la junta de socios.

Si además fuera española no sólo la sociedad resultante de la fusión sino alguna de las sociedades que se funden o se extinguen, el control de legalidad sobre ésta se realiza asimismo ante el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad resultante. Para ello será suficiente que en el título presentado al Registro conste, debidamente acreditada por el Registrador del domicilio de la sociedad que se extingue, la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida.

El artículo 35 de la LMESM regula la fusión posterior a la adquisición de una sociedad con endeudamiento del adquirente o denominada fusión apalancada, figura del derecho anglosajón pero que poco a poco se ha extendido al resto de los ordenamientos jurídicos por las ventajas que trae consigo⁹⁷. Implica aquellas

⁹⁷ Se ha señalado que *“desde el punto de vista puramente económico se dice que las LBO facilitan las reorganizaciones empresariales y son una vía de solución a los problemas de sucesión empresarial. Al aumentar las ofertas posibles por una empresa, permitirá generar más valor para el accionista de la adquirida, y el endeudamiento que recae sobre la sociedad impondrá una mayor*

operaciones en las cuales se realiza una fusión con posterioridad a la adquisición de acciones o participaciones sociales que posibilitan alcanzar el control de una sociedad o de sus activos; para ello se cuenta con la financiación aportada por un tercero y que ha sido dada en razón al patrimonio o a los rendimientos que a futuro tendrá la propia sociedad cuyo control ha sido adquirido⁹⁸. Dicha adquisición apalancada puede realizarse con fusión final o sin ella, pudiendo incluso ser una fusión directa (cuando la sociedad adquirente absorbe a la sociedad objetivo) o bien una fusión inversa, cuando es la sociedad objetivo la que adsorbe a la sociedad adquirente, que de paso es la dueña de la totalidad de las participaciones de aquella⁹⁹. Para este supuesto de fusión, la LMESM impone unos requisitos adicionales que representan una novedad en la legislación española pero que plantean dificultades en su interpretación.

Esta operación ha hecho cavilar a la doctrina española por cuanto aparentemente representaba asistencia financiera prohibida por los art 81 TRLSA y

disciplina de gestión en empresas antes sobrecapitalizadas”. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. S., “Fusión apalancada y asistencia financiera: el Art 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 30, marzo- abril de 2013, s. p. y MARTÍ MOYA, V., “El merger leveraged buy-out o fusión apalancada a la luz de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en *RDM*, núm. 276, 2010, págs. 607 a 644.

⁹⁸ RONCERO SÁNCHEZ, A., “Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 723. Vid además MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, ob. cit., 2013, pág. 334.

⁹⁹ La remisión que realiza el art 73 LMESM a las normas de la fusión determina que este precepto sobre la fusión apalancada se pueda aplicar en los supuestos de escisión y no así con la cesión global de activo y pasivo. Se podrá proceder de esta manera en cuanto a la fusión, siempre que cualquiera de las sociedades beneficiarias se hayan endeudado para adquirir una participación en el capital o activos de la sociedad escindida. En la cesión global, por su parte, no existe norma de remisión a las normas de la fusión, lo que supone una grave anomalía.

40.5 LSL, (hoy en los arts. 143, para la sociedad limitada, y 149 y 150, para la sociedad anónima de la TRLSC), en cuanto nuestra legislación mercantil prohíbe anticipar fondos, conceder créditos, prestar garantías o facilitar asistencia financiera para la adquisición de participaciones propias o de las emitidas por una sociedad del grupo, con el fin de proteger a los acreedores de los peligros que implica para la solvencia de la sociedad o evitar los abusos cometidos por parte de los administradores, que a través de la asistencia financiera podrían beneficiar la toma de control por alguno de los socios, o maniobrar la cotización.

Por parte de la actual redacción del artículo 35 LMESM, se sustituye esta prohibición¹⁰⁰ por un sistema de garantías proporcionado que esta dado con el fin de reforzar la responsabilidad de los administradores y de avalar el escenario financiero de las sociedades, de tal forma que las fusiones apalancadas constituyen una especie de asistencia financiera pero conceden unas garantías especiales a socios y acreedores. Sin embargo, ello no excluye todos sus riesgos. Así, el artículo 35 LMESM cierra el debate de la validez de las fusiones apalancadas y de manera implícita acepta la figura, pero la transforma en un presupuesto de un régimen singular dentro de la disciplina de la fusión de sociedades, donde se debe analizar si la ejecución de la fusión comporta una hipótesis en la que concurre asistencia

¹⁰⁰ Para algunos la fusión apalancada en sí misma no es ilícita, sino que debe examinarse caso por caso para determinar los fines para los cuales será utilizada. MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles. Especial referencia a la preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Comares, Granada, 2010, págs. 614 a 615.

financiera¹⁰¹. Esta situación necesariamente deberá someterse a verificación por parte de un experto independiente¹⁰², de forma que en su informe se manifieste expresamente la ausencia de dicha asistencia financiera.

El artículo citado, pues, se aplicará a dos tipos de adquisición. El primer tipo hace referencia a aquellas operaciones que conlleven la adquisición del control de una sociedad, pero con el agravante de que la misma norma no define de manera clara cuando se está ante un supuesto de control.

En segundo lugar se aplicará el precepto a aquellas operaciones donde se dé la adquisición de activos esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial¹⁰³. Pero existen dudas sobre los criterios de su valoración, máxime si tenemos en cuenta que la norma no establece pautas para ello. Como requisito además, se impone que la deuda debe haberse contraído en los tres años anteriores a la fusión. En cuanto a su importe, la ley no establece un límite

¹⁰¹ SÁNCHEZ-CALERO, J. y FERNÁNDEZ TORRES I., *Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)*, en Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2011/38, http://eprints.ucm.es/12628/1/Fusi%C3%B3n_apalancada-DT_38-2011.pdf, pág. 10.

¹⁰² MINGOT AZNAR, M., “Contenido y alcance del informe del experto independiente en las fusiones apalancadas del art. 35 LME”, en *RdS*, núm. 35, 2010, págs. 211 a 231 y RONCERO SÁNCHEZ, A., “Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas”, en *Ibíd.*, págs. 257 a 265.

¹⁰³ “La prevención del legislador respecto de este caso parece presuponer que la cantidad obtenida por la sociedad vendedora por la venta de su activo se habrá distribuido a los socios como antes de la fusión vía reparto de dividendos o restitución de aportaciones. Se trata por tanto de una norma que presume un fraude de ley” (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. S., “Fusión apalancada y asistencia financiera: el Art 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales ob. cit., s. p.).

mínimo de proporción al valor de la empresa, por lo que cualquier endeudamiento destinado a la adquisición dará lugar a la aplicación del precepto.

El endeudamiento puede desprenderse de una entidad financiera o de cualquier persona. Incluso del préstamo puede proceder de la matriz de la adquirente, porque la ley no distingue en ello. En cuanto a la finalidad de la financiación lo que es importante es que ésta se haya esgrimido para la adquisición, sin ser necesario que su autorización estuviera explícitamente destinada a este propósito.

El proyecto de este tipo de fusión deberá exteriorizar los recursos y los plazos previstos para que la sociedad resultante satisfaga las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos. El proyecto deberá ser acompañado por el informe de los administradores, y en él deben indicarse las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos, y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión. Pero, además, el informe deberá contener un plan económico y financiero en el cual se delimiten los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

Por último, el informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera. Y aún en los casos de acuerdo unánime de fusión será necesario el informe de expertos.

4. Fusión de sociedades en liquidación y en concurso de acreedores

La LMESM admite de manera expresa que sociedades que se encuentren en liquidación puedan participar en los procesos de fusión. La ley no limita su participación en razón del tipo de sociedad, la clase de fusión en la que participe – de absorción o de nueva creación- el número de sociedades que estando bajo estas condiciones puedan participar o si la sociedad en liquidación es la sociedad absorbente o la absorbida. Limita su participación en cuanto a si ha comenzado o no con la distribución de su patrimonio entre los socios (artículo 28 LMESM). En cuanto a las fusiones de sociedades que se encuentren en liquidación, pero como consecuencia de un proceso concursal, la LMESM guarda silencio¹⁰⁴. Sobre este tema volveremos más adelante¹⁰⁵.

Como la norma jurídica citada es imprecisa en cuanto a los términos de la participación de las sociedades en estado de liquidación, se hace necesario detenernos un momento en su análisis y diferenciar entre supuestos donde operan fusiones por absorción o por nueva creación. El precepto jurídico no realiza precisiones importantes en este sentido; por ello, no se ve obstáculo alguno para que sociedades en liquidación participen en fusiones por nueva creación de sociedad. Incluso no hay impedimento alguno para que las sociedades en liquidación que participen sean más

¹⁰⁴ Para que proceda la fusión de una sociedad concursada, se requiere de previo la autorización judicial (artículo 100 de la Ley Concursal y artículo 227.3 Reglamento del Registro Mercantil).

¹⁰⁵ Vid Capítulo III.

de una o todas ellas. Lo importante es que la nueva sociedad no se encuentre en estado de liquidación, ya que ello consistiría un impedimento para la inscripción de su constitución.

En las fusiones por absorción de sociedades es posible que sea la sociedad absorbente la que se encuentre en estado de liquidación, pero su participación, en realidad y a pesar del silencio de la legislación, debe estar condicionada a que la operación produzca el cese de su situación con independencia de la desaparición de la causa de su disolución. Para ello deviene necesario un convenio de reactivación, previo o simultáneo, por parte de la sociedad absorbente. Poca justificación tendría la fusión de una sociedad en estado de liquidación que no varíe su situación actual y que después de la operación de fusión no continuara con su actividad, pues con la operación se alteraría de manera ilícita la posición de los socios de las sociedades. Esta alteración ilícita de la posición de los socios se produciría por dos motivos fundamentalmente: 1) En primer término, no respetarían las reglas propias y específicas de la disolución de sociedades; y 2) Por otro lado la figura de la fusión se distorsionaría de manera importante al convertirse en una liquidación impropia. Mas en los supuestos de fusiones por absorción donde son las sociedades absorbidas las que se encuentran en proceso de liquidación, lo que la operación comporta es la reactivación del patrimonio afectado y la permanencia de los socios a través de su integración en la sociedad absorbente.

Tampoco se ve motivo alguno para negar la fusión mediante creación de una nueva sociedad en la que puedan participar sociedades en liquidación, aunque sean estas más de una o todas ellas la que se encuentren en tal estado.

La LC permite que una sociedad que se encuentra inmersa en un proceso concursal, pueda participar de operaciones de fusión, precisamente cuando se encuentre en la fase del convenio, por remisión del artículo 100.3 LC. Pero la heterogeneidad de los intereses en juego no hace fácil insertar en un proceso de fusión las variables que presenta una sociedad en estado concursal. En ningún momento la LC establece, como competencia de los órganos concursales, la elaboración de un proyecto de fusión, ni se contesta al interrogante de quién lo elaborará cuando los administradores sociales han cesado en su cargo o tienen limitadas sus facultades de administración, y cuando los créditos de los acreedores se encuentran vencidos anticipadamente por las implicaciones de la apertura del concurso. Si la sociedad en proceso concursal se muestra como sociedad absorbente ello puede comportar problemas para los acreedores de aquellas sociedades absorbidas que no se encuentran en estado de insolvencia, por cuanto podría implicar variaciones perjudiciales para su situación patrimonial. Pero si son las sociedades absorbidas las que se encuentren en estado concursal o participan en la creación de una nueva sociedad, su subsiguiente extinción hará que el proceso concursal concluya sin que esta causa de finalización del concurso se hubiera previsto en el artículo 176 LC. Pero pese a ello, nos cuestionaremos en el último

capítulo si existen mecanismos para solventar tales dificultades, dotando a los acreedores y a los socios de las garantías necesarias.

5. Elementos de configuración

Relevante es la tarea de examinar cuáles son los elementos de configuración de la fusión según la legislación actual. Desde el punto de vista del sujeto, la ley exige que sus normas sean de aplicación a las sociedades mercantiles que se encuentren debidamente inscritas. Pero además de ello, se exige que produzca la integración en una única sociedad resultante de la fusión, la transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal y la integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la operación de fusión. Estos últimos elementos configuradores de la conceptualización de las fusiones constituyen, a su vez, efectos que se producen como consecuencia de seguir el procedimiento legal de la fusión. La mera voluntad privada no puede lograrlos al margen del procedimiento legal.

a) Sociedades mercantiles

Según reza la actual LMESM, para que puedan fusionarse las entidades deberán ser sociedades mercantiles, bien sea por la naturaleza de su objeto o por la forma de su constitución, sin importar su forma y con independencia de que determinadas sociedades mercantiles no puedan ser sujetos de fusión con otras de

diferente tipo porque su legislación específica y sectorial lo prohíbe (artículo 29 LMESM).

Con anterioridad a las disposiciones de la LMESM y siempre sobre esta cuestión, la doctrina española delimitó qué entidades podían participar en los procedimientos de fusión, partiendo del concepto de sociedad¹⁰⁶; así, dependiendo del concepto de sociedad del que se partiera, se ampliaría o se delimitaría sustancialmente el ámbito de aplicación de la fusión¹⁰⁷.

En este sentido, quedan sometidas al régimen de la fusión las sociedades mercantiles de capital en todas sus modalidades: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria por acciones y sociedad anónima europea domiciliada en España. Se incluyen además las sociedades personalistas con objeto mercantil, las sociedades civiles con objeto igualmente mercantil, las sociedades laborales constituidas bajo las formas de sociedad anónima o de

¹⁰⁶ Vid sobre la diversidad de criterios sobre la aproximación del concepto de sociedad a SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, Thomson Aranzadi, 29ª edición, 2006, págs. 291; GIRON TENA, J., *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 23 y ss.; DE EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001, págs. 99 y ss.; PAZ-ARES, C., "La sociedad en general; caracterización del contrato de sociedad", en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil*, Tomo I, Cizur Menor, 2ª ed. 2006, págs., 470 y ss.

¹⁰⁷ Sobre este aspecto puede verse a CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., "La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos", ob. cit., pág. 815. Sobresale que partiendo desde una conceptualización amplia de sociedad, ésta abarcaría cualquier entidad que cuente con un origen negocial, un fin común y una contribución de socios; y en consecuencia, dentro de las operaciones de fusión, a las asociaciones y sociedades internas. Por su parte, un concepto más restrictivo de sociedad quedaría limitado por la existencia de un patrimonio separado y afectado a un interés económico o patrimonial.

responsabilidad limitada y las Agrupaciones de Interés Económico¹⁰⁸. Respecto a las sociedades profesionales, éstas pueden constituirse con arreglo a las diferentes formas sociales existentes. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, que regula su régimen jurídico, omite cualquier referencia a las operaciones de fusión por parte de estas entidades, por lo que deberán aplicarse las normas generales contenidas en la LMESM, respetado las normas especiales de la forma mercantil adoptada en su constitución. El artículo 55 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca es a quien corresponde dar tutela a las fusiones en las que participen este tipo de sociedades, pero con el matiz de que el artículo 58 de la misma Ley remite a algunas normas del TRLSA que ya han sido derogadas por la LMESM.

Queda por determinar si es posible la fusión en las que participen o tengan como resultado sociedades unipersonales anónimas o de responsabilidad limitada. El artículo 49.1 LMESM establece un procedimiento simplificado de fusión por absorción cuando la sociedad absorbida se encuentre íntegra y directamente participada por la sociedad absorbente. Para ello, dispensa de la obligación de emitir informe de expertos sobre el proyecto de fusión y estipula que no será necesario acordar un aumento de capital en la sociedad absorbente. Dispone además este artículo que si la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divide el capital de la sociedad

¹⁰⁸ La LMESM ha derogado el artículo 20 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, por lo que las operaciones de fusión donde participe alguna de estas agrupaciones deberá regirse por las normas generales de esta nueva ley.

absorbida, será necesario, además, el informe de expertos a que se refiere el artículo 34 LMESM así como el aumento de capital de la sociedad absorbente. No obstante, si la fusión provoca una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar esto a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación¹⁰⁹.

Por otro lado, al delimitar la LMESM que las sociedades participantes de las operaciones de fusión deben ser de carácter mercantil, quedan excluidas, en consecuencia, aquellas operaciones que se presentan entre sociedades mercantiles (por actividad y por forma) y sociedades civiles, agrarias de transformación y cooperativas¹¹⁰. Sin embargo, queda la duda en relación con las llamadas fusiones

¹⁰⁹ Véase GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M., *La sociedad unipersonal en el Derecho español: (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa)*, La Ley, Madrid, 2004 págs. 146 a 147.

¹¹⁰ El profesor VICENT CHULIÁ planteaba que era posible la fusión entre entidades distintas a las sociedades mercantiles que estén inscritas en algún Registro público. Así, será posible tal operación entre fundaciones, entre asociaciones o Sociedades Agrarias de Transformación. Sí opina que no parece posible la fusión entre sociedades civiles, si no se pueden inscribir en un Registro. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 345. También puede consultarse MACÍAS RUANO, A. J., “Modificaciones estructurales en las cooperativas y sociedades agrarias de transformación”, en VARGAS VASSEROT, C. y PULGAR EZQUERRA, J. (Coords.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, España, Dykinson, págs. 679 a 726; BEL DURÁN, P., “Estudio de los procesos de fusión entre sociedades cooperativas y sociedades de naturaleza no cooperativa”, en AYALA CALVO, J. C. (Coord.), *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio, 1999*, Vol. 2, 1999, págs. 429 a 442; y MACÍAS RUANO, A. J., “Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformación en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas”, en *REVESCO*, núm. 78, 2002, págs. 51 a 88; FUENTES CRUZ, A. M., “Comentario a la DA 3ª de la Ley de Modificaciones Estructurales: las modificaciones estructurales de las entidades de crédito”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 2, págs. 25 a 36, JULIÁ IGUAL, J. F.; SERVER, R. J. y MELIÁ MARTÍ, E., *Los procesos de fusión en cooperativas agrarias: manual de procedimiento*, Mundi Prensa Libros

heterogéneas¹¹¹, por cuanto no están totalmente prohibidas en el ordenamiento jurídico español, solo que su marco legal se encuentra fuera de la regulación de la LMESM.

Sobre este punto es preciso hacer algunas consideraciones más. A pesar de la aparente simplicidad que la ley da a este elemento, en realidad la LMESM complica en mucho este elemento de fusión, debido a que no siempre es aplicable a los mismos tipos sociales. Por ello, si bien la regulación de la fusión en general afecta a las sociedades mercantiles inscritas cualquiera que fuera su tipo societario (art.22 LMESM), lo cierto es que, en algunas ocasiones, esta aplicación usual del sistema está restringida en relación con el tipo social concreto. De tal suerte que el régimen general de las fusiones transfronterizas intracomunitarias está reservado para las sociedades de capital, salvo alguna excepción (artículos 54.2 y 56 LMESM)¹¹² y

S.A., 2004. 165 págs., LEÓN SANZ, F. J., “Fusión, transformación y otras modificaciones estructurales de sociedades cooperativas”, en *RdS*, núm. 9, 1997, págs. 25 a 60.

¹¹¹ Al respecto alguna opinión parte de que es posible la fusión de sociedades mercantiles y no mercantiles mientras la sociedad resultante sea de carácter mercantil, por cuanto de ser de la otra forma, se presentarían problemas con respecto a la posición de los socios y el canje de sus acciones. Para ello será imperante poder armonizar el procedimiento de fusión dado por la LMESM y el propio. Tal es la opinión de SEQUIERA MARTÍN, A., “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Navarra, Aranzadi - Thomson Reuters, 2009, págs. 393 y 393. En torno a las fusiones de sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones y otras entidades se puede consultar a CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Fusión de sociedades”, en URÍA, R., OLIVENCIA RUIZ, M. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Navarra, Civitas 2008, págs. 118 y ss.; y, VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “Fusiones heterogéneas”, en BALLESTER COLOMER, J. E. [et al.], *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 249 a 284.

¹¹² Según el artículo 54.2 de la LMESM, las sociedades de capital sujetas a la legislación española que pueden participar en fusiones transfronterizas son las sociedades anónimas,

no incluye a la Sociedad Europea. La constitución de sociedades europeas está reservada a las sociedades anónimas (artículo 2 RESE y 318 y ss. TRLSA). Las fusiones de las sociedades de distinta nacionalidad no tienen restricciones por el tipo social (artículo 27 LMESM).

b) Inscritas en el Registro Mercantil

Las sociedades que participen en la fusión deben estar inscritas en el Registro Mercantil que corresponda. Por ello, las fusiones de sociedades mercantiles en las que no estén inscritas todas las sociedades participantes no son posibles según la LMESM. La Disposición Adicional Segunda de la LMESM refuerza el tenor del artículo 22, ya que con carácter previo a la realización de cualquier operación de modificación estructural, incluida la fusión obviamente, debe inscribirse la sociedad. Si bien las normas no especifican en qué registro debe encontrarse inscrita, es claro que es en el Registro Mercantil.

El argumento anterior se ve reforzado por la enumeración que el artículo 31 de la LMESM realiza de los requisitos del contenido del proyecto de fusión. De

comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. Pero el artículo 56 dispone: *“Tampoco se aplicará lo dispuesto en el presente Capítulo a las fusiones transfronterizas en las que participe una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y su funcionamiento esté sometido al principio de reparto de los riesgos, cuyas participaciones, a petición del tenedor de las mismas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad. A tales readquisiciones y reembolsos se equipara el hecho de que dicha sociedad de inversión colectiva actúe de manera que el valor de sus participaciones en bolsa no se aparte sensiblemente del valor de su inventario neto.”*

manera expresa obliga a que en este proyecto figuren los datos de inscripción de las sociedades participantes.

c) Integración en una única sociedad que resulta de la fusión y la extinción de las sociedades participantes

Las sociedades fusionadas se integrarán en una única sociedad, bien sea ésta de nueva creación o sociedad absorbente. La fusión requiere la extinción de alguna de las sociedades participantes en la operación. En la fusión por creación de nueva sociedad se extinguirán todas las sociedades fusionadas, pues éstas integrarán sus socios y patrimonios en la nueva sociedad resultante. Y en la fusión por absorción se extinguen exclusivamente las sociedades absorbidas, de manera que la absorbente sobrevive a la operación con su propia personalidad jurídica e integra a los socios y patrimonios de las extinguidas.

Esta extinción reviste distinta naturaleza a la extinción común posterior a la disolución¹¹³ y liquidación de la sociedad, ya que la misma forma parte del propio proceso de fusión y conlleva una sucesión universal en las relaciones jurídicas de la sociedad extinguida. Es decir, supone la extinción de las sociedades participantes

¹¹³ Con la anterior regulación, la fusión se asimilaba a una causa de disolución de sociedades. Al respecto pueden consultarse CORTÉS DOMÍNGUEZ, L., "La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos", ob. cit., pág. 847, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., "Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima", ob. cit., pág. 800.

como sujetos de derecho, así como de sus vínculos societarios, sin que ello suponga en ningún caso adoptar un acuerdo adicional o separado al acuerdo de fusión¹¹⁴.

d) Transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal

Al igual que ocurre en general con las modificaciones estructurales, la fusión se caracteriza por la transmisión en bloque de los patrimonios sociales por medio de la sucesión universal, lo que permite transmitir los elementos patrimoniales sin necesidad de cumplir con las normas generales de transmisión. Así, la transmisión se produce en un solo título, de carácter obligatorio para los sujetos involucrados y para terceros. Sustituye tales reglas por un procedimiento que tutela y permite una ponderación de los intereses afectados por medio del derecho de oposición.

En cualquier hipótesis de fusión, los patrimonios de las sociedades que se extinguen en el proceso se traspasan en bloque a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente. Lo particular de esta transmisión es que se produce a título universal, de

¹¹⁴ La LMESM ha derogado el artículo 260.6 de la Ley de Sociedades Anónimas que contemplaba a la fusión como una causa de disolución de las sociedades. Por cuanto, *“el acuerdo de fusión es único sin necesidad de ningún otro acuerdo y sin que con él se abra el periodo de liquidación. La fusión no puede estimarse como una causa de disolución que pone en marcha un proceso disolutorio extintivo con liquidación de los patrimonios a pesar de que desaparezcan los vínculos societarios de los socios de las sociedades que se extinguen. La propia esencia del instituto de la fusión es incompatible con la operación de disolución extintiva de las sociedades que desaparecen, en cuanto que aquélla es un mecanismo que, precisamente, lo que persigue es evitarla a efectos de que se pueda producir una extinción sin liquidación de las sociedades que desaparecen como consecuencia del proceso, pero cuyos patrimonios tienden a su concentración”* (SEQUEIRA MARTÍN, A., “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, ob. cit., pág. 406).

tal manera que la sociedad resultante sucede a las desaparecidas en el conjunto de sus relaciones jurídicas. Por todo ello, la nueva sociedad resultante adquiere los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas. Si no se transmite el pasivo y únicamente se transmite el activo, no existiría fusión, sino en todo caso una compraventa, por cuanto la transmisión no necesariamente implica todo el patrimonio organizado de manera empresarial.

Subsiguientemente, los múltiples bienes, derechos y obligaciones incluidos en el patrimonio de la sociedad extinguida se transfieren en un solo acto. Lo hacen en virtud de la propia operación de fusión sin la exigencia de servirse de los negocios puntuales que legitimarán la transmisión de cada uno de estos elementos, como lo son la compraventa, la cesión de créditos, el endoso, entre otras figuras. La sucesión universal se producirá en el momento en que se verifiquen todos los requerimientos de procedimiento y publicidad para la validez de la fusión y se inscriba ésta en el Registro Mercantil.

La transmisión operada a título universal es de carácter excepcional y esto se ve compensado por un derecho de oposición para los socios de las sociedades participantes, bien porque pertenezcan a las sociedades absorbidas o a la sociedad absorbente, así como para los obligacionistas, con la salvedad de la fusión que hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. El plazo de ejercicio de este derecho, es de un mes, contado a partir de la publicación del acuerdo de fusión de la sociedad a la que pertenecen o de la comunicación escrita realizada al último de

sus socios o acreedores (artículo 41.1 LMESM). El transcurso del plazo paraliza el proceso de fusión, aunque la norma no establece qué sucede en los supuestos en que no se requiera del cumplimiento de dicho plazo porque no existen acreedores, porque éstos renuncien a su derecho de oposición, o bien hay suficientes garantías para la satisfacción o aseguramiento de sus créditos.

Dentro de ese plazo podrán, pues, oponerse los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad, o de la fecha del depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil, y siempre que no estuvieran vencidos en ese momento. Sin embargo, si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil que corresponda, la fecha de nacimiento del crédito debe ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

El derecho de oposición de los acreedores se mantiene hasta que la sociedad presente garantía para la satisfacción de su crédito, hasta que se le notifique al acreedor la prestación de una fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor o hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

En el caso de que la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, el acreedor que se hubiera opuesto tiene la facultad de solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que se haga constar el ejercicio del derecho de oposición. El registrador practicará la nota marginal si el solicitante acredita haber ejecutado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante declaración irrefutable a la sociedad de la que es acreedor. La nota marginal se rescindirá de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar la interposición de una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito.

e) Integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la operación de fusión

Los socios de las sociedades que se extinguen se integran en la sociedad que resulta de la fusión y por ello reciben un número de acciones, participaciones o cuotas en proporción a su participación en las sociedades extinguidas. De ahí que la fusión implique la unión o la integración de sus respectivos socios o accionistas y no solo la confusión de los patrimonios de las sociedades que participan¹¹⁵. Los socios

¹¹⁵ No siempre esta integración de socios es tan clara, por cuanto el artículo 26 de la LMESM establece que las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre, pero por cuenta de esas sociedades, no podrán canjearse por acciones, participaciones o cuotas de la

de cada una de las sociedades fusionadas se adhieren en la sociedad nueva o absorbente, como consecuencia natural de la propia negociación. Y esta concentración particular sólo puede alcanzarse por un sistema: la distribución o asignación a los integrantes de las empresas extinguidas de acciones o participaciones de la sociedad nueva o la absorbente, en la misma proporción a las que poseían en aquéllas. Lo propio de la fusión es que la contraprestación por la transmisión patrimonial de las sociedades extinguidas ha de entregarse directamente a los socios de ésta, en forma de acciones o participaciones de la sociedad nueva o absorbente. Si los socios no son integrados en la sociedad resultante, no existe la fusión. Por ello, no existe fusión cuando una sociedad transmite la totalidad o una parte de su patrimonio a cambio de dinero u otros activos, como en el caso de la cesión global de activo y pasivo. Tampoco existe fusión cuando lo hace a cambio de una participación en el capital de la sociedad beneficiaria, como acontece en la segregación. En los dos casos anteriormente citados, la contraprestación es recibida por la propia sociedad cedente y no se efectúa ninguna agrupación de los socios de ambas colectividades.

sociedad resultante de la fusión y, en su caso, deberán ser amortizadas o extinguidas. Además está en el supuesto de las fusiones por la absorción de una sociedad íntegramente participada, cuando la sociedad absorbente sea titular de forma directa o indirecta de todas las acciones en participaciones de la sociedad absorbida no se precisa de ninguna relación de canje ni realización de un aumento de capital porque la sociedad absorbida no tiene más. A esta hipótesis se equiparan otras dos: 1) La fusión inversa, es decir, cuando la sociedad absorbida es titular de forma directa o indirecta de todo el capital de la absorbente, pues en este caso los socios de la sociedad absorbida se transforman en titulares directos de las acciones o participaciones de la sociedad absorbente que anteriormente correspondían a aquélla; y 2) Cuando las sociedades fusionadas están íntegramente participadas de forma directa o indirecta por un mismo socio, dado que éste seguirá siendo el único socio de la sociedad nueva o de la absorbente.

Indudablemente, al promoverse con la operación de fusión la integración de los socios de las sociedades fusionadas, es oportuno puntualizar los principios por los cuales éstos van a intervenir en el patrimonio de la nueva sociedad o absorbente. Esta intervención se articula a través del tipo de canje que representa la relación de cambio de las acciones o participaciones de los socios de la sociedad extinguida por las de la sociedad nueva o absorbente. Con ello se comprueba la situación que corresponde en esta sociedad a los socios de cada una de las entidades fusionadas. Por ello, se exige legalmente que la relación de canje se construya sobre el "*valor real*" del patrimonio de las sociedades participantes. El prorrateo del capital de la sociedad nueva o absorbente entre los socios de las distintas sociedades fusionadas debe efectuarse considerando únicamente al valor del patrimonio suscrito por cada una de ellas. No podrán tomarse en consideración posibles pautas disyuntivas, como podrían ser las cifras de capital, números de socios o valores contables.

En consecuencia, la relación de canje constituye uno de los puntos más conflictivos y delicados de cualquier operación de fusión. Por su importancia, la relación de canje no sólo debe insertarse como referencia obligada en el proyecto de fusión, sino que, por lo demás conviene que sea objeto de apreciación particular en el informe de los administradores y en el informe de los expertos independientes sobre este proyecto.

Aunque en la fusión la contraprestación que reciben los socios de las sociedades extinguidas debe consistir en acciones o participaciones de la sociedad

nueva o absorbente, es posible ajustar o completar el tipo de canje con una compensación en dinero, que no excederá del diez por ciento del valor nominal de las acciones o participaciones atribuidas. Con ello se permite salvar la potencial inexactitud de equivalencia entre las acciones o las participaciones de la sociedad disuelta y las de la sociedad nueva o absorbente, y precisamente cuando la proporción entre sus análogos valores patrimoniales no pueda someterse a una cifra exacta. Pese a ello, para evitar que se falsee la naturaleza jurídica de la fusión, se limita la cantidad de dinero de que cabe disponer para remediar estas posibles fracciones de la relación de canje.

6. Procedimiento de fusión de sociedades

El procedimiento de fusión y sus efectos son los dos cimientos sobre los que se constituye toda la figura de la fusión. Cualquiera que sea la modalidad de fusión operada, ésta comprende cuatro fases o etapas sucesivas y diferentes. La primera fase es esencialmente preparatoria, en ella predominan las decisiones de los administradores de las sociedades que pretendan fusionarse¹¹⁶. Son ellos quienes deben preparar el proyecto de fusión, los balances de fusión y los informes sobre

¹¹⁶ Existen dos modelos normativos de la fusión: 1) el de la Ley Alemana en el cual existe un contrato de fusión, otorgado en escritura pública por los órganos administrativos de las sociedades participantes para su validez y que posteriormente serán ratificados por las Juntas Generales y 2) el de las demás legislaciones, seguido por las Directivas europeas, que parten de un convenio entre los órganos de administración que sólo vincula a la sociedad cuando es aprobado libremente por las Juntas Generales dentro de un plazo de seis meses y que prohíbe a los órganos de administración a alterar la relación de canje o el patrimonio social. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 732.

dicho proyecto. La segunda fase engloba la aprobación de la fusión por los socios de las sociedades participantes, a través de los correspondientes acuerdos de fusión que han de tomar sus respectivas Juntas Generales. La tercera fase es de pendencia y la última fase es de carácter ejecutivo y comprende el cumplimiento de los múltiples requisitos que terminan con la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil. Este es el procedimiento general, que se simplifica en determinados supuestos de fusión (como es el caso de las fusiones especiales y supuestos asimilados; v. gr. art. 49 y ss. LMESM) o en las fusiones que involucren a tipos societarios distintos de la sociedad anónima y que sean aprobadas por acuerdo unánime de los socios.

a) Fase preparatoria

Aunque la aprobación de la fusión recae sobre los socios, su preparación es legalmente atribuida a los administradores de las sociedades participantes, que están obligados a redactar y suscribir "*un proyecto común de fusión*"¹¹⁷ (artículos 28 a 37 LMESM). Desde un punto de vista general, el proyecto común es asimilado a un proyecto de reestructuración empresarial por cuanto se busca modificar la estructura asociativa de la empresa, cualquiera que sea el motivo último para ello, y cuya preparación previa no debe obviarse a pesar de que la LMESM no la menciona. No puede obviarse la existencia de un período prenegocial, donde los administradores de cada una de las sociedades involucradas se acercan y negocian los puntos necesarios

¹¹⁷ La regulación del proyecto común de fusión es similar a la ya contenida por TRLSA, pero ofrece algunas novedades y mejoras técnicas, formales y de contenido que se justifican al pasar éste a ser un régimen general para todas las sociedades mercantiles.

que culminarán en la propuesta del proyecto común de fusión bajo un deber de colaboración entre ellos que no conlleva la obligación de llevar a efecto la fusión¹¹⁸.

Este proyecto común de fusión tiene carácter imperativo, es decir no puede dispensarse su elaboración o existencia, aún en aquellos casos de simplificación de los procedimientos de las fusiones especiales, en los que se parte de un contenido mínimo¹¹⁹. La ley exige además que sea "común" a todas las sociedades, por la necesidad de que la fusión se plantee sobre unas mismas bases y presupuestos.

El proyecto debe ser redactado antes de la celebración de la Junta de socios que lo aprobará. Debe ser formulado y suscrito por los órganos de administración de todas las sociedades involucradas, y no sujeta debidamente a éstas

¹¹⁸ Sobre la importancia de la fase preparatoria y con especial interés en cuanto la regulación del deber de secreto de las informaciones reveladas vid. LARGO GIL, R., "La fase previa y el proyecto de fusión", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., pág. 424 y del mismo autor, *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*. Civitas, Madrid, 2000, págs. 435 a 441.

¹¹⁹ Incluso en aquellos casos en los cuales se está en presencia de la adopción del acuerdo de fusión por junta universal y por unanimidad, el artículo 42 LMESM excepciona que el acuerdo de fusión pueda adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, el cual debe ser elaborado a fin de que sobre el mismo pueda rendirse el anterior informe. SORIA SORJÚS, J., "Consideraciones sobre el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal", en *Diario La Ley*, núm. 7680, Sección Doctrina, 25 Jul. 2011, Año XXXII; MARTÍ MOYA, V., "Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de Modificaciones Estructurales., El Art. 42 LME", en *RdS*, núm. 37, 2011, págs. 87 a 101 y de la misma autora, "Modificaciones estructurales", ob. cit., 2013, pág. 336.

mientras no sea sancionado por sus Juntas Generales¹²⁰. Pero comporta, pese a ello, efectos jurídicos, como son la obligación de los administradores de actuar de conformidad con lo pactado y, específicamente, en lo que concierne a todos los actos necesarios para que los socios puedan acordarlo. Por ello, una vez firmado el proyecto común de fusión, los administradores deban evitar efectuar cualquier circunstancia o negocio que complique la aprobación del proyecto de fusión o que pueda implicar una alteración fundamental de la relación de canje concertada. Tal es el caso de las operaciones que puedan influir de manera perjudicial en el contexto patrimonial de la sociedad o que envuelvan específicas dificultades económicas.

Si falta la firma de alguno de los administradores, se señalará al final del proyecto, con indicación de la causa. El proyecto de fusión quedará sin efecto si no es aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha.

Este documento contendrá una serie de referencias imperativas, vinculadas esencialmente a los principales requisitos y circunstancias de la fusión programada. Así, destacan la inscripción de las sociedades participantes en el Registro Mercantil; el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, así

¹²⁰ Tema aparte y de gran interés reviste el hecho de si la junta de socios puede modificar el proyecto de fusión presentado para su aprobación. El artículo 40.1 de la LMESM indica que la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta.

como la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y su procedimiento de canje; la incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse a los socios afectados en la sociedad resultante; los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan; las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad; la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad; los estatutos de la sociedad resultante de la fusión; la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante; las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión; las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto en los órganos de administración y la incidencia en la responsabilidad social de la empresa.

Una vez que ha sido formulado el proyecto de fusión, éste ha de ser depositado por los administradores en el Registro Mercantil correspondiente de cada

una de las sociedades que intervienen en la fusión. Además de este depósito deberá realizarse una publicación en el BORME. La publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el BORME.

Para mayor garantía de socios y terceros, el proyecto de fusión es objeto de dos clases de informes escritos y que necesariamente deben ponerse a disposición de los socios de las distintas sociedades involucradas¹²¹. El primero de ellos es preparado por los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan. Como parte de su contenido se exponen y evidencian, punto por punto, las particularidades jurídicas y económicas del proyecto de fusión (tipo de canje de las acciones y las dificultades de su valoración y las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores). Este informe no se exige para las hipótesis de absorción de sociedades íntegramente participada y demás "*fusiones especiales*",

¹²¹ SÁNCHEZ CALERO- GUILARTE, J., "Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 439 a 526; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación", en <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/04/EL%20EXPEDIENTE%20REGISTRAL%20DE%20DESIGNACION%20DEL%20EXPERTO%20INDEPENDIENTE.pdf> [revisado el 05 de abril de 2013]; GARCÍA VALDECASAS, J. A., "Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/PROYECTOS/MODIFICACIONES-ESTRUCTURALES-SOCIEDADES-MERCANTILES.htm> [revisado el 05 de abril de 2013]; ESCRIBANO GÁMIR, R., "La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)", en *Diario La Ley*, núm. 7855, Sección Doctrina, 10 Mayo 2012, Año XXXIII y LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A., "Problemas de valoración en las fusiones de sociedades: el balance de fusión", en *Partida Doble*, 1999, núm. 102, págs. 4 a 27.

al no existir tipo de canje o exigencia de determinar los valores reales de los patrimonios. El contenido de este informe se amplía en los supuestos de "*fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente*" (o "*adquisiciones apalancadas*"), por cuanto se exige también que el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión exteriorice las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión.

Y el segundo informe, al que hemos hecho referencia, debe ser elaborado por uno o varios expertos independientes designados por el Registro Mercantil, aunque el artículo 34 LMESM lo requiere sólo cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones. No se requiere además en aquellos supuestos de sociedades anónimas o comanditarias por acciones, en el caso de fusiones de sociedades íntegramente participadas cuando así se acuerde por la totalidad de los socios con derecho de voto de las sociedades participantes.

Los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión. La competencia para el nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad. Con el fin de facilitar la elaboración de tal informe, los

expertos nombrados podrán obtener de las sociedades que participan en la fusión, y sin limitación alguna, todas las informaciones y documentos que crean útiles, así como proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias.

El informe del experto o de los expertos está fraccionado en dos partes: en la primera, deberá exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, de las participaciones o de las cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen. Deberá además explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración. Manifestarán incluso opinión sobre si el tipo de canje está o no justificado. En la segunda parte del informe deberá exteriorizarse la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. Esta segunda parte del informe es imperativa en aquellos supuestos en que en todas las sociedades que participen en la fusión, así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto, así como todos aquellos que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho.

En el caso específico de la *"fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente"*, se exige además que los expertos determinen *"si existe asistencia financiera"*; es decir, si la sociedad adquirente genera recursos suficientes para satisfacer por sí sola la deuda de adquisición o si ésta va a recaer sobre el patrimonio de la sociedad adquirida.

Además del informe de los expertos independientes y del informe de la administración, en la fusión debe ponerse a disposición de los socios el balance de fusión. Este documento tiene por objeto que los socios tengan conocimiento de la situación económica y financiera de la sociedad, así como que permitirles valorar la justificación y fundamento de la relación de canje que hubiera sido anunciada.

El último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. Si no es así, será preciso elaborar un nuevo balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. La Ley posibilita que puedan modificarse las valoraciones contenidas en el último balance atendiendo a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables.

Si en la fusión participan una o varias sociedades anónimas cotizadas cuyos valores estén ya aceptados para su negociación en un mercado secundario oficial o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, el balance de fusión podrá ser suplido por el informe financiero semestral de cada una de ellas exigido por el régimen legal sobre mercados de valores. Este informe debe haber sido cerrado y hecho público dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. El informe se pondrá a disposición de los accionistas en la misma forma que la establecida para el balance de fusión.

El balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en él deberán ser confrontados por el auditor de cuentas de la sociedad cuando exista obligación de auditar, y habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión, por lo que deberá expresamente incluirse en el orden del día de la junta.

La impugnación del balance de fusión no suspende por sí sola la realización de la fusión. El socio que se vea afectado por la prestación compensatoria puede demandar la designación de un experto al Registrador Mercantil para que fije esta indemnización.

Por último, debemos referirnos al artículo 64 ET que, en términos generales, determina que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario, sobre todo en aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, bien porque incida en la situación de la empresa y la evolución del empleo en ella. Así, en los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa, el comité de empresa podrá emitir un informe sobre estos procesos con carácter previo a la ejecución por parte de la sociedad participante de las decisiones adoptadas en el mismo proceso. La razón del informe es que esta operación podrá incidir en el volumen de empleo en el momento en el que se realiza la operación¹²². Los informes que deba emitir el comité de empresa deberán

¹²² A pesar de la previsión legal al respecto se ha señalado que no constituye un informe vinculante para las sociedades participantes en la operación. Además el incumplimiento de la norma

elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes.

b) Fase decisoria: Junta de socios y acuerdo de fusión

Una vez concluida la fase preparatoria, la fusión debe ser aprobada por las Juntas Generales de cada una de las sociedades participantes, en un plazo máximo de seis meses desde la fecha del proyecto de fusión¹²³. Las Juntas Generales deciden si aprueban o no la fusión; pero en caso afirmativo deben limitarse rigurosamente al proyecto común de fusión¹²⁴. Cualquier modificación de este proyecto llevará a su desestimación y exigirá reiniciar la operación de fusión.

Los administradores, al convocar la Junta General, proporcionan a los socios, obligacionistas y representantes de los trabajadores, un amplio catálogo de

que lo prevé, puede eludirse sin dificultad al no reconocerse de forma expresa que, en el momento de la ejecución de la operación, el proceso conlleva alteraciones en el volumen de empleo. Si estas se producen en un momento posterior a la conclusión de la operación la carga de la prueba sobre su existencia y momento le corresponderá a los trabajadores. La sanción por ello sería económica. FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 309, octubre 2010, Año XXVI, pág. 36.

¹²³ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase decisoria: información sobre la fusión, el desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 527 y ss.

¹²⁴ Se cuestiona la idoneidad de esta regla MARTÍ MOYA, V., “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva ley de modificaciones estructurales”, en *Noticias De La Unión Europea*, núm. 309, 2010, págs. 58 a 59 y de la misma autora “Modificaciones estructurales”, ob. cit., 2013, pág. 334. Véase además SEQUEIRA MARTÍN, A., “El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en la fusión”, en *RdS*, núm. 12, 1999, págs. 195 a 208.

instrumentos, que refuerzan su información¹²⁵. Entre estos documentos está el proyecto común de fusión; los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión; los informes de los expertos independientes si proceden, las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles; el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera preciso, del informe de auditoría; los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público, el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente; y la identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión, la fecha desde la que desempeñan sus cargos y, en su caso, las mismas indicaciones de quienes vayan a ser propuestos como administradores como consecuencia de la fusión. Pero además, y siempre con el fin de fortalecer la relación de canje, los administradores están obligados a informar a las Juntas Generales de todas las sociedades que se fusionan de las alteraciones significativas que puedan haberse derivado en el activo o pasivo de cualquiera de ellas con posterioridad al término del proyecto de fusión.

¹²⁵ VARA DE PAZ, N., “La protección de los acreedores en la fusión y en la escisión de sociedades”, en AA. VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio – Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 1099 y ss.

La convocatoria de la Junta de socios que debe aprobar la fusión, exige mayores cautelas que el régimen común de la convocatoria de reunión de este órgano. Debe efectuarse en todo caso con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta; debe incluir asimismo las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas y la fecha de inserción de los documentos ya indicados en la página web de la sociedad. Si la sociedad carece de página web, gozarán todos los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores del derecho a examinar en el domicilio social copia de esos documentos, así como a obtener su entrega o envío gratuitos de los mismos.

El acuerdo de fusión habrá deberá ser aprobado por cada sociedad de conformidad con los requisitos de quórum y mayorías que le sean aplicables. Se requiere el consentimiento individual de todos los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales y de aquellos que hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante. También será necesario el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, en la asamblea de esos titulares. Especial atención requiere el artículo 42 LMESM por cuanto facilita las fusiones de sociedades que no sean anónimo o comanditario por acciones y cuyo acuerdo en junta de socios se ha tomado con la asistencia o

representación de todos ellos por unanimidad (acuerdo unánime de fusión al que hicimos mención al estudiar la fase preparatoria).

c) Fase de pendencia: de la protección de los acreedores

Una vez que la fusión ha sido pactada por todas las juntas de la sociedades participantes, es necesario verificar los requerimientos de publicidad y de forma, pues de su debido cumplimiento de los que depende su eficacia jurídica. Antes que nada, el acuerdo de fusión debe ponerse en conocimiento de los terceros que se relacionen con las sociedades afectadas y, en particular, por sus acreedores. El acuerdo de fusión, una vez adoptado, se publicará en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. Dicha la publicación no será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Este requerimiento de publicidad redime una situación fundamental, pues la fusión acordada no puede ejecutarse antes de que se venza el plazo de un mes desde la fecha del último anuncio o comunicación, quedando dicho plazo pendiente y a la espera del posible ejercicio por los acreedores sociales de su derecho de oposición.

Dentro de ese plazo, los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web¹²⁶ de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Los obligacionistas también podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. Es perentorio determinar que este derecho de oposición corresponde a los acreedores de las sociedades que se fusionan y no a los acreedores particulares de los socios. Las demás especialidades sobre este ejercicio del derecho de oposición las analizamos ya al estudiar la integración de los socios como parte de los elementos configuradores de la operación, por lo que no volveremos a retomarlo profundamente en este apartado. Sí es preciso, no obstante, hacer algunas precisiones.

El derecho de oposición es una facultad que corresponde a los acreedores de las distintas sociedades afectadas, tanto si continúan existiendo como si se extinguen por la fusión¹²⁷. Lo que persigue este derecho es tutelar de forma efectiva a los acreedores frente a los resultados derivados de la concentración patrimonial característica de esta modificación estructural. La propia fusión puede derivar en una

¹²⁶ Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

¹²⁷ RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “La protección de los acreedores sociales frente a modificaciones estructurales en las sociedades anónimas”, en *Estudios Jurídicos*, núm. 3, 2007, págs. 203 a 225.

alteración de las condiciones de contratación consideradas por los acreedores en el momento de contratar con las sociedades participantes. De ahí que pueda perjudicar su situación jurídica y sus derechos de crédito¹²⁸.

Una vez pasado este plazo de un mes o, satisfechos los derechos de los acreedores que se hubiesen opuesto a la fusión, se otorga la escritura pública de fusión y se inscribe en el Registro Mercantil.

d) Fase ejecutoria: escritura de fusión

La escritura de fusión que se inscribirá en el Registro Mercantil debe contener el acuerdo de fusión aprobado por las Juntas de las sociedades que se fusionan e incorporar el balance de fusión de todas ellas, o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que se hubiera sustituido el balance¹²⁹.

¹²⁸ La fusión puede tener consecuencias sobre los contratos de arrendamiento vigentes, en la fianza y en los contratos de ejecución pendiente. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, ob. cit., págs. 799 a 804 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., y PÉREZ TROYA, A., “La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos”, en SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, C., OLEO BANET, F., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.), *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, ob. cit., págs. 839 a 847.

¹²⁹ Sobre un completo listado del contenido de la escritura de fusión, según lo requerido por los artículos 227 y 230 RRM así como los documentos necesarios y complementarios que deben acompañar a la escritura, puede verse FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación), en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 651 a 655.

Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener las referencias legalmente exigidas para su constitución al tipo social elegido. Si la fusión se realizara por absorción, la escritura integrará las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión, así como el número, clase y serie de las acciones, las participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios. La escritura pública debe entonces inscribirse en el Registro Mercantil. Esta inscripción es de carácter constitutivo, pues la eficacia de la fusión depende legalmente de ella. Con la inscripción se cancelan los asientos registrales de las sociedades extinguidas, y se integran sus respectivos patrimonios y los socios de cada una de ellas¹³⁰.

¹³⁰ Como operaciones registrales se encuentran las que se enumeran a continuación. Si la fusión conlleva la creación de una nueva sociedad, se le abre a ésta una nueva hoja donde se recogerán las menciones legalmente exigidas para la constitución de la nueva sociedad y demás circunstancias del acuerdo de fusión. Si la fusión es por absorción, se inscriben en la hoja abierta a la sociedad absorbente todas las modificaciones estatutarias que se hayan producido y demás circunstancias del acuerdo de fusión. Una vez inscrita la fusión, el Registrador respectivo cancelará de oficio los asientos de las sociedades extinguidas, por medio de un único asiento, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes. Si las sociedades que se extinguen están en un Registro diferente, el Registrador debe comunicar de oficio el acto de la inscripción de la fusión, indicando el número de la hoja, folio y tomo en que está. Una vez recibido este oficio, el Registrador del domicilio de la sociedad extinguida cancela mediante un único asiento los de la sociedad y envía una certificación literal de los asientos que hayan de quedar vigentes para su incorporación al Registro que haya inscrito la fusión. Cada uno de los Registradores Mercantiles implicados en la fusión remite al Registrador Mercantil Central los datos necesarios para la publicación en el BORME. En los supuestos de cierre registral por falta de depósito de cuentas anuales, la fusión no podrá inscribirse y, por tanto, no se producen los efectos extintivos de la sociedad absorbida. Vid además PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, vol. 86, núm. 721, págs. 2223 a 2249.

La LMESM no imputa un derecho de separación a los socios disconformes para el caso de fusión, por lo que este derecho sólo será posible cuando así se haya previsto estatutariamente o, en su caso, cuando la fusión vaya acompañada de alguna modificación estatutaria que opere en sí misma como causa legal de separación.

Reza el artículo 47 LMESM que ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Pero en su apartado dos determina que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad. Esta aparente contradicción se resuelve analizando ambos presupuestos en su conjunto.

Así, la regla es que los socios o acreedores no podrán pretender la nulidad de la fusión inscrita (salvo que aleguen que no se ha realizado de conformidad con las previsiones de la LMESM). A cambio de ello tendrán derecho a ser resarcidos de los daños y perjuicios que se les puedan haber causado. Si se han violentado las previsiones de la LMESM y no se ha cumplido con el procedimiento legal de la fusión, la acción de impugnación de la operación tiene como el plazo tres meses. En estos supuestos se limitan los efectos de cualquier posible sentencia estimatoria, de modo que la nulidad de la fusión no perturbará por sí misma la validez de las

obligaciones surgidas tras la inscripción de la fusión a favor o a cargo de la sociedad resultante de la fusión.

Se cambia así el sistema de impugnación de la fusión con respecto a la regulación anterior a la LMSM. Se adopta un sistema de eficacia convalidante de la inscripción de la fusión respecto de los vicios o defectos de que pudiera adolecer, siempre que se hubiera realizado de conformidad con las previsiones de la Ley.

Como la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo, la fusión que aún no se encuentra inscrita puede ser impugnada de acuerdo con las reglas generales de la impugnación de los acuerdos sociales¹³¹.

Antes de la inscripción en el Registro Mercantil, en materia de impugnación se aplican las normas generales sobre impugnación de acuerdos sociales, por lo que es posible impugnar de forma individualizada los distintos acuerdos acogidos por los órganos sociales en el desarrollo de todo proceso. No obstante, esta impugnación no suspende o paraliza la ejecución de la fusión y por ello la inscripción de la misma¹³². Podría eventualmente solicitarse una suspensión

¹³¹ ANDREU MARTÍ, M., *La nulidad de la fusión de sociedades*, Editorial Aranzadi, España, 2002, págs. 49 y ss.

¹³² El Derecho alemán plantea una interesante solución a esta hipótesis. Según los §§14 y 16 de la UmwG, se establece la regla del cierre registral por la cual no podrá inscribirse la fusión a menos que la solicitud sea acompañada de una declaración de la parte interesada en cuyo contenido se determine que el acuerdo de fusión no ha sido impugnado en el tiempo oportuno o que lo ha sido pero la acción no ha prosperado. Sin esta declaración será imposible llevar a cabo la inscripción a menos de que en escritura pública los legitimados activamente renuncien a impugnar la eficacia de la fusión.

cautelar del acuerdo impugnado en la sede judicial y a efectos de terceros¹³³. Una vez practicada la inscripción registral no existe la posibilidad de impugnar estos acuerdos por separado o todo el proceso de la fusión misma, únicamente será ello posible cuando la fusión se haya realizado sin las previsiones de la Ley.

La sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su Boletín Oficial y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión. De tales obligaciones, cuando sean a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, responderán solidariamente las sociedades que participaron en la fusión. Si la fusión lo fuera por el procedimiento de creación de una nueva sociedad se estará, además, al régimen de nulidad del tipo societario de que se trate.

B. La escisión de sociedades

Dentro de las principales novedades del nuevo régimen jurídico legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles resalta el

(*Umwadlungsgesetz*, documento electrónico en http://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/ [revisado el 05 d abril de 2013]).

¹³³ Sin embargo, el juez podrá decretar una anotación de suspensión del acuerdo de fusión aún no inscrita de conformidad con el artículo 727. 10ª LECiv y 157 RRM, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 % del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial. Para ello, según el artículo 728.3 LECiv, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

reconocimiento normativo de la figura de la segregación, que se une a las hasta hace poco regladas operaciones de escisión total y parcial. La regulación que de ambas figuras realizaba del legislador español antes de la LMESM ha sido de carácter diferido y poco articulado. En un primer momento, la escisión encuentra tutela por medio de las legislaciones adyacentes al TRLSA, y con especial interés en las materias de cooperativas y seguros. Así, el Reglamento de Cooperación del 13 de agosto de 1971, la Ley General de Cooperativas de 1974 y la Ley de 1999, regularon el “*desdoblamiento de las cooperativas*”, lo que en realidad es la escisión. Dentro del ámbito de las entidades aseguradoras, la Ley 33/84, de 2 de agosto, sobre Ordenación del seguro privado y su respectivo Reglamento, el RD 1348/1985, de 1 de Agosto, regulan las operaciones de cesión de cartera, figura que se refería a la escisión parcial. El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados recoge la escisión de entidades aseguradoras¹³⁴.

Gracias al impulso europeo hacia la armonización de la reestructuración de sociedades, existen a nivel comunitario algunas normas importantes. Un interesante antecedente histórico y en materia fiscal se puede encontrar en la proposición de Directiva del Consejo, concerniente al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones y aportaciones de activo que se produzcan entre sociedades de diferentes estados miembros, presentada por la Comisión del Consejo

¹³⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, págs. 134 y ss.

del 16 de enero de 1969. La propuesta en ese momento no tiene buen resultado y no es aprobada hasta la Directiva del Consejo número 90/434/CEE, de fecha 23 de julio de 1990. La Tercera Directiva en Derecho de Sociedades del Consejo, que tiende a coordinar las garantías exigidas para proteger a los socios y a los terceros en caso de fusiones de sociedades anónimas y operaciones asimiladas, contempló ya la posibilidad de ciertas manifestaciones de la escisión parcial¹³⁵. Pero es la Sexta Directiva del Consejo (82/891/CEE), de 17 de diciembre de 1982, en la que se observa una regulación más detallada sobre la escisión de sociedades anónimas¹³⁶. No obstante, esta directiva ha sido tildada como una “*Directiva de segunda generación*”¹³⁷ o de obligatoriedad condicionada¹³⁸, pues no obliga a los Estados miembros a regular la figura de la escisión en sus ordenamientos nacionales. En su artículo 1 establece que los diferentes preceptos podrán ser aplicados siempre y cuando “*los Estados Miembros permitan*” esta operación. Muchos de los Estados Miembros, entre ellos España, aprovecharon la promulgación de la Sexta Directiva para introducir la escisión dentro de sus regulaciones internas¹³⁹.

¹³⁵ SANTOS, V., “La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a José Girón Tena*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 990 a 991.

¹³⁶ La Directiva 2005/19/CE20 regula la escisión parcial por primera vez como una figura con identidad propia y no como una “*operación asimilada al régimen de la escisión*”.

¹³⁷ ROJO, Á., “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital: reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, págs. 669 a 674.

¹³⁸ SANTOS, V., “La escisión de sociedades en el Derecho comunitario europeo”, ob. cit., pág. 996.

¹³⁹ La incorporación de la Sexta Directiva en la legislación española se produce por medio de la Ley 19/1989, de 25 julio, en cuanto es una reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil

Históricamente, el derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, fue el encargado dar regulación a la figura de la escisión tanto para las sociedades anónimas como para las de responsabilidad limitada y, en definitiva, para todo tipo de sociedades. El citado Texto Refundido dedicaba a esta figura sus artículos 252 a 259, normas que eran complementadas por los artículos 235 a 237 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. Por otro lado, según lo dispuesto por el art. 94 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, resultaba igualmente de aplicación para las escisiones en las que participase una sociedad de responsabilidad limitada, aplicándose asimismo, a las escisiones relativas a cualquier otro tipo de sociedades.

Toda esta regulación queda recogida actualmente en los artículos 68 a 80 LMESM, precepto que deben complementarse con las normas relativas a la fusión del artículo 73.1 LMESM. Los preceptos legales que regulan la figura son de carácter imperativo, por lo que las partes no podrán modificar u excluir su aplicación. Todo el régimen anteriormente citado es desarrollado por los artículos 235 a 237 del RRM.

a las directivas de la CEE en materia de sociedades. Posteriormente, se promulgará el TRLSA, mediante el RD Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre, dando a la escisión total y parcial la categoría de nuevas formas de modificaciones estructurales.

El artículo 68 de LMESM no aporta una definición de la escisión, sino que, al igual que el anterior artículo 252.1 TRLSA, la describe atendiendo a sus clases. Es en el Preámbulo de la Ley donde se da un atisbo de su significación. Por ello, la primera tarea que debemos abordar para el desarrollo de esta investigación es su correcta conceptualización.

1. Concepto, caracteres generales, finalidad y naturaleza

La LMESM no da una conceptualización de la figura de la escisión, sino que se limita a enumerar las clases que ella engloba, como lo hacía el TRLSA. Siendo que *“los textos normativos... eluden la síntesis conceptual, describiendo directamente las diversas clases o formas de escisión que estatuyen”*¹⁴⁰, corresponde a la doctrina elaborar el concepto, partiendo de los elementos comunes a todas las modalidades que engloba. La tarea no es fácil, se complica por cuanto la ley, junto a la escisión total y la escisión parcial, reconoce como modalidad de escisión a la segregación. Si partimos de que en esta última figura no se da una atribución a los socios de la sociedad escindida de las participaciones o acciones procedentes de las sociedades beneficiarias de la escisión, sino que esta atribución corresponde a la sociedad misma, se hace difícil pensar en una definición de la escisión de manera general. Los elementos que tradicionalmente fueron propios y característicos de esta

¹⁴⁰ CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 34 y nota 9, con referencias al Derecho comparado.

operación han sido modificados con la introducción de esta tercera figura¹⁴¹, la segregación. Empero, si partimos de la doctrina vertida con anterioridad a la promulgación de la LMESM, podríamos definir en un primer momento la operación de escisión como el nacimiento de una o varias sociedades por la vía de la división de una existente¹⁴² y de una manera más concreta, como una operación mediante la cual se divide, total o parcialmente, el patrimonio de una sociedad, para transmitir esa parte o partes a otra u otras sociedades ya existentes o que se crearán al efecto. Esta transmisión se realiza sin la correspondiente liquidación de la sociedad y por medio de la sucesión a título universal¹⁴³. Por ello parece que la caracterización de la escisión deberá efectuarse a través de sus ya enumerados efectos. De manera preliminar, la escisión se caracteriza por la división del patrimonio de la sociedad escindida. Esta división no necesariamente implica la extinción de la sociedad, salvo en el caso de la escisión total, siendo que la fracción o fracciones de patrimonio social se transmitirán en bloque a otra sociedad.

¹⁴¹ FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, ob. cit., pág. 28; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil*, En homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág.131 y el mismo autor en “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de Reforma Parcial del Derecho de Sociedades”, en CDC, núm. 2, 1987, pág. 11.

¹⁴² GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, España, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1952, pág. 368.

¹⁴³ ROJO, Á. “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 667; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión de Sociedades Anónimas”, en QUINTANA CARLO, I. (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza, 1989, pág. 221; SANTOS MARTÍNEZ V., “Escisión”, ob. cit., pág. 339; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 63 y ss.; FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, ob. cit., pág. 28; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil*, En homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág.131 y el mismo autor en “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de Reforma Parcial del Derecho de Sociedades”, ob. cit., pág. 11.

Con anterioridad a la LMESM se perfilaba como elemento configurador de la escisión la atribución de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria como contraprestación a los socios de la sociedad escindida. Sin embargo, con la incorporación de la segregación como parte de las modalidades de la escisión, este requisito pasa de ser general a ser específico de las escisiones totales y parciales. Por ahora, deberá examinarse cada uno de los tipos de escisión recogidos por la LMESM para determinar cómo opera este efecto¹⁴⁴. Igual tratamiento se da a la hipótesis de la indemnización en dinero que no supere del 10% del valor nominal de los valores recibidos con el fin de ajustar el tipo de canje de los valores que se produce en la fusión y por remisión en la escisión.

Adicionalmente, el artículo 73 LMESM incorpora algunas puntualizaciones importantes: las sociedades beneficiarias de la escisión podrán ser de un tipo mercantil disímil al de la sociedad que se escinde; únicamente se podrá concertar la escisión en el supuesto de que las acciones o las aportaciones de los socios efectuadas a la sociedad que se escinde se encuentren íntegramente desembolsadas; aquella escisión en la que participen o resulten sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirán por lo dispuesto en las respectivas leyes personales. Y, por lo que respecta a las sociedades anónimas europeas, habrá

¹⁴⁴ Al respecto, FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, ob. cit., pág. 28, señala en torno a los caracteres de la escisión que: “*En efecto, en todas se produce una sucesión universal en el activo y el pasivo de la sociedad escindida por la sociedad beneficiaria. Del mismo modo, para las tres modalidades exige el artículo 68.3 LMESM que las acciones o las aportaciones de los socios a la sociedad que se escinde se encuentren íntegramente desembolsadas (como anteriormente indicaba el artículo 252.3 LSA)*”.

que estar al régimen que, en cada caso, les fuese aplicable. Por último, al igual que sucedía en la normativa anterior, el artículo 73 LMESM establece que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión en esta Ley, con las particularidades contenidas en su Capítulo II, estimándose que las referencias efectuadas a la sociedad resultante de la fusión equivalen a las realizadas a las sociedades beneficiarias de la escisión.

De manera similar a lo que acontece en la fusión, se ha discutido sobre la naturaleza de la escisión, siendo que no es propio diferenciar sus modalidades. Justamente, la escisión se puede asimilar a un acto corporativo, cuyo eje central se encuentra en los acuerdos mismos de la sociedad, por lo que es intrascendente el procedimiento previo de negociación. Igualmente, se le ha atribuido naturaleza de modificación estatutaria, según la cual existe una renovación del contrato de sociedad, realizando los socios una modificación de los estatutos y de la estructura de la sociedad que afecta a varias sociedades.

En un acercamiento inicial a esta conceptualización, podríamos vernos tentados a concluir que la escisión es una operación inversa a la fusión¹⁴⁵, por cuanto mientras ésta última busca la integración de dos o más sociedades y, por ende, de sus socios y patrimonios, la escisión busca la división o descomposición patrimonial en procesos de reestructuración empresarial. Sin embargo, ello no es del todo cierto,

¹⁴⁵ Otra de las diferencias que se señala entre la fusión y la escisión tiene que ver con el carácter liquidatorio de la fusión, el cual no se presenta en los casos de las operaciones de escisión parcial por cuanto en ésta la sociedad escindida pervive.

pues la escisión puede servir también para los diferentes procesos de concentración empresarial. De ahí que se hace necesario también hacer algunas precisiones en cuanto a su fundamento económico o finalidad a cumplir.

La doctrina se ha debatido entre varias posiciones en lo que se refiere a la función económica de la escisión. Su polivalencia funcional¹⁴⁶, al servir a diferentes funciones¹⁴⁷ es el primer rasgo característico de la institución. Interesa a los objetivos de desconcentración empresarial¹⁴⁸, sea para lograr un mayor grado de especialización¹⁴⁹ o regionalización¹⁵⁰, sea para minimizar los riesgos que una determinada rama de actividad tenga dentro de la misma sociedad¹⁵¹. Pero ello no es

¹⁴⁶ ALONSO ESPINOSA, F. J., “Especialidades del proceso de escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., pág. 216; ROJO, Á. “La escisión de sociedades”, en ROJO, Á. (Dir.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pág. 666 y CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 41 a 80.

¹⁴⁷ Sin embargo, se le ha atribuido una función típica como es el servir de instrumento jurídico a los procesos de concentración y reestructuración de empresas para adaptar el objeto o la forma de organización de las mismas a circunstancias internas o externas a ellas. ALONSO ESPINOSA, F. J., “Especialidades del proceso de escisión”, ob. cit., pág. 217.

¹⁴⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág.131 y del mismo autor “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de Reforma Parcial del Derecho de Sociedades”, ob. cit., pág. 11.

¹⁴⁹ DUQUE RODRÍGUEZ J., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 131, SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión de las sociedades anónimas”, en QUINTANA CARLO, I. (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, ob. cit., págs. 219 a 220 y SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, en SÁNCHEZ CALERO, F., *Transformación, fusión y escisión. Artículos 223 a 259*, Tomo VII, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993, págs. 334 a 335.

¹⁵⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ J., “La escisión de sociedades”, ob. cit., págs. 131 a 132, y ROJO, Á. “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 667.

incompatible con la finalidad de concentración¹⁵² y unificación ya que la parte o partes escindidas de una sociedad pueden integrarse en sociedades ya preexistentes.

De este modo, los procesos de concentración pueden actuar como técnica de restauración de grupos de sociedades, sea para su formación o para la ordenación de las empresas de un grupo ya formado¹⁵³ por medio de la fundación de sociedades filiales o la creación de empresas complementarias. La escisión es útil para la creación y ordenación de filiales comunes bajo un control paritario o no. Por medio de la segregación, la figura puede funcionar como forma de establecer relaciones de control societario.

Pero va más allá, pues puede ser parte integrante de un proceso de reestructuración empresarial, que permite resolver los conflictos entre los socios¹⁵⁴ o

¹⁵¹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión, concepto, función económica, clases y requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., pág. 177 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión (Artículos 252 a 259), en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Coords.), *Transformación, fusión y escisión de la sociedad anónima. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, volumen 3, Madrid, Civitas, 1993, pág. 19.

¹⁵² DUQUE DOMÍNGUEZ J., “La escisión de sociedades”. ob. cit., pág. 131; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, ob. cit., pág. 335; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 78 y ss. y OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, Cívitas, Madrid, 1995, págs. 41 y ss.

¹⁵³ ALONSO ESPINOSA, F. J., “Especialidades del proceso de escisión”, ob. cit., pág. 217.

¹⁵⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ J., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 132; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, ob. cit., pág. 332 a 333; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 68 y ss.; y OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 46 y ss.

como medida para la defensa de la competencia¹⁵⁵. También permite una óptima planificación fiscal de la empresa, en especial la empresa familiar, mediante la creación de “*grupos familiares*” con una estructura piramidal: socios personas físicas últimos beneficiarios/sociedades patrimoniales de cada uno de ellos/sociedad holding/corporación industrial y sociedad de inversiones/sociedades operativas especializadas en las diversas actividades del objeto social estatutario de la sociedad holding¹⁵⁶.

Otro propósito trascendental de la figura como forma de reestructuración puede ser el saneamiento de empresas¹⁵⁷, por cuanto en una o más sociedades podrán concretarse las inversiones, las actividades y los riesgos en sectores de mayor dificultad empresarial. Así su eventual crisis de insolvencia de las mismas no afectaría a la parte sana de la empresa original. Esta finalidad puede cumplirse de forma lícita, con tal de que la escisión no se produzca ya con la finalidad de defraudar a los acreedores actuales, y perfectamente puede constituir el objetivo de una escisión pactada en el convenio dentro del concurso.

¹⁵⁵ Sobre todo cuando en las operaciones de concentración las autoridades competentes exijan que se separen determinadas actividades de la empresa resultante de la concentración, resultado que puede alcanzarse mediante una escisión. Ésta puede ser la forma jurídica más aconsejable fiscalmente para dar cumplimiento a la obligación de “*sell off*” o de venta de activos, con el fin de reducir el porcentaje de participación de la empresa resultante en el mercado o en algunos de los mercados relevantes.

¹⁵⁶ Vid VICENT CHULIÁ, F., “La organización jurídica de la sociedad familiar”, en AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, McGrawHill, 2002, págs. 4529 y ss.

¹⁵⁷ ROJO, Á., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 667.

2. Clases de escisión de sociedades

Existen varios criterios para la clasificación de las modalidades de la escisión. La figura podrá revestir muchas formas según se atienda a su grado de complejidad (escisiones simples o escisiones múltiples), a la preexistencia o no de la sociedad beneficiaria (escisión por absorción o por nueva constitución), al resultado de extinción de la sociedad escindida o no (escisión total o parcial); o según quiénes sean los destinatarios de las acciones o participaciones de la o las sociedades beneficiarias se distinguirá la segregación frente a las escisiones parciales y totales. Es este último criterio el que sigue la actual ley reguladora de las modificaciones estructurales en España, mas con una adición, al asimilar a la escisión la figura de la constitución de una sociedad íntegramente participada mediante transmisión de patrimonio, según lo dispuesto en su artículo 72 LMESM. Así, según la LMESM, la escisión puede ser de tres tipos o modalidades: escisión total, escisión parcial y segregación. Los conceptos de escisión parcial y total regulados por el artículo 68 de la LMESM no distan mucho de lo regulado anteriormente por los artículos 252 y 253 del TRLSA, hoy derogados, salvo en lo relativo a mayor orden en su formulación. El denominador común a todas estas modalidades pareciera ser la transmisión en bloque por una sociedad de todo o parte de su patrimonio a cambio de una contraprestación,

que debe consistir obligatoriamente en acciones o participaciones en el capital de la o las sociedades beneficiarias¹⁵⁸.

Al igual que es apreciable este denominador común entre las tres modalidades apuntadas, también existen evidentes diferencias que iremos señalando conforme vayamos caracterizando cada una de ellas. No obstante, de estas particularidades podremos adelantar que dentro de la escisión existe una amplia pluralidad de supuestos, que conjuntados entre sí, pueden dar como resultado muy diversas combinaciones, que realzan, en definitiva, la gran capacidad de adaptación de la escisión a la realidad económica. No en balde se considera que la base objetiva de la figura es más amplia que la fusión misma¹⁵⁹.

Así definida, la escisión presenta en su estructura y naturaleza un claro paralelismo con la figura de la fusión de sociedades. Esta circunstancia determina que, desde el punto de vista de su regulación, ambas figuras planteen problemas similares, tanto en lo que se refiera a la articulación de su procedimiento como a los mecanismos de tutela de los intereses afectados por la operación. Ello explica que la escisión, al margen de ciertas especialidades de régimen que derivan de su propia naturaleza y singularidad, se rija en todo lo demás de forma supletoria por las normas

¹⁵⁸ Siendo que esta contraprestación debe consistir en acciones o participaciones, podemos aquí establecer la principal diferencia entre la escisión y la cesión global de activo y pasivo. En esta última figura la transmisión del patrimonio se realiza a cambio de una contraprestación distinta que puede consistir en dinero (vid artículos 69, 70, 71 y 81 LMESM).

¹⁵⁹ GARDEAZABAL DEL RIO, F. J., “La escisión”, en GARRIDO DE PALMA, V. M., (Coord.), *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación, las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, Trivium, Madrid, 1990, pág. 905.

de la fusión, debiéndose entender las referencias de estas normas a la sociedad resultante de fusión como efectuadas a las sociedades beneficiarias de la escisión.

Con carácter general la escisión ha de seguir un detallado procedimiento legal, cuyo cumplimiento determina el nacimiento de sus efectos propios: la división del patrimonio de la sociedad que se escinde, la transmisión en bloque de la parte o partes escindidas a otra sociedad y la atribución de acciones, cuotas o participaciones como contraprestación. Para hacer más fácil y comprensiva la exposición de tales efectos, nos referiremos a ellos a propósito del análisis de cada una de las modalidades de escisión reconocidas legalmente.

a) Criterio de clasificación atendiendo a la extinción o no de la sociedad que se escinde

Si atendemos a si la sociedad escindida se extingue o no, nos podremos encontrar dos tipos de escisión: la total o la parcial. Este es un criterio clásico de verificación que no ha sido objeto de objeciones por la doctrina¹⁶⁰.

¹⁶⁰ MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Estudios jurídicos sobre operaciones de restructuración societaria*, ob. cit., pág. 130; ESTEBAN RAMOS, L. M., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 72; SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998. págs. 319 y ss.; GARRIDO DE PALMA, V. M., “Escisión”, en GARRIDO DE PALMA, *La restructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., pág. 171.

En la escisión total, la sociedad escindida transmite todo su patrimonio, el que divide en dos o más bloques, y, en consecuencia, se extingue. Para que esta operación opere como escisión deben existir dos o más sociedades beneficiarias que adquieren por sucesión a título universal estos bloques, pero no como un único patrimonio, sino que cada una adquiere una proporción del mismo. Por ello se ha señalado que lo que se da es una forma de transmisión especial y diferente a la dada por la fusión¹⁶¹. A cambio de la proporción del bloque patrimonial recibido, los socios de la sociedad escindida reciben un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, número que será proporcional a su participación en la sociedad que se escinde.

En la escisión parcial se da un traspaso en bloque por medio de la sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de la sociedad, pero cada una de ellas forma una unidad económica. Este traspaso se realiza a favor de una o varias sociedades, y por lo que los socios de la sociedad que se escinde reciben a cambio un número de acciones, participaciones o cuotas proporcional a su participación en la sociedad que se escinde. Por toda esta operación, la sociedad que se escinde deberá reducir su capital social en la cuantía necesaria.

Pasemos pues a detallar más cada una de ellas, con el fin de establecer sus requisitos y caracteres, así como las diferencias.

¹⁶¹ CONDE TEJÓN, A., “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009”, en *RdS*, núm. 33, 2009, pág. 391.

(1) La escisión total

Según el artículo 69 LMESM, “*se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde*”.

De su simple lectura se puede constatar la existencia de un conjunto de elementos esenciales que permiten caracterizar una operación de escisión total y diferenciarla de otras figuras con las que puede presentar afinidad. Tales atributos no son más que los efectos típicos de la operación que se han convertido en verdaderos elementos caracterizadores de la escisión, como sucede, según lo visto ya, con la fusión¹⁶².

¹⁶² DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 140 y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de Reforma Parcial del Derecho de Sociedades” ob. cit., págs. 32 y 34; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA A, (Dir.), en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital, reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987, pág. 672; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant Lo Blanch, España, 1993, pág. 366; LARGO GIL, R., “La Fusión de sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos de la Etapa Previa a la Decisión Social”, en *RdS*, núm. 12, 1999-I, pág. 65; SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión”, ob. cit., pág. 357; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Vol. 1, 15ª ed., Tecnos, 2008, pág. 581; MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, ob. cit., pág. 129 y ss. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión (Artículos 252 a 259)”, ob. cit., págs. 29 y 129.

En primer término, la escisión total conduce a la extinción de la sociedad, como ya apuntaba el artículo 252.1.a TRLSA para el caso de las sociedades anónimas, norma que posteriormente se extendió para todos los demás tipos. Este tipo de extinción no responde a las características típicas de la disolución de sociedades¹⁶³, sino a las consecuencias propias de la figura: la división y transmisión de la totalidad del patrimonio social que se escinde a las sociedades beneficiarias y la integración automática de todos sus socios a éstas¹⁶⁴. Como la extinción de la sociedad escindida es un elemento que no se encuentra presente en el resto de las modalidades de escisión, únicamente puede tenerse como elemento definitivo de esta concreta clase de escisión. Pero, sin lugar a dudas, la falta del mismo impide que la operación pueda ser calificada como escisión total, sin perjuicio de que pueda ser subsumida en otra modalidad de la figura general si se cumplen sus otros requisitos.

En cuanto a este requisito de la extinción de la sociedad escindida, especial atención merecen las sociedades que se encuentran en liquidación, sobre todo porque la LMESM no hace mención expresa a estas, como tampoco lo hacía la Sexta Directiva de manera directa. Únicamente se refieren a ellas de manera indirecta

¹⁶³ En un primer momento, y bajo el influjo de la Sexta Directiva europea, se consideraba a la escisión total como una causa de disolución de la sociedad (artículo 260.1.6 LSA), posteriormente la LSRL suprimió esta condición.

¹⁶⁴ En este sentido, RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 365; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 35; OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 41 y ss., y URÍA, R., MENÉNDEZ, A., “Fusión y escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 1252.

(art. 73.1 LMESM), por remisión a las normas de la fusión (artículo 28 LMESM)¹⁶⁵ y siempre que no se haya realizado el reparto del patrimonio entre los socios. Y es precisamente importante considerar este último punto, por cuanto la extinción de la sociedad por medio de la modificación estructural difiere de aquella que deviene del proceso de liquidación, ya que una vez concluido el mismo, no existirá patrimonio susceptible a ser repartido. Será pues éste el límite cualitativo que determina cuándo se está ante la extinción por modificación estructural y cuándo ante la extinción por liquidación.¹⁶⁶

Queda por analizar qué sucede con las sociedades de responsabilidad limitada, y por ende, con las anónimas, en los supuestos de disolución y liquidación por motivos de reducción de capital por debajo del mínimo legal o por el transcurso del término legal, por cuanto su participación en operaciones de escisión conduciría a la reactivación de una empresa con franco incumplimiento de los requisitos legales para su subsistencia¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En igual sentido la LSA por la remisión al régimen general de la fusión (artículo 251 por remisión del artículo 254 LSA y el artículo 94.3 LSRL.

¹⁶⁶ RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, ob. cit., págs. 367 a 368, quien además reconoce que la escisión bien puede ser una causa de reactivación de la sociedad escindida, capaz de interrumpir y revocar por sí sola el estado de liquidación, sin necesidad de acuerdo previo. Se diferencia el supuesto cuando se trata de sociedades beneficiarias de la escisión, que, al no extinguirse con la escisión, requieren eliminar con carácter previo la causa de disolución y la apertura del proceso de liquidación.

¹⁶⁷ SEQUEIRA MARTÍN, A., “La fusión y escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *RdS*, núm. 8, 1997, págs. 98 a 99.

La LMESM tampoco regula de manera expresa los supuestos de participación en estas operaciones por parte de sociedades que se encuentren en un concurso de acreedores, a pesar de su reconocimiento en el artículo 100.3 LC como parte del contenido del convenio, supuestos que trataremos, no obstante, más adelante en el capítulo tercero.

El segundo elemento configurador de la escisión total es la división de todo el patrimonio social en dos o más porciones que se traspasarán a varias sociedades beneficiarias, sean de nueva creación o ya existentes, con lo cual la actual LMESM reproduce la fórmula utilizada por el artículo 252.1.a) del TRLSA. Al dividirse la totalidad del patrimonio social existente, la sociedad escindida no se reserva ningún bien ni subsisten los socios, por lo que podríamos decir que este elemento se encuentra ineludiblemente enlazado con la extinción de la sociedad¹⁶⁸.

La transmisión del patrimonio no se realiza de manera global, sino de forma fragmentaria, por cuanto son dos o más las sociedades que recibirán este haber patrimonial y que lo integrarán en su propio patrimonio social. De ahí que además se precise de la existencia de tales sociedades beneficiadas. Esta transmisión total y

¹⁶⁸ SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión de sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, en ALONSO UREBA, A. (Coord.), *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio: Editorial Civitas, 1991, págs. 964 a 965; RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, ob. cit., págs. 373 a 382; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 35; OLEO BANET, F., *La escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 41 y ss.; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., “Fusión y escisión de sociedades”, ob. cit., págs. 109 a 110; MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, ob. cit., pág. 136.

fragmentada del patrimonio social constituye una característica propia de la escisión total que permite diferenciarla del resto de las modalidades de la figura y de algunas otras figuras afines. Así, en la segregación y en la escisión parcial no se transmite la totalidad del patrimonio sino solamente una parte de éste; si se transmite la totalidad del patrimonio social, pero sin fragmentarlo y distribuirlo esta operación bien podría constituir una fusión o una cesión global de activo y pasivo, dándose este último supuesto especialmente cuando la contraprestación recibida no es en acciones, cuotas o participaciones¹⁶⁹.

Cabe pues preguntarse, llegados a este punto, cómo deben integrarse estas distintas fracciones en las que el patrimonio social será dividido, máxime si esta mención es parte del contenido obligatorio del proyecto de escisión (artículo 74.1 LMESM). Ni la LMESM ni las Directivas Europeas correspondientes mencionan de los criterios claros que hayan de aplicarse para determinar el contenido, la extensión, la proporción y demás cualidades de cada una de estas fracciones. Frente a ello, los artículos 70.1 y 71 LMESM, referidos respectivamente a la escisión parcial y la segregación, exigen que la parte a transmitir constituya una unidad económica y no cualquier elemento que de manera antojadiza y arbitraria se quiera transferir. Sin embargo, en la escisión total tal criterio de unidad económica, en el que ahondaremos con mayor profundidad al analizar la escisión parcial, no parece tener cabida. Uno de

¹⁶⁹ El artículo 72 LMESM establece una operación asimilada a la escisión, en la que una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad; sin embargo, la misma no se trata de una modalidad de la escisión total.

los efectos principales de la escisión total es la extinción de la sociedad escindida, por cuanto todos los elementos patrimoniales existentes en ella deberán ser transmitidos. Ello provoca que no todos estos elementos sean unidades económicas o puedan ser colocados en alguna de ellas, por cuanto carecen de identidad o correspondencia. De ahí que puedan escindirse elementos patrimoniales disgregados y confusos¹⁷⁰, siendo que también resulta indiferente la proporción de activos y pasivos que pueda contener cada una de ellas¹⁷¹.

Pero, podría suceder que existan elementos patrimoniales que no se hayan incluido en la división, sea por error o porque han aparecido después de realizada la operación de escisión. El artículo 75 de la LMESM responde a este planteamiento diferenciando si tal elemento es de carácter pasivo o activo; y lo hace de la misma forma que lo hacían los artículos 255.2 y 3 del TRLSA. De tal suerte que, cuando un elemento del activo no se hubiera atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y su interpretación no permita decidir sobre el reparto, se distribuirá ese elemento o su contravalor entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión.

¹⁷⁰ Rechazan también la aplicación de este concepto de unidad económica a la escisión total SANTOS MARTÍNEZ V., “Escisión”, ob. cit., págs. 402 a 403; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, ob. cit., pág. 833 y RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, ob. cit., págs. 377 a 378.

¹⁷¹ Señala RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, ob. cit., pág. 379; que el único límite a esta proporción será que lo que se transmite no puede ser únicamente pasivo o simultáneamente más pasivo que activo, por cuanto con ello se constituiría una sociedad en perjuicio de los acreedores y se violentaría el principio de integridad del capital social de cada una de las sociedades beneficiarias.

Pero si el elemento no atribuido a alguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión fuera un elemento pasivo y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias.

El tercer elemento configurador de la escisión está representado por la transmisión patrimonial en bloque de las partes resultantes de la división a varias sociedades beneficiarias. La particularidad de la LMESM, en comparación con la regulación anterior, es que regula de manera directa el tipo o modo de transmisión que opera en la escisión. De tal forma que el artículo 69 LMESM aclara cualquier duda que al respecto pudiera albergarse, por cuanto determina que se produce una transmisión en bloque por sucesión universal¹⁷². De tal modo que las sociedades beneficiarias suceden a la sociedad escindida de manera conjunta y simultánea en todos los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes fraccionadas, siendo que la sucesión universal se realiza únicamente sobre cada porción. De ahí que se pueda concluir que lo que se efectúa es un conjunto de sucesiones universales pero de carácter parcial al contenido de cada porción¹⁷³.

¹⁷² Con anterioridad a esta norma y sobre este punto, la doctrina se encontraba dividida. Así, a favor de la sucesión universal en la escisión se pueden citar, entre otros, DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de Reforma parcial del Derecho de sociedades”, ob. cit., pág. 33; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., págs. 370 a 371; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión (Artículos 252 a 259)”, ob. cit., pág. 51; OLEO BANET, F. *La escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 75 y ss.; MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, ob. cit., págs. 137 y ss. En contra LAZARO SÁNCHEZ, E. J., “La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida”, en *RDM*, núm. 211-212, págs. 166 a 167.

¹⁷³ RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores” ob. cit., págs. 385 a 386.

Bajo tales premisas lo verdaderamente importante es que la transmisión se realiza en virtud de un único título y en un solo acto jurídico¹⁷⁴. La matización deriva de si en la escisión total se requiere la presencia de dos o más sociedades beneficiarias y debe contestarse afirmativamente cuando se examina que la norma obliga a la división de dos o más partes del patrimonio social y después deben ser transmitidas en bloque. De ahí que en esta especie de escisión debemos hablar de dos o más sociedades beneficiarias, sean de nueva creación, ya existentes, o una combinación de ambas (art. 69 LMESM). Precisamente por ello, las modalidades que pueden darse en la práctica son múltiples.

Por último, la escisión total reclama la integración simultánea de los socios de la sociedad escindida en las distintas sociedades beneficiarias de nueva creación o preexistentes, partiendo del principio de proporción cualitativa y cuantitativa. Este efecto constituye un elemento configurador de la escisión total, no así del género escisión por el reciente reconocimiento de la segregación. Y a pesar de ello, puede tener matizaciones, importantes a considerar.

Parte de estas particularidades, mencionadas anteriormente, producen la existencia de vínculos societarios entre las sociedades participantes en la escisión, máxime en el caso de que la sociedad escindida que se encuentre participada de manera total o parcialmente por las sociedades beneficiarias la escisión o viceversa.

¹⁷⁴ Valen aquí las mismas consideraciones hechas en el apartado de la fusión con respecto a la conveniencia en el uso de este modo de transmisión frente al modo común o general de la transmisión particular.

Sobre este aspecto, la Sexta Directiva determina que se prohíbe el canje de acciones de la sociedad escindida cuando éstas sean poseídas por las sociedades beneficiarias, por la propia sociedad escindida, o en ambos casos, por una persona que actúe por su cuenta, sea por adquisiciones derivativas, directas o indirectas, de acciones propias. El artículo 26 LMESM, aplicado por la remisión general a la fusión, amplía tal prohibición al referirse a “*las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que se fusionan, que estuvieran en poder de cualquiera de ellas o en poder de otras personas que actuasen en su propio nombre (...)*”. Pero tal referencia general, debe adecuarse a la escisión, pues su aplicación tal como está planteada para la fusión, deviene en inadecuada, por cuanto negaría la posibilidad de una escisión – fusión o de aquellos casos en que la participación en el capital de las sociedades beneficiarias se encuentre en posesión de la sociedad escindida.

154 Otra matización a este elemento configurador de la escisión total lo constituye el hecho de que la integración de los socios en la sociedad escindida no tiene por qué producirse de manera simétrica, es decir, en todas y cada una de las sociedades beneficiarias. De ahí que no se encuentre reñido este elemento con un reparto asimétrico o no proporcional de los valores de las sociedades beneficiarias. El artículo 76 de la LMESM reconoce esta posibilidad y la amplía a los casos de escisiones parciales, de tal forma que los socios de la sociedad escindida podrán limitarse a participar en una o en varias sociedades beneficiarias, aunque ello no signifique que deban participar en todas o en las mismas proporciones. Es importante por consiguiente, para la efectiva validez de la aplicación de esta particularidad, el

consentimiento individual y expreso de los sujetos afectados¹⁷⁵, aunque nada se dice sobre la forma prestar esta anuencia. Empero los riesgos que tales supuestos comportan para los intereses de los sujetos participantes, exigen, por evidentes razones de seguridad jurídica, que su silencio no pueda asimilarse a un consentimiento tácito.

El aspecto más interesante de la integración asimétrica de los socios en la sociedad escindida es, a nuestro juicio, que por medio de su aplicación pueden solventarse conflictos de interés o enfrentamientos entre socios, por cuanto cada uno de ellos pasará a formar parte de sociedades beneficiarias diferentes, dándose así la división del patrimonio social y la fragmentación de los socios¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Dos observaciones importantes e interesantes sobre el consentimiento plantea MARINA GARCÍA – TUÑÓN. La primera atañe al hecho de no basta con el consentimiento del socio afectado a quien se le reparte acciones de esta manera, sino que es imprescindible contar con el asentimiento de la totalidad de los socios de la sociedad escindida ya que, de una forma u otra, pueden verse afectados por la alteración del principio de proporcionalidad. La segunda observación tiene que ver con el momento en que debe darse dicho consentimiento; para lo cual señala será al mismo tiempo de la aprobación del proyecto de escisión, por cuanto constituirá un requisito determinante para su validez (MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión Parcial: concepto y requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 434). Por su parte, MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, ob. cit., págs. 138 a 139, señala que dicho consentimiento, por el principio de no personalista que rige las sociedades de capital, incide individualmente sobre los sujetos realmente afectados por la alteración del principio de proporcionalidad y no sobre todos los demás. Señala además otro punto importante a considerar como son las consecuencias de la falta de este consentimiento, sea porque ha sido denegado o bien porque no ha sido prestado de manera correcta.

¹⁷⁶ Durante la vigencia del precepto 252.2, 2º LSA, se reconoció este supuesto como otra clase específica de escisión, denominada “*escisión subjetiva*”. En ella dos o más grupos de socios se separan entre sí recibiendo acciones o participaciones de distintas sociedades beneficiarias, poniendo fin generalmente a un desacuerdo anterior entre ellos (sea por diferencias familiares, geográficas o de preferencias estratégicas). Constituía así una modalidad de la “*escisión asimétrica*” (VICENT CHULIÁ, F. “Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el anteproyecto de ley de modificaciones estructurales de las

Por último, otra de estas moderaciones al presupuesto de integración de los socios en la escisión es en la posibilidad de que aquellos que pertenecen a la sociedad escindida reciban, además de las acciones, participaciones o cuotas, una compensación complementaria en dinero. Con ello se rompe el principio de proporción cuantitativa. Si bien la LMESM no contempla expresamente en el articulado destinado a la escisión la posibilidad de su aplicación, ésta deriva precisamente de la referencia general a las normas de la fusión.

(2) La escisión parcial

El artículo 70 de la LMESM es el encargado de establecer qué se entiende por escisión parcial y por tal contempla el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad- cada una de las cuales forma una unidad económica-, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. A cambio de ello, los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión, que es proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Además, la sociedad que se escinde reduce el capital social en la cuantía necesaria. El apartado 2º de este art. 70 LMESM establece la opción de limitar los efectos de la sucesión universal, pues permite, en la transmisión de empresas o de establecimientos comerciales, industriales o de servicios, el no atribuirse las deudas

sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)”, en *Revista Aranzadi De Derecho Patrimonial*, 2008, núm. 20, pág. 42).

contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa. Partiendo de esta conceptualización legal, podemos determinar cuáles son los elementos de la escisión parcial, tanto aquellos que le son propios como los que comparte con el resto del género escisión, haciendo mayor hincapié en aquellas que no hemos analizado con ocasión de la escisión total.

Un primer elemento importante de la escisión parcial es aquel que alude a la división del patrimonio social, es decir, el traspaso de este patrimonio social presupone su división y, a la misma vez, la permanencia de una masa patrimonial en la sociedad escindida. El patrimonio se traspasará en una o dos fracciones, pero la sociedad escindida conservará parte de su patrimonio social. Ello implica, a diferencia de la escisión total, su no extinción. Ahora bien, la LMESM guarda silencio, al igual que la regulación anterior del TRLSA, sobre si estas divisiones pueden presentar una cuantificación diferente y propia de un principio de libertad en materia de división patrimonial¹⁷⁷. Tampoco precisa la Ley si sobre esta fracción deben prevalecer el traspaso de los activos o únicamente los pasivos, por lo que nos remitidos a lo ya expuesto líneas atrás¹⁷⁸.

Es importante aquí precisar que la LMESM obliga a que cada una de estas fracciones constituya una “*unidad económica*”, concepto que no define la

¹⁷⁷ Vid a GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho Español: la tutela de los intereses de los socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 84.

¹⁷⁸ Ver *supra* nota 171.

misma ley y para cuya su caracterización no proporciona elemento alguno¹⁷⁹. De ahí que podamos concluir, sin temor a equivoco alguno, que se trata de un verdadero concepto indeterminado¹⁸⁰. La concreción de este concepto es fundamental, por cuanto solo podrán aplicarse las normas de la escisión a aquellas transacciones en que las partes del patrimonio social escindidas y traspasadas constituyan una unidad económica. El régimen excepcional de la sucesión universal se limita a las transferencias patrimoniales que se organicen en unidades económicas; si no se hace de tal forma la transmisión deberá ser considerada una aportación no dineraria, o un aumento de capital cuando la sociedad beneficiaria ya existía con anterioridad. En ambos casos el régimen de regulación es diferente al de la escisión¹⁸¹.

Para suplir esta concreción necesaria se han enumerado de una serie de elementos caracterizadores de la unidad económica¹⁸². Así, como primer elemento puede señalarse la tendencia general a configurarla sobre la base de un criterio amplio de patrimonio social, habida cuenta de que la unidad económica estará conformada

¹⁷⁹ El requisito de formar una unidad económica es exigido únicamente para la parte o partes del patrimonio que se transmiten. La LMESM guarda silencio en torno al estado patrimonial de la sociedad que se escinde.

¹⁸⁰ El término “unidad económica” incluido en LMESM también se encontraba recogido en el artículo 253 del TRLSA. Su origen no se encuentra en el Derecho comunitario europeo, por cuanto la Sexta Directiva no lo regula, sino que establece el principio de libertad para la división patrimonial en la escisión. El origen real del término puede ubicarse en el Derecho portugués, por cuanto el art.124.1.b), denominado “*Activo y passivo destacáveis*” del *Código das sociedades comerciais* (DL 262/86) lo establece como requisito para la escisión simple.

¹⁸¹ FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, ob. cit., pág. 30.

¹⁸² MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión Parcial: concepto y requisitos”, ob. cit. págs. 459 y ss.

por bienes y derechos, elementos de los activos, y obligaciones, que no es otra cosa que los pasivos. Bajo este criterio se rechaza la escisión de pasivo únicamente por las consecuencias que acarrearía a las sociedades beneficiarias, especialmente por cuanto al equilibrio entre capital y patrimonio. Un segundo elemento será considerar la necesidad de que los elementos patrimoniales escindidos sean idóneos para la continuidad de la actividad económica de la sociedad beneficiaria de la escisión, bien sea de manera inmediata o en un momento posterior. Y para ello se aplica una “*presunción de potencialidad*”, es decir, la eventualidad de que puedan operar como tales en la sociedad beneficiaria. Como tercer elemento de caracterización podemos señalar que los elementos que componen la unidad económica deben ser autónomos y susceptibles de encuadrarse dentro de una organización. Finalmente, se señala como cuarto elemento, no consustancial a la unidad económica, que la organización de los elementos pueda lograrse en el momento inicial o en un momento posterior, por la agregación de otros elementos.

Sin embargo, no es suficiente un concepto doctrinal de la unidad económica para suplir la laguna existente en este punto. De ahí la necesidad de recurrir a otras áreas del Derecho que puedan dar luz y contenido a los caracteres aproximados del concepto. Está plenamente justificado precisamente acudir al Derecho fiscal y contable. En la legislación fiscal, se identifica el concepto de “*rama de actividad*”, noción puramente fiscal y que tiene su origen en el ámbito del

Derecho Comunitario¹⁸³, como parte de la regulación de las reestructuraciones empresariales [artículos 2.2 b) de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre y artículos 83.2.1º b) y 83.4 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por el Decreto Legislativo 4/ 2004 de 5 de marzo]. La citada LIS define la noción de rama de actividad como “*el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica; es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*”. Ello puede implicar la participación de una o varias empresas o alguna de sus partes pero también cualquier otro elemento individual distinto a éstas siempre que constituya un todo capaz de activarse de forma disgregada del resto y que permita el ejercicio o la continuidad de una explotación económica¹⁸⁴.

Sin embargo, aunque ante una primera lectura del precepto podemos observar una similitud entre los conceptos de “*unidad económica*” y “*rama de actividad*” existen posibles fracturas que imposibilitarían una paridad total entre un

¹⁸³ Se trata de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, artículo 2.i). que consideraba como concepto de rama de actividad al “*conjunto de elementos de activo y pasivo de una división de una sociedad que constituyen, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*”.

¹⁸⁴ RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, ob. cit., pág. 377. Sobre este concepto hay dos posiciones, aquella rigurosa que lo identifica con empresa y aquella más amplia y contraria a identificar ambos conceptos. Como representante de la primera se encuentra RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión (artículos 252 a 259 LSA)”, ob. cit., págs. 67 a 72. Contrarios en criterio, SANTOS MARTÍNEZ, V., “Escisión”, ob. cit., págs. 403 a 404, CERDÁ ALBERO, F., Escisión de la sociedad anónima, ob. cit., pág. 101; MARINA GARCÍA TUÑÓN, A., “Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al artículo 253 del TRLSA”, en *RdS*, núm. 3, págs. 81 y ss.; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 581; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 592 a 592 quien incluye además los paquetes de acciones, paquetes tecnológicos y derechos de uso sobre unidades empresariales.

término y otro. Eventualmente podríamos decir que hay una firme analogía entre ambos, pero no una igualdad absoluta. Como primera discordancia se puede puntualizar la utilización de la frase “conjunto de elementos patrimoniales”, en la norma fiscal y “una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica”, en la LMESM. Esto plantea el interrogante de si sería posible una rama de actividad, en el régimen fiscal, con un único elemento patrimonial, o si en la LMESM la fracción de patrimonio puede estar conformado por un único elemento. Ambas posturas encuentran adhesiones. De un lado están aquellos que postulan la exigencia de la pluralidad de elementos patrimoniales por cuanto la transmisión de un único elemento patrimonial aislado puede hacerse por medio de las reglas comunes de transmisión salvo en aquellos casos en que, por las características del bien y su tratamiento económico, puedan éstos suponer una unidad económica autónoma¹⁸⁵. Enfrentados, otros autores consideran que un único elemento bien puede ser calificado como unidad económica; por cuanto al realizar una interpretación dúctil del término “unidad económica”, aquellos elementos individuales de carácter homogéneo, con funcionamiento autónomo e interrelacionados de manera organizativa, podrían constituir tal unidad¹⁸⁶.

¹⁸⁵ ALONSO LEDESMA, C., “Segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 511.

¹⁸⁶ GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 114 a 115. Por otro lado, MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión Parcial: concepto y requisitos”, ob. cit. págs. 461 a 462, cita como ejemplos los derechos de propiedad industrial en sus diversas modalidades, las redes de

Otro punto de discordia entre ambas normas puede encontrarse en la segunda parte del artículo 70 LMESM, por cuanto el mismo amplía la definición de rama de actividad. Esta ya no se limitaría a una empresa o a un establecimiento, sino que se referirá a *“una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicio”* donde además *“podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa”*. De ahí del tenor de esta norma se deduce la necesidad de la unidad económica, como un género de contenido diverso, y posteriormente, delimita a la *“empresa-establecimiento”* como una especie de ese género. El apartado segundo del artículo 70 LMESM es una regla especial para los casos en que la unidad económica sea más compleja o más organizada¹⁸⁷.

La LMESM no establece en qué momento la parte del patrimonio fraccionada tiene que formar una unidad económica y para ello existen dos supuestos: en primer lugar, que el requisito de la unidad económica ha de configurarse cuando la parte del patrimonio aún no se ha segregado o bien, en segundo lugar, que se configure en la sociedad beneficiaria. A pesar de esta omisión legal es muy significativo concretar cuál es ese momento. Si se determina que es en el segundo momento, es decir, en la sociedad beneficiaria, podría producirse la escisión de elementos patrimoniales aislados que no conformarían una unidad

franquicia, redes de clientes, redes de distribución comercial, acciones, participaciones y cuotas de capital social, inmuebles, maquinaria e instalaciones o cesiones contractuales.

¹⁸⁷ ALONSO LEDESMA, C., “Segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, ob. cit., págs. 515 y 516.

económica en sí mismos, pero que al transferirlos a la sociedad beneficiaria y organizarlos debidamente si constituye tal unidad económica. Es claro que la parte del patrimonio que se traspase debe formar una unidad económica cuando se halla integrada en el patrimonio de la sociedad que se escinde. Es así como se logra garantizar la conservación de la empresa o de las unidades económicas. Pero además esta exigencia deviene del contenido del proyecto de escisión, que debe describir y detallar los elementos del activo y del pasivo que se transmitirán a la sociedad beneficiaria.

Una vez realizadas estas consideraciones sobre las exigencias respecto de los bienes escindidos, retomamos la caracterización de los elementos configuradores de la escisión parcial. Así, realizada la división del patrimonio en varias fracciones o lotes, lo que procede es su atribución a una o varias sociedades beneficiarias, de nueva creación o ya existentes, lo que se hará por medio de la sucesión universal. Esta situación es reconocida de manera expresa por el artículo 70 LMESM, presupuesto que soluciona de este modo la discusión sobre el traspaso en bloque del activo y pasivo derivadas de las interpretaciones del artículo 252.1 b) TRLSA.

Del mismo modo que en la escisión total, en la escisión parcial adjudican a los socios de la sociedad escindida acciones, participaciones o cuotas, con un reparto proporcional, es decir, cada socio recibirá un número de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria proporcionales a su posición en la sociedad escindida. Y lo hará respecto a todas las sociedades beneficiarias

participantes. Pero este elemento configurador sufre las misma matizaciones ya señaladas anteriormente para la escisión total, a saber, que es posible recibir una compensación en metálico de acuerdo con las limitaciones del artículo 31.2 LMESM, por remisión del artículo 74 LMESM; y la posibilidad de que un socio reciba acciones de una sociedad y otro socio de otra diferente, siempre y cuando medie el consentimiento expreso e individual de los afectados (artículo 76 LMESM). Para ello remito a las consideraciones ya dadas¹⁸⁸.

Por último, resta analizar el efecto caracterizador de la escisión parcial y que no es otro que la persistencia de la sociedad escindida. Si bien el artículo 70 LMESM no lo regula de manera expresa, lo presupone al determinar que la sociedad escindida deberá proceder con la reducción de su capital social. Pero de estas circunstancias surgen supuestos interesantes. Cabe preguntarse qué sucede si al segregar una fracción de su patrimonio, la sociedad escindida no puede continuar con alguna de las actividades constitutivas de su objeto social. No parece adecuado que de esto surja la obligación de acordar una modificación estatutaria, toda vez que la determinación del objeto social es de libre elección por parte de los socios, es decir, dentro del reparto de actividades que puede constituir el objeto social, la empresa podrá escoger si ejercer todas o solo alguna de las actividades constitutivas de tal objeto social, con la limitación de que no podrá ejercer ninguna otra diferente a las ya establecidas.

¹⁸⁸ Ver supra páginas 155 y 156.

De la redacción actual del artículo 70 LMESM se deduce que existe una obligación de la sociedad escindida de proceder a la reducción de su capital social, regulación que resulta desafortunada por cuanto no siempre que se da una disminución del patrimonio necesariamente se presenta un desequilibrio entre el capital y el patrimonio que requiere la modificación del primero. En este mismo sentido, la regulación anterior, por medio de artículo 252.2 del TRLSA, ofrecía una mejor solución, al condicionar tal reducción a las circunstancias actuales de la empresa, es decir, a que realmente se diera ese desequilibrio capital – patrimonio.

Pero no acaban aquí los interrogantes alrededor de esta reducción del capital social, por cuanto resta determinar cuál será su cuantía necesaria y el procedimiento a seguir para llevarla a cabo. En cuanto a su cuantificación, es claro que se debe proceder bajo criterios rigurosamente contables, de acuerdo con el balance social. En cuanto al procedimiento, la cosa no es tan clara, toda vez que el supuesto planteado no puede equipararse a ninguno de aquéllos que recoge el artículo 166 TRLSA, y algunas de sus normas entran en conflicto con otras propias de la escisión¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Tal sería el caso del derecho de oposición derivado del artículo 166 TRLSA, por cuanto de aceptarse su aplicación, el acreedor gozaría de doble derecho en este sentido, con igual contenido y ejercido en momentos diferentes (MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión parcial: concepto y requisitos”, ob. cit. págs. 438 a 439).

b) Criterio de clasificación atendiendo a la naturaleza de la sociedad beneficiaria

Bajo influencia germánica¹⁹⁰ y aunque no lo reconoce así la LMESM, podemos distinguir la escisión horizontal o por nueva creación, que opera cuando las fracciones del patrimonio escindido se transmiten en bloque a sociedades de nueva creación, es decir aquellas que han sido formadas con especial atención a la escisión o producto de ésta¹⁹¹. Si estas sociedades se constituyen únicamente con aportaciones resultantes de la división patrimonial, se le denomina escisión pura y simple. Si en estas sociedades que se constituyen con motivo de la escisión concurren terceros haciendo aportaciones patrimoniales de manera simultánea para la fundación o bien estos terceros son sociedades que se ha escindido y la sociedad resultante es la combinación de las diversas operaciones de escisión, estamos ante una escisión-fusión.

La escisión vertical o por absorción se caracteriza por la transmisión en bloque del patrimonio social a sociedades que ya existían en el momento de realizar la escisión, las cuales, generalmente mediante aumento de su capital social, entregan acciones o participaciones a los socios de la sociedad escindida transmitente. Al no ser constituida una nueva sociedad como resultado de la operación, la escisión

¹⁹⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ J., “La escisión de sociedades”, ob. cit., pág. 140.

¹⁹¹ SANTOS MARTÍNEZ, V., “Fundación por escisión mediante creación de nueva sociedad”, en ALONSO UREBA (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas: en homenaje al profesor José Girón Tena*, Universidad de Albacete, Facultad de Derecho: Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, págs. 960 a 963.

vertical implica la necesaria modificación de sus estatutos sociales, consistente en el aumento de capital para dar cobertura a la transmisión operada por parte de la sociedad escindida. Simultáneamente requiere la integración de los socios.

Por último, la escisión total mixta es el resultado de la combinación simultánea de ambas modalidades con ocasión de una misma operación de escisión, siendo que algunas fracciones patrimoniales se traspasarán a favor de sociedades de nueva creación y otras a sociedades ya existentes.

c) Escisión subjetiva

Las llamadas escisiones subjetivas o de atribución concentrada son objeto de regulación en el art. 76 de la LMESM y son conocidas como una peculiaridad de la regla de atribución de participaciones a los socios. Esta operación implica la asignación a los socios de una participación en las sociedades beneficiarias de la escisión en proporción distinta a la participación que tenían en la sociedad que se escinde, con el objetivo de atribuir a uno o varios socios, y no a todos ellos, la totalidad de las participaciones de una sociedad beneficiaria de la escisión. La norma general implica que se respete el principio de proporcionalidad en la atribución de los patrimonios sociales que se han escindido, lo que se hace por medio del canje de participaciones o acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión a los socios de la sociedad que se escinde. Por ello, para la validez de esta operación, se requiere un conjunto de requisitos que han de ser tomados en consideración.

Como ya se adelantó al estudiar el efecto de la atribución de acciones o participaciones para la escisión total, y que igualmente es válido para la escisión parcial, nada impide que se atribuyan participaciones o acciones de una sociedad beneficiaria a uno o más socios concretos y no a todos ellos. Pero requiere que concomitantemente al resto de los socios, con exclusión de los anteriores ya citados, se le atribuyan participaciones de otra sociedad participante. Si bien a primera vista se deduce que esta operación quiebra la regla de proporcionalidad que es consustancial a la realización de esta operación societaria, ello no es del todo así por cuanto dicha proporcionalidad puede ser tanto de carácter cuantitativo como cualitativo. Es decir, siempre que en la operación exista proporcionalidad cualitativa, esta forma de atribución de acciones y participaciones será válida.

Como ya se había adelantado, varias notas son importantes a destacar sobre esta figura. La primera de ellas impone como requisito de validez, al alterarse el principio de proporcionalidad, el contar con el consentimiento de los afectados. Pero vale la pena preguntarse quiénes son los afectados a los que la norma se refiere: el socio a quien se le reparten acciones de esta forma o el resto, que no las recibe así. Al respecto, hay dos posturas encontradas: aquella que determina que debe contarse únicamente con el consentimiento de los socios que no reciben la compensación de acuerdo con el principio de proporcionalidad¹⁹² y aquella otra que parte de que debe

¹⁹² MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., *Estudios jurídicos sobre operaciones de restructuración societaria*, ob. cit., págs. 138 a 139, defiende esta postura y señala que los “*sujetos afectados*” son: 1) aquellos que no reciben acciones o participaciones de todas las sociedades beneficiarias; 2) Aquellos que, aunque reciben acciones y participaciones de

contarse con el consentimiento unánime de los socios¹⁹³. En aras de la efectiva protección de los socios, nos sumamos a la postura que parte de que no basta con el consentimiento del socio individualmente afectado, sino que es imprescindible contar con el asentimiento de la totalidad de los socios de la sociedad escindida, por cuanto de una forma u otra, puede verse todos ellos afectados por la alteración del principio de proporcionalidad.

La segunda observación sobre la escisión subjetiva tiene que ver con el momento en que debe prestarse este consentimiento; cuestión que tampoco es regulada por la LMESM. Es prudente preguntarse si debe darse en un momento anterior a la celebración de la junta que aprobará el proyecto, si puede darse en ese mismo momento o en un momento posterior a ella. A nuestro entender, partimos de que dicho consentimiento podrá darse en un período previo o concomitante con la junta general que acuerde la escisión. Pero en todo caso resulta interesante el supuesto en el que la adopción del mismo acuerdo de escisión pudiera quedar condicionada a obtener el consentimiento individual de todos los afectados no asistentes a la junta.

todas las sociedades beneficiarias, lo hacen de forma proporcional en su conjunto, pero sin mantener dicha proporción en todas o algunas de las sociedades beneficiarias, y 3) Aquellos que mantienen su proporción en el valor del conjunto de las sociedades pero tienen únicamente una participación en la sociedad escindida, sin recibir acciones de las sociedades beneficiarias.

¹⁹³ MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión parcial: concepto y requisitos”, ob. cit., pág. 434.

Dada la naturaleza de la afectación, no puede este consentimiento ser prestado de manera tácita, sino que debe expreso. Queda por determinar qué sucede si dicho consentimiento no se presta, sea porque no se ha solicitado de manera oportuna o bien porque ha sido denegado. En el primer caso, estaríamos ante una causa de nulidad del acuerdo de escisión por no cumplir todos los requisitos legales. En el segundo supuesto, nacerá la exigencia de atribuir a cada socio acciones o participaciones de todas y cada una de las sociedades beneficiarias, lo que a la postre conllevará reiniciar todo el procedimiento.

d) Escisiones especiales o simplificadas

Dada la supletoriedad del régimen de la fusión, podríamos transponer a esta modificación estructural aquellas figuras de carácter especiales que se rigen por un régimen procedimental simplificado y que se pueden también realizar mediante una escisión total o parcial. En primer lugar, se encuentra la escisión referida a la sociedad íntegramente participada y que se encuadra en el art.49.1 LMESM. El supuesto de hecho se desarrollaría cuando una sociedad escindida totalmente está íntegramente participada por las sociedades beneficiarias. En el caso de la escisión parcial, es la sociedad beneficiaria o holding la que posee todas las acciones, participaciones o cuotas de la filial. Consecuentemente, si la filial escinde parcialmente una parte de su patrimonio, la sociedad holding no tiene la necesidad

de ampliar su capital¹⁹⁴.

La escisión inversa (art. 52 LMESM) comprende aquellos supuestos de escisión total o parcial en los que la sociedad escindida es el único socio de las sociedades beneficiarias por cuanto ostenta el 100% de las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria. De ahí que el bloque patrimonial que se ha de transmitir serán las acciones, y la sociedad beneficiaria recibirá sus propias acciones o participaciones. Consecuentemente, ésta no tendrá que aumentar su capital social. Finalmente, la sociedad beneficiaria, como contraprestación, entregará a los socios de la sociedad escindida esas participaciones proporcionalmente¹⁹⁵.

Otro supuesto que puede presentarse es aquel que atañe a la escisión gemelar y que se caracteriza porque la sociedad escindida y la sociedad beneficiaria son hermanas, es decir, están ambas íntegramente participadas por un socio común. Si la operación implica la escisión total, y por ende la sociedad escindida se extingue, las sociedades beneficiarias no se ven en la obligación de acordar un aumento de capital. Mas si la operación es de escisión parcial, y la sociedad escindida transmite parte de su patrimonio a su hermana o sociedad beneficiaria, ésta deberá reducir su capital salvo que se realice con cargo a reservas. El socio único de ambas sociedades, al ostentar el total de participaciones de ambas

¹⁹⁴ Esta misma regla del artículo 50 LMESM se aplicará a la sociedad escindida que esté participada al 90% o más.

¹⁹⁵ GARRIDO DE PALMA, V. M., “Escisión”, En GARRIDO DE PALMA, V. M. (Coord.), *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pags.196 y 197.

hermanas, no recibirá como contraprestación participaciones de la beneficiaria.

e) La segregación y la constitución de una sociedad íntegramente participada

Una de las novedades más importantes de la LMESM es la incorporación de la segregación como parte de las modificaciones estructurales, ya que su calificación anterior daba para diversos criterios¹⁹⁶ y largas discusiones doctrinarias¹⁹⁷. Según el artículo 71 LMESM la segregación constituye aquella operación a través de la cual una sociedad transmite a otra en bloque, por sucesión

¹⁹⁶ PALOMAR, L., “La segregación en la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *Iuris: Actualidad y Práctica Del Derecho*, 2010, núm. 149, págs. 38 a 44; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “¿Cómo afecta la reciente Ley de Modificaciones Estructurales a la segregación de sociedades?”, en *RdS*, núm. 33, 2009, págs. 183 a 201.

¹⁹⁷ La figura de la segregación fue recogida inicialmente en el anteproyecto de ley de reforma de la LSA de 1979, y en el anteproyecto y el proyecto de 1987 y 1988 de reforma de legislación de sociedades; pero finalmente no prosperó su regulación legal. Su falta de reconocimiento legal ha dado lugar a numerosos criterios doctrinales y de jurisprudencia, tanto de la DGRN como del Tribunal Supremo, principalmente en lo que atañe a su relación como la figura de aportación de rama de actividad. Al respecto, ÁLVAREZ, S., “La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales”, en *Diario La Ley*, núm. 7253, Sección Doctrina, 1 Octubre 2009, Año XXX, s. p., señala que tal riqueza de estudio puede dividirse en tres posturas generales que podremos resumir de la siguiente manera. La que defendía la aplicación analógica de las normas de la escisión a la aportación de rama de actividad por cuanto al existir una laguna legal en cuanto a esta figura, los intereses de socios, acreedores y terceros quedaban mejor protegidos aplicando las normas de la escisión. Esta posición sostenida por SÁNCHEZ CALERO y DOMÍNGUEZ GARCÍA así como por algunos registradores, cuyas calificaciones dieron lugar a las resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994. La segunda postura sostenida por ALONSO LEDESMA y MATEU DE ROS, entendían que si bien no se podían considerar directamente aplicables las normas de la escisión por analogía sí se podían las sociedades optar por este sistema y obtener sus efectos, siempre y cuando cumplieran con los requisitos de la escisión. Finalmente la tercera postura, representada por la mayoría de la doctrina, que entendía que existía una autonomía entre las dos figuras., donde no era posible la aplicación analógica, ni la construcción de un supuesto nuevo de modificación estructural al que se le pudiera atribuir los efectos de la sucesión universal.

universal¹⁹⁸, una o varias partes de su patrimonio social, teniendo cada parte que constituir una unidad económica, y recibiendo directamente dicha sociedad todas las acciones, participaciones o cuotas de la empresa que se traspasan. Por otro lado, el artículo 72 LMESM contempla la regulación aplicable a la llamada “*filiación pura*”. Esta operación se caracteriza porque la sociedad beneficiaria es de nueva creación y la sociedad, objeto de la operación, se transforma en una sociedad de cartera que desarrollará de manera indirecta, y por medio de la filial, su objeto social¹⁹⁹.

En términos normales se trata de una definición similar a la dada para la figura de aportación de activos y que recoge el apartado d) del art. 2 de la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre, sobre régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial. En ella se define la aportación de activos como “*la operación por la cual una sociedad aporta, sin ser disuelta, a otra sociedad, la totalidad o una o más ramas de su actividad, mediante la entrega de títulos representativos del capital social de la sociedad beneficiaria de la aportación*”. Partiendo de las conceptualizaciones anteriores, podemos afirmar que la segregación

¹⁹⁸ Interesantes resultan las conclusiones de ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *RdS*, núm. 34, 2010, págs. 271 a 278, por cuanto “*consideramos que puede sostenerse en Derecho que desde el punto de vista de política jurídica la LME sólo ha pretendido tipificar la segregación como nueva forma de transmisión a título universal de unidades económicas pero no el imponer la segregación como única vía de transmisión por las sociedades de estas unidades a cambio de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria, de modo que el régimen sobre la segregación de la LME ni excluye ni prohíbe la posibilidad de transmisiones a título particular de unidades económicas a través del régimen de la aportación de empresa*”.

¹⁹⁹ MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, ob. cit., 2013, págs. 339 y 340.

se diferencia de las otras modalidades de escisión en que las acciones de la sociedad beneficiaria pasan a ser propiedad de la sociedad escindida, y no de sus socios.

La segregación se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) Se trata de una modalidad de la escisión pero en la cual la sociedad originaria no se extingue como en los supuestos de escisión total.; 2) Las acciones de la sociedad beneficiaria se atribuyen a la propia sociedad, a diferencia de lo que ocurre en la escisión parcial; 3) El patrimonio segregado debe constituir una unidad económica, con las mismas características que posee en las escisiones parciales; 4) La transmisión de una o varias partes del patrimonio se verifica por medio de la sucesión universal, como sucede con la escisión total y parcial; y 5) La sociedad beneficiaria puede ser de nueva creación o preexistente, a diferencia de lo que sucede con la operación de constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio, que únicamente permite que la sociedad sea de nueva creación.

El requisito referido a la unidad económica posibilita su diferenciación o equiparación con los efectos de otras figuras afines. De tal manera, estas operaciones de segregación, a efectos mercantiles, pueden asimilarse a las aportaciones de ramas de actividad, en la medida en que la unidad económica segregada constituya una rama de actividad a efectos fiscales²⁰⁰. En cambio, si el

²⁰⁰ Al respecto se ha señalado que “la finalidad perseguida por el legislador en este punto ha sido doble: de un lado, incluir bajo el concepto de segregación todas aquellas realidades de operativa societaria que excedan de una mera aportación no dineraria, dado que los intereses en juego no se encontrarían adecuadamente tutelados con las normas aplicables a esta última; de otro,

patrimonio segregado no constituye una rama de actividad, la operación también podría acogerse al régimen fiscal especial al cumplir las condiciones establecidas en la normativa para las aportaciones no dinerarias especiales²⁰¹.

Adicionalmente, el art. 72 de la LMESM introduce una modalidad específica de segregación que transcribe la idea de la aportación no dineraria del conjunto de la actividad empresarial de la entidad transmitente. Tal precepto dispone que *“se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria”*. Esta clase de operación también es conocida como “filialización”, y por medio de su aplicación se pueden implementar procesos de reestructuración para la construcción de sociedades *holding* para residenciar acciones o participaciones de las sociedades de un grupo.

reservar la regulación contenida en la LMESM para las transmisiones patrimoniales que comporten traspaso de una verdadera unidad económica, organizada y funcionalmente autónoma.” (FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, ob. cit., pág. 31).

²⁰¹ La regulación de la segregación no obliga a introducir modificación alguna en la normativa correspondiente del impuesto sobre sociedades, ya que esta figura ya era contemplada en nuestro ordenamiento bajo la denominación de aportaciones de rama de actividad o aportaciones no dinerarias especiales. En efecto, dentro de la normativa tributaria y, concretamente, en lo relativo al impuesto sobre sociedades, la segregación ya tenía cobertura dentro del Capítulo VIII del Título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (LA LEY. 388/2004), a través del cual se regula el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Por medio de las operaciones de segregación se produce una alteración cualitativa en la sociedad transmitente por cuanto se reemplaza el patrimonio segregado por su valor equivalente en acciones o participaciones de la nueva sociedad, pero también podría originar un traslado del eje de poder social a favor del órgano de administración, si la sociedad transmitente se constituye en socio único de la sociedad beneficiada. Los supuestos de “*constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio*” deben realizarse de acuerdo con las normas propias de las escisiones, pero en cuanto a sus características, nada se señala sobre la necesidad de que el patrimonio escindido conforme una unidad económica o que la transmisión se realice por medio de la sucesión universal, a diferencia de lo que sucede en la segregación. En cuanto al primer punto, el patrimonio escindido ha de atribuirse de manera íntegra a una única sociedad de nueva creación. En cambio, en las operaciones de segregación cabría la posibilidad de transmitir una o varias partes del patrimonio a una o varias sociedades, que podrían ser de nueva creación o ya existentes. Sobre el segundo, es decir la transmisión por sucesión universal, su aplicación así se ha reconocido a pesar del silencio de la ley²⁰². Lo que sí es característico es que en la segregación, las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria se atribuyen a la sociedad transmitente y no a sus socios, como ocurre en los supuestos de escisión total y parcial.

²⁰² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, en *RdS*, núm. 31, 2008, pág. 65 y GARRIDO DE PALMA, V. M., “Escisión”, ob. cit., pág. 185.

3. Procedimiento de escisión

El procedimiento de escisión coincide en sus principales fases con el de la fusión, hasta el punto de que la LMESM se limita a contemplar un conjunto de especialidades y remite, en lo demás, al régimen legal de esta última operación. De esta manera, la LMESM estructura el procedimiento de escisión en tres grandes fases o etapas: preparatoria, decisoria y de ejecución. Analicemos cada alguna de ellas con mayor detenimiento.

a) La fase preparatoria

A pesar de que la LMESM inicia el procedimiento de escisión con la regulación del proyecto común, lo cierto es que en todo proceso de escisión se presupone la existencia de una fase previa en la cual todas las partes interesadas en llevar a cabo una operación de modificación estructural se pondrán de acuerdo en promover el procedimiento. En ella se pueden concluir acuerdos precontractuales que supondrán una finalidad común y que culminará en el proyecto de escisión. Dicho esto, normativamente el proceso de escisión se inicia con el proyecto de escisión, cuya regulación se ha considerado como una de las mayores innovaciones de la LMESM²⁰³. Este proyecto es redactado y firmado por los administradores de las distintas sociedades que intervienen en la operación. En su contenido deben incluirse obligatoriamente, además de las menciones generales del proyecto de fusión, según el

²⁰³ ALONSO ESPINOSA F. J., “Especialidades del proceso de escisión”, ob. cit., pág. 223.

artículo 31 LMESM²⁰⁴, otras que son específicas de la escisión por su carácter de operación de división societaria y patrimonial. Especial interés tiene para el caso específico de escisión total o parcial, la designación y el reparto de los elementos patrimoniales que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias, así como el criterio de reparto de las acciones o participaciones entre los socios de la sociedad escindida y que les correspondan en el capital de sociedades beneficiarias. Sin embargo, esta última mención no es exigida para la segregación, dado que en ella los socios de la sociedad escindida no se incorporan al capital de las sociedades beneficiarias. No será tampoco necesaria la mención relativa a la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales, y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho en el caso de una escisión con constitución de sociedad íntegramente

²⁰⁴ A modo de recordatorio, dicho contenido atiende a: 1) La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad que se divide y de las sociedades beneficiarias, y los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil; 2) El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje; 3) La incidencia que la escisión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que se otorgarán , en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante; 4) Los derechos que se otorgarán en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan; 5) Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de escisión, así como a los administradores de las sociedades que participan; 6) La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho; 7) La fecha a partir de la cual la escisión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad; 8) Los estatutos de las sociedades beneficiarias de la escisión; 9) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante; 10) Las fechas de las cuentas de las sociedades que participan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la operación, y 11) Las posibles consecuencias de la escisión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

participada, según los artículos 72 y 49 LMESM. Queda vigente la salvedad realizada para el caso de la escisión transfronteriza intracomunitaria.

Al igual que en la fusión, una vez firmado el proyecto de escisión, surgen para los administradores dos deberes: el de abstenerse de realizar cualquier clase de acto o contrato que pudiera afectar a la aprobación del proyecto o modificar la relación de canje de las acciones, participaciones o cuotas (art. 31.2 LMESM); y el deber de información a las sociedades participantes en la operación de escisión (art. 39 LMESM). Sobre el contenido de ambos deberes remitimos a lo dicho ya en el apartado relativo a la fusión.

En aplicación del artículo 30 de la LMESM, después de la firma del proyecto, la ley establece un plazo de caducidad de seis meses para que sea aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades participantes en la escisión (art. 30.3 LMESM). Si este plazo transcurre sin la debida aprobación, será necesario revisar los estados contables sobre los que se proyectó la operación, debiendo intervenir de nuevo los expertos independientes. Según los artículos 32 de la LMESM y 226 RRM es necesario el depósito del proyecto de escisión en el Registro Mercantil localizado en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes. Será aquí donde el documento será sometido al escrutinio y calificación registral, con el fin de determinar, dentro del plazo de cinco días si cumple el contenido mínimo legal y si ha sido firmado por todos los administradores de las sociedades participantes. Realizada esta comprobación, se procederá con su anotación en el diario y en las

hojas abiertas de cada sociedad y con la publicación en el BORME, lo que resulta imperativo para la convocatoria de la juntas de socios que hayan de resolver sobre la escisión, según lo dispuesto por el artículo 32.3 LMESM antes mencionado.

El proyecto de escisión debe supeditarse a un informe de los administradores de las sociedades que participen en ella, que deberá contener, por aplicación del artículo 33 LMESM, explicaciones o justificaciones detalladas sobre el proyecto común de escisión, tanto en lo que se refiera a sus particularidades jurídicas como económicas. Deberá además hacer especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, a las especiales dificultades de valoración de éstas que pudieran existir, y las implicaciones de la operación de escisión para los socios, los acreedores y los trabajadores. Si las sociedades beneficiarias de la escisión son anónimas o comanditarias por acciones, deberá este informe además hacer referencia a que han sido emitidos los informes previstos sobre las aportaciones no dinerarias, así como también deberá indicarse que esos informes están depositados o van a depositarse en el Registro Mercantil.

Igualmente, cuando las sociedades participantes sean anónimas o comanditarias por acciones, el proyecto de escisión deberá someterse a un informe de uno o varios expertos independientes, que serán designados por el Registrador Mercantil correspondiente al domicilio social de cada una de estas compañías. No obstante, los administradores de todas las sociedades que forman parte de la operación de escisión podrán requerir al Registrador mercantil del domicilio de

cualquiera de ellas la designación de uno o varios expertos para la elaboración de un único informe.

En el informe se valorarán los criterios de reparto de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias y del patrimonio no dinerario que se transmita a cada sociedad, con el fin de asegurar la oportuna integración de su capital social. Pero este informe no será necesario cuando así lo acuerden de forma unánime los socios con derecho de voto (o quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente tal derecho), de cada una de las sociedades que participen en la escisión.

De acuerdo con el artículo 78 bis LMESM, para el supuesto de escisión por constitución de nuevas sociedades, donde las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital de ésta, no serán precisos el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión, el informe de expertos independientes ni el balance de escisión.

El balance de escisión, por otra parte, no tiene regulación expresa en el articulado correspondiente a la escisión en la LMESM, pero al mismo deberán aplicarse las normas previstas para la fusión en cuanto a su elaboración, verificación por auditores y aprobación por la Junta General que delibere sobre la escisión. Y, al

igual también que en la fusión, la función de este balance será meramente informativa.

También como en la fusión, es de aplicación el artículo 64 ET, que exige un informe que podrá rendir el comité de empresa los trabajadores.

b) La fase decisoria: el acuerdo de escisión y la junta de socios

La fase decisoria implica la aprobación de la escisión por parte de las Juntas Generales de cada una de las sociedades que intervengan en la operación. Al igual que en la fase anterior, a falta de disposiciones especiales, debemos atender a la regulación prevista para el régimen de la fusión en lo relativo a la convocatoria, celebración de la junta, quórums y mayorías, y publicidad.

A este régimen general deben añadirse las siguientes especialidades:

1) Se mantiene el deber de los administradores de poner a disposición de los interesados una serie de documentos al publicar la convocatoria de la junta (artículo 39 LMESM), así como su derecho a solicitar información. Igualmente, según el artículo 79 LMESM, los administradores deberán comunicar a la Junta General de su sociedad cualquier modificación significativa y sobrevenida sobre el patrimonio social entre la fecha de la elaboración del proyecto y la celebración de la junta. La razón primordial para esta obligación se encuentra en que los socios

precisan de esta información para poder emitir su voto, favorable o desfavorable, sobre la operación. La información relativa a la modificación significativa y sobrevenida sobre el patrimonio social, debe darse en el curso de la reunión de la Junta y antes de proceder a la votación del acuerdo de escisión.

2) Siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, en los supuestos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, es imperativo contar con necesario el consentimiento individual de los afectados. Sobre los pormenores en cuanto a la forma, oportunidad y efectos en caso de incumplimiento de este requisito, remitimos a los apartados relativos a la escisión total y parcial en los que analizamos este punto²⁰⁵.

c) La fase de formalización y ejecución

Una vez más, debemos remitirnos a las normas generales de la fusión para poder determinar el régimen general de regulación de esta fase, en especial en lo que respecta a la publicación del acuerdo, la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil.

Sin embargo, hay dos temas que debemos considerar por su especialidad: el régimen de tutela de los acreedores de las sociedades participantes en la escisión y

²⁰⁵ Ver *supra* páginas 145 y 156.

el régimen de impugnación y nulidad de la escisión. En cuanto al régimen de tutela de los acreedores de las sociedades participantes, debido a que con la operación de escisión se incrementan los riesgos comerciales por la disgregación patrimonial que la caracteriza, la ley establece un sistema de tutela de los acreedores de las sociedades participantes que se materializa en el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades participantes en la escisión, tanto los de la entidad escindida, como los de las sociedades beneficiarias que no sean de nueva constitución. Este derecho de oposición podrá ser ejercitado en los mismos términos en que está planteado para la fusión. Pero unido a ello, además, se trata particularmente de proteger a los acreedores de la sociedad escindida cuyos derechos y créditos sean transmitidos a alguna de las sociedades beneficiarias. Por ello, si una sociedad beneficiaria no cumpliera una obligación que haya asumido en virtud de la escisión, responderán solidariamente a las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas en la escisión. Y, en caso de escisión parcial o segregación, la propia sociedad escindida responde por la totalidad de la obligación (artículo 80 LMESM)²⁰⁶.

Por otro lado, la remisión general a las normas de la fusión conlleva, por lo demás, a que igualmente deba amplificarse a la escisión el específico sistema de impugnación y nulidad previsto para aquélla.

²⁰⁶ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob. cit., págs. 789 y ss.

C. La cesión global de activo y pasivo

Junto a las operaciones de fusión y escisión, actualmente se reconoce a la cesión global del activo y pasivo como una verdadera modificación estructural²⁰⁷, operación que puede servir para la transmisión de una entidad empresarial con fines de reestructuración empresarial. Con anterioridad a la LMESM, existía una laguna legal en torno a la regulación y a la naturaleza jurídica de la cesión global de activo y pasivo. Esta insuficiencia en la regulación existente se enfrentaba con el extenso uso práctico de esta figura por parte de las empresas así como como los beneficios y

²⁰⁷ Con anterioridad a la LMESM, la doctrina española debatió sobre la naturaleza de la cesión global de activo y pasivo. De tal forma que podemos distinguir tres grandes grupos en nuestra doctrina: 1) Entre los que defendían su carácter de modificación estructural, CONDE TEJÓN, A. *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., págs.101 a 110. 2) Entre los que negaban esta caracterización y la reconocían como una forma especial de liquidación se encuentran EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., “Disolución y liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VIII, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993, págs. 108 a 109; GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global de activo y pasivo”, en *RJC*, núm. 1, Año 1999, Vol. 98, págs. 44 a 45; LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el proyecto de ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25 de enero de 1994/Nº 48-1)”, ob. cit., pág. 610. 3) Por último están aquellos que le reconocen una doble naturaleza, tanto de operación de liquidación abreviada como de modificación estructural como SOLER MASOTA, P., “Comentario al art. 117 LSRL”, en ARROYO, I. y EMBID IRUJO, J. M. (Coords.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 1144 y ss.; CALVO VÉRGEZ, J., “Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital”, en *Diario La Ley*, 2010, núm. 7516, y GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., “*La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de Abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, en AA.VV., *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters-Civitas, 2010, págs. 1285 a 1359, y MARIMÓN DURÁ, R., “La cesión global de activo y pasivo”, en *Noticias de la Unión Europea*, 2010, núm. 309, págs. 41 a 54.

facilidades que comportaba para las compañías. Por todo ello, la utilidad de esta operación y su incidencia en la práctica hizo necesaria su regulación.

La cesión global se encontraba regulada de manera fragmentaria en la LSRL y TRLSA²⁰⁸. Por un lado, el art. 266 TRLSA, ubicado en el apartado sobre liquidación de la sociedad anónima, se limitaba a establecer que “*una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo*”. Ello no significa otra cosa que decir que, en los supuestos de cesión global de activo y pasivo que se produjeran una vez disuelta la sociedad, no será necesaria la apertura del período de liquidación. Precisamente de esta norma la doctrina derivó, no sin múltiples discusiones al respecto, que aparte de poderse ver en la cesión global una liquidación abreviada, el art. 266 TRLSA la concebía como verdadera modificación estructural²⁰⁹. El posterior art. 117 LSRL reguló asimismo la cesión global en sede de

²⁰⁸ El TRLSA regulaba esta figura en su artículo 266, aunque se nombraba a la figura, no la dotaba de caracterización o significación alguna, más que como una forma de exclusión de la apertura de la liquidación. Pero esta situación no era del todo real, por cuanto más que ser vista en el citado artículo como una forma de exclusión de la liquidación, se mostraba como un procedimiento abreviado de ésta. Por su parte, la LSRL no logró dotar a esta figura de mayor concreción (CONDE TEJÓN, A. *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, ob. cit., págs. 100 a 101).

²⁰⁹ DELGADO GIL, R. “La cesión global de activos y pasivos”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 224 a 225; ALONSO UREBA, A., “Comentario al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo”, en *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 69 a 81; mismo autor en, “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen”, en *RdS*, núm. 33, 2009, págs. 19 a 43; GÁLLEGO LANAU, M., “La cesión global plural de activo y pasivo”, en *RdS*, núm. 38, 2012, págs. 281 a 304; NOVAL PATO, J., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital*, Editoriales de Derecho Reunidas, s.a., España, 2003, págs. 156 y ss.; MUÑOZ PÉREZ, A. F., “Algunas reflexiones en torno a la cesión

liquidación, aunque mediante un sistema más amplio donde “*la eficacia de la cesión quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad*”, excluyéndose la finalidad reestructuradora de la figura²¹⁰. Por su parte, el artículo 246 del RRM lo encuadraba dentro de la disolución de sociedades y el cierre de su hoja registral.

En la actualidad, la cesión global está contemplada entre los artículos 81 a 91 de la LMESM, siendo que, como especifica su Preámbulo, “*el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre las modificaciones estructurales, rompe amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporciona un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas*”.

La regulación impuesta por la LMESM para el régimen de la cesión global de activo y pasivo es significativa, a pesar de que también adolece de algunas lagunas importantes que se irán detallando en el desarrollo de los apartados siguientes. La normativa actual establece para la cesión global de activo y pasivo una regulación unitaria aplicable a toda clase de sociedades mercantiles, sean estas

global en las soluciones al concurso de acreedores”, en AA. VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales (II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 395, MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo”, en *RDM*, núm. 228, abril-junio 1998, págs. 656 a 678. Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La cesión global de sociedades anónimas (arts. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas”, en *RdS*, núm. 14, 2000-1, págs. 255 y 256, afirmaba que el artículo 266 TRLSA reconocía la cesión global sin sucesión y la cesión global en sentido estricto con sucesión universal.

²¹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La cesión global de sociedades anónimas (arts. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas”, ob. cit., págs. 259 a 260.

sociedades limitadas o anónimas. Pero, además, diferencia que el traspaso en bloque del patrimonio en los casos de la disolución de la sociedad y en pago de la cuota de liquidación del socio único cuando éste es otra sociedad, es una hipótesis que se puede asimilar a la fusión de acuerdo con lo dispuesto por el art 53. La más trascendental de todas sus implicaciones es que de ahora en adelante, la cesión global de activo y pasivo será considerada como una operación de modificación estructural²¹¹.

1. Concepto

El actual artículo 81 de la LMESM determina que esta operación tiene lugar cuando una sociedad inscrita transmite en bloque y por sucesión universal la totalidad de su patrimonio a uno o varios socios o terceros²¹². A cambio de ello, recibe una contraprestación que no puede consistir en acciones o participaciones del cesionario. De este modo, una sociedad transmitirá en bloque y por medio de sucesión universal todo su patrimonio, a cambio de una contraprestación real que ingresará en su patrimonio social en sustitución del patrimonio ya transmitido.

²¹¹ GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 27, 2009, documento electrónico en <http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1987&seccionver=0> [Revisado el 10 de marzo de 2013], s. p.

²¹² Si bien la norma parece exigir la transmisión de la totalidad del patrimonio social, la falta de algún elemento aislado que quede en poder de la sociedad, no constituye excepción alguna para aplicar las reglas de la LMESM. De este modo, que se propone aplicar el régimen de la cesión global de activo y pasivo cuando la operación implique la transmisión de casi la totalidad del patrimonio o su núcleo central. MARTÍ MOYA, V., “Modificaciones estructurales”, ob. cit., 2013, pág. 342. En este sentido, misma autora en “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., pág. 299.

Constituye así un instrumento lícito capaz de promover la venta de empresas de forma diligente sin tener que contar con el consentimiento individualizado de las contrapartes de todas deudas y contratos vigentes. La ley indica que la operación comprende todo el patrimonio de la sociedad, y no solo una fracción del mismo. De ahí que no se ha reconocido la figura de la cesión parcial, por cuanto, si lo que se pretende es transmitir una parte del patrimonio, tendrá que hacerse por vía de escisión parcial o de segregación con las especificaciones impuestas para cada figura.

La ley matiza los tipos de cesión global existentes de acuerdo con el número de cesionarios participantes. Así, la llamada *cesión plural* consiste en la transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad cedente realizada a favor de dos o más cesionarios, siendo que cada una de las partes cedidas del patrimonio deberá constituir una unidad económica, concepto que al que ya nos hemos referido.

De esta precisión legal cabe deducir dos de los elementos delimitadores de la figura: dos sujetos participantes (una empresa o cedente, cuyo activo o pasivo se pretende transmitir; y, uno o dos cesionarios que son quienes reciben dicho patrimonio) y la contraprestación. La contraprestación recibida por la transmisión patrimonial no debe consistir en acciones o participaciones del cesionario (que puede ser incluso una persona física y no una sociedad), sino dinero y otra clase de activos. Aquí radica precisamente la principal diferencia entre la escisión y la cesión global. En esta última no se verifica una atribución de acciones o participaciones del cesionario a la sociedad cedente, como en la segregación, o a sus socios, como en la

escisión total o parcial. Ello supone que la cesión global comporta un cambio radical en la estructura patrimonial de la sociedad, que sustituye la empresa de la que era titular por dinero u otros activos, de los que a partir de entonces deberá servirse para el desarrollo o modificación de su objeto social. La sociedad cedente se extingue si la contraprestación es recibida totalmente por los socios. En este caso, lejos de entregar la contraprestación a la sociedad disuelta, para que proceda subsiguientemente a distribución entre los socios, ésta se atribuye "*total y directamente*" a estos últimos como cuota de liquidación. De ahí que la cesión global en estos supuestos permita la extinción automática de la sociedad.

También es presupuesto esencial de la cesión global de activo y pasivo, por otro lado, la transmisión en bloque y por sucesión universal de la totalidad del patrimonio de la sociedad cedente en favor de un único cesionario o de varios. Si estamos ante este segundo supuesto, es preciso que cada fracción del patrimonio que se ceda constituya una "*unidad económica*". Esta transmisión global diferencia a la cesión global de la compraventa o cesión de un bien o derecho individual.

Cuando cedentes y cesionarios fueran de distinta nacionalidad, la cesión se registrará por sus respectivas leyes nacionales. En las sociedades anónimas europeas se estará a su propio régimen.

Por lo que respecta a las analogías y diferencias con figuras afines, debemos empezar por las comparaciones entre la cesión global de activo y pasivo

frente al proceso de fusión. Ambas figuras presentan similitudes en tanto por medio de las mismas se produce la transmisión de la totalidad del patrimonio social de la o las sociedades cedentes o de las sociedades absorbentes. Por otro lado, en la cesión global, al no tener como contraprestación acciones o participaciones de la sociedad cedente no se produce una incorporación de los socios de la sociedad participante en las sociedades beneficiarias. La operación de cesión global no exige el informe de expertos independientes.

2. Elementos de la figura

En la operación de cesión global de activo y pasivo podemos distinguir varios elementos que la tipifican. Entre ellos se encuentran: los sujetos que intervienen en la operación y la contraprestación, como hemos anticipado por las particularidades que presentan, se requiere un somero análisis de su contenido.

a) Elemento subjetivo

En la cesión global de activo y pasivo participan dos sujetos: el cedente y el cesionario. El primero es aquella sociedad cuyo patrimonio se transmite por sucesión universal; el segundo, el que recibe tal patrimonio. Sin embargo, según el artículo 81.2 LMESM, la contraprestación de esta operación la pueden recibir, en todo o en parte, los socios de la sociedad cedente por lo que éstos también participan en la operación.

(1) El cedente

La sociedad cedente es la compañía que desea trasladar en bloque su activo y pasivo. Como requisitos indispensables, el cedente debe ser una sociedad, que además se encuentre debidamente inscrita en el correspondiente Registro Mercantil. Por ello, quedarán excluidas las personas físicas, las sociedades civiles, asociaciones, fundaciones y otras entidades similares. Aquellas empresas que se encuentran en situación irregular con respecto a su inscripción deberán completar o corregir esta situación de manera previa. De acuerdo con el artículo 83 LMESM, las sociedades en liquidación podrán ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios. Queda la duda de si las sociedades que se encuentran dentro de un proceso concursal podrán participar en operaciones de cesión global de activo y pasivo, precisamente por los términos en que está planteado el artículo 100.2 y 3 LC.

Las operaciones de cesión global en que participan las Cajas de Ahorro son una excepción a la regla general del necesario carácter de sociedad mercantil del cedente. Esta particularidad es regulada por la Disposición Adicional Tercera de la LMESM a través de su Disposición Final Cuarta²¹³.

²¹³ Reza dicha disposición que “*Cuando la operación consista en el traspaso por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una entidad de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, que formen una unidad económica, a otra entidad de crédito de igual o distinta naturaleza a cambio de una contraprestación que no consista en acciones, participaciones o cuotas de la entidad cesionaria, resultará de aplicación a la misma el régimen de la cesión global de activos y pasivos*”

Como se indicó inicialmente, la contraprestación puede ser recibida total y directamente por los socios, o bien puede que éstos la reciban de manera parcial, junto con la sociedad cedente. En todo caso, la cedente es la sociedad que transmite su patrimonio, y no los socios, a quienes solo se aconseja que comparezcan para el otorgamiento de la escritura pública²¹⁴. Se les exige tener capacidad jurídica para ser socios de una sociedad.

(2) El cesionario o cesionarios

El cesionario es el socio o el tercero que adquiere el activo y pasivo que ha sido cedido. Podrá ser cualquier persona física²¹⁵ o jurídica con capacidad suficiente para obligarse, e independientemente de su naturaleza de sociedad mercantil o de otro tipo. Puede ser sujeto singular o plural; en el primer caso, la operación desde el punto de vista del patrimonio, se acerca a la fusión y al supuesto del artículo 53 LMESM; en el segundo caso, a la escisión. Aquí pueden presentarse varios supuestos. Si la sociedad cedente es unipersonal, la contraprestación la adquiere el único socio y la sociedad se extingue. Pero si ese socio único es el cesionario, el panorama se complica un poco más, pues en aplicación del artículo 53

previsto en los artículos 85 a 91 de la presente ley, sin perjuicio de lo previsto en su legislación específica.”

²¹⁴ ANSÓN PEIRONCELY, R: “Cesión Global de activo y pasivo”, en ANSÓN PEIRONCELY, R (Dir.), *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 169.

²¹⁵ MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo”, *ob. cit.*, págs. 661 a 664.

de la LMESM, si ese socio es a su vez una sociedad, éste será una operación asimilada a la fusión y no una cesión global de activo y pasivo. Por el contrario, si el socio es una persona física o una persona jurídica diferente de las sociedades de capital, no se aplicaría el artículo 53 de la LMESM y la operación se configuraría como una cesión global.

Dos precisiones más hay que realizar para estas hipótesis donde participan varios cesionarios. Por un lado, cada una de las partes que se ha de transmitir debe conformar una unidad económica, concepto que hemos analizado previamente para los casos de fusión y escisión. Por otro lado, y en todos estos casos, es clara la simplificación de los procedimientos de la cesión global con respecto a otros, según analizaremos más adelante.

La LMESM no prevé algunas otras posibilidades, como la situación de los socios minoritarios frente a un socio mayoritario de la cedente que aparece como único cesionario. En esta hipótesis se manifiesta un conflicto de interés importante, por cuanto este socio mayoritario tomará el control de hecho del procedimiento de cesión y los socios minoritarios verán afectadas sus ventajas, principalmente si se presenta el caso de que el patrimonio sea cedido por un precio inferior al real. Estos socios minoritarios, a pesar de contar con un régimen de impugnación de la operación previsto en el artículo 47, por remisión del artículo 90 LMESM, no podrán hacer otra cosa si el procedimiento se ha desarrollado tomando en cuenta todas las previsiones legales. Además, no se plantea por parte de la Ley la previsión de algún medio para

la valoración de la contraprestación de la cesión global de activo y pasivo, como sí se hace en el caso de la fusión cuando se dan estos conflictos en la relación de canje²¹⁶. Queda por determinar si podrá en el futuro acogerse al artículo 190 TRLSC, que regula el conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada²¹⁷.

Otra deficiencia de la LMESM con respecto a los cesionarios, es que los aparta del procedimiento de cesión global de activo y pasivo hasta el otorgamiento de la escritura pública. Es decir, que se encuentran ausentes en las fases de preparación y decisión de la operación²¹⁸.

b) Elemento objetivo: la contraprestación

La contraprestación que el cesionario o los cesionarios entregan no puede consistir en cuotas, acciones o participaciones de la sociedad cedente, únicamente pueden corresponder a dinero, cualquier otro bien o derecho. Incluso se ha planteado que ésta puede estar formada por un conjunto de derechos y obligaciones, con la

²¹⁶ Recordemos que el artículo 38 LMESM prevé la posibilidad de que el socio perjudicado con respecto a la relación de canje pueda solicitar la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria.

²¹⁷ El artículo 190. 1 LSC dispone “*En las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios*”.

²¹⁸ GONZÁLEZ-MENESES, M. Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit. s. p.

limitación de que no podrá ser así en los supuestos en que la contraprestación sea recibida total y directamente por los socios por el respeto a las normas de liquidación²¹⁹.

La contraprestación puede ser percibir íntegramente por la sociedad cedente, por los socios en su totalidad o bien compartida entre la sociedad cedente y sus socios. Cuando la prestación es percibida íntegramente por la sociedad cedente, de conformidad con el artículo 81 LMESM, la sociedad podrá continuar con la misma actividad económica que desarrollaba antes de la operación. Estaríamos, pues, en el supuesto concreto de una modificación estructural que supera la fórmula de liquidación abreviada de las sociedades. Sin embargo, la sociedad cedente podrá tener interés en iniciar una actividad empresarial diferente, por lo que, en este caso, deberá modificar sus estatutos para adecuar el objeto social que va a desarrollar y sus socios podrían ejercitar el derecho a separarse de la sociedad según las previsiones del artículo 346.1.a del TRLSC. En caso de que la sociedad cedente quede con un patrimonio neto inferior a la cuantía del capital social, será necesario acordar la ampliación de capital o la transformación de la sociedad.

Cuando son los socios quienes reciben la contraprestación, la sociedad cedente queda sin capital alguno, por lo que según el alcance del propio artículo 81 de la LMESM, la sociedad se extingue. En este supuesto, la contraprestación, que es recibida directamente por los socios, debe respetar las normas aplicables a la cuota de

²¹⁹ ANSÓN PEIRONCELY, R., “Cesión Global de activo y pasivo”, ob. cit., pág. 172.

liquidación. Tal es la importancia de este aspecto que el mismo proyecto de cesión global debe especificar necesariamente el criterio de reparto.

La LMESM no se refiere a la posibilidad de que la contraprestación sea compartida entre sociedad cedente y socios, pero tampoco se encuentra razón legal para negar tal posibilidad. Sin embargo no queda en este caso claro si el reparto debe respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación de cada socio. Conforme a una interpretación literal del artículo 81.2 de la LMESM, este presupuesto quedaría exclusivamente limitado a la hipótesis de que la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios.

3. Procedimiento

Al igual que la fusión y la escisión, el procedimiento de la cesión global de activo y pasivo podemos estructurarlo en tres fases legalmente reconocidas y una cuarta de carácter previo que no encuentra tutela positiva. Esta fase previa se corresponde con el acercamiento o tanteo inicial entre las partes que participarán en la operación y generalmente va acompañada de estudios o informes sobre la viabilidad y costes de la operación. La importancia de esta fase para la cesión global radica en el hecho de que el cesionario se encontrará ausente en las fases preparatoria y decisoria y retomará su presencia en la fase de ejecución, al otorgarse la escritura pública correspondiente. Parece lógico entender que debe existir por parte de la sociedad cesionaria una especie de “*due diligence*” sobre la sociedad cedente mediante la cual

pueda considerar la situación de la sociedad cedente en sus relaciones contractuales con terceros, y así valorar los riesgos económicos de la operación.

a) Fase preparatoria: Proyecto, informes de administradores y documentos contables

Una de las novedades de la LMESM, en materia de cesión global y con respecto a la regulación anterior, es la exigencia de elaboración y suscripción de un proyecto de cesión global por parte de los administradores de la sociedad. Según el artículo 85. 1 LMESM, este proyecto tiene como contenido mínimo las siguientes menciones: 1) La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación del cesionario o cesionarios; 2) La fecha a partir de la cual la cesión gozará de efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad, tanto para el cesionario como para el cedente ; 3) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de trasladarse a cada cesionario²²⁰; 4) La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios, siendo en este último caso necesario especificar el criterio en que se funde el reparto; y 5) Las posibles consecuencias que la cesión global podrá tener sobre el empleo.

²²⁰ Recordemos que según el artículo 85.1.3 LMESM en estos supuestos es de obligado que en el proyecto de cesión global se indiquen de forma precisa los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario.

Sobre el contenido del proyecto conviene realizar algunas consideraciones más. La LMESM no exige la elaboración de un balance ni tampoco el informe de experto independiente, por lo que la valoración del activo y el pasivo adquiere relevancia, máxime si se considera que esta valoración es efectuada por el propio cedente. La determinación del criterio para el reparto de los bienes resulta útil especialmente para aquellos casos en los que con posterioridad aparezcan nuevos bienes. En este supuesto, no creemos que exista impedimento alguno para aplicar lo dispuesto por el artículo 75 LMESM. Por último, en caso de que se produzcan perjuicios para el empleo o si el reparto afecta a los trabajadores, deberá notificarse al Comité de Empresa para que se abra el proceso de consulta con los representantes de los trabajadores (artículo 44.9 ET).

Los administradores tienen la obligación de presentar un ejemplar del proyecto de cesión global para su depósito ante el Registro Mercantil donde se o procesará en la forma y en los plazos previstos por el RRM. Sin embargo, la LMESM adolece de omisiones importantes en este punto, pues no especifica nada sobre dicho depósito ni tampoco se refiere a qué registro mercantil se trata, si es solo el de la cedente o también el del cesionario, si este es una sociedad mercantil o un empresario individual inscrito. Tampoco aclara la LMESM si este depósito debe publicado en el BORME, como ocurre con los proyectos de fusión y escisión ni si la junta general de socios de la cedente puede convocarse antes de que se haya realizado el depósito. El problema derivado de esta laguna se agrava, además, porque la regulación de la cesión global de activo y pasivo no remite de forma general a las

reglas del régimen de la fusión, como sí hace el artículo 73.1 LMESM, salvo en algunos aspectos concretos.

Cabe concluir que, por la remisión que efectúa el artículo 87.1 LMESM a las especialidades del acuerdo de fusión, existe obligación de acompañar este proyecto de cesión global con la documentación contable y mercantil que enumera el artículo 39 LMESM, a saber, las cuentas anuales e informes de gestión de los tres últimos ejercicios, el proyecto de escritura de la cesión global de activo y pasivo, los datos de los administradores de la sociedad cedente y de los administradores o representantes legales del cesionario o cesionarios.

Del mismo modo dada la falta de remisión general a las normas de la fusión, salvo en lo que atañe al acuerdo, el proyecto de cesión global de activo y pasivo no goza de un plazo de validez como sus homólogos en sede de fusión y escisión.

b) Fase decisoria: acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente y derecho de oposición de los acreedores

La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose de manera exacta al proyecto de cesión

global²²¹, y con los requisitos previstos para la adopción del acuerdo de fusión (art. 87.2 LMESM).

El acuerdo de cesión global se publicará en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

No será necesaria la publicación del acuerdo de cesión global cuando el acuerdo se comunique individualmente y por escrito a todos los socios y acreedores, utilizando un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

La LMESM no prevé si también debería publicarse en un diario de gran circulación en la provincia de domicilio del cesionario el acuerdo de cesión global, lo que sería, por otra parte, lógico, por cuanto los acreedores de este cesionario también podrían verse afectados por la operación, concediéndoles también a ellos el derecho de oposición.

²²¹ Defiende que es posible la modificación del proyecto de cesión global de activo y pasivo por parte de la Junta de socios, siempre que no afecte a los derechos de los acreedores, ANSÓN PEIRONCELY, R., “Cesión Global de activo y pasivo”, ob. cit., pág. 184.

No se encuentra regulada tampoco la obligación de los administradores de abstenerse de realizar cualquier acto o contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto, así como de informar a la junta de socios sobre cualquier modificación importante acaecida sobre el patrimonio entre la elaboración del proyecto y la reunión de la junta.

Según el actual tenor del artículo 194.1 TRLSC el quórum mínimo para la primera convocatoria de la junta general de la sociedad anónima que haya de acordar la cesión, será del cincuenta por ciento del capital social suscrito con derecho a voto. La segunda convocatoria requerirá únicamente del veinticinco por ciento de tal capital. Si el quórum es inferior al cincuenta por ciento del capital social suscrito con derecho a voto, se precisa del voto favorable de al menos dos tercios del capital presente o representado en la Junta. Por su parte, según el artículo 199.2. TRLSC, en las sociedades limitadas, el acuerdo de cesión global requerirá, al menos, dos tercios de los votos que correspondan a las participaciones sociales en que se divida el capital social.

El derecho de oposición de los socios está regulado de forma análoga a la fusión. La cesión global no se podrá ejecutar antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese término, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en

las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión. La omisión de comunicación explícita a los obligacionistas comprueba que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la fusión, éstos quedan privados de la posibilidad de ejercitar el derecho de oposición a la cesión global del activo y el pasivo.

c) Fase de ejecución

La cesión global se hará constar en escritura pública, que será otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La escritura deberá contener el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente. Una vez que se proceda con la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil de la sociedad cedente, la cesión global adquirirá plena eficacia. Si la sociedad se extinguiera como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales. Se puede impugnar en la misma forma y plazo que en el caso de la fusión (artículos 90 y 47 LMESM).

4. Eficacia de la cesión global de activo y pasivo

Los efectos de la cesión global pueden resumirse principalmente en los tres siguientes: la transmisión del patrimonio de la sociedad cedente, la extinción o la continuidad de la sociedad cedente y la responsabilidad solidaria por obligaciones incumplidas.

Con anterioridad se ha indicado, en la cesión global de activo y pasivo se produce la transmisión del patrimonio social en bloque y por medio de la sucesión universal, efecto que surge en el momento de la inscripción registral de la escritura pública otorgada.

Con la cesión global de activo y pasivo, la sociedad cedente no se extingue de manera obligatoria, sino que la regulación actual prevé la posibilidad de que la sociedad continúe con su actividad, precisamente cuando es ella misma quien recibe una parte o la totalidad de la contraprestación pactada. Por el contrario si son los socios de la sociedad cedente quienes reciben directamente la contraprestación pactada, la sociedad cedente sí quedará extinguida, sin necesidad de abrir la fase de liquidación. Si el cesionario no pudiera entregar cuotas de liquidación, sino que entregase un conjunto de derechos y deberes, éstos serán recibidos por la sociedad cedente, quien posteriormente acordará su disolución y apertura de la liquidación, con el fin de entregar en este procedimiento las cuotas de liquidación a sus socios y dar por extinguida la sociedad.

En la cesión global también se prevé, al amparo de los intereses de los acreedores de la sociedad cedente, un específico régimen de responsabilidad para el eventual incumplimiento de las obligaciones por parte de un cesionario. Así, de las obligaciones admitidas por un cesionario que resulten incumplidas, deberán responder de manera solidaria los demás cesionarios. Lo harán hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión, y los socios, hasta el límite de

lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión. La misma sociedad que no se hubiera extinguido deberá responder por la totalidad de la obligación. No obstante, esta responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años (art. 91 LMESM)²²², sin que el legislador establezca desde cuándo se contarán estos cinco años²²³.

²²² Vid. PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Doctrina, 16 Jun. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, s. p.

²²³ Según ANSÓN PEIRONCELY, R., “Cesión global de activo y pasivo”, ob. cit., pág. 192, el plazo debería contarse desde la inscripción de la cesión, por ser éste el momento determinante de su eficacia (constitutiva inscripción).

CAPÍTULO III

LAS OPERACIONES DE MODIFICACION ESTRUCTURAL Y EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: A. LOS OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. B. LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA. C. EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD QUE PARTICIPA O HA PARTICIPADO EN UNA OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL CON CARÁCTER PREVIO A LA APERTURA DEL PROCESO. 1. La declaración de concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural pendientes. 2. La declaración del concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural ya concluidas. a) La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso. (1) Presupuestos de la acción rescisoria concursal. (2) Legitimación de la acción rescisoria concursal. (3) Plazo para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. b) Prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM, con especial referencia la caducidad de la acción. D. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DENTRO DEL PROCESO CONCURSAL. 1. Modificaciones estructurales durante la fase común. 2. Con especial referencia a la fase del convenio concursal. a) De la libertad de contenido del convenio a sus límites. b) Requisitos especiales para la aplicación de las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio. 3. Las modificaciones estructurales de una sociedad en liquidación concursal.

Llegados a este punto, es necesario delimitar con exactitud el objeto de nuestro estudio, por cuanto es restringido. Para ello haremos cuatro precisiones importantes, ya que son múltiples las hipótesis que pueden desarrollarse al utilizar estas operaciones reestructurantes dentro del proceso concursal, tanto si se considera que las mismas pueden ser empleadas como alternativa a una situación de crisis económica imperante, como también una solución al proceso mismo. En primer término, partimos del presupuesto subjetivo de estas operaciones de modificación estructural dispuesto por la LMESM, es decir, los procesos de modificación estructural se centrarán en la aplicación a sociedades mercantiles inscritas. De tal forma que quedan fuera de este análisis, por razones lógicas, las personas físicas, así como la utilización de estas operaciones en el seno del proceso concursal por parte de otras personas jurídicas distintas que, por normas propias o sectoriales, han quedado excluidas de las regulaciones de la LMESM, como es el caso de las entidades cooperativas, agrarias y otras entidades ya analizadas en el capítulo primero de esta investigación.

En segundo término nos referiremos a la aplicación de las modificaciones estructurales traslativas, es decir, a las operaciones de fusión, escisión en todas sus modalidades incluida la segregación, así como a la cesión global de activo y pasivo. Quedan fuera del ámbito de nuestro análisis las operaciones de transformación y el traslado internacional de domicilio social. Las primeras se excluyen por no presentar mayores problemas de compatibilidad con el proceso concursal, salvo que en algún caso particular y concreto alguno de sus efectos se contradiga de manera

abierta con la finalidad del proceso concursal o de sus etapas²²⁴. Sin embargo, no podemos obviar que en muchos casos, las operaciones de transformación pueden suponer ventajas para aquellas sociedades concursadas que opten por su realización²²⁵. Por su parte, el traslado internacional de domicilio social no puede

²²⁴ CERDÁ ALBERO, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, ob. cit. pág. 716, quien además señala que las operaciones de transformación conllevan para el proceso concursal una serie de ventajas como lo es la reducción de gastos y la flexibilidad para determinadas operaciones de capital. Por su parte VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ob. cit. pág. 166 y PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág. 732, puntualiza que la transformación al permitir un cambio en el tipo social inicial, facilita de manera simplificada el adecuar las necesidades sociales promover la continuación de la actividad empresarial y conservar el crédito. Por su parte BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores, ob. cit. s. p., señala que: “*la transformación puede ser útil como técnica preparatoria de un convenio o como técnica para enervar la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la masa. En efecto, por un lado, las diferencias de régimen jurídico existentes entre una sociedad anónima y una sociedad limitada podrían justificar que la anónima concursada se transformase en limitada para evitar los costes (y los riesgos) de un convenio con aportaciones in natura (por ejemplo, solares a una inmobiliaria). Por otro lado, la sociedad colectiva (o comanditaria) en concurso puede transformarse en sociedad de capital a fin de evitar la perpetuatio de la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas contraídas durante el propio concurso*”.

²²⁵ “Además de la fusión, la escisión, y la cesión global de activo y pasivo, que admiten, a su vez, diversas submodalidades (v. gr. fusiones especiales, escisión total y parcial, segregación, cesión global plural), cabe, asimismo, aunque no se haya contemplado específicamente, que las sociedades concursadas puedan transformarse en sociedades de otro tipo. Esta modalidad de modificación estructural, que implica, a diferencia de las anteriores, a una única sociedad, tiene, en principio, menor interés concursal, en la medida que el cambio de forma jurídica no supone ninguna reorganización patrimonial que afecte directamente a la solvencia de la sociedad. Sin embargo, también puede resultar una operación, aparte de realizable por sociedades concursadas, útil a distintos efectos relacionados con el concurso, pues a la ventaja de poder sumar nuevos responsables subsidiarios de las deudas sociales (v. gr. transformación de sociedad anónima o limitada en sociedad colectiva), se añade, como la doctrina destaca y la práctica evidencia, la posibilidad de servir como técnica preparatoria de un convenio (v. gr. una anónima concursada se transforma en limitada para evitar los riesgos y costes de un convenio con aportaciones in natura), así como de instrumento, entre otras finalidades, para enervar la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la masa (v. gr. una colectiva o comanditaria en concurso se transforma en sociedad de capital para evitar la perpetuatio de la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas contraídas durante el concurso).” (PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dirs.), ÁVILA DE LA TORRE, A. y CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (Coords.), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pág. 2070).

aplicarse dentro de un concurso según el artículo 93.2 LMESM, precisamente para evitar que pueda trasladarse el proceso concursal a otro país en beneficio de la sociedad insolvente.

La correlación entre las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores de una sociedad debe analizarse partiendo de las finalidades y funciones que cumple cada institución. En el desarrollo de esta investigación se ha planteado que las modificaciones estructurales cumplen diversas funciones económicas. Y, en lo que nos interesa, se reconocen como una forma adecuada de solución a las crisis económicas empresariales, es decir, como verdaderos modos de reestructuración. Si bien las modificaciones de la estructura societaria se articulan como instrumento de transmisión y adquisición de empresas, así como de constitución, modificación y extinción de sociedades, son, a su vez, operaciones que favorecen la continuidad de la actividad empresarial por las ventajas que acompañan al especial modo de transmisión aplicable: la sucesión universal. En este sentido, favorecen la conservación del empleo, la conservación de crédito y el manteamiento de las relaciones y obligaciones con terceros. Asimismo constituyen medios de satisfacción de los acreedores por las vías conservativas, pero además, a pesar de que la misma LC se desliga de este tipo de finalidades, constituyen una técnica de saneamiento de grupos de empresas, de gran utilidad para diluir las deudas de la sociedad dominada y desprender la parte más afectada por la crisis empresarial²²⁶.

²²⁶ “En este sentido, la transformación, fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo permiten la continuidad en las obligaciones y relaciones jurídicas con terceros, con la

Estas finalidades de las operaciones de modificación estructural no son del todo ajenas al proceso concursal, como analizaremos más adelante. Tradicionalmente el proceso concursal persigue la satisfacción más equilibrada posible de los acreedores de un deudor común insolvente, sea persona física o jurídica, mediante la reorganización, transmisión o liquidación de la empresa²²⁷, lo que no impide que pueda tener otros fines más cercanos a la conservación de la empresa o su reestructuración²²⁸. Consecuentemente, partimos de la premisa de que las modificaciones estructurales, dentro de los procesos concursales, pueden plantearse tanto como una alternativa a éste²²⁹, como también como una solución²³⁰ adecuada al mismo²³¹. No puede negarse que las operaciones de reestructuración

correlativa conservación del crédito de la sociedad y el funcionamiento de la sociedad, bajo el principio de identidad (transformación) o de sucesión universal (fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo). Y todo ello, sin necesidad de cesión singular de bienes, ni asunción individualizada de obligaciones, frente a lo que acontece en los negocios de transmisión de empresa, con los que, de algún modo, las modificaciones estructurales guardan ciertos paralelismos, con el consiguiente ahorro de costes temporales y económicos lo que, en el marco concursal, adquiere una extraordinaria relevancia.” (PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 7265, Sección Doctrina, 20 Oct. 2009, Año XXX, s. p.).

²²⁷ En igual sentido VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ob. cit. pág. 163.

²²⁸ Véase LEÓN SANZ, F.J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, en EMBÍD IRUJO, J. M. y ABRIANI, N. (Dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Editorial Comares, Granada, 2013, (en prensa).

²²⁹ Según BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p., las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles, siempre deberán constituir una alternativa al concurso, de manera tal que debe estar iniciada cuando el concurso de declare abierto.

²³⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit. s. p., y en “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2012}, s. p.

social son fundamentalmente medios idóneos para dotar a la empresa de nuevas oportunidades ante situación de dificultades económicas, permiten la continuidad de las obligaciones sociales con terceros, así como de las relaciones con éstos, al constituir medios idóneos para la conservación del crédito por medio de la sucesión universal del patrimonio sin la necesidad de acudir a los modos particulares o singulares de transmisión de bienes o empresas. Simultáneamente las operaciones de reestructuración conllevan una reducción de los costes económicos y temporales importantes dentro del proceso concursal. Concretamente, la participación de una sociedad insolvente en un proceso de fusión, como sociedad absorbente por ejemplo, le permitiría modificar su estructura organizativa y reiniciar operaciones con una mayor coyuntura económica y financiera. En caso de intervenir en la operación como sociedad adsorbida, principalmente en casos de grupos de sociedades, le permitirá a la sociedad dominante adsorber la sociedad insolvente concretando mayores oportunidades de pago y frenar a su vez la situación de crisis económica para que no llegue a afectar significativamente a todo grupo de interés. Se presenta así la operación de fusión como una medida efectiva de saneamiento empresarial. Por su parte, la escisión, con especial relevancia en sus modalidades parcial y segregación, permite separar la parte afectada por la crisis de una sociedad, pasando la misma a

²³¹ La falta de referencias o regulaciones en las normas anteriores contenidas en la LSRL provocó que se vertieran varias opiniones sobre su viabilidad, aunque de manera general se ha admitido esta posibilidad. De esta manera BERCOVITZ: “La fusión de sociedades”, en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, p. 642 advierte que “*en algún caso la fusión podría ser deseable y respetando, desde luego, las normas del Derecho concursal, no deben impedirse a priori y con carácter general en la Ley.*” En igual sentido, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, ob. cit., pág. 840; SANTOS, V., “La escisión de Sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, ob. cit., pág. 999 y CERDÁ ALBERO, F. *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág.159.

una sociedad solvente y con la subsistencia de la sociedad escindida. Igual sucede con la cesión global de activo y pasivo.

Pese a ello, y en tercer término, precisamos nuestro objeto de estudio al centrar especialmente la atención en la incorporación de esas operaciones como formas de solución del proceso concursal. No procederemos a profundizar en su aplicación como alternativa al mismo con las salvedades que puntualmente señalaremos. La utilización de las operaciones de modificación estructural como alternativa al proceso concursal se reserva para una futura investigación.

Por último, este análisis se ajustará a la aplicación de estas operaciones de modificación estructural en la fase común del proceso concursal, así como en el contexto del convenio o de la liquidación concursales. Dentro de la fase común, no nos circunscribiremos únicamente a aquellas operaciones de modificación estructural que puedan encontrar su momento inicial una vez instaurado y declarado abierto el proceso concursal, es decir situación, que según analizaremos es delicada en cuanto a su admisibilidad legal. También hemos considerado oportuno analizar aquellos supuestos donde, previamente, se ha acudido a los procesos de fusión, escisión, o cesión global como alternativas a la situación de insolvencia, pero que ante las circunstancias económicas empresariales no han resultado eficaces para frenar la situación de crisis económica imperante.

Por ello, dentro del proceso concursal las operaciones de modificación estructural generan múltiples posibilidades prácticas, para cuyo análisis debe tomarse en consideración el momento procesal en el cual se implementen, así como el hecho de que en ella participe una sociedad en crisis como transmitente del bloque patrimonial o como adquirente de éste. De tal suerte, atendiendo al momento procesal, podremos encontrarnos ante sociedades que han iniciado una modificación estructural como una alternativa ante una situación económica difícil y, posteriormente por la razón que fuere, se ven enfrentadas a un proceso concursal, sea que la operación de fusión, escisión o cesión global haya finalizado o no. Asimismo podremos encontrarnos con supuestos en los que la modificación estructural forma parte de un convenio concursal o de la etapa de liquidación. Cada uno de estos supuestos conlleva una ardua labor de conjunción de las normas y principios del proceso concursal con aquellas propias de las operaciones de modificación estructural, así como su interpretación conjunta para adecuar dos procedimientos específicos y regulados independientemente, principalmente por cuanto las operaciones de modificación estructural deberán ser concordantes con el interés del concurso²³².

Las posibles hipótesis no terminan en los casos anteriormente señalados, pues el panorama varía de acuerdo con la posición que ostente la sociedad insolvente en la modificación estructural a realizar, esto es, si ésta es la que transmite los activos

²³² Vid PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., págs. 2071 a 2072.

y pasivos, o, por el contrario, es la que los obtiene. En el primer supuesto, es decir la sociedad transmitente, estaremos ante la hipótesis de que la sociedad en crisis transmite total o parcialmente su activo y su pasivo a otra u otras sociedades solventes, aunque por medio de esta operación se produzca su extinción. En el segundo caso, la sociedad adquirente, se produciría a la adquisición de una empresa por parte de una sociedad insolvente con el fin de obtener un alivio en su situación económica, que, en el mejor de los supuestos, le permitiera salir de su situación de insolvencia. En consecuencia, dentro del proceso concursal podremos encontrarnos la hipótesis de una sociedad concursada que transmite en bloque e íntegramente su patrimonio por sucesión universal, por operar una fusión, una escisión total o una cesión global. Podremos además reconocer el caso de la sociedad insolvente que transmite una parte de su patrimonio por medio de la sucesión universal, al formar parte de operaciones de escisión parcial o de segregación. O bien, que la sociedad insolvente adquiera un patrimonio en bloque por ser la sociedad absorbente en una fusión y la sociedad adquirente en la escisión o en la cesión global de activo y pasivo²³³.

Abordaremos entonces todos los supuestos que dentro de estas grandes precisiones puedan generarse, por lo cual debemos hacer una profunda interpretación de las normas reguladoras de ambas materias. El compatibilizar las normas propias

²³³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p.

de las modificaciones estructurales y las del proceso concursal es una tarea pendiente por parte del legislador español.

Podemos partir de un primer hecho constatable: no existen normas expresas y claras que determinen de manera fehaciente si estas operaciones pueden aplicarse dentro del proceso concursal y cómo debe hacerse. La legislación española no ha desarrollado adecuadamente el argumento de si una o varias sociedades concursadas pueden participar en una operación de modificación estructural y concretamente para aquellas traslativas por sucesión universal²³⁴. Específicamente dentro del ordenamiento jurídico nacional únicamente encontramos tres referencias relacionadas con las modificaciones estructurales y al proceso concursal, pero todas ellas son de carácter secundario. En el artículo 100.3 LC se menciona que la propuesta del convenio concursal puede contener una fusión, una escisión o la cesión global de activo y pasivo de la sociedad concursada; el artículo 93.2 LMESM prohíbe la realización del traslado de domicilio al extranjero a una sociedad en concurso²³⁵; y

²³⁴ Dicho tratamiento empieza por el silencio de la Ley 19/ 1989, de 25 de julio, y del TRLSA, éste último que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que si se permitía a una sociedad envuelta en un proceso concursal participar en una fusión o escisión. Posteriormente se pasa a una escueta regulación por parte del artículo 94.3 de LSRL, que requería de la autorización judicial para que pudiera participar en una fusión o escisión aquella sociedad que estuviera en liquidación por la declaración de quiebra, situación que luego fue extendida a cualquier sociedad mercantil por las previsiones del artículo 227.3 del RRM. Por último, la actual LC lo reconoce como contenido facultativo de convenio concursal (CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., pág. 720).

²³⁵ Vid BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p., quien entiende que esta falta de regulación expresa en la legislación española “... pone de manifiesto que el legislador consideró –probablemente de forma errónea- que no había nada que decir sobre el particular y que, por tanto, la relación entre las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores habría de ser de lo más “natural”: a pesar de su carácter preferentemente

el artículo 227.3 RRM²³⁶, impone la necesidad de hacer costar en la escritura pública de fusión, la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión en aquellos casos en los cuales alguna de las sociedades que se fusionan se encontrara en “quiebra”, es decir, concurso²³⁷.

Pero tampoco existen normas que prohíban su conjunción. A pesar de lo dispuesto por la Tercera y Sexta Directiva²³⁸, el Derecho español no excluye del proceso concursal a las operaciones de modificación estructural, como sí hacen otros

alternativo, la sociedad declarada en concurso de acreedores debería poder participar –o continuar participando– en una operación de modificación estructural.”

²³⁶ Tradicionalmente la posibilidad de que sociedades que se encuentren en liquidación concursal pudieran acogerse a operaciones de modificación estructural se encontraba amparada en los artículos 94.3 LSRL y 227.3 RRM. En tales artículos se exigía, como requisito para poner en práctica estas operaciones, el contar previamente con la autorización judicial con miras a garantizar con mayor amplitud a los acreedores de la sociedad concursada. Actualmente se ha derogado el artículo 94.3 LSRL por la LMESM y subsiste la norma del RRM, situación que se ha interpretado como error en la técnica legislativa. Al efecto, ver VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ob. cit. pág. 166 y PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág.734.

²³⁷ Sobre la obligatoriedad de cumplir con este requisito, se ha determinado que el mismo obedece a una norma tuitiva para los intereses de los acreedores, pero que se encuentra implícito en la aprobación judicial del convenio. La subsistencia de su exigencia por medio del artículo 227.3 RRM, la cual debe entenderse derogada tácitamente al no tener vigencia su base legal en el artículo 94.3 LSRL, introduce de manera inadecuada un régimen duplicado y sin sentido alguno basado en diferencias del tipo social. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 749.

²³⁸ Concretamente los artículos 1.3 de la Tercera Directiva del Consejo, 9 de octubre de 1978 (78/855/CEE) sobre fusión de sociedades anónimas, al que remite el artículo 1.4 de la Sexta Directiva del Consejo, de 17 diciembre de 1982 (82/891/CEE) relativa a la escisión de sociedades anónimas, las cuales autorizan a los legisladores nacionales para que excluyan los supuestos de fusión o de escisión en que las sociedades absorbidas o las sociedades que se fusionan estén en situación de quiebra, de concurso o cualquier otro procedimiento similar.

ordenamientos jurídicos europeos²³⁹. Es más, la falta de regulación expresa que en la misma legislación española impera se ha interpretado como un silencio positivo en torno a este tema²⁴⁰.

Una dificultad añadida a esta tarea es que la interrelación entre ambas ramas es imprecisa y, hasta hace poco, carente de amplio tratamiento jurídico²⁴¹. Justamente, en el desarrollo de los últimos años, la doctrina más especializada ha aumentado paulatinamente su interés sobre estos temas²⁴². De su posible adaptación

²³⁹ Por ejemplo, algunos ordenamientos han prohibido a una sociedad concursada participar en un proceso de fusión o escisión, como es el caso de Portugal (art. 97.3 CSC), Luxemburgo (artículos 257 y 285 LSC), Gran Bretaña (sección 902 (3) *Companies Act* de 2006), Holanda (art. 2:310.6 BW). Por su parte permiten expresamente tal participación de sociedades mercantiles en estas operaciones estructurales Bélgica (arts. 174/1§ 2, 174/17§ 2, 174/26 §2 LSC) – pero únicamente como sociedades absorbidas- o el italiano (por reforma a los artículos 2.501. II y 2506. IV *Codice civile*) que permite la aplicación de las modificaciones estructurales traslativas pero en cambio, limita la transformación. Véase CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., págs. 718 a 719 y PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., pág. 2073.

²⁴⁰ Valiosas son las aportaciones de BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO: “La fusión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A. (Coord.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 631 a 661; PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, ob. cit. s. p.; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, ob. cit., pág. 159 y VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho Concursal*, ob. cit. pág. 166 y PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág.734.

²⁴¹ Según BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p., para poder determinar la correlación entre el concurso de acreedores de una sociedad insolvente y una modificación estructural en la que pueda participar esta entidad debe tomarse en consideración la función que cumplen cada una de estas instituciones ya que son instituciones autónomas, compatibles en algunos aspectos pero que pueden interferir una con la otra en otros, tanto por la adquisición y la transmisión de activos y pasivos se sujetan a reglas concursales como por constituir, modificar o extinguir una sociedad concursada.

²⁴² BEIGVEDER MONTERO, A.; “Fusión apalancada, rescisión concursal y proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *RDCD*, núm. 10, 2009, págs. 361 a 367; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p.; CARRASCO PERERA, A. y MORATIEL PELLITERO, E., “Dos paradojas del convenio

surgen muchos puntos conflictivos, como la supervisión judicial de la modificación estructural, la desactivación parcial del derecho de oposición de los acreedores y la disminución de su pasivo por medio de las quitas y esperas pactadas. Sin embargo, la

concurzal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 614, 4 de marzo de 2004, págs. 1 y ss.; CERDÁ ALBERO, F.; “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, julio – agosto, 1998, págs. 9331 a 9354 y en “*Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal*”, en OLIVENCIA RUIZ, M., *.El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010., págs. 713 a 730; CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Centro de Estudios, España, 2004; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AA. VV. *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 4805 a 4827; FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, documento electrónico en http://www.elderecho.com/mercantil/Ley-Modificaciones-Estructurales-Sociedades-Mercantiles_11_184555009.html {revisado el 06 de agosto de 2012}, s. p., y “El convenio y la liquidación del concurso”, en *Estudios jurídicos*, núm. 2004, año 2004; GARNACHO CABANILLAS, L., “Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal”, en ARIAS VERONA, F. (Dir.), *Conservación de empresas en crisis*, La Ley: Grupo Wolters Kluwer, España, 2013; GARRIDO DE PALMA, V. M. (Coord.), *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., *Cesión Global de activo y pasivo y concurso de acreedores*, documento electrónico en http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012} y del mismo autor “Cesión Global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, núm. 14, 2011 págs. 151 a 170; LARGO GIL R., “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, 2007, págs. 2135 a 2154; la misma autora en “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 87 a 116 y “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada: (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley concursal)”, en *RDCP*, núm. 9, 2008, págs. 87 a 116; MUÑOZ CADENAS, M., “Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles”, en *La Ley*, número 6070, pág. 5; MUÑOZ PEREZ, A. F., “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *RDCP*, núm. 5, págs. 327 a 367; PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. págs. 729 a 771; la misma autora en “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 7265, Sección Doctrina, 20 Oct. 2009, Año XXX, págs. 1 a 6; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso: (oportunidad y acierto del art. 35 LME)”, en *RDCP*, núm. 14, 2011 págs. 109 a 133, y ALONSO LEDESMA, C., “La Transmisión de la Empresa o de Unidades Productivas del Empresario Insolvente como Contenido del Convenio Concursal”, documento electrónico en http://eprints.ucm.es/12928/1/Carmen_Alonso_Harvard.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012}.

práctica demuestra que, hasta el momento, ha sido escasa la utilización práctica de estos mecanismos de modificación estructural dentro del proceso concursal, principalmente las figuras de la fusión y la escisión. No sucede ello en el mismo grado con respecto a la cesión global de activo y pasivo²⁴³, a la que se acude con mayor frecuencia. Asimismo es revelador que estas figuras son más utilizadas en fases preconcursales²⁴⁴ y por grupos de empresas donde la sociedad dominante pretende solventar una situación de crisis económica de la sociedad dominada. De esta forma, la utilización de estas figuras según las estadísticas de aplicación en los procesos concursales de los últimos meses, supone que durante el primer trimestre de 2013 el número de deudores concursados alcanzó la cifra de 2.854, es decir un 22,8% más con respecto al mismo período del año anterior. Y de éstos, 2.661 corresponderían a empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas); y un 77,3% de ellos a Sociedades de Responsabilidad Limitada. El 26,2% de las empresas concursadas se encuentran en el intervalo inferior de volumen de

²⁴³ Se ha señalado que la razón de ello está en la inercia de los operadores en el tráfico a ajustarse a las tradicionales soluciones de la crisis empresarial así como por la falta de creatividad en este ámbito. Por otro lado, señalan también la aparente dificultad de conciliar el procedimiento concursal con los fundamentos jurídicos de las modificaciones estructurales, lo cual suscita dudas en cuanto a la licitud y validez de su aplicación en la sede concursal y en la posición que la modificación estructural podrá ocupar la sociedad en concurso (PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág. 748).

²⁴⁴ Aunque es reveladora la opinión de PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones estructurales”, ob. cit., pág. 2075, por cuanto puntualiza que la utilización de las operaciones de modificación estructural como formas preventivas o como alterativas del concurso, no se encuentran reconocidas por la LC, y resulta más sorprendente que las reformas introducidas a la materia por la Ley 38/2011, en torno a los denominados institutos preconcursales, se hayan limitado acuerdos de refinanciación. Propone abordar el tratamiento de las modificaciones estructurales como institutos preconcursales o alternativos al concurso con la exoneración del deber de solicitud de concurso a las sociedades que se encuentren inmersas en un proceso de fusión u otro de modificación estructural equivalente que pudiera conducir a la superación de la insolvencia sin la declaración de concurso.

negocio (hasta 250.000 euros) y son, principalmente, las Comunidades Autónomas de Cataluña, Illes Balears, Comunidad de Madrid y Comunitat Valenciana las que concentran el 57,8% del total de deudores concursados en el primer trimestre de 2013. Sin embargo, solo 33 casos propusieron anticipadamente un convenio concursal, donde la mayor parte son proposiciones de espera o quita y espera; solo en un caso se propuso un contenido diferente a éstos²⁴⁵. Carecemos de datos concretos sobre la utilización de las modificaciones estructurales como parte de los procedimientos concursales. Sin embargo, lo que sí evidencian estos datos es la necesidad de modificar los presupuestos objetivos del proceso con el fin de facilitar a las empresas acudir al proceso concursal en momentos tempranos de su crisis económica y no cuando no existe ya posibilidad alguna de recuperación.

Todos estos supuestos obligan a analizar varias instituciones clave en las que confluyen el Derecho de sociedades y las acciones de impugnación, el convenio y la liquidación concursal. Y de éstas se deducen varios problemas tan relevantes como complejos: 1) La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias operadas con anterioridad a la declaración del concurso; 2) La viabilidad legal de que una o varias sociedades concursadas intervengan en una operación de modificación estructural, lo que lleva además a determinar las condiciones e implicaciones que esta reestructuración conlleva dentro del proceso concursal, la exigencia o no de

²⁴⁵ *Estadística del Procedimiento Concursal. 1º trimestre 2013. Datos provisionales*, documento electrónico disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0012.pdf> [revisado el 10 de mayo de 2013], s. p. y <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0113.pdf>, [revisado el 10 de mayo de 2013] págs. 1 a 3 y 6.

autorización judicial, el tipo de canje de las acciones, sus efectos en cuanto a la terminación del proceso concursal, el procedimiento a seguir, así como la relaciones entre los órganos concursales y societarios y la tutela de socios y acreedores²⁴⁶; 3) Las consecuencias para la sociedad concursada que lleve a cabo una reestructuración societaria, durante la vigencia del convenio judicialmente aprobado, y sobre todo si después se incumple ese convenio; y 4) La aplicación de una operación de este tipo en la fase de liquidación.

Por ahora, salvo algunas excepciones encontradas²⁴⁷, estos temas no han sido individualmente tomados en consideración. Analicemos con mayor profundidad

²⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit., págs. 735 a 736; concluye que *“en ambos casos, la incidencia que ello tendría en orden a la conclusión del concurso, volviendo a plantearse de nuevo en este ámbito el marco de relaciones entre los órganos concursales y societarios en orden a concretar el órgano competente para realizar los actos preparativos de la transformación, fusión, escisión, segregación o cesión global de activo y pasivo, así como para adoptar la decisión de solventar la crisis económica por vía de modificación estructural, planteándose el iter cronológico en el que debería operar la intervención de socios, acreedores y el juez del concurso, suscitándose como una cuestión con relevante trascendencia práctica la articulación en el marco del concurso de acreedores del derecho de oposición que asiste a los acreedores, no tanto en supuestos de transformación en los que, como se sabe, no asiste a los acreedores este derecho, cuanto en supuestos de fusión, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo, derecho éste que en el marco societario se encuadra en el ámbito de una tutela preventiva del crédito.”*

²⁴⁷ CERDÁ ALBERO, F.; “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, julio – agosto, 1998, págs. 9331 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 4805 y ss.; LARGO GIL, R., “La fusión y escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, ob. cit., págs. 2135 a 2153 y misma autora en “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 87 a 116. GARNACHO CABANILLAS, L., “Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal”, ob. cit., págs. 261 y ss.; MUÑOZ PEREZ, A. F., “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *RDCP*, núm. 5, págs. 327 a 367, y SÁNCHEZ CALERO, J., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (Oportunidad y acierto de art. 35 LME)”, en *RDCP*, núm. 14, 2011, págs. 109 a 133.

en las siguientes secciones cada uno de estos planteamientos, realizando previamente algunas consideraciones oportunas sobre las finalidades del proceso concursal y la viabilidad de la empresa. La finalidad del proceso concursal constituyen un presupuesto para la armonización de las modificaciones estructurales con el proceso concursal; el concepto de viabilidad de la empresa implica que sería posible admitir la operación de modificación estructural si la empresa no tiene posibilidades de salir de su situación de insolvencia.

No procederemos a desglosar el encaje individual de cada operación de modificación estructural, tarea a la que nos dedicamos el capítulo anterior por razones de orden y comprensión. Tal individualización del tratamiento en este punto no es necesaria por cuanto todas estas operaciones traslativas se articulan sobre un procedimiento arquetípico como lo es el de la fusión. Cuando las salvedades y particularidades de cada operación así lo requieran, se procederá a exponerlas singularmente.

A. Los objetivos del procedimiento concursal

Una vez admitida la posibilidad de que una modificación estructural pueda darse en el seno del proceso concursal, la adecuación del Derecho societario al Derecho concursal genera algunas inquietudes. Concretamente, resulta imperioso armonizar el despliegue de los efectos típicos de las modificaciones estructurales (en particular de la sucesión universal) y el cumplimiento de la finalidad del proceso

concurzal. A la finalidad y la función de las modificaciones estructurales hemos dedicado algunas reflexiones en páginas atrás. Sin embargo, en lo que respecta al concurso de acreedores, quedan por responder dos cuestiones iniciales, que se refieren a cuál será su finalidad y si ésta es singular o se perfilan, por el contrario en la legislación, varias finalidades posibles del concurso de acreedores.

Constituye un tema de discusión permanente el determinar cuáles son los propósitos del proceso concursal, pero a *grosso modo* podemos resumir la cuestión en dos líneas de pensamiento claras: aquella que aboga por considerar que el fin preferente es la tutela del derecho de crédito y de otro lado, aquella que considera que su labor primordial es la conservación de la actividad empresarial²⁴⁸, fines que no se han mantenido inalterables en el desarrollo del tiempo²⁴⁹ y en todos los cuerpos jurídicos que han regulado esta materia.

La Ley Concursal española guarda silencio en su articulado sobre cuál es la finalidad del concurso, y no la recoge expresamente en sus disposiciones. En la

²⁴⁸ Sobre los fines del sistema concursal puede consultarse BISBAL MÉNDEZ, La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas), Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, pág. 38 y ss.; BISBAL MÉNDEZ: “Los fines del sistema concursal”, en *RJC*, 1984, págs. 559 a 602 y MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*, Madrid, Iustel, 2004, págs. 405 y ss.

²⁴⁹ MORILLAS JARILLO, M. J., *El concurso de las sociedades*. Madrid, Iustel, 2004, pág. 405, señala que el artículo 1 del Anteproyecto de la Ley Concursal Española de 1959 proclamaba que el fin del procedimiento concursal sería el dar satisfacción a los acreedores en aquellos casos en que el deudor común se encontrare en situaciones de insolvencia. Por su parte el Anteproyecto de la Ley Concursal de 1983 señala que el fin básico del concurso, no es la liquidación, sino la conservación del patrimonio del deudor común, con las modificaciones estructurales y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su continuidad. Por su parte la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 recupera como finalidad del procedimiento concursal, la satisfacción ordenada de los créditos.

Exposición de Motivos se encuentran escasas referencias sobre esta cuestión, si bien se concreta como finalidad del concurso la satisfacción de los acreedores²⁵⁰ realizada por medio del reforzamiento de los institutos clásicos del Derecho concursal: el convenio de la mayoría y la liquidación forzosa.

La Exposición de Motivos hace dos matizaciones relevantes más. En primer lugar, a pesar de que en el articulado de la Ley Concursal la finalidad del proceso concursal será la satisfacción de los acreedores, añade igualmente que *“la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresaria del concursado puede cumplirse a través de un convenio, cuya propuesta se acompañará de un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros interesados”*²⁵¹. El objeto habitual del sistema concursal es, por ello, la liquidación del capital del sujeto concursado con miras su distribución para la reparación de los créditos de los acreedores, mas, en concordancia con lo anotado, este propósito no impide que se adopten otras salidas

²⁵⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., “La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Coords.), *Los acreedores concursales*, II Congreso Español de Derecho de la insolvencia, Navarra, Cizur Menor: Civitas, 2010, págs. 31 a 47.

²⁵¹ Todo ello puede confirmarse además a través de las diferentes normas de la Ley Concursal sobre la continuación de la actividad empresarial (artículo 44 LC) o la conservación de la empresa (artículos 56, 148 y 149 LC).

aptas y beneficiosas para los todos los intereses involucrados²⁵². Dicho lo anterior, de esta referencia se deduce que la actual Ley Concursal mantiene el esquema clásico y tradicional de los fines del procedimiento concursal, caracterizado por ser un sistema mixto que incorpora dentro del convenio algunos recursos de conservación (como el plan de viabilidad), así como otras normas dirigidas a la continuación de la empresa.

Por otro lado, la Exposición de Motivos reconoce que el saneamiento de la empresa que se encuentra en dificultades económicas - pero que es viable²⁵³- no constituye una finalidad del actual proceso²⁵⁴. De tal manera se *“reinterpreta el procedimiento concursal y sus distintas soluciones a la luz del principio de conservación de la empresa, que debe diferenciarse claramente de su*

²⁵² Así, al analizarse el convenio concursal podremos ver que su finalidad será anticiparse a la terminación del procedimiento concursal, evitando la liquidación patrimonial mediante la ordenación del patrimonio del concursado para su debido reparto y en la mayoría de las ocasiones favorecido a la continuidad de la actividad empresarial.

²⁵³ Manifiesta de esta forma MORILLAS JARILLO, M. J., “La reforma del Derecho Concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002”, en *Derecho de Negocios*, núm. 149, 2003, pág. 6, *“que se ha impuesto la tesis clásica y liberal a ultranza, arrinconado otras soluciones o finalidades posibles más acordes con posturas neocapitalistas o con su propia definición de Estado Social”*.

²⁵⁴ OLIVENCIA RUIZ, M., “El derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, en AA. VV., *Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pág. 325 y 332, para quien se está ante una situación de crisis, que conlleva nuevos hechos y nuevas ideas que arrinconan un Derecho Viejo y exigen el alumbramiento de nuevas normas, nuevas soluciones con una concepción valorativa de los intereses en juego, y que relega la liquidación en último lugar. Lo importante para el interés público y para el de los acreedores no es liquidar el patrimonio, sino sanearlo, sobre todo cuando con él hay que conservar unidades productivas, cuyo desmembramiento lesiona intereses del Estado, de los trabajadores, de terceros, del propio titular y hasta de los acreedores.

reestructuración, no siendo esta última finalidad de la nueva normativa”²⁵⁵. Se parte así de la diferencia entre el saneamiento de la empresa por medio de su reorganización y la conservación de la misma por medio de la continuación de la actividad²⁵⁶.

Las salidas posibles a una situación concursal serán entonces dos: el convenio o la liquidación²⁵⁷. El convenio concursal buscará anticiparse a la terminación del procedimiento concursal, evitando la liquidación patrimonial mediante la ordenación del patrimonio del concursado para su debido reparto y en la mayoría de las ocasiones favoreciendo la continuidad de la actividad empresarial. La doctrina y la LC han determinado que el convenio debe ser la solución preferente del

²⁵⁵ ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Civitas, 2006, pág. 117.

²⁵⁶ En tal sentido, con la declaración del concurso no se produce la interrupción del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que realizaba el deudor. Inclusive, el deudor, hasta la aceptación del cargo por los administradores concursales, puede seguir con la realización de los actos propios del tráfico de la empresa. En el caso de que se hubiera acordado la intervención, la administración concursal puede determinar los actos u operaciones propios del giro de la empresa que pueda realizar el deudor, por razón de su naturaleza o cuantía, por medio de una autorización general. Y en caso de suspensión de tales facultades, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para que la actividad profesional o empresarial continúe de manera habitual. Igualmente, al aprobarse el plan de liquidación, deberá contemplarse si es factible la venta de la masa activa como un todo y a falta de plan, las reglas supletorias de la liquidación también prevén la enajenación de los bienes como un todo y excepcionalmente las enajenaciones de unidades productivas de bienes o servicios del deudor.

²⁵⁷ “*En resumen, el convenio es la solución normal del concurso que resulta fomentado por la Ley con una serie de medidas que pretenden conseguir la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que prima la autonomía de la voluntad.*” (LABORDA VALLE, E., “La nueva realidad concursal. Elementos de solución en la crisis empresarial: El convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2005, pág. 395).

concurso²⁵⁸ frente a la liquidación. Elegir la primera puede no obstante suponer finalmente terminar en la segunda. Pero la elección entre una y otra no puede ser caprichosa, esta decisión ha de ser tomada de manera reflexiva, teniendo en cuenta que imperan los criterios de índole económico, y concretamente la comparación del valor de la empresa en funcionamiento con su valor en liquidación²⁵⁹. El principio de conservación tiende a satisfacer con prioridad esos intereses²⁶⁰.

B. La viabilidad de la empresa

Toda actividad empresarial comporta un riesgo de gestión, en tanto la actividad desplegada sea capaz de producir réditos y de permitir que se cumpla con las obligaciones contractuales. Del ejercicio de la actividad empresarial puede resultar el éxito financiero y comercial, así como el más rotundo fracaso. Este resultado

²⁵⁸ Vid Apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal de 2003 que declara: “El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”. Además GONZÁLEZ GONZALO, A., “Artículo 98 y Artículo 99”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 1127 y 1128.

²⁵⁹ ESPINA MONTERO, A., *Crisis de empresas y sistema concursal*, Consejo Económico Social, Madrid, 1999, pág. 47; BISBAL MÉNDEZ: *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, págs. 78 y 80; indica que la empresa debe ser reorganizada si existen dos presupuestos: la posibilidad de formular un plan que respete algunos aspectos distributivos mínimos y que el valor para la empresa en funcionamiento sea superior al valor que se obtiene de la liquidación.

²⁶⁰ En cuanto a la importancia del principio de conservación en la moderna legislación concursal, puede consultarse LEYVA SAAVEDRA, J., “Crisis de empresas y soluciones concursales”, documento electrónico en: <http://comunidad.derecho.org/dermercantil/derechoconcursal.html>. [Revisado el 28 de mayo de 2013], s. p.

depende de la capacidad de organización económica de los factores de producción disponibles que tenga el empresario. Si la actividad económica no va bien, la empresa entra en período de crisis, si bien, dependiendo de su magnitud y profundidad, podrá éste ser de carácter temporal o definitivo. Existe una conexión innegable entre el momento en que se delimita legalmente la apertura de un procedimiento concursal (es decir, la determinación del presupuesto objetivo del concurso) y las posibilidades de reestructurar o reflotar una empresa en crisis que es económicamente viable²⁶¹.

Para que sea posible una modificación estructural, principalmente para el caso de la fusión y de la escisión, tal eventualidad debe reflejarse claramente en el tipo de canje de las acciones²⁶². Según el artículo 25.1 LMESM, el tipo de canje se establece sobre la base del valor real del patrimonio social, por lo que éste no puede ser de carácter negativo. Este hecho no puede ser contrastado medianamente con el concepto tradicional de insolvencia, ya que este último se caracteriza por ser un desajuste patrimonial y contable. Si una empresa se encuentra en tal desajuste, lo primero que podrá suponerse es que el valor real de su patrimonio social no es positivo y con ello, que no es posible la aplicación de las modificaciones estructurales en sede concursal. Sin embargo, si desgranamos el concepto de crisis, alejándonos un

²⁶¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit., pág. 715 y CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., pág. 721.

²⁶² El problema del tipo de canje no será de aplicación para aquellos supuestos donde, por definición no existe tal relación; tal sería el caso de la absorción de la sociedad íntegramente participada (artículo 49.1.1º LMESM).

poco del concepto tradicional de insolvencia, se verá que la conclusión anterior no es de todo cierta.

El concepto de crisis empresarial es, por lo tanto, como puede apreciarse, bastante amplio. Comprende aquellas situaciones anómalas, de carácter negativo, definidas y delimitadas en el tiempo. Estas circunstancias auguran la necesidad de un cambio en la organización empresarial, con una clara presión temporal a la hora de tomar soluciones y medidas correctoras. Su objetivo es paliar los peligros del incumplimiento de las metas que persigue el sistema, y cuyo desenlace repercutirá en el futuro de los participantes y de la propia organización²⁶³. De ello se deduce que se convierte el concepto de crisis en una noción de naturaleza no estática²⁶⁴, ante la cual las empresas se ven apremiadas a liquidar, sea porque el valor de los activos no es mayor que el importe de sus deudas; o bien porque opten por continuar con su actividad comercial, siempre y cuando su situación pueda ser considerada viable²⁶⁵.

²⁶³ ROSETA RODRÍGUEZ, A., *Crisis empresarial: Análisis económico, jurídico y financiero y de auditoría. Derecho concursal y viabilidad económica. Estudio empírico*, Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Cataluña, 2000, pág. 78.

²⁶⁴ Según MARTIN MARÍN, J. L., *El pronóstico del fracaso empresarial*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie: Ciencias Económicas y Empresariales, número 23, pág. 186, la acepción crisis tiene un contenido dinámico, en el tanto implica un estado dentro de un desarrollo de hechos, económicos, fisiológicos o de cualquier otra índole.

²⁶⁵ GABAS TRIGO, F., *Predicción de la insolvencia empresarial*, en AECA: *Predicción de la insolvencia empresarial*. AECA, Madrid, s. f, pág. 11 a 31, señala que, en el campo financiero, el concepto de *crisis empresarial* tiene relación con los conceptos de *solventia/insolventia*, por cuanto aquél se refiere normalmente a dos factores conexos pero puntualmente disímiles. El primero de ellos será la disponibilidad de fondos para hacer frente a las obligaciones derivadas de la gestión económica en una empresa; el segundo, a la capacidad para obtener beneficios y generar ganancias. Un primer período de insolvencia puede ser superado mediante aplazamientos o medidas de reestructuración

Estas situaciones anómalas pueden proceder del ejercicio de la actividad empresarial; si bien se ha señalado que algunas causas no dependen enteramente del empresario²⁶⁶. En realidad las causas de la crisis pueden ser internas o externas a la empresa, contemporáneas o preexistentes; por ello no siempre la actitud asumida por el empresario será la condición determinante de las dificultades financieras que se le presentan. Las crisis empresariales no surgen necesariamente de las decisiones organizativas y administrativas; puede que se presenten cuando la empresa pase de un período de éxito económico a uno más competitivo. Determinar las causas²⁶⁷ de las crisis empresariales es un requisito fundamental para poder apreciar las oportunidades

empresarial. Sin embargo, si la crisis es definitiva termina en la venta o en el cierre definitivo de la empresa.

²⁶⁶ Opuesto a ello, IBAÑEZ JIMENEZ considera que en el término crisis únicamente pueden considerarse aquellas situaciones que afectan a la totalidad de la empresa y que ponen en peligro la continuidad del ejercicio de la actividad o su existencia, pero por causas ajenas a la voluntad del empresario. De esta manera, dicho autor deja por fuera las crisis que afectan únicamente a un sector determinado de la realidad empresarial – como lo son las crisis laborales puras, las crisis ejecutivas y de alta dirección, la crisis de los procesos productivos e industriales, las crisis financieras en sentido estricto, las crisis de mercado o ventas, las crisis publicitarias o de imagen), y a aquellas que consisten en una mera debilidad transitoria o coyuntural del patrimonio (IBAÑEZ JIMENEZ, J., *Crisis de la empresa: Insolvencia, suspensión, quiebra y otras soluciones empresariales*, Dykinson S. L., Madrid, 1995, pág. 11).

²⁶⁷ LIZARRAGA DALLO, F., *Modelos multivariantes de previsión del fracaso empresarial: una aplicación a la realidad de la información contable española*, Tesis doctoral Universidad Pública de Navarra. Departamento de Gestión de Empresas, 1996, pág. 110, señala que la clasificación de las causas de la crisis empresarial se dividen en dos grandes grupos que a su vez se subdividen en diferentes apartados. De esta manera existen causas internas se concretan en defectos de la dirección y tienen su punto de referencia inicial en una mala gestión, íntimamente relacionada con la existencia de sistemas ineficientes de información. Este factor es uno de los desencadenantes de la actitud ignorante que lleva a muchos empresarios a inmiscuirse en aventuras arriesgadas y a infravalorar los riesgos normales del mundo de los negocios, así como a una clara incapacidad para adaptarse a las variaciones producidas en un entorno cambiante. Dentro de estas causas internas pueden enumerarse las siguientes: sistemas de información deficiente, incapacidad de responder a cambios del entorno, abuso endeudamiento, mala financiación y uso exagerado del crédito a corto plazo. Por otro lado, las causas externas serán los riesgos normales del mundo empresarial, crisis económica generalizada, cambios políticos y sociales, dependencia excesiva, caída en cadena, mala legislación concursal, actitud de los agentes económicos relacionados con la empresa. Por su parte ROSETA RODRÍGUEZ A., *Crisis*

para dominar la situación y concentrar los esfuerzos en tomar las decisiones más ventajosas para la empresa. Si el problema estuviera únicamente en una administración inservible, la sustitución de ésta debe acarrear el vencimiento de las dificultades. Si el origen de los problemas fuera una falta del mercado que afectase a todo un sector o actividad, las posibilidades de remontar la crisis seguramente serían casi inexistentes. En cambio, si la causa principal es de carácter coyuntural o cíclico, la propia evolución desde una fase de recesión a otra de expansión arrastrará a la empresa en dificultades y posiblemente le llevará a superar su crítica situación.

empresarial: Análisis económico, jurídico y financiero y de auditoría. Derecho Concursal y viabilidad económica. Estudio Empírico. Tesis doctoral Universidad Politécnica de Cataluña, 2000, págs. 109 a 110, afirma que, aparte de estas dos categorías, existen las causas especiales que generan una crisis empresarial: la alta tasa de mortalidad de las empresas de nueva creación y el arrastre de una empresa del grupo (la mortalidad de una empresa que es filial de un grupo empresarial, como consecuencia de sus relaciones con el grupo de empresas, es un efecto colateral que no depende de la propia empresa).

El jurista parte pues del concepto de crisis empresarial, propio de la literatura económica, para brindar soluciones legales conformes a la realidad social. Pero ésta noción es de difícil entendimiento por la variedad de situaciones por las que puede transitar una empresa insolvente. Así la falta de una teoría general sobre el fracaso empresarial conduce a que exista un cierto desacuerdo para establecer un concepto unívoco del mismo, pudiendo identificarse con este término desde una falta de rentabilidad en un breve período de tiempo, hasta una situación de derrumbe económico. El fracaso empresarial sería la última etapa de un proceso de acrecimiento de la insolvencia que culmina en la crisis empresarial, por ello debe examinar la importancia de la dimensión de dicha crisis²⁶⁸.

Una empresa con meras dificultades económicas no se convierte de repente en una empresa en crisis. Esta suele ser una transformación lenta que se desarrolla en una serie de fases²⁶⁹ y ante las cuales el empresario debe estar vigilante²⁷⁰. Todas

²⁶⁸ Para poder concretar si se trata de situaciones críticas transitorias o definitivas cabe examinar dos posiciones. La primera apunta al aspecto subjetivo de la crisis, en tanto la misma sea interna o externa; y, el otro, al aspecto objetivo del término que equivale a la inestabilidad económica permanente. Desde un punto de vista subjetivo, tomando como base la vertiente interna, la crisis empresarial será percibida desde la óptica del empresario - sea este propietario o accionista, organizador de la actividad o administrador - y de los trabajadores. De ahí que la iliquidez, como una forma prolongada de dificultades económicas, puede ser tomada como crisis. Pero desde este mismo punto de vista, pero bajo la óptica externa, se encuentran los clientes y deudores de la empresa, proveedores, suministradores y otros acreedores, incluida la Hacienda pública. Y para ellos, la incapacidad de pago o liquidez no equivale necesariamente a la existencia de una crisis empresarial, por cuanto cuentan con mecanismos legales para su cobro individual.

²⁶⁹ La primera etapa del fracaso empresarial se presenta con un desequilibrio localizado que afecta a un órgano de la empresa, donde se percibe que algo está fallando. Si en ese momento existe un diagnóstico acertado del problema, puede corregirse la situación con facilidad sin alterar la organización de la empresa. Pero en muchos casos, estos desequilibrios localizados son bastante difíciles de reconocer y de asumir como propios por lo que puede pasar un tiempo sin que se apliquen

estas etapas que conforman las crisis empresariales se caracterizan por ser graduales y escalonadas y si se diagnostican de manera cabal pueden ser acompañadas de las decisiones pertinentes para frenar su evolución²⁷¹. Por ello, el sector económico y financiero suele diferenciar entre dos conceptos²⁷²: la empresa en crisis (*bankruptcy*),

soluciones reales al problema. De tal manera, una inestabilidad localizada que no se analiza acertadamente puede degenerarse al cabo de un cierto tiempo, y se extenderá progresivamente al resto de la empresa. En ese momento, ante signos fuertes de problemas económicos, lo que impone es introducir cambios importantes para evitar que la situación en la empresa siga decayendo. Si los desequilibrios generalizados no se corrigen a tiempo, sus huellas pasan de tener solo repercusión interna (en el contexto del personal de empresa) a tener repercusión externa dentro entorno financiero de la empresa. En este momento la empresa se encuentra en estado de pre crisis y tiene de frente otra dificultad como lo es la presión de aquellos entes financieros, que monitoreando su desarrollo, han decidido cobrar sus créditos o solicitar nuevas garantías reales. Ante esta situación, es afectada su liquidez y la empresa es presionada por sus acreedores para el pago de sus obligaciones. Y la situación será más tensa si existen cobros judiciales de créditos no pagados con el consecuente embargo de las cuentas corrientes o de clientes. Si esta situación llega a este punto, la empresa tendrá que ponerse al amparo del Derecho Concursal.

²⁷⁰ Para LIZARRAGA DALLO, F., *Modelos multivariantes de previsión del fracaso empresarial: una aplicación a la realidad de la información contable española*, ob. cit., pág. 76, aunque la crisis empresarial se asocia muchas veces con la desaparición, lo cierto es que, antes de llegar a la misma, la empresa vive un lento proceso, atravesando una serie de etapas que engloba en dos grandes acepciones: el fracaso económico y el fracaso financiero. El fracaso económico comienza cuando la rentabilidad de los capitales invertidos en el negocio se sitúan por debajo de su coste de oportunidad, recibiendo sus dueños un rendimiento inferior al de otras oportunidades alternativas de igual riesgo. A medida que dicho fracaso avanza, los ingresos serán menores que los gastos y aparecerán resultados negativos. El deterioro producido durante el fracaso económico acabará manifestándose en una insolvencia técnica, que se corresponderá con la primera etapa del fracaso financiero. En esta situación la empresa carecerá de liquidez para hacer frente a sus pagos en el momento en que estos vencen. El punto límite de este agravamiento se producirá cuando se presenta adicionalmente una situación de neto patrimonial negativo.

²⁷¹ La generalidad de publicaciones sobre crisis empresariales, efectuadas en varios países, han estimado que una empresa está en crisis de acuerdo con criterios legales, según afirmaciones de Laffarga y Mora. Estas autoras han recopilado los modelos de predicción de la quiebra resultando que en más del 90% de los estudios realizados se ha considerado la vertiente legal como calificadora de la situación. LAFFARGA BRIONES, J. y MORA ENGUÍDANOS, A., “Los modelos de predicción de la insolvencia empresarial: un análisis crítico”, en AECA: *El riesgo financiero de la empresa*. AECA, Madrid, 1998, págs. 11 a 58.

²⁷² “Dentro de los deudores en estado de insolvencia, es posible distinguir dos tipos de crisis: (i) la de la empresa inviable, cuando los ingresos resultan insuficientes para siquiera cubrir costos de producción o no financieros, en este caso el “valor del negocio en liquidación” es mayor que el

ya analizada, y la empresa en dificultades financieras (conocida como pre crisis, *financial distress* o *entreprise en difficulté*)²⁷³ y en la cual adquieren gran importancia los criterios de viabilidad.

La crisis empresarial puede manifestarse como una simple falta de liquidez o como insolvencia, y esta idea es importante para la adecuación de las modificaciones estructurales al proceso concursal. En el primer caso, es decir cuando hay ausencia de liquidez, la estructura temporal de los ingresos previstos difiere de la de los pagos comprometidos. En el caso de insolvencia, por el contrario, el activo disponible resulta inferior al pasivo exigible. De no actuarse a tiempo, la empresa puede pasar de una situación de iliquidez a otra de insolvencia, como consecuencia de la acumulación de gastos financieros, tanto más elevados cuanto mayor es el grado de endeudamiento. Además, mientras que los pagos comprometidos son ciertos, los ingresos esperados son inciertos, por lo que toda iliquidez encubre una amenaza de insolvencia. No en vano todo proceso de crisis empresarial es una lucha contra el

“valor del negocio en marcha”; y, (ii) *la de la empresa viable, que sólo enfrenta una crisis financiera; genera ingresos suficientes para cubrir sus costos de producción, pero insuficientes para cubrir la carga financiera. En este último caso convendría mantener el negocio en funcionamiento, pero bajo una estructura de capital fortalecida y con un menor nivel de endeudamiento, pues, el “valor del negocio en marcha” es mayor “Valor del negocio en liquidación.”* Véase RAMOS PADILLA, C.; “Reorganización de sociedades concursadas en la ley general del sistema concursal”, documento electrónico en <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulo.aspx>. {revisado el 06 de agosto de 2012}.

²⁷³ Esta última conlleva un estado en el que la empresa no puede hacer frente al desarrollo normal del negocio, sin que para ello tenga que accionar correctivamente. En ella confluyen varios factores de distinta naturaleza y pueden considerarse un estado anticipado de la crisis definitiva. Este estado se caracteriza por: “ i) *la existencia de factores convergentes de riesgo grave o sustancial (sustantial doubts)*; ii) *para la continuidad empresarial (going concern)*; y iii) *en un horizonte temporal no demasiado alejado*” (FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y Contenido de un Derecho Preconcursoal. Auditoria y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b LSA)*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 34).

tiempo. Cuanto antes se detecte la crisis, mayores probabilidades habrá de reestructurar bien la empresa, si eso es lo más adecuado, y menores serán los riesgos de consumir recursos innecesariamente, si lo aconsejable fuera liquidarla²⁷⁴.

Ciertamente, la LC no recoge el concepto de crisis empresarial o los criterios de viabilidad, pero indudablemente no podríamos aplicar los mismos criterios sobre una empresa solvente y otra que se encuentre en situación concursal. Uno de los aciertos de la legislación concursal ha sido la regulación de los mecanismos anticipadores en la apertura del proceso (artículo 2.3 LC)²⁷⁵, aunque dentro de un solo presupuesto objetivo, es decir, la diferencia entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente. El art. 2.3 LC permite al deudor que solicite el concurso cuando considere que no podrá cumplir cabalmente con sus obligaciones exigibles dentro un plazo de tiempo determinado. Al declararse la apertura del proceso en un momento en el cual el patrimonio neto social no es negativo podremos cumplir con lo previsto por el artículo 25.1 LMESM, permitiendo así la aplicación de estas operaciones en la sede concursal sin problema alguno. Y aun en

²⁷⁴ Pero cualquiera que sea la solución que se adopte en el Derecho Concursal para paliar la crisis empresarial, lo cierto es que son muchos los empresarios que entran en los procesos judiciales en una fase muy avanzada de la crisis por la forma en que se encuentra concebido el presupuesto objetivo del concurso. De ahí que, las claves de éxito de un sistema concursal frente a otro son la anticipación, el diagnóstico acertado, la minimización de los comportamientos estratégicos dirigidos a optimizar los intereses individuales de cada agente a costa de los intereses de los demás, y la ejecución rápida y barata.

²⁷⁵ Desde esta óptica y dentro de una política legislativa más conservadora, el sistema español permite que entren en situaciones concursales aquellas empresas, que sin estar en crisis empresariales como tales, presentan signos suficientes de que pasan dificultades económicas que pueden dar por perjudicada la continuidad de la explotación comercial. Tales formulas son presentadas como amenazas graves o insolvencia inminente.

aquellos casos en que el deudor (artículo 2.3 LC) o el acreedor (artículo 2.2 LC) solicitaran la apertura del proceso concursal por insolvencia actual, esta circunstancia no es plenamente identificable con un patrimonio neto negativo. Puede que se esté ante un supuesto dónde la situación de insolvencia se equipare a un patrimonio social que no es líquido a corto plazo. Para que se ejecute este último supuesto, la empresa deberá tener capacidad para seguir pagado sus deudas anteriores, así como las que contraerá con motivo de la continuación de su actividad dentro de un plazo próximo razonable. Pero no existen reglas rígidas para realizar esta determinación, sino que dependerá de la situación económico- financiera de cada sociedad, por ello es un análisis que deberá hacerse caso por caso. Lo importante es que la solución pueda ser acogida a tiempo para solventar de manera efectiva la crisis empresarial.

C. El concurso de acreedores de una sociedad que participa o ha participado en una operación de modificación estructural con carácter previo a la apertura del proceso.

Una empresa que se enfrenta a una situación de dificultad económica puede, bajo diversos criterios de conveniencia empresarial y como alternativa a su problema de insolvencia, participar en operaciones de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. Cuentan con un breve período de tiempo el cual pueden buscar soluciones idóneas y diferentes al proceso concursal, todo ello antes de verse forzadas, por su apremiante situación, a solicitar la apertura de concurso de

acreedores²⁷⁶. Si logran solventar la situación económica con su participación en este tipo de operaciones, no se llegará a declarar su insolvencia, y la modificación estructural realmente habrá sido una alternativa real y eficaz a la situación de crisis económica. Pero puede acontecer que todo el proceso de modificación estructural sea incapaz de solventar la crisis económica y, por tanto, deberá declararse el concurso de una sociedad participante.

De esta manera, ambos institutos se relacionan en un primer período: durante la fase común del proceso concursal. Bajo este supuesto es preciso determinar si, en el momento de solicitarse el proceso concursal, tal modificación estructural se encuentra totalmente concluida o bien se encuentra aún incompleta en su procedimiento. En el primer supuesto debe establecerse, pues si aún procede la impugnación de la operación por medio de su nulidad, o si existe la posibilidad de ejercitar una acción rescisoria concursal según lo dispuesto por el artículo art. 71 LC. En el segundo, habrá que determinar los efectos de la declaración del proceso en todas las demás sociedades participantes de la operación; si la declaración judicial constituiría justa causa para la resolución del proyecto de fusión por parte de cualquiera de las otras sociedades participantes y como se somete la operación de modificación estructural a las reglas propias del proceso concursal. Todo ello, trae consigo un deber de información de la declaración de concurso a las demás

²⁷⁶ Es interesante sobre este punto el análisis de la responsabilidad de los administradores sociales al momento de optar por la aplicación de otras alternativas diferentes antes de solicitar la apertura del concurso. GUIZZI, G., “Responsabilidad de los administradores e insolvencia. Apuntes para una comparación entre las experiencias jurídicas italiana y española”. En *Revista de Derecho Patrimonial* (en prensa).

sociedades participantes de la modificación estructural según el art. 39.3 LME. En las siguientes secciones analizaremos cada uno de estos problemas.

1. La declaración de concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural pendientes

Dentro de los supuestos de correlación entre modificaciones estructurales y proceso concursal se encuentra aquel que atañe a una sociedad que, sumergida en una operación de modificación estructural pendiente es sujeto de un proceso concursal. Que una sociedad participante en una modificación estructural pueda ser declarada en concurso no es algo insólito si partimos de la interpretación de los artículos 1 y 5.1 de la LC. Pero cuando ello es así, por el estado de insolvencia de la sociedad que sobreviene a la declaración del concurso, deben valorarse varios puntos como lo son la prueba de su estado de insolvencia, la legitimación para solicitar la apertura del proceso, los particulares efectos de la solicitud y la declaración de apertura del proceso sobre las demás sociedades que participan en la modificación estructural.

La solicitud de apertura del proceso concursal puede encauzarse por todas las vías que la misma LC permite. En este sentido, cualquier acreedor de la sociedad podrá solicitar la apertura del concurso y para ello reclamará la presencia de cualquiera de los hechos constitutivos del presupuesto objetivo del proceso según el artículo 2.4 LC. Además, la mera existencia del proceso de modificación estructural

por parte de una sociedad insolvente no exime a los administradores de su deber de solicitar el concurso (arts. 3.1 y 5 LC).

La sociedad demandada solo podrá evitar el concurso si logra demostrar que es solvente de acuerdo con las reglas del artículo 18.2 LC. Para valorar todo ello es importante contar la documentación efectiva de la operación de modificación estructural y los legajos que de ella se derivan, tanto aquella que es pública como privada por estar sujeta al deber de confidencialidad y podrá ser requerida por la administración concursal o el juez del proceso (art. 42.1 y art. 45.2 LC)²⁷⁷. También resulta destacable eventualmente que su estado de insolvencia podrá entenderse modulado por los futuros efectos de la modificación estructural pendiente, esto es, que una vez concluida la operación de modificación estructural, ésta podrá suponerle a la sociedad inmersa dentro del proceso judicial, una solvencia sobrevenida. Al respecto debe tomarse en cuenta la retroacción de los efectos contables de las operaciones de reestructuración al momento de adopción de los acuerdos por las asambleas (art. 31. 7º y art. 85 LME y el Plan General de Contabilidad)²⁷⁸.

²⁷⁷ Vid. PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., pág. 2078, quien además señala que “el incumplimiento de este deber establece, como es sabido, una presunción de dolo o culpa grave en la eventualidad de que el concurso se califique (art. 165.2º LC).”

²⁷⁸ Tema este que es puntualizado por Vid PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., pág. 2079, quien especifica de manera relevante que ello “no significa, desde luego, que la situación de solvencia sobrevenida pueda retrotraerse, y que, por consiguiente, la deudora pueda tenerse por solvente al declararse el concurso en previsión de los futuros efectos de la modificación estructural en curso. Pero tampoco parece, de lege lata, que puedan ignorarse por completo estos efectos, así como el pacto de retroacción contable eventualmente previsto, pues la operación puede estar avanzada (v. gr. aprobada por las Juntas) e incluso pendiente sólo de inscripción registral. En tal caso, la previsibilidad de los efectos de la operación y la consiguiente prueba de solvencia inminente debería poder admitirse con el mismo valor que la prueba de solvencia, aun cuando, en

Sin embargo, la posibilidad de iniciar o culminar operaciones de modificación estructural en la fase común del proceso concursal es un tema que ha hecho surgir varias posiciones doctrinales. Por un lado, están quienes admiten exclusivamente estas operaciones dentro del contexto del convenio concursal²⁷⁹ y no en la fase común, otros la admiten abiertamente²⁸⁰ o, quienes admitiendo su posibilidad, la limitan exclusivamente a las sociedades adquirentes²⁸¹.

La operación de modificación estructural iniciada con anterioridad a la declaración del concurso, continuará con su tramitación una vez declarado éste.

puridad, la deudora todavía fuere, en ese preciso momento, de acuerdo con su contabilidad, una sociedad insolvente”.

²⁷⁹ LARGO GIL R., “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, ob. cit., págs. 89 y 100, quien además extiende esta postura a la aplicación de la fusión o la escisión en la fase de liquidación. En igual sentido sobre la fase de liquidación, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, ob. cit., págs.4822 y ss.

²⁸⁰ Tesis mantenida por FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, ob. cit., s. p., quien apunta que si durante la fase común del concurso, el deudor no tiene suspendidas sus facultades patrimoniales según lo dispuesto por el artículo 4, este puede acogerse a las diferentes posibilidades que le otorga la LMESM, por cuanto las mismas modificaciones le facilitarían el concluir de manera adecuada el proceso cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 176.1.3º LC, es decir, con la debida satisfacción de los acreedores. Por ello, la administración concursal podrá cuestionar dentro del proceso si estas modificaciones estructurales planteadas se adecúa al interés del concurso o si el interés de los acreedores pudiera verse afectado por la misma y ver reducidas sus expectativas de satisfacción de los créditos.

²⁸¹ Tal tesis es postulada por BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p., quien determina que “*en consecuencia, se produce un primer resultado, a primera vista paradójico, pero que ha explorado la práctica: aunque el concurso de acreedores no produce efecto alguno sobre la sociedad que no sea—como para cualquier deudor— el derivado de la limitación de las facultades patrimoniales, durante la fase común, la sociedad concursada sólo podrá culminar una modificación estructural en calidad de sociedad adquirente. Eso es así porque durante esa fase la sociedad concursada sólo puede realizar enajenaciones aisladas de bienes (arts. 43 y 100 LC) y no puede tampoco pagar a los acreedores. La sociedad concursada sólo puede llevar a cabo la transmisión de la empresa, es decir, de activos y de pasivos a través del convenio (art. 100.2-II LC) o de la liquidación (arts. 148 y 149 LC)*”.

Razón por la cual, al acumularse al concurso la modificación estructural deberá adecuarse a las reglas y principios propios de la LC. Así, en atención a las limitaciones propias de esta fase, en lo relativo al pago de acreedores y a las facultades de disposición y administración, solo podrán culminarse aquéllas en las que la sociedad concursada participe como adquirente, pues aquellos casos en que participe como transmitente, lo más adecuado es que se acojan a alguna de las soluciones del concurso, como son el convenio y la liquidación.

Cuando una modificación estructural previa se articula en el seno del proceso concursal, requieren especial detalle tres temas: la publicidad del proceso, la posibilidad de solicitar la revocación de la modificación estructural por la apertura del proceso concursal y la aplicación eventual de las normas que rigen los efectos que tiene el concurso sobre los contratos existentes antes de su instauración²⁸².

Los deberes de información y publicidad que se derivan de la propia solicitud de apertura (artículo 6 LC) y de la declaración del concurso (artículos 23 y 24 LC)²⁸³

²⁸² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p.

²⁸³ La LC originalmente contenía diversos artículos referentes a la publicidad directa e indirecta del procedimiento concursal, que actualmente se han matizado por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (RD), de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal dando primacía a que la publicidad de la declaración del concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realice preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos. En este sentido, como explica LUQUE JIMÉNEZ, M. C., “Publicidad registral del procedimiento concursal”, documento electrónico en http://www.derechodelaedificacion.uma.es/documentos/observatorio/MARIA_LUQUE_JIMENEZ.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012}, “*en efecto, mientras el art. 24 de la citada Ley Concursal regula la «publicidad registral», como a continuación veremos, el art. 23 regula, como hemos dicho, lo que*

se ven endurecidos por el deber de información legalmente exigido por el art. 39.3 LMESM. La formación de las masas concursales, tanto desde el punto de vista de los activos como de los pasivos bien puede considerarse “*modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas*”, como reza el artículo 39.3 LMESM. De esta manera se justifica la activación del doble deber de información legalmente exigido para la modificación estructural en aras de la protección de los socios de las sociedades participantes.

Otro tema merecedor de tratamiento es el que alude a si la solicitud de declaración de concurso, precisamente la declaración judicial, constituye una causa justa para acceder a la resolución de la operación de modificación estructural por parte de cualquiera de las otras sociedades participantes, según lo ordenado en el artículo 1124 Código Civil, o bien deben aplicarse las previsiones de la LC sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución. En apariencia ambas soluciones son válidas, máxime si se está ante aquellos supuestos donde la modificación estructural ha superado casi todo su procedimiento y únicamente está pendiente el otorgamiento de la escritura pública. Pero si se opta por darle carácter de causa de resolución a la declaración del proceso concursal, estaríamos alejados de la intención del legislador

denominaríamos «publicidad judicial», la publicación de las resoluciones judiciales y demás actos del proceso, circunscrita al ámbito del procedimiento judicial concursal. No cabe ninguna duda de que la finalidad de dicho precepto es esa regulación de la publicidad judicial, como se deduce con toda claridad de su tenor. Así se habla de la publicidad de la declaración de concurso y de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites judiciales del procedimiento concursal; se prevé que sea lógicamente el juez quien acuerde las medidas complementarias de publicidad que estime oportunas y se remite al art. 236 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la forma de publicar por edictos las demás resoluciones que según la Ley Concursal hayan de ser publicadas por medio de edictos.”

de consolidar y dar seguridad a las operaciones de modificación estructural. Tales fines los realiza por medio de las limitaciones impuestas al derecho a oponerse a la operación por parte de los acreedores, lo cual significa que solo podrán obtener una garantía suficiente a su crédito, pero no paralizar los efectos de la operación. De igual forma, cumple tales fines al otorgarle a la inscripción de la modificación estructural un carácter convalidante: la misma no podrá ser atacada si no es porque se han incumplido las previsiones legales, limitando los efectos de la eventual declaración de nulidad a un derecho de resarcimiento de daños y perjuicios. Está claro que una vez iniciada una operación de modificación estructural, el legislador no deja puertas abiertas para poder enervarla, precisamente porque es consciente de todos los efectos que tiene la operación, no solo para las partes, socios y acreedores de los entes participantes, sino para el comercio y la sociedad en general. No parece certero paralizar el procedimiento de modificación estructural con la declaración del concurso. Si la operación es llevada a cabo con la rigurosidad de la ley y sobreviene la declaración de insolvencia de una de las sociedades participantes, ese solo hecho y por sí solo no permite dar por terminado el proceso de modificación estructural. Sin embargo, atendiendo a otros motivos fundados, como lo es el ocultamiento por parte de la sociedad concursada de su situación económica real o la inconveniencia de la operación de modificación estructural para el interés del concurso, podrá eventualmente prosperar la acción de resolución contractual.

Por otro lado, podría pensarse en aplicar las reglas concursales sobre los contratos bilaterales. En primer término, éstas determinan que la declaración del

concurso por sí sola no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte contratante (art. 61.2 LC). Mas, en los contratos pendientes en los que una de las partes hubiese verificado completamente sus obligaciones al momento de declararse el concurso (en tanto que la otra parte tuviese pendiente de efectuar las suyas en todo o en parte), *"el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso"* (art. 61.1). Debido a ello, la administración concursal (en el concurso necesario) o el propio deudor (en el concurso voluntario) podrán solicitar del juez del concurso la resolución de los contratos, si se estimara conveniente al interés del concurso. No obstante para esto existe otro inconveniente: las modificaciones estructurales a pesar de tener un fundamento negocial, no son un contrato con todas sus propiedades y elementos.

Diferente sería el supuesto en que la modificación estructural aún debe someterse a la aprobación por parte de las juntas generales de las sociedades participantes, por cuanto la declaración del proceso concursal no enerva las facultades de organización de la sociedad, quien podrá no aprobar la modificación estructural, asumiendo las consecuencias que de ello se derivan.

2. La declaración del concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural ya concluidas

Podría suceder que, a pesar de haberse llevado a efecto una modificación

estructural y culminada la misma, no se logre evitar la situación de insolvencia de la sociedad participante y, por tanto, se declare su concurso. La primera aclaración que debe llevarse a cabo en este tema se refiere a que la participación de las sociedades en el proceso concursal impone su necesaria existencia, es decir, que únicamente interesan aquellas entidades supérstites de las operaciones de modificación estructural. Así, en primer término podrán ser sujeto de un proceso concursal la sociedad resultante de la fusión, sea de nueva creación o absorbente, y ello por cuanto el resto de las sociedades participantes se han extinguido en virtud de los efectos propios de la operación. Aparte de éstas, podrán verse envueltas en un proceso concursal las sociedades beneficiarias de la escisión total, escisión parcial y segregación, así como las sociedades escindidas parcialmente o segregadas. Por último, podrán participar el cedente y la cesionaria, en los casos de cesión global de activo y pasivo, con la salvedad de la sociedad cedente cuya contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios, ya que la ley determina que aquella quedará totalmente extinguida. También será posible que el insolvente -no necesariamente sociedad como tal - sea el adquirente de todo o de una parte de la empresa de una sociedad que cede globalmente su activo y su pasivo. Para todas ellas, su participación en un proceso concursal abre la posibilidad de que los órganos concursales, y concretamente la administración concursal, pudiesen impugnar la modificación estructural efectuada por dos vías: por medio de las normas societarias sobre impugnación de las modificaciones estructurales por no haber respetado las previsiones legales (art. 47 LME) y dentro del plazo previsto para ello; y, por las normas concursales sobre rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (art. 71

LC), debiendo demostrar el perjuicio ocasionado a la masa. Estas situaciones son de mayor complejidad cuando se está frente a la escisión total o parcial, ya que lo propio es que en ellas hayan participado varias sociedades beneficiarias. Surge ahí un problema en el reparto de los activos y pasivos al regir un principio de relativa libertad, lo que se soluciona con la aplicación de las reglas de responsabilidad solidaria de todas las sociedades resultantes²⁸⁴ de los artículos 80 y 91 de la LMESM.

a) La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso

Con carácter previo a determinar la aplicación de la acción rescisoria en casos de modificaciones estructurales culminadas antes de la declaración del concurso, es necesario efectuar algunas especificaciones conceptuales. La primera se refiere a la acción rescisoria concursal, regulada en los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal. Se instaure como una acción específica dentro de las acciones rescisorias²⁸⁵, como son denominadas por la misma LC, que se origina con la declaración de concurso y que busca atacar la eficacia de un negocio jurídico con el fin de reintegrar a la masa activa del concurso aquellos bienes y derechos que no debieron ser sustraídos del

²⁸⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2013}, pág. 165.

²⁸⁵ Vid FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, págs. 285 y ss.

patrimonio del concursado en la forma en que lo hicieron²⁸⁶. Impide así cualquier variación no razonada del principio de la *pars conditio creditorum*²⁸⁷. Procedamos a analizar los presupuestos de esta acción así como los sujetos legitimados para su ejercicio y el plazo.

(1) Presupuestos de la acción rescisoria concursal

Si bien para estas acciones disponemos de las regulaciones generales de los artículos 1290 a 1294 C.c., acciones con las cuales comparte finalidad y fundamento, el ejercicio de la acción rescisoria concursal se limita únicamente a la existencia de dos condiciones básicas, como son que se hayan ejecutado actos en perjuicio de la masa activa del deudor²⁸⁸, con independencia de si tienen o no carácter

²⁸⁶ Así lo puntualiza FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Reintegración del patrimonio del concursado”, en *Anales de derecho*, núm. 25, 2007, págs. 13 a 44, al determinar que “*En cambio, en la rescisoria concursal, en la medida en que se trata de remover el perjuicio que el acto ahora impugnado representa para todos los acreedores concursales, permite la vuelta del bien enajenado al patrimonio del deudor (convertido ahora en masa activa), para poder satisfacer al máximo número de acreedores mediante la liquidación del mismo y posterior reparto entre los insinuados en la masa pasiva.*”

²⁸⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Reintegración del patrimonio del concursado”; ob. cit., págs. 13 a 44; DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, págs. 261 a 299; CAZORLA GONZÁLEZ, M. J., “La ineficacia del acto impugnado en el proceso concursal”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006, s. p.; LINACERO DE LA FUENTE, M^a. A. “La nueva acción rescisoria concursal”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006, s. p.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Refinación y reintegración concursal”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 25, 2009, <http://eprints.ucm.es/9658/1/Refinanciaconcursal.pdf>; y PULGAR EZQUERRA, J., “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, págs. 105 a 134.

²⁸⁸ Presupuesto que ha sido señalado como el fundamento de la acción rescisoria (art. 71.1 LC). Vid MÚÑIZ ESPADA, E., *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 91 a

fraudulento²⁸⁹; y que estos actos hubieran sido realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Uno de los aciertos más señalados de esta norma es que prescinde de la noción de fraude como presupuesto subjetivo de la impugnación y lo sustituye por la idea de perjuicio²⁹⁰, concepto que no define la norma, pero cuyo contenido ha fraguado la doctrina²⁹¹.

93. Sobre la determinación del concepto perjuicio a la masa concursal es interesante tomar en consideración la Sentencia de 26 de octubre de 2012 el Tribunal Supremo (JUR\2012\366891) y la sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 141/2012 Madrid, de 29 junio contra Alcántara Construcciones y Contratas SL y Inlema Compañía de Granitos SA. (AC 2012\1705).

²⁸⁹ “Es importante señalar que aun cuando el fraude (como denominación generalizada, aunque etimológicamente incorrecta, del elemento subjetivo de la rescisión) no sea requisito necesario para el ejercicio de la rescisión concursal, sigue siendo un elemento importante del sistema de reintegración pues determina el régimen de los efectos; en concreto, el art. 73 de la LC distingue (al señalar el diferente alcance de la restitución, una vez que la sentencia declara la ineficacia del acto impugnado), si la contraparte o tercero demandados en rescisión fueron de buena fe, en cuyo caso la restitución ha de ser recíproca y simultánea, y el crédito será contra la masa; o si la sentencia aprecia la mala fe de la contraparte o del tercero (propietario del bien enajenado en fraude) en cuyo caso su prestación la recibirá como crédito subordinado (además, el de peor rango: art. 92.6° LC).” (FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Reintegración del patrimonio del concursado”, en *Anales de derecho*, núm. 25, 2007, pág. 25).

²⁹⁰ DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, pág. 270; quien además señala que la norma tampoco exige la apreciación de la situación de insolvencia del deudor en el momento de realización del acto objeto de impugnación, por lo que ello determina una falta en la seguridad en el tráfico jurídico.

²⁹¹ Para DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, ob. cit., págs. 271 a 274, debe tratarse de actos que se engloban en condiciones específicas. En primer lugar debe ser un acto de desplazamiento patrimonial, por ejecución de obligación de cualquiera de las categorías previstas en el art. 1088 CC –dar, hacer o no hacer–. Tal es el caso de la renuncia tácita de ejercicio de derechos o reclamaciones frente al deudor o a terceros, los pagos y demás actos extintivos de obligaciones, actos unilaterales del deudor o declarativos de derechos o particiones de cosa común, y los actos de gestión o administración; y quedan excluidos los actos meramente fácticos, las obligaciones de trabajo personal del deudor no remuneradas, la renuncia al ofrecimiento de una ganancia o a una oportunidad de negocio y aquellos actos cuya realización proceda de una imposición legal, administrativa o judicial. En segundo lugar, el acto no puede verse correspondido por una contraprestación normal si se trata de un acto propio de la actividad ordinaria del concursado, analizándose si objetivamente se ha causado una disminución de la masa patrimonial sea porque se ha dado una modificación injustificada de la posición jurídica de acreedor (por la vía de una reducción de su patrimonio o por la del impedimento de un incremento) En tercer lugar, tal perjuicio puede

Debido a su importancia, la carga de la prueba de los dos presupuestos básicos señalados por la LC recae sobre quien ejercita la acción, aunque la misma ley determina algunas circunstancias que hacen presumir legalmente, de manera absoluta o salvo prueba en contrario, que se ha actuado de tal forma. Y serán precisamente de este último tipo, es decir presunciones *iuris tantum*, según lo dispuesto por la norma precitada, aquellos actos dispositivos a título oneroso que se han ejecutado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (artículo 93 LC), la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso. Por el contrario, serán consideradas presunciones *iuris et de iure* todos aquellos actos de disposición a título gratuito, con excepción de las liberalidades de uso, y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.2 LC).

Por último, el inciso 5 del artículo 71 de la LC señala cuales son los actos que queda expresamente excluidos de la acción rescisoria concursal: los actos ordinarios

igualmente ser determinado por una alteración de la *pars conditio creditorum*, debido a en un trato de favor a uno o varios acreedores concretos y por ende el acto reduzca, dificulte, imposibilite o comporte un sacrificio patrimonial para la satisfacción colectiva de los acreedores concursales. Por su parte, la resolución 26 de octubre de 2012 el Tribunal Supremo (JUR\2012\366891) “*el perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación.*” (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Rescisión concursal: dos precisiones del Tribunal Supremo”, documento electrónico en <http://jSÁNCHEZcalero.blogspot.com.es/2012/11/rescision-concursal-dos-precisiones-del.html>. {revisado el 06 de mayo de 2013}, s. p.).

de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos, compensación, liquidación de valores e instrumentos derivados; asimismo como las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica. Por otro lado, tampoco podrán ser objeto de rescisión concursal aquellos acuerdos de refinanciación que hayan sido alcanzados por el deudor, así como todos los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en razón de ellos ha habido una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, mediante prórroga de su plazo de vencimiento o por el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Para ello se requiere que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que se produzcan con anterioridad a la declaración del concurso.

Pero a pesar de ser el perjuicio uno de los presupuestos de la rescisión concursal, y sobre el cual girará nuestra posterior argumentación, esta noción no siempre ha sido clara²⁹². En concreto, a los efectos de determinar si se aplica a las operaciones de modificación estructural llevadas a cabo con anterioridad a la declaración del concurso, este concepto resulta fundamental. Así, en la rescisión civil

²⁹² Vid GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Marcial Pons, 2005, pág. 4127.

por fraude de acreedores, el perjuicio viene dado por la lesión de la garantía patrimonial que impide o dificulta de manera extraordinaria la ejecución del crédito. Para el concurso, el perjuicio sería aquel que conduce a que la masa activa tenga menor valor²⁹³.

(2) Legitimación de la acción rescisoria concursal

La legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria concursal corresponde a la administración concursal y, sólo en caso de inacción de ésta, corresponderá a los acreedores, sin discriminación alguna por razón de la clasificación de su crédito (art. 72.1 LC). Por las particularidades de su naturaleza la acción se interpone en provecho de la masa, y no en interés particular, al punto que sus efectos beneficiarán a todos los acreedores, y no sólo a los que entablaron la acción. La legitimación pasiva la ostenta al deudor y al adquirente directo, como parte concreta del acto recusado, pero también corresponde a los sucesivos adquirentes de los bienes o derechos siempre que no lo sean a título oneroso y de buena fe (artículo 72.3).

²⁹³ Vid FERNÁNDEZ CAMPOS: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, ob. cit., pág. 44. Para GIL RODRÍGUEZ, J., “Las acciones de reintegración”, en BERCOVITZ, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I, Tecnos, 2004, pág. 852 la medida en que el perjuicio ya no solo afecta a la realización del crédito individual sino que perjudica al colectivo de acreedores del concurso, conlleva una “alteración de la par conditio creditorum, por eso suele considerarse que el perjuicio concurre desde el momento en que el acto ha acarreado una disminución del patrimonio realizable del deudor o ha provocado una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudieran corresponder a los acreedores concurrentes”.

(3) Plazo para el ejercicio de la acción rescisoria concursal

La ley guarda silencio en cuanto al plazo de ejercicio de la acción rescisoria concursal, pero se ha señalado que el mismo corresponde al término de cuatro años por aplicación analógica del art. 1299 CC y por su naturaleza rescisoria²⁹⁴. Será pues un término de caducidad, declarable de oficio y que no admite interrupción alguna. Para poder calcular su cómputo se tomará como referencia el momento en que los administradores concursales acepten el cargo e inicien el desempeño de sus obligaciones de acuerdo con el art. 29 LC. Este plazo contrasta con los brevísimos términos regulados en materia de modificaciones estructurales.

La acción rescisoria se tramita por medio del incidente concursal según dictan los arts. 192 a 197 LC y es susceptible de acumularse en un mismo procedimiento (art. 71.6 LC). La sentencia firme que resuelva tal procedimiento produce efectos de cosa juzgada material en sentido negativo y positivo, dentro y fuera del concurso.

El ejercicio de la acción rescisoria concursal no puede tener otra finalidad que la de dejar sin efecto el acto de disposición perjudicial. Su estimación soporta a una ineficacia *ex nunc* que opera desde su declaración y con las consecuencias restitutorias e indemnizatorias reguladas en el artículo 73 de la Ley Concursal. Así, si

²⁹⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 7, 2004, págs. 4 a 7; GIL RODRÍGUEZ, J., “Las acciones de reintegración”, ob. cit., pág. 845 y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Luces y sombras del sistema de reintegración de la masa activa contenido en la Ley concursal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 607, 2004, pág. 2.

la acción se acoge y se estima procedente la pretensión rescisoria, el demandado deberá reintegrar a la masa activa el bien, o su valor pecuniario equivalente “*con sus frutos e intereses*”²⁹⁵, con el fin de garantizar la integridad de la masa activa e indemnizar a los acreedores concursales por los resultados perniciosos que, sobre sus intereses, se han podido producir por los actos que se rescinden.

La aplicación de la acción propuesta por el artículo 71 de la LC parece que tiene un sentido mayor en casos de confluencia con las modificaciones estructurales, por cuanto la operación difícilmente puede considerarse inmersa dentro de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor o dentro de los actos realizados dentro de las condiciones normales. Adquiere relevancia, pues, en los concursos de sociedades donde la contraprestación sea recibida por la propia sociedad preexistente y concursada y donde el perjuicio, que deberá ser demostrado por la administración concursal, venga determinado por la falta de equilibrio de las prestaciones. Este perjuicio debe sufrido por la masa concursal total y no solo de manera particular por alguno o algunos acreedores.

Si esta acción es posible en los casos de operaciones estructurales en sede concursal es una cuestión a la que no brinda respuesta la legislación societaria o concursal. Es más, existen múltiples interpretaciones doctrinales, todas ellas con

²⁹⁵ Esta regla es ponderada en razón de la buena o mala fe del contratante; si éste actúa de buena fe, la restitución a la que se encuentra obligado le atribuiría un crédito contra la masa con el cual podría evitar la devolución de la cosa; si ha actuado de mala fe, la restitución será automática y la percepción de lo pagado se reintegrará a la masa.

fundados argumentos a favor²⁹⁶ o en contra²⁹⁷. La dificultad se incrementa dada la escasez de pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión, sin que hasta el momento haya existido pronunciamiento alguno de las Audiencias provinciales o del Tribunal Supremo.

Aquellos que se decantan por su admisión argumentan que el núcleo del análisis se desplaza hacía la existencia de perjuicio directo o indirecto²⁹⁸ por cuanto la operación de modificación estructural conlleve un perjuicio para la masa activa de la sociedad concursada con mayor razón cuando la sociedad concursada coincide con la sociedad beneficiaria de la contraprestación. Y ello a pesar de reconocer que el ejercicio de esta acción es bastante difícil y de escasa utilidad para los casos del

²⁹⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2013}, pág. 168; GUTIERREZ GILSANZ, A., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, ob. cit., pág. 156 y CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, en *RDCP*, núm. 18, 2013, págs. 97 y 98.

²⁹⁷ PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (Coord.), “A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?”, Foro electrónico en *Boletín Derecho Mercantil*, 1 de mayo de 2013, documento electrónico en http://www.elderecho.com/mercantil/reintegracion-rescindir-modificacion-estructural-traslativa_12_546060002.html {revisado el 06 de agosto de 2013} y CERDÁ ALBERO, F., “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)”, documento electrónico en [http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescicion_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_\(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011\)_277.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescicion_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf) [revisado el 25 de abril de 2013]; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LMESM -EDL 2009/25042-)”, ob. cit., págs. 109 y ss., y GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, en BELTRÁN, E., *La reintegración de la masa*, Cizur Menor, 2012, págs. 199 y ss. Además esta posición ha sido recogida por la SJM de Las Palmas, de 12 de diciembre de 2011 (JUR 2012\157560) y el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona de 30 de julio de 2012 (AC 2012\1528).

²⁹⁸ En este sentido, puede consultarse la Sentencia núm. 3/2009, de 8 enero, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (AC 2009\1180)

concurso de una sociedad absorbente o de un cesionario, a diferencia de los supuestos de concurso de la sociedad que efectuó una escisión parcial, una segregación o una cesión global con subsistencia de la cedente²⁹⁹.

Esta postura además pone de manifiesto que la LC no contiene norma alguna para justificar la pérdida del derecho rescisorio. Por el contrario, no sólo contempla la rescisión concursal, sino también otras acciones encuadrables en el marco de las destinadas a la declaración de ineficacia y que son ejemplos de la armonización entre las acciones que pudieron ejecutarse y no se ejercitaron y las que nacen con la declaración del concurso. Tampoco es para esta posición doctrinal argumento suficiente oponer el principio de principio de inimpugnabilidad que proclama el artículo 47.1 LMESM, pues la naturaleza de la acción rescisoria es atacar los negocios jurídicos perfectos pero que implican un perjuicio, es decir, un quebranto de la masa activa frente a operaciones que la reduzcan cuantitativamente, o bien frente a actos que incidan en ella negativamente. Constituye así la acción rescisoria una especialidad ante la que debe ceder el Derecho societario frente al Derecho concursal³⁰⁰.

²⁹⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2013}, pág. 168.

³⁰⁰ Argumentos dados por SOLER PASCUAL, J. A., participante del foro PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (Coord.), *A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?*, ob. cit., s .p, quien además añade que a pesar de las disposiciones el artículo 47.1 LMESM, aplicable a todas las modificaciones estructurales traslativas “*ello no es suficiente para entender que el principio de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita inmuniza dicha operación, en caso de perjuicio, en el seno del concurso*”.

Ligado a lo anterior, es de notar que las dificultades para admitir la rescisión concursal de operaciones de modificación estructural, derivadas de su restringida impugnabilidad o de la imposibilidad práctica de llevarlas a efecto³⁰¹, no condicionan que deba darse al perjuicio patrimonial sufrido por la sociedad concursada el carácter de inexorable, ya que tal perjuicio puede ser resarcido al reconocer a la administración concursal la legitimación necesaria para ejercitar la acción resarcitoria del art. 47 LMESM, o también mediante la adaptación a este supuesto de la norma contemplada en el art. 73.2 LC³⁰².

Aquellos que niegan su admisión argumentan que esta acción difícilmente prosperará en razón del ejercicio previo del derecho de oposición de los acreedores según el artículo 44 de la LMESM y por el efecto convalidante de la inscripción registral de la modificación estructural (artículo 47 LMESM)³⁰³. Al efecto, parten de que la noción de "*perjuicio*" es destituido por la previa fiscalización de la operación

³⁰¹ “Por ello, el ejercicio de la acción rescisoria concursal, aun siendo posible, puede resultar poco viable, por la dificultad probatoria, pero puede y debe plantearse, como sostiene la doctrina a la que nos sumamos, en los casos en los que la sociedad concursada hubiera realizado una escisión parcial, una segregación o una cesión global con subsistencia de la cedente”. (PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., pág. 2082).

³⁰² Opinión de RONCERO SÁNCHEZ, A., participante del foro PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (Coord.), *A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?*, ob. cit., s. p.

³⁰³ CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, en OLIVENCIA RUIZ, M., *El Derecho mercantil en el umbral siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, págs. 714 a 715.

reestructurante por parte de los acreedores³⁰⁴. Por otro lado, no puede negarse la dificultad que tiene para la restitución de prestaciones.

Así, analizado más detalladamente, se determina que el problema debe solventarse tomando en consideración el especial momento en que ha nacido el crédito del acreedor impugnante³⁰⁵. Por ejemplo, para los acreedores cuyos créditos han nacido antes de la fecha de la publicación del proyecto común de la modificación estructural de la que se trate, que no hubieran vencido aún en ese momento, y que no se encuentren suficientemente garantizados, se reconoce el derecho de oposición establecido por el artículo 44 LMESM³⁰⁶. Por ello, si no ejercitaron este derecho para obtener garantía suficiente de sus créditos, no parece procedente que, dentro del proceso concursal y con una ampliación del plazo para impugnar, puedan ejercitar la acción de rescisión. Por su parte, si dentro de la operación de modificación estructural, una vez ejercitado su derecho de oposición, han logrado que su crédito goce de garantía real, tampoco parece lógico que se ejerza la acción para rescindir la

³⁰⁴ Véase FRIGOLA I RIERA, A., en PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (Coord.), *A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?*, ob. cit., s. p.

³⁰⁵ Nos sumamos a la postura seguida por CERDÁ ALBERO, “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., pág. 725.

³⁰⁶ ESCRIBANO GAMIR, C. “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, en Documentos de trabajo del Departamento de Derecho mercantil, 2011, núm. 36, en <http://eprints.ucm.es/9601/1/HARVARD.pdf> y el mismo autor en “La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, en *Diario La Ley*, núm. 7855, Sección Doctrina, 10 Mayo 2012, Año XXXIII.

garantía en el proceso concursal. La única razón para proceder de esta forma sería que la misma garantía sea excesiva o suprima los bienes de la compañía. Por otro lado, si el crédito ha nacido tras la publicación del proyecto de la modificación estructural de la que se trate, los titulares de estos créditos tienen conocimiento de la situación jurídico-patrimonial de las sociedades participantes, por lo que, si bien no parece apropiado y conveniente acudir a la acción rescisoria concursal, ello es perfectamente lícito³⁰⁷.

Especial referencia debe efectuarse a las fusiones apalancadas en sede concursal, ya que se ha señalado la concurrencia de dos grandes inconvenientes: la posibilidad de considerar la operación de fusión como un acto perjudicial para la masa concursal y los problemas que los acuerdos o contratos de financiación puedan tener con respecto a las preferencias pactadas y el sistema de prelación legalmente estipulado³⁰⁸. El artículo 71 LC no establece razón alguna por la cual la fusión apalancada no pueda ser rescindida en caso de que afecte a la masa concursal, solo establece la limitación de que haya sido realizada en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso y aunque no hubiera existido intención de cometer fraude. Pese a ello, es difícil que prospere si no se logra demostrar claramente el perjuicio causado a la masa concursal, por cuanto la operación puede encuadrarse

³⁰⁷ Véase además a ESPINA MONTERO, A., *Los Acreedores Sociales Ante Los Procesos De Fusión y Escisión De Sociedades Anónimas: Instrumentos De Protección*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007, pág. 45 y en “¿Constituye El derecho de oposición de los acreedores un obstáculo a la fusión de sociedades en estado de concurso?”, en *RdS*, 2011, núm. 37, págs. 161 a 172.

³⁰⁸ Problemas que han sido señalados por SÁNCHEZ-CALERO, J. “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”, en *RDCP*, núm. 14, 2011, págs. 109 a 133.

dentro de la presunción *iuris tantum* del artículo 71.2.1º LC, en relación con el artículo 93 LC, sobre personas especialmente relacionadas con el deudor³⁰⁹. El artículo 47 LMESM, en aras de mantener la seguridad jurídica, permite conservar la validez e inscripción de las operaciones de fusión con el reconocimiento de los derechos resarcitorios por daños y perjuicios.

b) Prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM, con especial referencia a la caducidad de la acción

De acuerdo con los artículos 47, 73 y 90 de la LMESM ninguna modificación estructural podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que la misma se haya hecho de acuerdo a las previsiones legales. Para ello solo socios y terceros podrán acceder al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Como ya mencionamos en su momento, la redacción de la norma general del artículo 47 es bastante compleja y confusa, por cuanto tras establecer esta regla general de impugnabilidad, abre un brevísimo plazo de caducidad, de tres meses, para plantear la acción de nulidad, pero limitada al supuesto de incumplimiento de los preceptos procedimentales correspondientes³¹⁰. De ahí que si no ha transcurrido dicho plazo, la impugnación de la

³⁰⁹ BEIGVEDER MONTERO, A.; “Fusión apalancada, rescisión concursal y proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, ob. cit., págs. 365 y ss.

³¹⁰ CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., pág. 718. Señala como parte de los vicios de nulidad de esta acción los acuerdos abusivos según el artículo 204 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el TRLSC.

modificación estructural (art. 47 LMESM) podrá ser planteada por la administración concursal, con la salvedad de los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Queda, sin embargo, un punto más y es que no termina de convencer que la LMESM, con el objeto de brindar tutela a la seguridad jurídica, instaure un plazo tan corto para plantear la acción de nulidad, mientras que el plazo para la acción de rescisión es de cuatro años por aplicación analógica de las normas generales del Derecho civil. De ahí que es adecuado cuestionarse, y afirmar, que, por la especialidad de la materia, es más conveniente aplicar a la acción del artículo 71 LC, según los términos expresados en el apartado anterior, el plazo de tres meses del artículo 47 LMESM. La normativa tampoco prevé expresamente a quién corresponde decidir sobre estos asuntos pero lo lógico es que sea la misma sede concursal la llamada a esclarecer sobre la nulidad planteada, según los artículos 8 y 9 LC. En todo caso se trata de una cuestión no está libre de dificultades para el juez mercantil.

D. Las modificaciones estructurales dentro del proceso concursal

Son tres las tareas fundamentales del proceso concursal según se puede desprender de sus finalidades: el integrar la masa activa concursal, de acuerdo con las reglas del artículo 76 LC, el conservarla y ponerla a disposición del proceso (artículo 43 LC), y la constitución de la masa pasiva (artículos. 49 y 84 LC). Todas esas tareas se cumplen con el fin de satisfacer los créditos de los acreedores según las

reglas propias del proceso concursal y dentro de las soluciones legales que este impone: el convenio o la liquidación. Por ello el aspecto más importante de la armonización de las operaciones de modificación estructural con el proceso concursal es el despliegue de los efectos propios de este tipo de operaciones dentro del proceso, principalmente el de la transmisión universal de activos y pasivos. Pero ello, desde la perspectiva del mismo proceso concursal se traduce en *la enajenación de bienes* y *la transmisión de deudas concursales*, en decir en una afectación de la masa.

En consecuencia, una vez abierto al proceso concursal, cabe plantearse indagar si una sociedad concursada podrá acceder a una modificación estructural y si ello puede hacerse en todas sus fases o se encuentra limitada a alguna de ellas. La legislación presenta aparentemente a fase de convenio como la etapa en la que mejor podrán articularse estas operaciones, por encontrarse, legalmente reconocidas como parte de su contenido, pero carece de normas reguladoras para las otras etapas del proceso concursal. Por ello, se procederá a dividir este apartado en tres grandes secciones, dedicadas a la fase común, el convenio concursal y la liquidación.

1. Modificaciones estructurales durante la fase común

En ningún momento la LC establece si se podrá realizar una modificación estructural durante la fase común. El problema se oscurece por cuanto el concurso de acreedores, al incidir sobre la transmisión y la adquisición de activos y pasivos que puedan realizarse en la sociedad concursada, obliga a determinar quién tiene el poder

de decisión sobre la participación en una operación de modificación estructural. Tampoco prevé la LC la elaboración de un proyecto de fusión como parte de la competencia de los órganos concursales ni se plantea que sucede si los mismos administradores han cesado en su cargo o tienen limitadas sus facultades de administración.

Como se ha indicado con anterioridad, sobre este tema nada dice de manera expresa la LC, y la doctrina se encuentra dividida, por lo que nuevamente hemos de recurrir a la labor de hermenéutica. Pese a que la única referencia expresa a estas operaciones se encuentra dentro de las normas reguladoras del contenido del convenio, no compartimos la tesis que postula que las modificaciones estructurales podrán únicamente realizarse en la fase del convenio. El artículo 100.3 LC no pierde su sentido por el hecho de que se admitan estas operaciones en la fase común y en la de liquidación concursal, más bien ello refuerza que es el convenio el momento que ha escogido el legislador como el preferente, pero no es el único. Esencialmente dentro del proceso concursal, el proceso de modificación estructural podrá organizarse según el curso normal de su tramitación, pero se verá reducido a las normas del mismo proceso, produciéndose una especie de “*acumulación*” al concurso, como sucedería si el proceso de modificación estructural se iniciara con anterioridad a la declaración del concurso³¹¹.

³¹¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 44, julio - agosto, 2012, documento electrónico en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2259&seccion_ver=0 {revisado el 06 de agosto de 2012}, s. p.

Tampoco es posible admitir que las operaciones de modificación estructural se aplicarán sin limitación alguna en la fase común, por cuanto es preciso tener en consideración lo dispuesto en los artículos 43 y 100 de la LC, por los cuales la sociedad concursada sólo tiene posibilidad de realizar enajenaciones aisladas de bienes y no puede pagar a los acreedores. Por otro lado, los artículos 100.2, párrafo II LC (para el caso de convenio), y 148 y 149 LC (para el caso de la liquidación) reservan la facultad del efectuar una transmisión global de la empresa para otros momentos del proceso diferentes a la fase común. En consecuencia, el rol que ocupe la sociedad concursada en la modificación estructural, sea ésta transmitente o adquirente, es un tema a considerar igualmente. Ante el supuesto de que la sociedad concursada es la sociedad transmitente en la modificación estructural pendiente, esta operación deberá integrarse necesariamente en alguna de las soluciones formales del concurso, es decir, en el convenio o en la liquidación. Este supuesto no podrá concretarse en la fase común. Además, una vez abierto el concurso, no será admisible que la sociedad concursada que participa en la posición de transmitente pueda iniciar y culminar la operación de modificación estructural, básicamente por cuanto ello comporta una inevitable afectación de la masa activa y la masa pasiva. Si se trata de la sociedad concursada, pero que participa como adquirente, el procedimiento podrá continuar sin la necesidad de tal integración.

Para poder aclarar el porqué de esta diferencia entre sociedades concursadas transmitente o adquirente en la modificación estructural, debe recurrirse al análisis de los efectos patrimoniales de la apertura del proceso sobre el deudor. Según la LC, no

será hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, cuando se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin la autorización del juez. Se exceptúan, no obstante, los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o la continuidad del concurso, los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan con el valor que se les haya dado en el inventario y los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Lo dicho es coherente con el hecho de que la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que ejerza el deudor. Sin embargo, en caso de intervención de estas facultades del deudor, corresponderá a la administración concursal determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, será la administración concursal quien deba adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial. El concepto sobre el que giran estas disposiciones es el de “*actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad*”, noción que no caracteriza a las operaciones de modificación estructural traslativas y que permite tenerlas como parte de las excepciones señaladas a las limitaciones de las facultades de disposición.

De esta forma, solo podrán concretarse en esta fase las modificaciones estructurales en las cuales la sociedad concursada participa como adquirente³¹², sin perjuicio de que puedan ser parte de las propuestas de convenio o de liquidación, así como de que se vayan ejecutando los actos preparatorios para su posterior desarrollo³¹³. Este adelanto de trabajo bien puede plasmarse como parte de la propuesta anticipada de convenio.

Justamente por ello habrá que determinarse el alcance de las limitaciones o la suspensión de las facultades de disposición y administración de la sociedad concursada por cuanto, según éstas, la participación de la administración concursal y de los órganos sociales en el procedimiento de modificación estructural³¹⁴ será mayor

³¹² PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, ob. cit., pág. 2086, señala que *“deben tenerse en cuenta algunas de las novedades introducidas por la Ley 38/2011, como la flexibilización del contenido del deber de conservación de la masa activa (art. 43.3.1º y 2º), que puede justificar en ciertos casos como acto conservativo la realización de determinadas modificaciones estructurales (v. gr. segregaciones e incluso escisiones parciales) para asegurar, así, la viabilidad de la empresa. También, la nueva causa de conclusión del concurso por solvencia sobrevenida (art. 176.1.4º LC), aun cuando su tenor ofrezca cierta resistencia, pues exige comprobar «que ya no existe la situación de insolvencia», puede llevar a admitir la mayor que antes se negaba, esto es, que pueda desaparecer la sociedad concursada que participe en una operación de modificación estructural superadora como sociedad absorbida, escindida o cesionaria.”*

³¹³ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, núm. 14, 2011 págs.156 a 157, quien puntualiza que en esta fase es posible cumplir de manera adelantada, por así decirlo, con los trámites necesarios de una cesión global de activo y pasivo que se concretará en la fase de convenio. Para ello destaca el importante papel que deberá desempeñar la administración concursal, tanto por su asistencia a las reuniones de los órganos societario, como sustituyendo en sus funciones al órgano de administración de la sociedad concursada participante, en caso de que se haya decretado la suspensión de las facultades de las facultades de administración y gestión de aquél.

³¹⁴ *“En la actualidad, con la finalidad de hacer efectivos los límites que el art. 76.1 LC establece para la configuración de la masa activa, la declaración de concurso produce el efecto de limitar (interviniendo o suspendiendo) las facultades del concursado de administrar y disponer sobre los bienes, derechos y obligaciones que se integran en el concurso (art. 40 LC). Estas limitaciones a las*

o menor, hasta el punto de tener que sustituir al órgano de administración (arts. 40 y 48 LC).

Así, pese a que corresponde a los administradores de la sociedad la redacción y suscripción del proyecto común de modificación estructural, será necesaria la participación de la administración concursal en la fase previa, tanto en los supuestos en los que sea la sociedad concursada la adquirente, como en los que siendo sociedad transmitente, está preparando estas operaciones para el convenio o la liquidación. Su participación se desdobra, pues, en dos: como consecuencia de las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado, según los artículos arts. 40 y 48.1 de la LC, y como derecho de asistencia y de voz en las asambleas de los órganos colegiados (art. 48.1 *in fine* de la LC). La redacción del informe sobre el proyecto y del balance que han de acompañar a este proyecto común corresponderá a los administradores sociales, que son en definitiva quienes mejor pueden conocer y revelar la situación económica de la sociedad.

No sería necesaria, en cambio, la autorización judicial, a pesar de lo que siga ordenando el artículo 227.3 del RRM. Naturalmente, la intervención de la

facultades patrimoniales van dirigidas a la conservación y administración del patrimonio del deudor concursado y, por tanto, deben distinguirse de la inhabilitación que va aparejada a la declaración del concurso como culpable (arts. 164 y 172.2.2º LC). Deben distinguirse también de las acciones de reintegración de la masa, dirigidas a impugnar actos patrimoniales perjudiciales para la masa y realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso.” (PARRA, Mª A., “Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores”, documento electrónico disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=673> [revisado el 1 de mayo de 2013].)

administración concursal no impide que la operación sea aprobada por la junta general (art. 48 LC); aun en el caso de que las facultades patrimoniales correspondan a la administración concursal, el concurso no priva a la sociedad de su autonomía organizativa. Eso sí, en la fase decisoria, deberá participar la administración concursal por las mismas razones ya delimitadas. Puede incluso la administración concursal impugnar y solicitar la suspensión del acuerdo tomado, así como impugnar el balance que acompaña a la operación.

En la junta general, los socios de la sociedad concursada podrán libremente adoptar o rechazar la modificación estructural dependiendo su decisión de la conveniencia de la operación. Si ésta es aprobada, los efectos de la modificación estructural dependerán de la efectiva participación de la administración concursal. Si las facultades de disposición y administración del deudor fueron suspendidas, será la administración concursal quien concurra al otorgamiento de la escritura (art. 48.3 LC). Por el contrario, si tales facultades han sido intervenidas solo podrán los administradores sociales otorgar tal escritura si cuentan con la autorización de la administración concursal (art. 48.2 LC)

Los acreedores de la sociedad adquirente que se encuentra en concurso podrán ejercer el derecho de oposición, tanto si son acreedores concursales como acreedores de la masa. Pero igualmente deben cumplir con los requisitos establecidos por la LMESM, a saber, que los créditos no se encuentren vencidos o suficientemente garantizados. Para el caso de las sociedades concursadas transmitentes, el derecho de

oposición se regirá por las especificaciones impuestas por el convenio o la liquidación. En todo caso lo más prudente es que la administración concursal, habiendo sido parte en las fases preparatoria y decisoria, carezca del derecho de oposición, a fin de no entorpecer o alargar innecesariamente la tramitación.

2. Con especial referencia a la fase del convenio concursal

Es precisamente en la fase de convenio donde las modificaciones estructurales se aplican con mayor facilidad³¹⁵. Concretamente, para ello debemos delimitar varios aspectos importantes. El primero de ellos afecta al contenido del convenio, en tanto sus limitaciones y regulaciones son premisas necesarias para la articulación de ambas figuras, y el debido ajuste del procedimiento imperativo de las modificaciones estructurales por parte de la LC. En el primer caso, procederemos a analizar brevemente los puntos más relevantes del artículo 100 LC, sin extendernos mucho en él salvo aquellos aspectos que son relevantes para esta investigación. En una segunda parte, analizaremos los requisitos y los pasos procesales necesarios para que la operación de modificación estructural despliegue todos sus efectos en la fase de convenio concursal, no sin advertir los problemas que se generarían ante un eventual incumplimiento del propio convenio. No podemos olvidar que la reforma introducida en el art. 190.3 LC, autoriza la aplicación del procedimiento abreviado

³¹⁵ Aunque se ha señalado que es también aquí dónde mayores dificultades presenta la armonización de las normas societarias con las concursales. Véase, en este sentido, LEÓN SANZ, F.J., “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, en EMBÍD IRUJO, J.M. y ABRIANI, N. (Dir.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Editorial Comares, Granada, 2013, (en prensa).

cuando el deudor presente una “*propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*”.

a) De la libertad de contenido del convenio a sus límites

El contenido del convenio en la legislación concursal española es una de las cuestiones que más reformas legales ha experimentado en comparación con la legislación anterior. Esta última normativa dedicaba poca atención a este punto, dejando que fuera la libre autonomía de la voluntad de las partes contractuales la que imperara en el momento de concretar los convenios concursales. Pero además, las leyes correspondientes - Título IV del Código de Comercio de 1885 o la Ley de Suspensión de Pagos de 1922-, no presentaban una regulación ordenada y completa sobre su contenido. Por ello, la primera gran diferencia que puede apuntarse entre la legislación concursal actual y la anterior es una mayor regulación del contenido del convenio en el texto concursal, no obstante el contenido de este convenio puede ser muy heterogéneo.

Actualmente, la Ley Concursal plantea que el convenio concursal es un convenio de continuación³¹⁶, ya que prohíbe expresamente los convenios de

³¹⁶ ROJO FERNÁNDEZ- RIO, Á., “Comentario al artículo 100”, en ROJO, Á. (Dir.), BELTRÁN E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson- Civitas, Madrid, pág. 1867.

liquidación³¹⁷. Modera de manera expresa el contenido de las propuestas de convenio a una serie de límites que confinan la autonomía de la voluntad del deudor y del acreedor al celebrar los diferentes tipos de convenios³¹⁸. Estas limitaciones se

³¹⁷ De conformidad con el artículo 100.3 LC se prohíben los convenios liquidatorios del patrimonio del concursado en cualquier modalidad (cesión de bienes para el pago o en pago), aunque no se prohíbe la venta de la empresa o de determinadas unidades productivas, en tanto no supongan una enajenación global de la masa activa. Pese a ello, la prohibición de los convenios de liquidación no se encuentra exenta de críticas, tanto durante su tramitación parlamentaria, como en la aplicación legal. En este sentido se ha pronunciado GALÁN CORONA, E., “Consideraciones sobre el denominado convenio anticipado en la Ley Concursal”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 4560; CARRASCO PERERA, A. y MORATIEL PELLITERO, E., “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 614, 4 de marzo de 2004, pp. 1 y ss.; MUÑOZ CADENAS, M., “Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles”, en *La Ley*, número 6070, pág. 5, ROJO FERNÁNDEZ- RÍO, Á., “La Reforma del Derecho Concursal Español”, en AA.VV, *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Colección Estudios Económicos, número 25, La Caixa, Barcelona, 2001, pág. 110.

³¹⁸ “De los artículos 2.4 LSP, que no establecía limite objetivo alguno en cuanto a las propuestas presentadas, y 14.III LSP, que hacía referencia a las mayorías necesarias para la aprobación de los convenios que no limitaran a una espera de menos de tres años, se colegía que el contenido de las propuestas de convenio en la suspensión de pagos se regía por el principio de la autonomía de la voluntad del art. 1255 C. c. En cuanto a la quiebra, el artículo 898.I del C. de C. de 1885 establecía que el quebrado y sus acreedores podían hacer los convenios que estimaran oportunos, lo que se interpretaba en el sentido de que podían tener cualquier contenido dentro de los límites del art. 1255 C. c. Así lo corroboraban los artículos 900.II y 905 C. de C. de 1885, los cuales aludían a las quitas que pudieran hacerse acordado, y el artículo 928 del mismo cuerpo legal, que, con respecto a la quiebra de las sociedades anónimas, admitía los convenios de continuación y los de traspaso en bloque de la empresa, posibilidad que la doctrina extendía a la quiebra de todo deudor, aun cuando no respondiera a esa forma societaria. Se entendía, en consecuencia, que no solo cabían los tradicionales convenios de quita, espera o quita y espera, o los de transmisión de la empresa del concursado, sino también, aunque no lo preveía expresamente la Ley, los convenios de cesión de bienes por soluto o pro solvendo, o los que contemplaban cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado, incluso en el ámbito de la suspensión de pagos, así como cualesquiera otros que pudieran conducir a la liberación del deudor. Eso sí, solía que el contenido del convenio tenía tres límites, a través de los cuales se pretendía proteger a los acreedores disidentes y a los que no hubieran intervenido en su aceptación: primero: la prohibición de que implicara la renuncia por parte de los acreedores al importe total de sus créditos; segundo: el respeto al principio de la paridad de trato entre acreedores de la misma clase; y , finalmente, la imposibilidad de que el convenio entrañara la asunción personal de obligaciones por los acreedores” (GONZÁLEZ GONZALO, A., “Comentarios al Artículo 100”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio , para la*

corresponden con una moralización del convenio en aras de la protección de los derechos de los acreedores. En consecuencia, el convenio debe lograrse en el seno del procedimiento concursal siempre que el deudor no haya solicitado la liquidación. Se imponen límites importantes a los convenios remisorios y dilatorios, se prohíbe la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus deudas, así como cualquier forma de liquidación global del patrimonio para satisfacción de las deudas del concursado; no se podrá además alterar la clasificación de los créditos establecida legalmente ni alterar la cuantía de los créditos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas acordadas, y permite la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada, tema de nuestro interés. Quedan prohibidas las propuestas condicionadas salvo cuando se trate de concursos simultáneos. Por último, una vez admitida a trámite la propuesta de convenio, ésta no puede revocarse o modificarse.

La LC regula el contenido del convenio en su artículo 100, imponiendo verdaderas restricciones a la voluntad de las partes. Lejos de reconocer plenamente la autonomía de la voluntad de las partes o cerrar la misma a un marco taxativo legal, la Ley se decanta por una postura intermedia³¹⁹, de tal forma que pueden diferenciarse en la norma un contenido obligatorio o esencial, una serie de prohibiciones y un contenido de carácter facultativo o permitido. Dentro del primer grupo se encuentran

Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 1142).

³¹⁹ ROJO, Á., “Contenido de la propuesta de Convenio”, ob. cit., pág. 1868.

aquellas quitas y/o esperas que pueden pactarse así como el plan de viabilidad que deberá adjuntarse en caso de que se acuerde hacer frente a los pagos, total o parcialmente, con los recursos que genere la continuación de la empresa.

El segundo tipo de contenido del convenio está compuesto por las prohibiciones, que ya se han apuntado en el párrafo anterior y que son de interpretación restrictiva. El contenido facultativo está integrado por las proposiciones alternativas que pueden convenirse. Entre estas últimas pueden señalarse la capitalización de créditos, la transmisión de la empresa a favor de un tercero o unidades productivas de la misma, la fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica que se encuentra bajo el proceso concursal. Sin embargo, nada impide que además pueda pactarse cualquier otra propuesta que no sea contraria a las prohibiciones legales establecidas, siempre que se ajuste a la Ley, la moral y el orden público³²⁰.

Sí es preciso indicar que si bien el artículo 100 de la LC se denomina “*contenido de la propuesta de convenio*”, en realidad se establecen algunas normas organizadoras de los tipos de convenio, las formalidades de los convenios que

³²⁰ Véase GONZÁLEZ GONZALO, A., “Comentarios al Artículo 100” ob. cit., pág. 1143, quien en este sentido indica que puede en el convenio asegurarse el pago de las deudas conforme a lo convenido con algún tipo de garantía real o personal a cargo de un tercero, puede establecerse una limitación a las facultades de administración y disposición del concursado según el art. 137 LC, puede constituirse una comisión de acreedores que vigilen la actividad del deudor y el cumplimiento del convenio, atribuirle tal función a la administración concursal, e incluso no otorgar el mismo trato a los acreedores de la misma clase, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 125. 1 LC en cuanto a las mayorías necesarias.

garanticen la continuidad de la empresa, la prohibición de cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos y los requisitos materiales y formales de algunos convenios.

La LC no brinda una verdadera regulación sistemática de los posibles tipos de convenio³²¹, como podía inferirse de la legislación anterior³²². Sin embargo, describe que tanto el artículo 99 de la LC como los siguientes, hacen referencia a tipos específicos de convenios, que a juicio del legislador requieren un tratamiento particular porque han sido establecidas algunas limitaciones o porque existe alguna especificidad, como es el caso de los convenios con cláusulas alternativas. En todo caso, estas referencias a tipos de convenios no pretenden ser exhaustivas por cuanto no puede concluirse claramente que la intención del legislador ha sido el establecer normas pétreas sobre el contenido del convenio.

La primera mención que la normativa concursal realiza sobre algún tipo de convenio se encuentra en el artículo 99 LC referido a los contratos con propuestas alternativas. Posteriormente, en el apartado primero de este mismo numeral, se

³²¹ FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “El contenido del convenio”, en SAGRERA TIZON, J. M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, Tomo II, págs. 1206 a 1207.

³²² Puede observarse que el contenido de la propuesta de convenio concursal no ha sido regulado de igual manera en los diferentes Proyectos de ley que antecedieron a la actual Ley Concursal. En efecto, en el Anteproyecto de 1995, el contenido de la propuesta del convenio aparecía regulado en los artículos 152 y siguientes; los convenios de cesión total o parcial en los artículos 162 a 166 y el informe de continuación – viabilidad- normado en el artículo 156. Por su parte, en el Anteproyecto de 1981 se hablaba de la posible presentación de un plan de reorganización del patrimonio del deudor. Vid al respecto FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “El contenido del convenio”, ob. cit., pág. 1204.

menciona a los convenios con compromisos a cargo de un tercero. El artículo 100 LC menciona los convenios de quita, espera y mixtos³²³, con límites claros³²⁴ y excepciones a éstos³²⁵. El artículo 100.2 LC recoge el convenio en torno a la enajenación total o parcial de la empresa a un tercero³²⁶, no acreedor³²⁷, quien

³²³ En cuanto a los convenios remisorios, dilatorios y mixtos, el artículo 100.1 LC establece un límite cuantitativo al importe que pudo ser objeto de la rebaja como al plazo en que puede aplazarse el término de vencimiento de la obligación. La razón de ser de estas limitaciones es evitar los convenios que por su dilación en el tiempo sean incontrolables. Fuera de cualquier caso excepcional, un convenio no puede establecer una rebaja superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario ni una espera superior a cinco años para su pago. El cincuenta por ciento del crédito, con miras a determinar el límite máximo aludido, se calcula sobre el importe que conste en la lista de acreedores cuando no existen parámetros porcentuales. El plazo de la espera se debe contar desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio (DE LA CUESTA RUTE, J. *El convenio concursal: Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 43 y ss.).

³²⁴ La LC limita las quitas y esperas en relación con los créditos ordinarios para salvaguardarlos. En cuanto a los acreedores privilegiados, quienes ostentan el derecho de abstención de los artículos 123 y 134.2 LC, no requieren de esta protección particular. Si éstos no están de acuerdo con la quita o la espera que se les propone, les basta con no votar individualmente o adherirse a él, para que el convenio no les vincule. Los acreedores subordinados se verán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas para los créditos ordinarios, según el artículo 134.1.II LC.

³²⁵ La ley contempla dos casos excepcionales en que éstos pueden variar los límites de la quita y la espera: la empresa de especial trascendencia económica (párrafo segundo del artículo 101.1 LC) y el artículo 104.2. LC, en torno a los convenios anticipados. En el primer supuesto, es preciso realizar algunas observaciones debido a las múltiples críticas que ha recibido esta norma. Y es que tales reparos se han realizado por la indeterminación del concepto *especial relevancia para la economía*, por la falta de criterios de interpretación para valorar tal trascendencia, y por la introducción que hace esta norma de un trato desigual entre pequeña y gran empresa. Según la segunda excepción a los límites de la quita y espera, sí se prevé pagar la totalidad o una parte los créditos con recursos que genere la continuación de la actividad empresarial o profesional, el juez puede autorizar motivadamente una quita o una espera mayor a la permitida por el artículo 100.1 LC. Para ello debe solicitarlo la parte y acompañar tal petición de un plan de viabilidad que expresamente contemple esta posibilidad. ROJO, Á., (Dir.), *La reforma del Derecho Concursal Español*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pág. 128; GONZÁLEZ GONZALO, A., “Comentarios al artículo 100”, ob. cit., pág. 1147 y ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de Conservación de la Empresa en la Ley Concursal*, ob. cit., pág. 167.

³²⁶ El artículo 100.4 LC permite las enajenaciones singulares de bienes y derechos que se encuentran dentro del patrimonio del concursado destinadas a la obtención de fondos, o bien la venta de la empresa o determinadas unidades productivas, siempre y cuando éstas garanticen la continuidad de la empresa y no constituyan procedimientos liquidatorios al margen de la Ley Concursal. En

garantice no solo la continuidad de la actividad empresarial, sino también el pago de las deudas en los términos expresados en el mismo convenio. Por último, el artículo 101 LC menciona los convenios con propuestas condicionadas³²⁸.

Una modificación estructural puede constituir el contenido único del convenio concursal. En torno a la necesidad de que todo convenio sea de carácter dilatorio o remisorio se han vertido diferentes opiniones doctrinales³²⁹, partiendo del análisis

cuanto a la primera excepción señalada, adolece la Ley Concursal de falta de claridad y determinación en cuanto al número de bienes o derechos que puedan enajenarse, por cuanto puede ocurrir que se pacte solapadamente por esta vía un convenio con un fuerte contenido liquidatorio.

³²⁷ Sobre el particular, critica VERDÚ CAÑETE que *“no parece razonable que se prohíba a los acreedores la adquisición de los bienes del concursado, ni siquiera cuando tenga por finalidad la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, y, sin embargo, sí se admita tal posibilidad para sólo uno de ellos. Ello nos induce a pensar que esa “persona natural o jurídica determinada” no puede ser un acreedor. Lo contrario supondría que aquellas empresas, cuyo saneamiento sea viable, podrían ser adquiridas por un sólo acreedor (por ejemplo, un empresario del mismo sector) que continúe con la actividad empresarial pagando al resto de los acreedores (con las quitas o esperas pactadas), pero no por el conjunto de acreedores, privando a estos últimos de los beneficios que pueden derivarse de dicha operación. Así, la literalidad del precepto nos lleva a admitir que esa persona natural o jurídica determinada pueda ser un acreedor. Sin embargo, una interpretación sistemática del mismo, en conjunción con el párrafo siguiente, hace discutible la admisión de dicha posibilidad”* (VERDÚ CAÑETE, M. J., “Notas sobre el Nuevo Derecho Concursal”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 22, 2004, pág. 407).

³²⁸ La propuesta de concurso que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada. Sin embargo, como excepción a ello se establece el caso de los concursos conexos, en los cuales la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros.

³²⁹ Para algunos, la propuesta de convenio, y por ende el contenido del convenio, consistirá ineludiblemente en una quita o una espera, que pueden proponerse en conjunto o por separado, pero siempre dentro de los límites establecidos para los créditos ordinarios. Según esta posición, literalmente el artículo 100.1 LC establece que la propuesta de convenio deberá contener proposición de quita o espera, pudiendo además tener ambas a la vez. Ello se ve corroborado, según esta postura, con el segundo apartado del mismo artículo donde se declara que la propuesta podrá contener proposiciones alternativas para todos los acreedores o para una o varias clases de ellos. Véase en este punto, ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Civitas, 2006, pág. 164. En igual sentido puede consultarse ROJO FERNÁNDEZ - RÍO, A., “El Contenido de la Propuesta del Convenio”, en ROJO, Á. y BELTRÁN E. (Dir.),

exegético del artículo 100 de la LC. Sin embargo, aquella posición que niega el carácter obligatorio de la norma parece la más apropiada al espíritu real de la ley. Aun cuando la sociedad concursada, por medio del convenio concursal, se una a otra para constituir una nueva sociedad, sea absorbida por una sociedad preexistente, se escinda totalmente o transmita globalmente su activo y pasivo a cambio de una contraprestación para los socios, nada impide que vaya acompañada de la correspondiente quita, espera o quita y espera. Es más, la primera situación a determinar para que una sociedad concursada participe en una modificación estructural, como se mencionó en líneas atrás, es la conciliación del tipo de canje de las acciones, cuotas o participaciones, la cual debe hacerse sobre la base del valor real de las sociedades participantes. En ese sentido parece prudente que, junto a la modificación estructural planteada dentro del convenio concursal, puedan proponerse

Comentario de la Ley Concursal, España, Editorial Civitas, 2006, Vol. 2, págs. 1864 a 1899 y pág. 1870, quien además agrega que esta regla tiene por excepción, la posibilidad de convenio donde se pacte el pago inmediato sin reducción del nominal de los créditos respectivos. Defienden lo contrario a lo anterior aquellos para quienes el contenido del convenio no tiene que pasar necesariamente por un acuerdo remisorio, dilatorio o mixto, lo cual toma real importancia en los supuestos de insolvencia inminente por cuanto la propuesta de convenio podrá contener la enajenación con cesión global o parcial el activo y la asunción de pasivo. Así, PULGAR EZQUERRA, J., “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas del Estado”, en *RDCP*, núm. 1, 2004, pág. 139. Pero también existe posiciones intermedias que se decantan por indicar que el convenio es una solución convenida y por ello de ninguna manera ha de pensarse que su contenido solo puede ser remisorio o dilatorio, o puede combinar uno y otro efecto. Es claro que todo convenio se dirige de un lado a reordenar el pasivo del deudor para paliarlo con el valor de su activo y, de otro, desplaza en una situación en que no es posible cumplir las obligaciones regularmente. Así la reorganizadora del pasivo y del activo en que consista el convenio, no dejará de incluir una rebaja o una espera de los créditos. De ahí que todo convenio, de una u otra manera, suponga un contenido remisorio o dilatorio o mixto, aunque no se pacte de manera directa una rebaja o un aplazamiento. Pero esto no significa que necesariamente deba contener un pacto por el que directamente deba producirse una quita o una espera. A su modo de ver, el artículo 100.1 debe entenderse en el sentido de que se excluye la posibilidad de que un convenio concursal sea la sede adecuada para una condonación total de los créditos (DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal: Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, ob. cit., pág. 42 a 43).

otros contenidos del convenio (como las quitas y las esperas) que ayudaría a dar cumplimiento a tal relación de canje.

La propuesta cronológica sería que primero se apruebe la propuesta de convenio concursal y después la modificación estructural³³⁰. Por ello podríamos,

³³⁰ En igual sentido, LARGO GIL R., “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, ob. cit., págs. 2148 y ss. y CERDÁ ALBERO, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, ob. cit. pág. 722. Ambos autores estiman que es esta solución la más adecuada para salvar el inconveniente práctico de no poder encontrar una sociedad saneada dispuesta a involucrarse en un proyecto de modificación estructural en sede concursal que no hubiera sido aprobado por los acreedores y por el Juez del concurso, para hacer efectivo el derecho de oposición de los acreedores contra el acuerdo social correspondiente y posibilitar que los socios conozcan el convenio concursal y se manifiesten sobre el mismo. La modificación estructural estaría al servicio del convenio y al aprobarla los socios estarían, en cierto modo, aprobando el convenio. Sería la solución más relacionada con el derecho de oposición de los acreedores frente a las modificaciones estructurales, el cual se desactiva con la aprobación del convenio concursal. En contra de tal opinión se muestra quien señala que esta postura alteraría el procedimiento de modificación estructural legalmente previsto en el ámbito societario, en el que precede el acuerdo social de modificación estructural a la participación de los acreedores en las modificaciones estructurales, además de que la propuesta de convenio se presentaría sometida a condición, lo cual supondría que el art. 101 LC la tuviera por no presentada. Por eso se defiende que se anteponga la adopción del acuerdo social a la aceptación por los acreedores. Así, PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág. 758 a 759. Por su parte, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Cesión Global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, documento electrónico en http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012 y en “Cesión Global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, núm. 14, 2011 págs. 161 a 162 se decanta por una posición intermedia por cuanto señala que “*la modificación estructural han de aprobarla los socios de la sociedad concursada cedente, como que el convenio concursal deben aceptarlo mayoritariamente los acreedores concursales, no es relevante si precede la aprobación por los socios de la cesión global a la aceptación del convenio por los acreedores o al revés. De hecho, dado que la modificación estructural está al servicio del concurso porque la cesión global de activo y pasivo se utiliza para dar solución al concurso, no resulta extraño que se pueda alterar el devenir procedimental corriente en una modificación estructural societaria y que la intervención de los acreedores preceda al consentimiento de los socios, sobre todo porque con ello no se les priva a estos de su poder de decisión último sobre la estructura de la sociedad a la que pertenecen. Además, apoyando que la propuesta de convenio pueda contener sólo el proyecto de cesión global elaborado y suscrito por la administración societaria, en el que los socios, no se olvide, no pueden introducir modificaciones, se posibilita la protección más completa de los acreedores mediante el ejercicio de los dos derechos de oposición que las leyes les reconocen, el concursal y el societario, que no coinciden pero que pueden integrarse.*”

erróneamente a nuestro juicio, determinar que la propuesta de convenio que contenga una modificación estructural aún no consentida por todos los respectivos participantes sería una propuesta subordinada a condición, y por ende, debería tenerse por no puesta (art. 101 LC)³³¹. Lo cual no es así, por cuanto tal cláusula no es en sí un hecho futuro o incierto de cuya concurrencia se haga depender el nacimiento de la obligación, como determina el artículo 1113 del CC que son las condiciones. Más bien, la operación de modificación estructural es el contenido mismo del convenio, y la falta de aprobación por parte de la junta de socios o el otorgamiento de la escritura, como partes esenciales del procedimiento de la modificación estructural, produce el

³³¹ Es significativo el auto de la AP de Madrid, Auto de 23 julio 2008 (JUR 2010\54640) en concursado de FORUM FILATELICO, S.A., según el cual se rechaza una propuesta de convenio que contiene una propuesta de escisión parcial que aún no había pasado por la aprobación de la Junta. En ese sentido, determina que: *“Además de lo expuesto, debe indicarse que la eficacia del convenio se hace depender para su eficacia de acontecimientos futuros como son: la conversión de la concursada FORUM FILATELICO; SA en una sociedad limitada; la efectiva cotización en bolsa del FONDO DE INVERSION INMOBILIARIO que constituirá BLAUROCK ASC 21, S.L y de la SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL DE FILATELIA (TRADING CO.) que constituirá NEEM TERNACIONAL 21, S.L. Estas operaciones constituyen, como acontecimientos futuros e inciertos, auténticas condiciones, pues las operaciones societarias requieren de la aprobación de la Junta de accionistas de la sociedad y la cotización en bolsa de la efectiva autorización de la entidad reguladora, circunstancias éstas que no dependen de la exclusiva voluntad del proponente. El legislador ha querido que la obligación contraída en la propuesta de convenio sea una obligación pura y así el artículo 101 de la Ley concursal establece que: La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada. Esta condición no tiene por qué ser expresa, puede ser implícita y como se ha descrito la eficacia del convenio se hace depender de una serie de acontecimientos, indicados en el párrafo precedente, que son auténticas condiciones, contenido que infringe las previsiones de la ley concursal y que deben ser analizadas en este momento procesal. Es por ello que el convenio no puede ser admitido a trámite por infracción legal de su contenido, defecto insubsanable que implica su inadmisión en esta fase del procedimiento.”*

incumplimiento del convenio y la generación de las consecuencias que a éste acompañan³³².

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

La primera tarea que se plantea al contemplar la posibilidad de que las operaciones de modificación estructural formen parte de un convenio concursal es la de compatibilizar ambos procedimientos, por cuanto cada uno de ellos es cerrado e imperativo. El legislador no se ha ocupado de este tema, por lo que nuevamente debe recurrirse a la interpretación para plantear una solución.

En primer término, la Ley Concursal es clara en cuanto al trámite que debe seguir el convenio concursal, dado que puede darse tanto en la fase común de concurso, a partir de una propuesta anticipada proyectada por el deudor (arts. 104 y ss. LC) o en la fase ordinaria, por una propuesta del deudor o los acreedores o sus representantes (art. 99 LC), una vez que se hayan concluido los textos de la lista de acreedores y del inventario (arts. 111 y ss. LC). La propuesta será admitida a trámite por el juez del concurso (arts. 106 y 114 LC), para después ser evaluada por la administración concursal (arts. 107 y 115 LC). Deberá alcanzar el consentimiento mayoritario de los acreedores, sea en forma de adhesiones escritas en el caso del

³³² BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2013}, s. p.

convenio anticipado o de tramitación escrita del convenio ordinario (arts. 108 y 115 bis LC), o bien en forma de adhesiones escritas y de votos obtenidos en la Junta de acreedores (art. 121 LC). Admitida mayoritariamente por los acreedores y antes de que el juez la apruebe, cabrá la oposición al convenio (arts. 109. 2 y 128 LC). Terminado el plazo otorgado para ello y teniendo en cuenta las oposiciones admitidas, el juez decidirá, sin tener la facultad para modificarlo, si aprueba o no el convenio elaborado (arts. 109. 1 y 131 LC). Una vez que el convenio cuente con la aprobación judicial, desdoblará todos sus efectos y sólo cabrá resolverlo por medio de la declaración de su incumplimiento (art. 140 LC) o su anulación por dolo decisivo (art. 143. 1. 4º LC). Cumplido el convenio, se deberá acreditar y solicitar la declaración judicial de cumplimiento. Cuando se cuente con ello y estén caducadas o rechazadas, por resolución judicial firme, las acciones de declaración de incumplimiento presentadas, se declarará concluido el concurso (art. 141 LC).

Por su parte, el procedimiento de las modificaciones estructurales, como ya analizamos para cada caso concreto, se encuentra conformado por una etapa de negociaciones sobre el contenido del futuro proyecto común de la operación y cuya competencia corresponde a los administradores de la sociedad. Posteriormente, en la etapa preparatoria, se redactará el proyecto de la operación por parte de los administradores de la sociedad con un contenido legalmente descrito, proyecto que se depositará en el Registro Mercantil y que abre un derecho de información a los socios. Este derecho comprende su acceso al proyecto y al informe explicativo del mismo redactado por los administradores y demás documentos e informes. En la fase

decisoria la Junta general de las sociedades participantes deberá aprobar por mayoría la operación, sin que puedan modificar el proyecto redactado por los administradores. Una vez adoptado el acuerdo por la junta de socios, se pasa a un período de pendencia y publicidad surgiendo entonces un derecho de oposición de los acreedores de las sociedades participantes, de tal manera que hasta que no se les garanticen de forma adecuada los créditos no se podrá seguir adelante con el procedimiento. Realizado esto, las partes involucradas otorgarán escritura pública de la modificación estructural que se inscribirá en el Registro Mercantil y la operación desplegará todos sus efectos.

Para hacer compatibles ambos procedimientos, debemos partir de ciertas matizaciones importantes. En las propuestas de convenio concursal que contengan modificaciones estructurales, sean anticipadas u ordinarias, el proyecto ha de ser redactado y suscrito por la administración de las sociedades concursadas³³³, salvo que exista suspensión de sus facultades. En este último caso, deberá participar la administración concursal una vez que ésta ha sido debidamente nombrada. Por disposición del artículo 44.1 LC el deudor, mientras no se encuentre designado el administrador concursal, no podrá más que realizar actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad y que se ajusten a las condiciones normales del mercado. Así las cosas, se imponen dos notas relevantes, Primero, una vez declarado el concurso y antes del nombramiento de los

³³³ Al respecto, LARGO GIL R., “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 108 y ss., propone que la propuesta de convenio concursal deba ser iniciada y suscrita por la administración concursal si ya se ha iniciado el concurso y ha acaecido su nombramiento.

administradores concursales, no podrá llevarse a cabo modificación estructural alguna por cuanto es obligada la intervención o participación de éstos. Segundo, por la especialidad del asunto, este administrador deberá ser especializado y poseer conocimiento claro sobre estas operaciones.

Al tratar de articular ambos procedimientos, hemos partido de que primero debe ser aprobado convenio y después la modificación estructural³³⁴, por cuanto ésta será la forma óptima no solo para hacer más atractiva la operación para la sociedad solvente que participará, sino porque se articula de manera más adecuada el derecho de oposición de los acreedores, como se verá.

Partiendo de ello, no necesariamente la propuesta de convenio concursal ha de incluir un borrador completo del proyecto común de la modificación estructural, pues basta con que se expongan los aspectos fundamentales de la operación propuesta y el compromiso de la sociedad concursada de que realizará todas las actuaciones necesarias para su culminación³³⁵. Deberá expresar el deber de los administradores de depositar en el Registro Mercantil el proyecto de la modificación estructural en un plazo de tiempo determinado después de la firmeza de las resoluciones que aprueben el convenio concursal, así como un plazo para que la junta de socios apruebe el proyecto. La propuesta de convenio que contenga una modificación estructural de la

³³⁴ Ambas posturas gozan de fuertes argumentos en contra y a favor. Vid supra nota al pie número 329.

³³⁵ CERDÁ ALBERO, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, ob. cit. pág. 722.

sociedad concursada deberá acompañarse de un plan de viabilidad (artículo 100.5 LC)³³⁶, un plan de pagos y demás documentación³³⁷ legalmente requerida.

Si se trata de la propuesta anticipada de convenio, su tramitación procesal será más sencilla y ágil ya que ha de ser acompañada por las adhesiones³³⁸ de los acreedores ordinarios y privilegiados³³⁹, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Si se reúnen todos los requisitos procesales y formales, el juez les dará trámite mediante un auto, el cual no podrá recurrirse (artículo 106.4 LC). Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, se dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación. No requiere de la aprobación por parte de los

³³⁶ Reza dicho artículo: “*Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.*”

³³⁷ Señala que un problema de compatibilidad entre ambos procesos es la duplicidad de documentación e informes que se requieren, por lo que bien podrían simplificarse a los efectos de las operaciones ganaran en rentabilidad de tiempo y costes. Así el plan de pagos y el plan de viabilidad podrían hacer las veces del informe de los administradores. Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., “Transmisión total o parcial de la empresa como contenido del convenio concursal”, ob. cit., pág. 266.

³³⁸ Adhesiones que siguen las siguientes reglas del artículo 103 LC: 1) Los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos legalmente; 2) La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno, pues de lo contrario se tendrá al acreedor por no adherido; 3) Deberá la adhesión expresar la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase; 4) La adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan.

³³⁹ Partimos del artículo 89 LC para diferenciar los créditos ordinarios de los privilegiados, siendo que estos últimos también engloban aquellos que tienen privilegio especial (art. 90 LC) y los que tienen privilegio general (art. 91 LC).

acreedores reunidos en Junta y se tendrá por aprobada cuando se hayan alcanzado las adhesiones de los acreedores cuyos créditos representen al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso (artículo 124.3 LC). Por medio de sentencia se emitirá la aprobación judicial. Si no fuera aprobada por el número suficiente de adhesiones, el juez dictará un auto, en el cual decretará la apertura de la fase de convenio o de liquidación.

La propuesta ordinaria de convenio concursal con contenido de modificación estructural requiere de la aceptación por la Junta de Acreedores, aunque también admite adhesiones (art. 115.3 LC). El juez procederá a convocar la Junta pertinente (artículos 23 y 111. 2 LC), la cual deberá celebrarse como mínimo, pasados quince días desde que se convocó y con la asistencia de los miembros de la administración concursal³⁴⁰, del concursado personalmente o por apoderado con facultades para negociar y aceptar convenios, del Juez y del Secretario judicial. Tendrán además derecho de asistencia los acreedores que figuren en la relación de incluidos del texto definitivo de la lista, quienes además podrán hacerse representar en la junta por medio de apoderado, sea o no acreedor.

La Junta se constituirá con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe, al menos, de la mitad del pasivo ordinario del concurso siguiendo las

³⁴⁰ Su incumplimiento dará lugar a la pérdida del derecho a la remuneración fijada, con la devolución a la masa de las cantidades percibidas.

formalidades del acto. De la emisión del voto por parte de los acreedores, se adoptará o no el convenio con la mayoría exigida por el artículo 124 LC.

Tanto la propuesta anticipada de convenio concursal, como la ordinaria, deberán pasar por el control de legalidad del procedimiento ejercido por el juez del concurso, que se plasma en la aprobación que éste hace de la propuesta en sentencia. El juez tiene vetado de modificar su contenido o alterar las bases para la realización de la modificación estructural.

Hecho todo ello, lo que procede es la redacción y suscripción del proyecto común y del informe explicativo de la modificación estructural por parte los administradores de la sociedad concursada, mas si el juez del concurso hubiera optado por la suspensión, la administración concursal deberá sustituir a los administradores sociales. La operación de modificación estructural se someterá a las juntas generales de las sociedades implicadas para su aprobación y seguirá el curso ordinario del procedimiento previsto por la LMESM. Desde el punto de vista procedimental, una vez respetado el derecho de oposición de los acreedores a la modificación estructural, pertenecerá al cumplimiento del convenio la formalización de la escritura pública de la modificación estructural y su inscripción en el Registro Mercantil.

Se plantea aquí la considerada situación del ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades participantes de la modificación estructural según

el artículo 44 LMESM en concordancia con las reglas concursales sobre la extensión subjetiva del convenio concursal (artículo 134 LC). Este problema debe solucionarse distinguiendo las categorías propias de acreedores del concurso³⁴¹. Por un lado, los acreedores de la masa, quienes no se someten al convenio, se rigen por las normas generales. De modo que, si el crédito no está vencido y no está suficientemente garantizado, podrán oponerse a la modificación estructural en las circunstancias legalmente establecidas. Por su parte, los acreedores concursales conservan su derecho de abstención según el artículo 123 LC, de forma tal que si no votan a favor del convenio no quedan afectados por éste (art. 134.2 LC) y, si su crédito no está vencido y no está garantizado gozarán de derecho de oposición³⁴². Los acreedores ordinarios y subordinados quedan, en cambio, obligados (arts. 134.1 y 136 LC), de forma tal que su derecho de oposición, del que en situaciones corrientes gozarían los titulares de créditos no vencidos y no garantizados, se reemplaza por la norma concursal de la admisión válida de un acuerdo entre el deudor y la comunidad de los

³⁴¹ Diferente opinión sobre este asunto tiene PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit., págs. 760 a 761, para quien la aceptación que realizan los acreedores de la sociedad concursada, en el momento de aprobar el convenio concursal cuyo contenido es la modificación estructural, desactiva el derecho de oposición de éstos tal como está dispuesto.

³⁴² En este aspecto matiza CERDÁ ALBERO, F. “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit. pág. 725, que este derecho de oposición no se extiende a los acreedores con privilegio especial, en el tanto que con dicho privilegio se encuentra debidamente garantizado. Por otro lado, la reciente sentencia emitida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid en su Sentencia de 7 de febrero de 2013, se niega que en fusiones que forman parte del contenido en un convenio concursal pueda ejercitarse el derecho de oposición individual de los acreedores en los términos dados en la legislación societaria. Al respecto, cabe destacar: “*En efecto, como ha manifestado la doctrina que ha estudiado esta cuestión, el reconocimiento de un derecho de oposición individual alteraría el principio de la pars conditio creditorum, constituiría una derogación del principio mayoritario al que los acreedores deben quedar sujetos en caso de concurso, y significaría a favor de los acreedores opuestos un privilegio atípico vedado por el artículo 89.2 Ley Concursal.*”

acreedores que solucione la insolvencia³⁴³. Claro está que en la operación de modificación estructural en sede concursal en la que participa además una sociedad solvente, el derecho de oposición de sus acreedores se regirá por las reglas generales del artículo 44 LMESM.

La inscripción y publicación de la operación de modificación estructural desencadena de manera automática y en un solo acto todos los efectos de la operación de la que se trate. Principalmente, estos efectos consisten en la transmisión los activos y pasivos por medio de la sucesión universal, en la integración de los socios a las sociedades adquirentes, en la asunción por parte de la sociedad adquirente de la responsabilidad de pagar a los acreedores de la sociedad concursada de acuerdo con lo dispuesto por el convenio concursal aprobado y en la extinción de la sociedad transmitente en virtud de la fusión, escisión total o cesión global cuya contraprestación es recibida de manera integral por los socios, o bien en la “*reducción*” de la sociedad por la segregación o escisión parcial.

No obstante, del despliegue de tales efectos no resulta la conclusión automática del concurso. Ello ocurrirá cuanto se declare judicialmente cumplido el convenio y caduquen o se rechacen las solicitudes de declaración de incumplimiento. Si estamos ante modificaciones estructurales que conllevan la extinción de la

³⁴³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores, documento electrónico* en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2013} y CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones Estructurales Societarias y Concurso de Acreedores, Acciones de impugnación y convenio concursal”, ob. cit., págs. 724 a 725.

sociedad concursada, se produce la sucesión procesal de la sociedad adquirente, lo que resulta muy significativo a los efectos del incumplimiento del convenio.

El convenio no se entenderá cumplido hasta que se pague a todos los acreedores en los términos que se establece su propio contenido, es decir, hasta que la sociedad adquirente haga efectivo tales pagos, y solo en este momento se podrá solicitar del juez del concurso la declaración de cumplimiento del convenio. Una vez firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurridos los plazos de caducidad, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se le dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC (art. 141. 1 LC). Pero si se produce algún incumplimiento, cualquier acreedor afectado podrá solicitar del juez su declaración, que implicará la rescisión del convenio y la desaparición de sus efectos sobre los créditos (art. 141. 4 LC), la apertura de oficio de la fase de liquidación concursal (art. 143. 5º LC), y el nacimiento de la responsabilidad de la sociedad o sociedades adquirentes por sucesión procesal hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos con la operación.

Por ello, es interesante determinar qué sucede cuando se incumple un convenio concursal cuyo contenido está integrado por una operación de modificación estructural. Son varias las hipótesis, dependiendo del momento en que se dé tal incumplimiento. Así, el convenio concursal puede incumplirse si no llega a concretarse la modificación estructural pactada, por la razón que fuese: la modificación estructural no es aprobada por alguna de las juntas de socios de las

sociedades participantes, prospera la oposición de alguno de los acreedores con este derecho, o bien la operación no se realizó de acuerdo con todas las previsiones legales imperativas. Por otro lado, podrá producirse el incumplimiento cuando, habiéndose aprobado el convenio concursal y realizada la operación de modificación estructural, se dé un posterior incumplimiento del primero.

En el primero de los casos, si la modificación estructural no llega a completarse, ello conllevará el incumplimiento del convenio con todos los efectos ya enunciados y principalmente se procederá con la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada. Por otro lado, si el convenio concursal fuera declarado nulo (art. 143 LC), la modificación estructural quedará sin efecto alguno, por lo que deberá abrirse igualmente la fase de liquidación de la sociedad concursada. En este caso, los acreedores dejarán de estar vinculados por las posibles quitas o esperas establecidas en él, y no estarán obligados a restituir lo ya cobrado en cumplimiento del convenio, mientras no se pruebe la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato.

Si el convenio se incumple, una vez concluida la operación de reestructuración societaria, por ejemplo, porque se ha declarado nula la modificación estructural en razón del art. 47.1 LMESM, no desaparecerá la modificación estructural pactada o sus efectos propios como son la transmisión patrimonial por sucesión universal y la integración de los socios. Dicha situación no podrá afectar a las obligaciones surgidas después de su inscripción (art. 47.2 LME).

Si por efecto de la operación de modificación estructural la sociedad concursada se extingue, ésta no se reactivará, sino que quedará extinguida. Pero si en cambio, el convenio contiene, aparte de la operación de modificación estructural, otros contenidos diferentes (como lo son quitas y/o esperas), la sociedad adquirente deberá responder por ellas, pues solo se podrá por dar por concluido el convenio cuando la sociedad que se fusione con la sociedad concursada o la adquiera pague en su totalidad las deudas por ésta contraídas y con arreglo a lo dispuesto por el convenio concursal. Al respecto, se ha señalado además que en este supuesto, las sociedades absorbentes o beneficiarias pasarán a ser concursadas por sucesión procesal³⁴⁴, por lo que deberán asumir las obligaciones en los términos dados por el convenio.

En el caso de la fusión, ello no presenta mayores complicaciones, por cuanto la responsabilidad recae en una sola sociedad. Pero en el caso de la escisión, el panorama se complica un poco más. Así, si se está ante el supuesto de una escisión total, deberá referirse, en primera instancia, al reparto de las obligaciones de acuerdo con el proyecto de escisión. Pero si sobreviene el incumplimiento de alguna de estas obligaciones por alguna de las sociedades beneficiarias, y se denuncia tal incumplimiento, al resto de las sociedades beneficiarias se les aplicará la regla del artículo 80 LMESM. En virtud de tal disposición, tanto su responsabilidad subsidiaria como solidaria quedarán limitadas al importe del activo neto dado en la escisión a

³⁴⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p.

cada una de ellas. Para el caso de la escisión parcial y la segregación, las disposiciones contenidas por el artículo 80 LMESM eximen de responsabilidad a las sociedades beneficiarias, por cuanto será la propia sociedad escindida quien responda por la totalidad de la obligación. En el caso de que las obligaciones asumidas por un cesionario resulten incumplidas por la inobservancia del convenio, los demás cesionarios responderán solidariamente hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la operación. Pero además los socios responderán hasta el límite de lo que han recibido como contraprestación por la cesión. La propia sociedad no extinta responderá por la totalidad de la obligación. A diferencia de la escisión, esta responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios está sujeta a un plazo de prescripción de cinco años (artículo 91 LMESM).

Cabe la posibilidad de que la sociedad concursada, durante el período de cumplimiento del convenio concursal, participe en una operación de modificación estructural ajena al mismo convenio. Ello es posible por dos razones: la aprobación judicial del convenio no significa la conclusión definitiva del proceso concursal y además la misma repone al concursado sus facultades de disposición y administración al cesar los efectos propios de la declaración del proceso concursal (artículo 133.2 LC). Claramente este último argumento está supeditado a que dentro del mismo convenio no se haya estipulado lo contrario, es decir se hayan impuesto medidas prohibitivas a tales facultades (art. 137 LC). Pues en tal caso, la sociedad concursada no recupera todas sus facultades patrimoniales (arts. 133.2 y 137 de la LC) y no podrá participar de forma alguna en una modificación estructural.

Bajo esta hipótesis, el convenio seguirá vigente hasta tanto se proceda con su cumplimiento. Si la operación por la que se opta es una fusión, se mantiene como deudor la sociedad adsorbente o resultante, pero según la letra del artículo 140.4 LC, el incumplimiento acarrea la desaparición de los efectos novatorios del convenio sobre los créditos de carácter concursal. Por otro lado, si lo operado es una operación de escisión, es conveniente armonizar las reglas concursales con lo dispuesto por el artículo 80 LMESM. Así, tratándose de una operación de escisión total, en el caso de que después alguna de las sociedades beneficiarias incumpla alguna obligación del convenio y se vea afectada por la modificación estructural operada, responderán solidariamente las demás sociedades beneficiadas hasta el límite del importe neto atribuido en la escisión. En los supuestos en los que se ha realizado una escisión parcial, en la que la operación incumplida ha sido atribuida a alguna de las sociedades beneficiarias y ésta incumple con su responsabilidad, la sociedad parcialmente escindida responde por la totalidad de la obligación.

No presenta mayores complicaciones en estos supuestos la aplicación de la figura de la segregación, por cuanto lo que opera en realidad es la permuta de una o varias unidades económicas por acciones o participaciones que recibe directamente la sociedad. Así, si se incumple algún pago según el convenio concursal, deberá primero determinarse si tal obligación fue atribuida a alguna sociedad beneficiaria como parte de la/las unidades económicas traspasadas o si se mantiene aún dentro de la esfera patrimonial de la sociedad segregada. En el primer supuesto, entran en juego las reglas propias del artículo 80 LMESM ya analizado; en el segundo, podrá

solicitarse la declaración judicial de incumplimiento del convenio, con lo cual se despliegan todos los efectos del mismo (artículos 141 y 143.1.5) y se abre la fase de liquidación de la sociedad segregada, en cuyo activo permanecen las acciones, participaciones y cuotas recibidas.

3. Las modificaciones estructurales de una sociedad en liquidación concursal

Del mismo modo, cabe resolver qué sucede con las operaciones de modificación estructural en la fase de liquidación concursal, tanto ordinaria como anticipada. Este tema ya había sido analizado con anterioridad por la doctrina, pero contemplado la regulación contenida en el artículo 94.3 LSRL y con posiciones encontradas, bien porque se admitiera como una forma de conservación en la quiebra y en la suspensión de pagos, bien como una aplicación general de la figura para la liquidación concursal³⁴⁵.

Actualmente con la LC la cuestión no está tampoco muy clara. La propia ley no prevé en una norma expresa el empleo las modificaciones estructurales como forma de solución del concurso en la fase de liquidación. Pero tampoco lo prohíbe. La doctrina tampoco ha sido unánime en este punto. Por un lado, no niega totalmente la posibilidad de articular una modificación estructural durante la liquidación

³⁴⁵ CERDÁ ALBERO, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, ob. cit., págs. 9342 y 9351.

concurzal, si bien se parte de la dificultad que ésta comporta debido a que este tipo de operaciones implican una contraprestación en acciones, participaciones u cuotas y no en dinero en metálico³⁴⁶.

Por otro lado, otros autores³⁴⁷ diferencian para el caso concreto de la fusión, que la absorción de la sociedad en liquidación concursal conllevaría su extinción, lo que supone una liquidación concursal parcial no prevista legalmente o una especie de superación de la causa de la crisis que determinó la apertura del concurso y de la fase de liquidación por parte del proceso de fusión³⁴⁸. Admiten, quienes se muestran partidarios de esta postura, además, que la absorción de otra u otras sociedades solventes por parte de una sociedad concursal es factible, ya que la operación no implica su desaparición, sino la adquisición de nuevos activos. En el caso de esta misma hipótesis, pero desde la perspectiva de las sociedades absorbidas, reconocen que se aumentan las probabilidades del ejercicio del derecho de oposición por parte de un gran número de acreedores a quienes la situación concursal les hace temer que sus créditos no encuentren suficiente garantía o que no resulten pagadas. Además, señalan que es poco probable que se logre formar el voto de mayoría requerido para aprobar el acuerdo de fusión. Puntualizan que existirían graves problemas para justificar la operación, máxime si el valor patrimonial de la absorbente es de carácter

³⁴⁶ LARGO GIL R., “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, ob. cit., págs. 89 y 100.

³⁴⁷ Véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, ob. cit., págs. 4822 y ss.

³⁴⁸ Debido a que la fusión no consiste por sí misma una causa de terminación del proceso concursal.

negativo, lo que genera dificultades añadidas para la determinación del tipo de canje de las acciones. Sin embargo, todas estas situaciones podrían superarse en las hipótesis de absorciones de una filial íntegramente participada de un mismo grupo. En cuanto a la sociedad absorbente, la operación necesariamente debe ser compatible y contenida en el plan de liquidación del artículo 148 LC.

Por interpretación de los artículos 5, 28 y 83 de la LMESM, correspondientes a la liquidación societaria, se considera posible la participación de sociedades en operaciones de modificación estructural durante la fase de liquidación concursal³⁴⁹, siempre que se acoja la condición que imponen estas normas. Es decir, que la sociedad en liquidación no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios. A pesar de ello, hay a quien no le parece útil en principio acudir a estas figuras, en la medida en la que los requerimientos formales de la liquidación concursal –artículos 142 y siguientes LC– podrán complicarlos, señalando también que sus efectos más interesantes los mecanismos concursales de transmisión de

³⁴⁹ Al respecto se ha justificado la bondad en la aplicación de estas operaciones en esta fase, por cuanto la “transmisión global de la empresa es la solución preferida por el legislador incluso en esta fase del concurso, hasta el punto de que se declara que, siempre que sea factible, los bienes de la empresa deberán ser enajenados de forma global, tanto si se aprueba un plan de liquidación (art. 148.1 LC) como si se aplicaran las reglas supletorias de liquidación (art. 149.1-1ª LC). Y si la transmisión de la empresa es posible –e incluso legalmente incentivada– aunque la sociedad se encuentre en liquidación, parece que no puede rechazarse la posibilidad de que esa transmisión se produzca a través de una modificación estructural. Sin embargo, el hecho de que en esta fase del concurso el valor del patrimonio neto de la sociedad sea normalmente negativo hará poco probable –o incluso inviable– una fusión, una escisión total o una cesión global de activo y pasivo de la concursada. Además, es discutible la consideración como operación de liquidación de aquella modificación estructural en la que la concursada sea la adquirente (sociedad absorbente o cesionaria).” (BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*, ob. cit., s. p.).

activos a terceros que los de la LMESM³⁵⁰. Particularmente es preciso determinar los efectos otorgados a la liquidación concursal sobre la persona jurídica, las facultades de gestión y administración del deudor y los créditos existentes, así como su finalidad, que les permita ser compatibles con las operaciones de modificación estructural.

Uno de los mayores reparos a la combinación de la liquidación concursal con las modificaciones estructurales es la finalidad extintiva que respecto de la persona jurídica tiene la liquidación social. Sin embargo, ello se ajusta en el proceso concursal, por cuanto la finalidad de la liquidación seguirá siendo la de todo el proceso en general: la satisfacción de los acreedores. La liquidación concursal no conlleva necesariamente la extinción de la persona jurídica concursada; únicamente si se presenta el caso de la inexistencia de activo (artículo 176.1.4 LC) o se termina el proceso con el pago íntegro de los acreedores (artículo 176.1.3 LC).

Por otro lado, la apertura de la liquidación concursal no implica el cese automático de la actividad empresarial, lo que se refuerza por la existencia del plan de liquidación del artículo 148 LC, en el que es plausible el reconocimiento de la

³⁵⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., *Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, ob. cit., s. p.

posibilidad de acudir a medios de transmisión universal de bienes frente a la tradicional utilización de la enajenación individual de éstos³⁵¹.

No obstante, la apertura de la liquidación concursal, sí conlleva la suspensión de las facultades de disposición y administración del deudor a favor de la administración concursal, la disolución de la persona jurídica (art.145.3 LC), el cese del órgano de administración, el derecho de oposición de los acreedores y el vencimiento anticipado de los créditos, lo que suscita varios problemas a considerar. Es el caso del vencimiento anticipado de los créditos, condición que sí podrá incidir en el derecho de oposición de los acreedores, por cuanto uno de los presupuestos para su ejercicio es que los mismos no se encuentren vencidos. Pero además, este derecho se verá limitado en gran medida, pues sobre el plan de liquidación³⁵², a diferencia de lo que acontece con el convenio concursal, ejerce imperio la administración concursal y no los acreedores o el mismo deudor. Es preciso igualmente determinar hasta dónde se podrán coordinar entre las competencias de los órganos sociales y la administración concursal en cuanto a la elaboración del proyecto común de las modificaciones estructurales, la redacción de los informes que han de acompañarlo y la toma del acuerdo social de modificación estructural. Precisamente, por todos estos

³⁵¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. págs. 765 – 766.

³⁵² La SAP Lugo (Secc. 1ª) de 13 de octubre de 2009 (La Ley 214647/2009) se aborda un supuesto de concurso en el que en el plan de liquidación se preveía una transmisión global. La Audiencia se decanta a favor de la flexibilidad del contenido posible del plan de liquidación concursal que acoja una cesión global y en concreto analiza en la discusión existente si en liquidación concursal la transmisión global incluye las deudas. Sin embargo, declara no aplicable al caso la LMESM.

problemas es por lo que existe alguna postura que reduce la aplicación de este tipo de operaciones en esta fase, dejando únicamente la posibilidad de acudir a la escisión parcial o a la segregación, en calidad de transmitente, por cuanto la sociedad participante liquidaría una parte de su activo y de su pasivo, siendo que lo transmitido ha de formar una unidad económica (arts. 70 y 71 LMESM)³⁵³. Para otros, en nuestra opinión, la participación de las sociedades concursales en operaciones de modificación estructural se puede realizar tanto en posición de adquirente como de transmitente, y en todas las figuras de modificación estructural. Lo importante es precisamente diferenciar si se trata de una sociedad transmitente o adquirente³⁵⁴, ya que la compatibilidad de las dos ramas jurídicas se dificulta por la finalidad de la liquidación concursal cuando se trata de sociedades absorbidas. No se descarta la existencia de supuestos meramente teóricos por la falta de viabilidad económica de los mismos.

No consideramos que sea un problema que la administración concursal sustituya a los administradores sociales, que participe en la negociación previa, así como en la redacción y suscripción del proyecto de modificación estructural. Téngase

³⁵³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, ob. cit., s. p.

³⁵⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, ob. cit. pág. 766 y ss., quien además sostiene que la absorción de una sociedad en liquidación concursal interrumpiría los efectos de la liquidación y por ello sería procedente remover la causa de liquidación. Por su parte, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, ob. cit., págs. 4822 a 4823, no descartan la absorción de una sociedad en liquidación como parte de las políticas económicas de los grupos de sociedad.

en cuenta que el órgano competente para elaborar y presentar el plan de liquidación concursal es la administración concursal (art.148. 1 LC)³⁵⁵. La única salvedad para ello es en el caso de la propuesta de plan de liquidación anticipada, que es redactada por el deudor, y donde la misma administración concursal es quien evalúa la propuesta o propone modificaciones (art. 142 bis. 1 LC), a pesar de que tal propuesta no es en absoluto vinculante para la administración concursal³⁵⁶. Pero el proceso normal será que una vez declarada la apertura de la fase de liquidación, sea la misma administración concursal quien presente un plan de liquidación al juez, por el cual posteriormente se abrirá un plazo para que los acreedores o el deudor puedan formular observaciones y propuestas de modificación, que serán informadas a la administración concursal. El juez, posteriormente, debe aprobar el plan de liquidación en estricta atención a los intereses del concurso, tomando en consideración tanto el plan presentado, las observaciones y propuestas de modificación presentadas, que podrá asumir o no (arts. 142 bis y 148 LC). A los efectos de la modificación estructural planteada, los administradores serán sustituidos por la administración concursal que proseguirá con el procedimiento de la operación (art. 145.3 LC) y manteniendo la junta general sus facultades durante la fase de liquidación (arts. 48 y

³⁵⁵ GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La liquidación concursal anticipada”, en *RDM*, núm. 274, octubre- diciembre 2009, págs. 1303 y 1308 a 1310.

³⁵⁶ FERNÁNDEZ SEJO, J. M., *Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, ob. cit., s. p., para quien un supuesto especial surge en el caso de que la sociedad deudora hubiera solicitado la liquidación anticipada, estando aún en la fase común y que los administradores societarios pueden no haber sido sustituidos por la administración concursal. De esta forma, la propuesta de plan de liquidación anticipada proveniente de la sociedad concursada contendría un proyecto de modificación estructural elaborado y suscrito por la administración societaria contando con la mera intervención, que no sustitución, de la administración concursal.

145 LC). A este órgano de socios le corresponde aprobar el proyecto presentado de modo que los socios deben haber sido informados del proyecto y haber tenido acceso al informe sobre la operación, que habrá redactado asimismo la administración concursal.

Al igual que en el convenio concursal cabe preguntarse si precede la aprobación judicial del plan de liquidación a la aprobación de la modificación estructural por los socios de la sociedad concursada y participante de la modificación estructural, o si el trámite debería ser el contrario. Lo lógico y razonable es que los derechos de los sujetos afectados deben recibir la mayor tutela posible, al tener la posibilidad de contar con la información de la operación de manera previa a la junta. Sin embargo, tal información puede suplirse, al igual que en el convenio concursal, si el plan de liquidación contiene al menos un borrador de la operación de modificación estructural.

Lo que sí es claro, en cuanto a la compatibilidad de los procedimientos de liquidación concursal y la modificación estructural, es que los acreedores de la sociedad concursada y participante de la operación de modificación estructural ven diezmadas sus posibilidades de participación en la operación. Su derecho de oposición no existirá tal como está dispuesto en la LMESM, debido a que la apertura de la fase de liquidación concursal produce el vencimiento de los créditos (art. 146 LC). Pero su situación se agrava cuando se toma en cuenta que el plan de liquidación no está sujeto a la aprobación de los acreedores, así como tampoco son vinculantes

las modificaciones u observaciones que se le propongan. La eventual protección de los acreedores se encontraría en el recurso de apelación que podrán interponer contra la resolución judicial donde se plasme su aprobación judicial y en el régimen de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas dispuesto por la LMESM. El derecho de oposición del resto de las sociedades participantes no sufre afectación alguna.

En cuanto al resto del procedimiento de la modificación estructural, seguirá tal como está previsto por la LMESM hasta el otorgamiento de la escritura de inscripción. Como ya se indicó, durante la fase de liquidación el concurso concluirá por inexistencia de bienes y derechos del concursado (art. 176.1-4 LC) o bien por finalización de la liquidación.

CONCLUSIONES FINALES

1. La armonización de la legislación societaria, reguladora de las operaciones de modificación estructural con la legislación concursal es una tarea hermenéutica compleja por la falta de soluciones proporcionadas por el legislador. Al confrontar los aspectos particulares de cada tipo de modificación estructural y su procedimiento especializado, se determinan los puntos de confluencia y contradicción, demostrado, no obstante, que sí es posible tal articulación.
2. Frente a la falta de sistematización y profundas lagunas normativas que presentaba la regulación de las operaciones de modificación estructural, la actual LMESM dota de un marco jurídico legal a este tipo de operaciones y unifica aquellas normas que con precedencia se encontraban dispersas en la legislación española. Lo hace por una doble vía: 1) La adecuación de la legislación española a las directrices europeas imperantes en la materia, logrando así la delimitación de la categoría de modificaciones estructurales, que hasta la fecha estaba algo imprecisa, y 2) La simplificación procedimental de estas operaciones.

Sin embargo, esta regulación peca todavía de algunas lagunas importantes.

3. La regulación de las modificaciones estructurales no se da sólo en el sistema español, sino que es objeto de ordenación variada por parte de otros ordenamientos jurídicos. En éstos, la intervención legislativa se produce de forma gradual con pequeñas referencias aisladas sobre la materia – como el caso de Francia y Portugal-, pasando después a la emisión de reglas importantes, pero propias de cada tipo social– como en el caso de Holanda, Italia, Francia y Portugal- para terminar con una codificación general de leyes completas o integrales con una perspectiva transversal, como las actuales legislaciones alemana y suiza.
4. Sigue faltando una definición adecuada de la categoría de modificaciones estructurales, lo que genera múltiples problemas. El *nomen iuris* de las modificaciones estructurales continúa desprovisto de significación normativa mínima; es un concepto meta-jurídico referido a un conjunto de operaciones de reestructuración empresarial. El concepto legal previsto por la LMESM es de carácter ordenador, ya que asienta las particularidades básicas, de la categoría aún discutidas doctrinalmente.
5. Las modificaciones estructurales comprenden procesos societarios en lo que las decisiones u operaciones conllevan una alteración sustancial en la estructura social o en los elementos esenciales de la empresa, ya que son aquellos que afectan a la organización patrimonial o personal de ésta y, consecuentemente, a la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios. Son operaciones con finalidad de reestructuración empresarial, que conllevan a un cambio de la titularidad del patrimonio por medio de la

sucesión a título universal de un bloque patrimonial compuesto por activos o pasivos de muy diversa naturaleza. Las operaciones que comprende la categoría de modificaciones estructurales son de índole compleja y la doctrina no es unánime al precisar sus principios de delimitación.

6. El procedimiento que acompaña a estas operaciones es un presupuesto de eficacia caracterizador de las reestructuraciones societarias, así como responsable de producir los efectos excepcionales y propios de las operaciones analizadas. Constituye asimismo una medida de protección de los intereses que subyacen en una modificación estructural. El procedimiento de fusión es tomado como arquetipo a considerar para el resto de las operaciones integrantes de esta categoría.
7. La normativización de la fusión por parte de la LMESM se estructura partiendo de su concepto ordinario y posteriormente se resuelve con el diseño de un procedimiento dividido en fases, y en el que se desdoblan sus efectos. Constituye un procedimiento societario que sobrelleva la extinción de una o más sociedades sin liquidación, ya que se transfieren sus patrimonios, en bloque y por medio de la sucesión universal, a una nueva compañía. Como contraprestación por la adquisición en bloque del patrimonio de las sociedades extinguidas, sus socios reciben acciones, participaciones o cuotas de la sociedad sobreviviente a la fusión. La noción de fusión lleva consigo misma el elemento de integración desde las dimensiones subjetiva y objetiva. Se instaura como un modelo del fenómeno de la reestructuración y concentración de empresas que logra ajustarlas a las exigencias mudables del mercado, y

constituye una operación legal que, con efectos sobre dos o más sociedades, permite la extinción de todas o de algunas de ellas, así como la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola entidad. El concepto legal de fusión dado por la LMESM no dista de la anterior conceptualización, pero en ella sí se produce una sistematización del mismo. De esta manera deroga los específicos regímenes de fusión recogidos por el TRLSA y la LSRL.

8. Característica importante es que las sociedades que se fusionan se integran en una sola sociedad resultante que alcanza a ser de nueva creación o bien una de las sociedades que se fusionan (fusión por absorción). Ambas clases de fusión son regladas conjuntamente, a pesar de que contemplan igualmente excepciones. Considerando la específica vinculación de las sociedades participantes, se pueden distinguir las fusiones especiales, las operaciones asimiladas a la fusión, las fusiones transfronterizas intracomunitarias y la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. La diversidad de clases apuntadas no quiebra la unidad del concepto inscrito.
9. Los elementos de configuración de la fusión según la legislación actual son heterogéneos. Muchos de ellos se identifican con los efectos de la fusión y que se producen como consecuencia de seguir su procedimiento legal. La voluntad privada no puede lograrlos al margen de este procedimiento legal.
10. La actual LMESM delimita y regula únicamente las fusiones de sociedades mercantiles inscritas y en todas sus modalidades: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad comanditaria por acciones, sociedad

europea domiciliada en España, sociedades personalistas con objeto mercantil, las sociedades civiles con objeto mercantil, las sociedades laborales organizadas bajo las formas de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y de las Agrupaciones de Interés Económico, así como sociedades de unipersonales de responsabilidad limitada o anónimas sociedades. Falta claridad sobre la admisibilidad de las fusiones heterogéneas. Y están excluidas totalmente las fusiones de sociedades mercantiles irregulares o de hecho.

11. La fusión comporta la integración en una única sociedad resultante de la fusión y la extinción de alguna de las sociedades participantes en la operación. Tiene como efecto la unión o la integración de los respectivos socios o accionistas por medio de la distribución o asignación a los integrantes de las empresas extinguidas de acciones o participaciones de la sociedad nueva o la absorbente, en la misma proporción a las que poseían en aquéllas, siendo que esta distribución se realiza por medio de la relación de canje. Es en esta relación de canje en la que se asienta uno de los puntos más relevantes de cualquier operación de fusión.

12. La transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal es el criterio identificador de la fusión. La transmisión se efectúa en un solo título, de esencia obligatoria para los sujetos involucrados y para terceros. Tal procedimiento resguarda y consiente una ponderación de los intereses afectados por medio del derecho de oposición y es compensado por un derecho de oposición para los socios de las sociedades participantes, sean

tanto si pertenecen a las sociedades absorbidas o a la sociedad absorbente, como para los obligacionistas.

- 13.** El procedimiento de fusión y sus efectos son los fundamentos sobre los que se articula toda la figura de la fusión. Cualquiera que sea la variante de fusión aplicada, ésta compone de varias fases o etapas procedimentales continuas y disímiles. Se organiza como un procedimiento general, con algunos supuestos de simplificados. La LMESM no reconoce en la fusión, como tampoco en ninguna de las operaciones de modificación estructural que regula, la fase previa a la elaboración del proyecto común que constituye una fase importante por el acercamiento de las entidades participantes de la operación y por el surgimiento en ella de obligaciones de alcance empresarial como la revelación de datos y secretos empresariales que, precisamente se dan a conocer como parte de los preparativos de las operaciones a realizar.
- 14.** La primera fase señalada por la LMESM es substancialmente preparatoria; donde imperan las decisiones de los administradores de las sociedades que procuren fusionarse para la confección el proyecto común de fusión y dónde se demandan los balances de fusión y los informes sobre dicho proyecto por parte de los administradores y expertos independientes, con especificaciones claras para cada uno. La segunda fase conduce a la aceptación de la fusión por parte de los socios de las sociedades participantes, a través de los correspondientes acuerdos de fusión que han de tomar sus respectivas Juntas Generales, de conformidad con los requisitos de quórum y mayorías que le sean aplicables y cuya convocatoria requiere más cuidado que en el régimen

común. Especial interés tienen los requerimientos de publicidad, información y forma impuestos, de los que depende su eficacia jurídica. De gran importancia es en esta fase el derecho de oposición del que disponen los acreedores sociales y obligacionistas.

- 15.** La LMESM no concede un derecho de separación a los socios disconformes para el caso de fusión, salvo que se hubiere previsto estatutariamente. Tampoco ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley, situación que genera particularidades en su implementación en los procesos concursales. La norma es confusa y sujeta a interpretaciones varias, pero establece un sistema de eficacia convalidante de la inscripción de la fusión respecto de los vicios o de defectos que pudiera adolecer ésta, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la Ley. Queda a salvo la fusión que aún no se encuentra inscrita, que puede ser impugnada de acuerdo con las reglas generales de la impugnación de los acuerdos sociales.
- 16.** La escisión, por su parte, es una institución de polivalencia funcional. Se reconoce normativamente la figura de la segregación, que se une a las hasta hace poco regladas operaciones de escisión total y parcial, lo que constituye una de las principales novedades del nuevo régimen jurídico legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La LMESM no da una conceptualización de la figura de la escisión y se limita a enumerar sus clases, lo que comporta la dificultad de su delimitación. Los elementos que clásicamente fueron destacados como propios y característicos, han sido

modificados con la introducción de la segregación, y actualmente la caracterización de la escisión la podremos hacer únicamente a través de sus efectos.

- 17.** La figura de la escisión reviste muchas formas, según se atienda a su grado de complejidad, a la preexistencia o no de la sociedad beneficiaria, a si opera la extinción de la sociedad escindida o no; o bien, quienes serán los destinatarios de las acciones o participaciones de la o las sociedades beneficiarias. Destacan las escisiones subjetivas o de atribución concentrada, así como aquellas de carácter especial y las que son resultado de la remisión al régimen general de fusión.
- 18.** El procedimiento de escisión concuerda en general con las fases procedimentales de la fusión (preparatoria, decisoria y de ejecución). La LMESM se limita a marcar algunas especialidades, como las reglas de responsabilidad, y remite, en lo demás, al régimen legal de la fusión. Esta remisión general a las normas de la fusión obliga a ampliar la aplicación del específico sistema de impugnación y nulidad previsto para la fusión también a esta figura.
- 19.** Junto a las operaciones de fusión y escisión, la LMESM regula a la cesión global del activo y pasivo como una verdadera modificación estructural. De este modo supera las lagunas de la legislación anterior en torno a su regulación y a su naturaleza jurídica, pero proporcionan, con todo, un marco legal incompleto en cuanto al procedimiento. Carece además de una

remisión clara a las normas de la fusión, que podría resolver algunas carencias normativas.

- 20.** El Derecho español no excluye del Derecho concursal a las operaciones de modificación estructural: Estas se manifiestan como alternativa o como solución al mismo proceso. Su articulación no tiene el tratamiento legal apropiado y cuenta únicamente con escasas referencias normativas de carácter secundario. Su enlace se logra por medio de la armonización de los efectos típicos de las modificaciones estructurales, y en particular de la sucesión universal en el patrimonio, con el cumplimiento de las finalidades del proceso concursal que se resuelve por las soluciones tradicionales. Inmersas en el proceso concursal, las operaciones de modificación estructural generarán múltiples hipótesis de aplicación según el momento procesal en el que se implementen, y si en la operación participa una sociedad en crisis como transmitente del bloque patrimonial o como adquirente de éste.
- 21.** Es admisible la insolvencia de una sociedad que participaba previamente en una modificación estructural y donde la operación aún se encuentra pendiente de ejecución. En esta hipótesis, la capacidad de actuación de la administración concursal y de los órganos sociales en el procedimiento de modificación estructural depende del régimen de intervención o de suspensión de las facultades de administración y gestión del concursado. Sin embargo, si la sociedad concursada ocupa la posición de transmitente, la modificación estructural que estuviera realizándose debe integrarse en el convenio o la liquidación, ambas anticipadas u ordinarias. Los deberes de información y

publicidad que se derivan de la propia solicitud de apertura y declaración del concurso son reforzados por el deber de información legalmente exigido por el art. 39.3 LMESM. En estos supuestos, además no es asumible la apertura del proceso concursal a una causa de revocación de la modificación estructural y tampoco le son aplicables las normas que rigen los efectos que tiene el concurso sobre los contratos existentes antes de su declaración.

22. La declaración de concurso de sociedades que han participado previamente en operaciones de modificación estructural ya concluidas solo concierne a las sociedades supérstites de las operaciones de modificación estructural. En el seno del proceso concursal, existen dos vías para la impugnación de la modificación estructural: por medio de las normas societarias sobre impugnación de las modificaciones estructurales para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados; y, por las normas concursales sobre rescisión de actos perjudiciales para la masa activa. Esta última acción está limitada a aquellos acreedores cuyos créditos han nacido después de la publicación del proyecto común de la modificación estructural.

23. Durante la fase común, con fundamento en las limitaciones en las facultades de enajenación de bienes para pago a los acreedores, no podrán iniciarse procedimientos de modificación estructural de sociedades que participen como transmitentes. Esta fase queda limitada a la conclusión de una modificación estructural en calidad de sociedad adquirente o beneficiada y en las operaciones de escisión parcial, segregación y de cesión global de activo y pasivo, sin perjuicio de que puedan ser parte de las propuestas anticipadas u

ordinarias de convenio o de liquidación, como de los actos preparatorios para su posterior desarrollo. Imperante es el alcance de las limitaciones o la suspensión de las facultades de disposición y administración de la sociedad concursada, de las que depende la participación de la administración concursal y de los órganos sociales en el procedimiento de modificación estructural. Una vez declarado el concurso y antes del nombramiento de los administradores concursales, no podrá llevarse a cabo modificación estructural alguna por cuanto es obligada la intervención o participación de éstos. La intervención de la administración concursal no impide que la operación haya de ser aprobada por la junta general y no será necesaria la autorización judicial del artículo 227.3 del Reglamento del Registro Mercantil. El régimen del derecho de oposición de los acreedores dependerá tanto de si se trata de sociedades concursadas adquirentes como transmitentes. La administración concursal carece del derecho de oposición.

- 24.** Es en la fase de convenio, donde las modificaciones estructurales traslativas se aplican con más claridad por el reconocimiento expreso del artículo 100.3 LC. El contenido del convenio es la operación de modificación estructural, que podrá ser acompañada, aunque no de manera necesaria, por quitas y / o esperas que permitan adecuar la relación de canje. Resulta más conveniente para la tutela de los intereses en juego que previamente a la realización de la operación de modificación estructural, se concluya el trámite de aprobación del convenio concursal.

- 25.** El procedimiento para las propuestas anticipadas u ordinarias de convenio concursal cuyo contenido sea una modificación estructural, se mantiene tal como está dado por la LC, destacándose que: A) El proyecto común será redactado y suscrito por la administración de las sociedades concursadas y bastará que se incluya un borrador del proyecto común de la modificación estructural que proponga los aspectos fundamentales de la operación propuesta y demás compromisos necesarios para su culminación, a saber el deber de los administradores de depositar en el Registro Mercantil el proyecto de la modificación estructural en un plazo de tiempo determinado después de la firmeza de las resoluciones que aprueben el convenio concursal, así como un plazo para que la junta de socios apruebe el proyecto. B) Deberán pasar por el control de legalidad del procedimiento ejercido por el juez del concurso, plasmado en la aprobación que éste hace de la misma en sentencia. El juez no podrá modificar el contenido de la propuesta o alterar las bases para la realización de la modificación estructural.
- 26.** El procedimiento de la modificación estructural pactada en el convenio concursal se adecuará en los siguientes términos: A) La redacción y suscripción el proyecto común y del informe explicativo de la modificación estructural corresponde a los administradores de la sociedad concursada, salvo que tenga suspendidas sus facultades de disposición y administración. B) En las propuestas anticipadas de convenio concursal se seguirá el procedimiento de adhesiones, las Juntas Generales de las sociedades implicadas aprobarán

el proyecto del convenio concursal ordinario y seguirá el curso habitual del procedimiento previsto por la LMESM.

27. El derecho de oposición de los acreedores de las sociedades participantes en la modificación estructural según el artículo 44 LMESM se ejercerá distinguiendo las categorías propias de acreedores del concurso. Los acreedores de la masa ejercerán tal derecho en las circunstancias legalmente previstas. Los acreedores concursales que no voten a favor del convenio, cuyo crédito no esté vencido ni garantizado gozarán del derecho de oposición. Para los acreedores ordinarios y subordinados, su derecho de oposición es reemplazado por la norma concursal de la admisión válida de un acuerdo entre el deudor y la comunidad de los acreedores que solucione la insolvencia. Si en la modificación estructural participa una sociedad solvente, el derecho de oposición de sus acreedores se regirá por las reglas generales del artículo 44 LMESM.

28. La inscripción y publicación de la modificación estructural no produce la conclusión del concurso.

29. Ante el incumplimiento del convenio concursal que contenga una modificación estructural, cualquier acreedor afectado podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, con el consiguiente despliegue de sus efectos, los que dependerán del momento en que se dé tal incumplimiento. En el convenio concursal incumplido donde no llega a concluirse la modificación estructural pactada, procederá la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada, lo que se refuerza con la pérdida de los efectos de la

modificación estructural en caso de que fuere declarado nulo el convenio. Si el convenio se incumple una vez realizada la modificación estructural, pero por la nulidad de ésta, la operación desaparecerá, pero no tendrá afectación alguna sobre las obligaciones surgidas después de su inscripción. La sociedad concursada extinta por la modificación estructural no se reactivará, sino que quedará extinguida. Las quitas y/o esperas que contengan estos convenios serán asumidos por la sociedad adquirente, pasando ésta a ser concursada, por sucesión procesal. En el caso de la fusión, la responsabilidad recae en la sociedad supérstite. En la escisión total, si sobreviene el incumplimiento de alguna de estas obligaciones por alguna de las sociedades beneficiarias, al resto de las sociedades beneficiarias se les aplicará la regla del artículo 80 LMESM, y cuya responsabilidad subsidiaria y solidaria quedará limitada al importe del activo neto dado en la escisión a cada una de ellas. En la escisión parcial y la segregación será la propia sociedad escindida quien responda por la totalidad de la obligación. En el caso de la cesión global de activo y pasivo, los demás cesionarios responderán solidariamente hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la operación, los socios lo harán hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, y la propia sociedad no extinta, por la totalidad de la obligación.

- 30.** La sociedad concursada, durante el período de cumplimiento del convenio concursal, puede participar en una operación de modificación estructural ajena al mismo convenio, siempre que no se hayan impuesto medidas

prohibitivas a sus facultades patrimoniales. En caso de incumplimiento del convenio, y dentro de una operación de fusión, se mantiene como deudor la sociedad adsorbente o resultante, y desaparecen de los efectos novatorios del convenio sobre los créditos de carácter concursal. En los casos de escisión debe aplicarse el artículo 80 LMESM.

31. Las modificaciones estructurales pueden utilizarse como forma de solución del concurso en la fase de liquidación, y en ella las sociedades concursadas pueden participar como adquirentes o como transmitentes en todas las figuras de modificación estructural. Debe existir una coordinación adecuada entre las competencias de los órganos sociales y la administración concursal en cuanto a la elaboración del proyecto común, la redacción los informes que han de acompañarlo y la toma del acuerdo social de modificación estructural. No constituye un problema que la administración concursal sustituya a los administradores sociales, o que participe en la negociación previa, así como en la redacción y suscripción del proyecto de modificación concursal. Precede la aprobación judicial del plan de liquidación a la aprobación de la modificación estructural por los socios de la sociedad concursada y participante de la modificación estructural.

32. Durante la fase de liquidación concursal, se desarticula el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad concursada inmersa en la operación de modificación estructural y éstos no participan en la aprobación del plan de liquidación. Su protección está reservada al recurso de apelación que podrán plantear a la resolución judicial donde se plasme la aprobación

judicial del plan de liquidación y a las reglas de la LMESM sobre responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas. El derecho de oposición del resto de las sociedades participantes no sufre afectación alguna.

RESUMEN

La investigación propuesta se centra en el estudio de las modificaciones estructurales de sociedades, reguladas por la Ley 3/2009 de 3 de abril, dentro del proceso concursal y tiene como propósito el realizar una labor de hermenéutica jurídica con el fin de sentar las bases para la armonización del Derecho de Sociedades y el Derecho concursal en torno al problema planteado. Busca sistematizar y dar solución a las preguntas que surgen cuando confluyen estas dos regulaciones, mediante el análisis del Derecho español y aquellas referencias necesarias de Derecho comparado, cuestión que no es fácil de abordar pues el punto de confluencia de ambas áreas, modificaciones y concurso, es algo confuso y de reciente debate.

La elección del tema se justifica por el hecho de que cada vez son más las empresas que solicitan la apertura de un proceso concursal, pero muchas de ellas, económicamente viables, bien podrían continuar con su actividad empresarial mediante el uso de soluciones diferentes a la típica liquidación concursal. A través del análisis de las modificaciones estructurales, de su propia naturaleza y del instituto de la sucesión universal, puede vislumbrarse que estas modificaciones ofrecen numerosas ventajas dentro de un proceso concursal y son medios idóneos para la superación de las crisis económicas empresariales.

El Derecho comunitario europeo da libertad a los Estados Miembros para permitir la aplicación o no del régimen de fusiones o escisiones a las sociedades en

concurso. Al respecto, algunos ordenamientos jurídicos importantes, como el portugués, el británico y el holandés lo prohíben; otros, como el belga, admiten expresamente esta posibilidad. En el ordenamiento jurídico español no se ha regulado de forma clara el tema de si una o varias sociedades concursadas pueden participar en una modificación estructural. Remontándonos a los antecedentes de la legislación actual, ni la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades ni el TRLSA regulaban la cuestión con claridad. Con posterioridad, la LSRL hacía una breve referencia en su articulado y actualmente la LC acoge estas operaciones como contenido facultativo del convenio concursal.

El estudio de las modificaciones estructurales como parte de los procesos de saneamiento de sociedades en situación concursal gira alrededor de dos instituciones clave: las acciones de impugnación y el convenio concursal. De ellas derivan tres problemas importantes: 1) La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso, 2) La posibilidad legal de que una o varias sociedades concursadas participen en una operación de modificación estructural, y 3) Las consecuencias para la sociedad concursada que lleve a cabo una reestructuración societaria durante la vigencia del concurso, en todas las fases.

El método adoptado en la investigación es descriptivo e interpretativo, de modo que se analiza la imbricación de las modificaciones estructurales dentro del

proceso concursal, atendiendo en especial al Derecho español, pero sin olvidar las necesarias referencias al Derecho comparado europeo.

El método deductivo utilizado facilita la valoración de los procesos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo como operaciones independientes del Derecho de sociedades y permite establecer por medio de la retrospección y prospección cuáles son los puntos de confluencia y discordancia con el Derecho concursal actual. El método hermenéutico utilizado permite dar respuesta a los vacíos legales y contradicciones normativas.

La nuestra es una investigación centrada en la descripción, interpretación y análisis de la situación actual de las operaciones de modificación estructural dentro del contexto propuesto. Es, en definitiva, un trabajo dialógico- crítico, que incorpora la valoración crítica de la doctrina actual y de la legislación vigente.

La hipótesis de la que parte este trabajo es demostrar que las modificaciones estructurales constituyen una solución práctica y beneficiosa para las empresas viables dentro del proceso concursal, siendo posible realizarlas en todas sus fases, si bien con matices específicos en cada una. Se impone, en consecuencia, verificar que las modificaciones estructurales no son ajenas al Derecho concursal, dentro de él se erigen como una forma idónea de saneamiento empresarial.

Para ello, esta investigación parte de la construcción inequívoca de la noción de modificación estructural, así como sus caracteres definidores y requisitos, más si se toma el actual marco legal establecido por la LMESM (Capítulo I). Se integran a ello la delimitación del procedimiento de las modificaciones estructurales y la importancia de éste para la producción de los efectos de la operación. Se aborda la delimitación de las figuras de la fusión de sociedades, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, así como el establecimiento de sus elementos básicos de configuración y el régimen legal actual. (Capítulo II), tratando de dar forma y contenido a las principales ideas y elementos que ayudarán a determinar su utilidad en un eventual proceso concursal. Por último, se identifican dentro de las diferentes fases del procedimiento de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, los principales problemas de coherencia con las normas concursales, no sólo para así delimitar los efectos de estas operaciones sino para resaltar los matices derivados de su confluencia con las normas generales del proceso concursal (Capítulo III), partiendo de aspectos fundamentales como la rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso, el derecho de oposición de los acreedores en las operaciones de modificación estructural, y la prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM, los condicionantes que surjan ante el concurso de una sociedad que participa en una operación de modificación estructural pendiente o culminada antes de la apertura del proceso, los problemas principales derivados de la aplicación de las modificaciones estructurales dentro de la fase de convenio concursal frente a las limitaciones de su contenido, con especial atención al ejercicio del derecho de

oposición a la modificación estructural y a los supuestos de incumplimiento del convenio concursal y los requisitos que condicionen la participación de una sociedad en fase de liquidación de las operaciones de modificación estructural.

La demostración de esta hipótesis exige, ante todo, la formulación de un concepto de modificación estructural como procesos societarios, con finalidad de reestructuración empresarial, donde las decisiones u operaciones conllevan una alteración sustancial en la estructura social o en los elementos esenciales de la empresa, en tanto son aquellos que afectan a la organización patrimonial o personal de ésta y, consecuentemente, a la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios, es decir, conllevan un cambio de la titularidad del patrimonio por medio de la sucesión a título universal de un bloque patrimonial compuesto por activos o pasivos de muy diversa naturaleza. De esta misma conceptualización se parte para demostrar sus requisitos más básicos.

En particular esta investigación profundiza en el estudio general de los alcances conceptuales y procedimentales de las modificaciones estructurales traslativas, es decir de la fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo; lo hace precisamente sobre aquellos aspectos que son importantes a considerar para su implementación en un proceso concursal.

Para determinar la implementación de las modificaciones estructurales en el proceso concursal, se parte de los procesos de modificación estructural traslativas

en la aplicación a sociedades mercantiles inscritas y por ello quedan fuera del ámbito de nuestro análisis las operaciones de transformación y el traslado internacional de domicilio social.

La correlación entre las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores de una sociedad debe analizarse partiendo de las finalidades y funciones que cumple cada institución, centrandose especialmente la atención en la incorporación de esas operaciones como formas de solución del proceso concursal en la fase común del proceso concursal, así como en el contexto del convenio o de la liquidación concursales.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA ISASI, J., “El aumento de capital necesario o potestativo en las fusiones por absorción”, en *Diario La Ley*, núm. 7949, Sección Tribuna, 23 Oct. 2012.

ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, en *Derecho de sociedades Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002.

- “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, documento electrónico en [http://eprints.ucm.es/12928/1/Carmen Alonso Harvard.pdf](http://eprints.ucm.es/12928/1/Carmen_Alonso_Harvard.pdf) {revisado el 06 de agosto de 2012}.
- “La constitución de la Sociedad Anónima Europea "Holding"”, en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (coords.), *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, España, 2004.
- “Segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 473 a 526.

ALONSO UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *RdS*, núm. 34, 2010 págs. 271 a 278.

- “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen”, en *RdS*, núm. 33, 2009, pág. 19 a 43.
- “Comentario al Proyecto de Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo”, en *RdS*, núm. 31, 2008, pág. 69 a 81.

ÁLVAREZ ROYO – VILLANOVA, S., “Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima”, en DELGADO DE MIGUEL, J. F., *Instituciones de Derecho Privado*, Europa Notario - Thompson Civitas, Madrid, 2004, págs. 632 a 908.

- “Fusión apalancada y asistencia financiera: el art. 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2010, núm. 50, págs. 119 a 156.
- “La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales”, en *Diario La Ley*, 2009, núm. 7253, s. p.

ANDREU MARTÍ, M., *La nulidad de la fusión de sociedades*. Editorial Aranzadi, España, 2002.

ANSON PEIRONCELY, R. y GARRIDO PALMA, V. M., *La Ley 3/2009 de las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Civitas, Pamplona, 2009.

- “Escisión”, En GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010
- “Cesión global de activo y pasivo”, en ANSÓN PEIRONCELY, R (Dir.), *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

BAENA BALBUENA, M., “Ley de actualización del derecho de modificaciones estructurales de sociedades”, en *RdS*, núm. 7, 1996, págs. 373 a 404.

BEIGVEDER MONTERO, A., “Fusión apalancada, rescisión concursal y proyecto de Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en *RDCD*, núm. 10, 2009, págs. 361 a 367.

BEL DURÁN, P., “Estudio de los procesos de fusión entre sociedades cooperativas y sociedades de naturaleza no cooperativa”, en AYALA CALVO, J. C. (coord.), *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio, 1999*, Vol. 2, 1999, págs. 429 a 442

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 44, julio - agosto, 2012, documento electrónico en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2259&seccion_ver=0 {revisado el 06 de agosto de 2012}

- “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2012}.
- “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, documento electrónico en <http://dictumabogados.com/files/2011/12/AAMAN-2010.pdf> {revisado el 06 de agosto de 2012}
- “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 36, 1997.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A., A., “La fusión de sociedades”, en ALONSO UREBA, A., (coord.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 631 a 661

BIANCHI, G., *Le operazioni di fusione*, Torino, UTET, 2000.

BISBAL MENDEZ, J., “Los fines del sistema concursal”, en *RJC*, 1984, págs. 559 a 602

- *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

- BOQUERA MATARREDONA, J., “La Transformación de las Sociedades Mercantiles”, en *Noticias de la Unión Europea*, 2010, núm. 309, págs. 11 a 23.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. 1., 16ª ed., Tecnos; 2009.
- Burgerlijk Wetboek Boek 2, Rechtspersonen*, documento electrónico en <http://www.wetboek-online.nl/wet/Burgerlijk%20Wetboek%20Boek%202.html#71> [revisado el 02 de marzo de 2013].
- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, en *RDCP*, núm. 18, 2013, págs. 97 y 98.
- CAGASSO, O., “La reforma italiana del Derecho de Sociedades: fusiones, escisiones, transformaciones”, en *RdS*, núm. 23, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 109 a 116.
- CALVO VÉRGEZ, J., “Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital”, en *Diario La Ley*, 2010, núm. 7516.
- CAMARA ÁLVAREZ, M. de la, *Estudios de Derecho Mercantil*, Primera Parte, II, Edersa, 1978, 2ª ed.
- CANDELARIO MASIS, I., *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, Comares, España, 1999, págs. 170 y ss.
- CARRASCO PERERA, A. y MORATIEL PELLITERO, E., “Dos paradojas del convenio concursal: eficacia liquidativa y eficacia novatoria”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 614, 4 de marzo de 2004, págs. 1 y ss.

CAZORLA GONZÁLEZ. M. J., “La ineficacia del acto impugnado en el proceso concursal”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006.

CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

- “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, julio – agosto, 1998, págs. 9331 a 9354.
- “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”, en OLIVENCIA RUIZ, M., *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, págs. 713 a 730.
- “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, julio – agosto, 1998, págs. 9331 a 9354.
- “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)”, documento electrónico en [http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescision_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_\(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011\)_277.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/rescision_concursal_y_modificaciones_estructurales_traslativas_(sjm_2_las_palmas_de_gc_12.12.2011)_277.pdf) [revisado el 25 de abril de 2013].

CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Centro de Estudios, España, 2004.

- “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009, 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE, núm. 82, de 4 de abril de 2009”, en *RdS*, núm. 33, año 2009-2, págs. 387 a 397.
- “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad

y cesión parcial de activo y pasivo), en *RdS*, número 35, año 2010-2012, pág. 66.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J. y PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, págs. 4805 a 4827.

- “Fusión de Sociedades”, en URÍA, R., OLIVENCIA RUIZ, M. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ A., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Navarra, Civitas, 2008.
- “La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos”, en SÁEZ GARCÍA DE ALBIZU, C., OLEO BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.) *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 813 a 852.

DE EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2001.

DE LA CUESTA RUTE, J. El convenio concursal: Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

DELGADO GIL, R., “La cesión global de activo y pasivo”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 224 a 225.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Las acciones de reintegración en la nueva Ley Concursal 22/2003”, en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 7, 2004, págs. 4 a 7.

DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, págs. 261 a 299.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta (RDGRN 10 de junio de 1994 [RJ 1994, 4915])”, en *RdS*, núm.4, 1995.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “La escisión de sociedades”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil, En homenaje a Rodrigo Uría*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág. 127 a 158.

- “La fusión en el proyecto de reforma del Derecho de Sociedades de capital y su comparación con el Derecho Comunitario de la Tercera Directiva”, en *RDBB*, año núm. 8, núm. 32, 1988, págs. 719 a 782.
- “La escisión de sociedades en el Anteproyecto de reforma parcial del Derecho de sociedades”, en *CDC*, núm. 2, 1987, págs. 7 a 49.

EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., “Disolución y liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

EMBID IRUJO, J. M., “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 309, octubre 2010, Año XVI, pág. 3 a 9.

- “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares), en *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, págs. 13 a 38.
- “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de holding y por fundación de filial común”, en BOQUERA MATARREDONA, J. (coord.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. págs. 193 a 228.
- “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Derecho Mercantil de la CEE, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio: Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 293 a 304.

- “Sección 2ª Fusiones”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y EMBID IRUJO, J. M. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2009, 2ª ed., págs. 2235 a 2398.
- “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el Derecho español”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1999, págs. 31 a 46

ESCRIBANO GAMIR, C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, en *Documentos de trabajo del departamento de Derecho mercantil*, 2011, núm. 36, en <http://eprints.ucm.es/9601/1/HARVARD.pdf>.

- “La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, en *Diario La Ley*, núm. 7855, Sección Doctrina, 10 Mayo 2012, Año XXXIII.

ESPINA MONTERO, A., *Crisis de empresas y sistema concursal*, Consejo Económico Social, Madrid, 1999.

- *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.
- “¿Constituye el derecho de oposición de los acreedores un obstáculo a la fusión de sociedades en estado de concurso?”, en *RdS*, 2011, núm. 37, págs. 161 a 172.

FAJARDO GARCÍA, I. G., “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, en BOQUERA MATARREDONA, J.

(coord.), *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 139 a 192.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Reintegración del patrimonio del concursado”, en *Anales de Derecho*, núm. 25, 2007, págs. 13 a 44.

- *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, Editorial Colegio de España, 1998.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La ejecución de la fusión transfronteriza”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 927 a 974.

- “La fase de ejecución (escritura pública e inscripción en el registro. impugnación), en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 645 a 720.
- “El expediente registral de designación del experto independiente que evalúa el plan de viabilidad de los acuerdos de refinanciación”, en <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/04/EL%20EXPEDIENTE%20REGISTRAL%20DE%20DESIGNACION%20DEL%20EXPERTO%20INDEPENDIENTE.pdf> [revisado el 05 de abril de 2013].
- “Documentación de absorción transfronteriza”, en *RGD*, núm. 609 - 610, 1995, págs. 7085 a 7103.
- “La cesión global de sociedades anónimas (art. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas”, en *RdS*, núm. 14, 2000, pág. 303 a 338.
- *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal. Auditoria y prevención de la crisis empresarial* (art. 209 .1.b LSA), Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- “Fusiones y otras modificaciones estructurales entre sociedades vinculadas. Nota práctica”, en *RGD*, 1995, núm. 609, págs. 7031 a 7065.

FERNÁNDEZ SEIJÓ, J. M., “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, documento electrónico en http://www.elderecho.com/mercantil/Ley-Modificaciones-Estructurales-Sociedades-Mercantiles_11_184555009.html {revisado el 06 de agosto de 2012}.

- “El contenido del convenio”, en SAGRERA TIZON, J.M. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona, Bosch, 2004, Tomo II, págs. 1206 a 1207.
- “El convenio y la liquidación del concurso”, en *Estudios jurídicos*, núm. 2004, año 2004.
- “El convenio y la liquidación del concurso”, en *Estudios jurídicos*, núm. 2004.

FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 309, octubre 2010, Año XXVI, págs. 25 a 40.

FUENTES CRUZ, A. M., “Comentario a la DA 3ª de la Ley de Modificaciones Estructurales: las modificaciones estructurales de las entidades de crédito”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, núm. 2, págs. 25 a 36.

GABAS TRIGO, F., “Predicción de la insolvencia empresarial”, en AECA (ed.), *Predicción de la insolvencia empresarial*, AECA, Madrid, s. f, pág. 11 a 31.

GALÁN CORONA, E., “Consideraciones sobre el denominado convenio anticipado en la Ley Concursal”, En AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 4551 a 4575.

GALEOTE MUÑOZ, M., “Fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *Diario La Ley*, núm. 7273, Sección Tribuna, 30 Oct. 2009, Año XXX, s. p.

GÁLLEGO LANAU, M., “La cesión global plural de activo y pasivo”, en *RdS*, Núm. 38, 2012, págs. 281 a 304

GARCÍA VALDECASAS, J. A., “Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, documento electrónico en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/PROYECTOS/MODIFICACIONES-ESTRUCTURALES-SOCIEDADES-MERCANTILES.htm> [revisado el 05 de abril de 2013].

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social”, en *RGD* núm. 640 – 641, enero – febrero, 1998, págs. 549 a 614.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, págs. 7 a 38.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J., “Los conceptos de liquidación y extinción de la sociedad anónima en la realidad”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *Estudios sobre la sociedad anónima*, Editorial Civitas, España, 1991 pág. 435 a 480.

- “La escisión”, en GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación, las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, Trivium, Madrid, 1990.
- “La Cesión Global Del Activo y Pasivo Tras La Ley 3/2009 De 3 De Abril, De Modificaciones Estructurales De Las Sociedades Mercantiles”, en AA.VV., *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Thomson Reuters-Civitas, 2010, págs. 1285 a 1359.

GARNACHO CABANILLAS, L., “Transmisión total o parcial de empresa como contenido del convenio concursal”, en ARIAS VERONA. F. (Dir.), *Conservación de empresas en crisis*, La Ley: Grupo Wolters Kluwer, España, 2013.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

- “La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *RJN*, 2011, núm. 78, 2011 pág. 223 a 266.
- “Reflexionando sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *RJN*, núm. 73, 2010, pág. 363 a 384.

GIL RODRÍGUEZ, J., “Las acciones de reintegración”, en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I, Tecnos, 2004.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid, 1952.

- *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.

GÓMEZ PORRÚA, J. M. e ILLESCAS ORTIZ, R., *La Fusión De Sociedades Anónimas*, en *El Derecho español y Comunitario*. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 1991.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ. M., *La sociedad unipersonal en el Derecho español: (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa)*, La Ley, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ GONZALO, A., “Artículo 98 y Artículo 99”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2004.

- “Comentarios al Artículo 100”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal*,

por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. y ÁLVAREZ ROYO, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, España, Librería-Editorial Dykinson, pág. 119 a 120.

- “La Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, y el retroceso del Derecho civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2010, núm. 50, págs. 65 a 93.
- “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 27, 2009, documento electrónico en http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=1987&seccion_ver=0 [Revisado el 10 de marzo de 2013].

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, en BELTRÁN, E., *La reintegración de la masa*, Cizur Menor, 2012.

GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global de activo y pasivo”, en *RJC*, núm. 1, Año 1999, Vol. 98, págs. 31 a 48.

- *Modificaciones Estructurales De La Sociedad, Anales (I): 1996/1997* / Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM) 1998. Modificaciones Estructurales De La Sociedad, págs. 291 a 304.
- *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de los socios y acreedores*. Civitas, Madrid, 1993.

GUERRA MARTÍN, G. y ALONSO UREBA, A., “La constitución de la Sociedad Europea como operación de concentración de Empresas”, en FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (coords.), *La sociedad anónima*

europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. págs. 860 a 995;

GUILLEM FERRER, M^a. J., "La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA de 28 de octubre de 1994, Primera Parte", en *RGD*, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 7231 a 7283

GUIZZI, G., "Responsabilidad de los administradores e insolvencia. Apuntes para una comparación entre las experiencias jurídicas italiana y española", En *Revista de Derecho Patrimonial* (en prensa).

GULLÓN BALLESTEROS, A., "La acción rescisoria concursal", en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Marcial Pons, 2005.

GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. y ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima Europea: Análisis del Reglamento 2157/2001/CE sobre el Estatuto de la Sociedad Europea y de la Directiva 2001/86/CE*, Editorial Bosch, S.A. España, 2005.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A., "Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores", documento electrónico en http://eprints.ucm.es/9412/1/GUTIERREZ_GILSANZ.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012}.

- "Cesión Global de activo y pasivo y concurso de acreedores", en *RDCP*, núm. 14, 2011 págs. 151 a 170.
- "La liquidación concursal anticipada", en *RDM*, núm. 274, octubre- diciembre 2009, págs. 1303 y 1308 a 1310.

HALLET CHARRO, R., "Due Diligence", en ÁLVAREZ ARJONA, J. M. y CARRASCO PERERA, A. (coords.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*, Editorial Aranzadi, 2004, págs. 145 a 202.

IBAÑEZ JIMENEZ, J., *Crisis de la empresa: Insolvencia, suspensión, quiebra y otras soluciones empresariales*, Dykinson S. L., Madrid, 1995.

JULIÁ IGUAL, J. F., SERVER, R. J. y MELIÁ MARTÍ, E., *Los procesos de fusión en cooperativas agrarias: manual de procedimiento*, Mundi Prensa Libros S.A., 2004.

JUSTE MENCÍA, J., “Fusiones especiales”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, 2009, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 767 a 803.

LABORDA VALLE, E., “La nueva realidad concursal. Elementos de solución en la crisis empresarial: El convenio y la liquidación. Viabilidad de la empresa.”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2005, págs. 1852 a 1863.

LAFFARGA BRIONES, J. y MORA ENGUÍDANOS, A., “Los modelos de predicción de la insolvencia empresarial: un análisis crítico”, en AECA, *El riesgo financiero de la empresa*. AECA, Madrid, 1998, pág. 11 a 58.

LARGO GIL R., “La fase previa y el proyecto de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 421 a 487

- “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, en AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, 2007, págs. 2135 a 2154
- “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, núm. 8, 2008, págs. 87 a 116.
- “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE): (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, en *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 99 a 155
- “La Fusión de sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos de la etapa previa a la decisión social”, en *RdS*, núm. 12, 1999-I; págs. 59 a 129.
- “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado”, en *RdS*, núm. 9, 1997, págs. 143 a 185.

- “Las Modificaciones Estructurales De Las Sociedades Según La Dirección General De Los Registros y Del Notariado”, en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid, 1998., págs. 431 a 464.
- “El Convenio Concursal Mediante La Modificación Estructural De La Sociedad Concursada: (Algunas Consideraciones a Los Cuatro Años De La Entrada En Vigor De La Ley Concursal)”, en *RDCP*, núm. 9, 2008, págs. 87 a 116.
- *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*. Civitas, Madrid, 1998.
- “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, en AA.VV., *Estudios de derecho de sociedades y Derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Vol. 3, 2007, págs. 2135 a 2154

LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A., “Problemas de valoración en las fusiones de sociedades: el balance de fusión”, en *Partida Doble*, 1999, núm. 102, págs. 4 a 27.

LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el proyecto de ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25 de enero de 1994/Nº 48-1)”, en *AC*, núm. 32, setiembre de 1994, pág. 609 a 623.

- “La tutela de los acreedores de la sociedad anónima parcialmente escindida”, en *RDM*, núm. 211-212, págs. 163 a 198.

LEÓN SANZ, F. J., “La reforma Alemana sobre Modificaciones Estructurales de 1994”, en *RdS*, núm. 6, 1996, págs. 363 a 382.

- “Comentario al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación”, en *RdS*, núm. 31, 2008 págs. 19 a 31.

- “Fusión, transformación y otras modificaciones estructurales de sociedades cooperativas”, en *RdS*, núm. 9, 1997, págs. 25 a 60.
- “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, en EMBÍD IRUJO, J.M. y ABRIANI, N. (Dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*. Editorial Comares, Granada, 2013, (en prensa).

LEYVA SAAVEDRA, J., “Crisis de empresas y soluciones concursales”, en Internet en la dirección: <http://comunidad.derecho.org/dermercantil/derechoconcurstal.html>. [Revisado el 28 de mayo de 2013].

LINACERO DE LA FUENTE, M. A., “La nueva acción rescisoria concursal”, en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006.

LIZARRAGA DALLO, F., *Modelos multivariantes de previsión del fracaso empresarial: una aplicación a la realidad de la información contable española*. Tesis doctoral Universidad Pública de Navarra. Departamento de Gestión de Empresas, 1996.

LUQUE JIMÉNEZ, M. C., “Publicidad registral del procedimiento concursal”, documento electrónico en http://www.derechodelaedificacion.uma.es/documentos/observatorio/MARIA_LUQUE_JIMENEZ.pdf {revisado el 06 de agosto de 2012}

MACÍAS RUANO, A. J., “Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformación en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas”, en *REVESCO*, núm. 78, 2002, págs. 51 a 88.

- “Modificaciones estructurales en las cooperativas y sociedades agrarias de transformación”, en VARGAS VASSEROT, C. y PULGAR EZQUERRA, J. (coords.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*. España, Dykinson, págs. 679 a 726.

MAMBRILLA RIVERA, V., “Particularidades de las fases preparatoria y decisoria”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 851 a 928.

MARIMÓN DURÁ, R. “La Cesión Global De Activo y Pasivo”, en *Noticias De La Unión Europea*, 2010, núm. 309, págs. 41 a 54.

MARINA GARCÍA – TUÑÓN, A., “Escisión Parcial: concepto y requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 434.

- “Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al artículo 253 del TRLSA”, en *RdS*, núm. 3 págs. 53 a 98.

MARTI MOYA, V., *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles. Especial referencia a la preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Comares, Granada, 2010.

- “Apuntes sobre el régimen de la fusión en la reforma del Derecho de Sociedades en Italia”, en *RDM*, núm. 251, 2004, págs. 291 a 328.
- “El Merger Leveraged Buy-Out o Fusión Apalancada a la Luz de la Ley de Modificaciones Estructurales De Las Sociedades Mercantiles”, en *RDM*, núm. 276, 2010, págs. 607 a 644.
- “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva ley de modificaciones estructurales”, en *Noticias De La Unión Europea*, núm. 309, 2010, págs. 55 a 69.
- “Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de Modificaciones Estructurales., El Art. 42 LME”, en *RdS*, núm. 37, 2011, págs. 87 a 101.
- “Modificaciones estructurales”, en EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al Derecho de Sociedades de Capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

- MARTÍN GARCÍA, J. M., “La escisión”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- MARTÍN MARÍN, J. L., *El pronóstico del fracaso empresarial*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie: Ciencias Económicas y Empresariales, número 23, 1986.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. “Luces y sombras del sistema de reintegración de la masa activa contenido en la Ley concursal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 607, 2004, págs. 1 a 6.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase decisoria: información sobre la fusión, el desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 527 a 588.
- MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo”, en *RDM*, núm. 228, abril-junio 1998, págs. 656 a 678.
- MINGOT AZNAR, M., “Contenido y Alcance del Informe del Experto Independiente en las Fusiones Apalancadas del Art. 35 LME”, en *RdS*, 2010, núm. 35, págs. 211 a 231.
- MORILLAS JARILLO, M^a. J., *El concurso de las sociedades*. Madrid, Iustel, 2004.
- “La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002”, en *Derecho de los Negocios*, núm. 149, 2003, págs. 1 a 40.
- MOTOS GUIRAO, M. *Fusión de sociedades mercantiles*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- “La transformación de las sociedades mercantiles”, en *RDM*, núm. 33, 1951, págs. 393.

- Fusión de Sociedades Mercantiles.1953, pág. 21.
- MÚÑIZ ESPADA, E., *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 91 a 93.
- MUÑOZ CADENAS, M., “Reflexiones en torno a las cesiones de bienes en los convenios concursales mercantiles”, en *La Ley*, número 6070, pág. 5,
- MUÑOZ PÉREZ, A. F., “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *RDCP*, núm. 5, págs. 327 a 367
- “Modificación en el Reino Unido de la normativa sobre modificaciones estructurales”, en *RdS*, núm. 37, año 2011, págs. 549 a 550.
- NAVARRO MARTÍNEZ-AVIAL, G., “Las fusiones transfronterizas un año después de la entrada en vigor de la ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Boletín de Dirección de Finanzas*, 2011, vol. 17, núm. 65, págs. 55 a 57.
- NOVAL PATO, J., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital*, Editoriales de Derecho Reunidas, España, 2003.
- OLEO BANET, F., *La escisión de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1995.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, en AA. VV. *Reforma de la Legislación Mercantil*, Madrid, Civitas, 1979.
- “La satisfacción de los acreedores, fin esencial del concurso”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M, (coords.), *Los acreedores concursales: II Congreso Español de Derecho de la insolvencia*, Navarra, Cizur Menor: Civitas, 2010, págs. 31 a 47.
 - *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Navarra, Civitas, 2008.

- PALOMAR, L., “La segregación en la Ley de Modificaciones Estructurales”, en *Iuris: Actualidad y Práctica Del Derecho*, 2010, núm. 149, págs. 38 a 44.
- PAREJO BALLESTEROS, D., “La fusión”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M. (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- PAZ-ARES, C., "La sociedad en general; caracterización del contrato de sociedad" En URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Cizur Menor, 2ª ed. 2006.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (coord.), *A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?*, Foro electrónico en "*Boletín Derecho Mercantil*", 1 de mayo de 2013 http://www.elderecho.com/mercantil/reintegracion-rescindir-modificacion-estructural-traslativa_12_546060002.html {revisado el 06 de agosto de 2013}.
- PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Doctrina, 16 Jun. 2010, Año XXXI.
- “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, vol. 86, núm. 721, págs. 2223 a 2249.
- PÉREZ TROYA, A., “Modificaciones Estructurales”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (Dirs.), ÁVILA DE LA TORRE, A. y CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, Pamplona, Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, pág. 2067 a 2093.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El contenido dilatorio y remisorio del convenio concursal y las ayudas del Estado”, en *RDCP*, núm. 1, 2004, págs. 131 a 156
- “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones*

estructurales de las sociedades mercantiles, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 729 a 771.

- “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 7265, Sección Doctrina, 20 Oct. 2009, Año XXX, pág. 1 a 6.
- “La aprobación judicial del convenio: calificación y rescisión concursal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, págs. 105 a 134.

RAMOS PADILLA, C., “Reorganización de sociedades concursadas en la ley general del sistema concursal”, documento electrónico en <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulo.aspx>. {Revisado el 06 de agosto de 2012}.

RECALDE CASTELLS, A. y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, núm. 7853, Sección Doctrina, 8 Mayo 2012, Año XXXIII.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión. Concepto. Función económica y clases. Requisitos”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* Vol. II, Cizur Menor X: Aranzadi, 2009, pág. 173 a 207.

- “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, en *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 55 a 68.
- “Escisión (Artículos 252 a 259), en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (coords.), *Transformación, fusión y Escisión de la Sociedad Anónima. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Tomo IX, volumen 3, Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “¿Cómo afecta la reciente Ley de Modificaciones Estructurales a la segregación de sociedades?”, en *RdS*, núm. 33, 2009, págs. 183 a 201.

RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “La protección De Los Acreedores Sociales Frente a Modificaciones Estructurales En Las Sociedades Anónimas”, en *Estudios Jurídicos*, núm. 3, 2007, págs. 203 a 225.

ROJO FERNÁNDEZ- RÍO, Á., “El Contenido de la Propuesta del Convenio”, en ROJO, Á. (Dir.), BELTRÁN E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*, España, Editorial Civitas, 2006, Vol. 2, págs. 1864 a 1899.

- “La Reforma del Derecho concursal Español”, en AA. VV. *La Reforma de la Legislación Concursal: Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*. Colección Estudios Económicos, número 25, La Caixa, Barcelona, 2001, pág. 88 a 130.
- “La escisión de sociedades”, en ALONSO UREBA A, (Dir.), En AA. VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital, reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987.
- *La reforma del Derecho concursal Español*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- “Comentario al Artículo 100”, en ROJO, Á. (Dir.), BELTRÁN E. (Dir.), *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II, Thomson- Civitas, Madrid, pág. 1867.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 721 a 766.

- “Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas”, en *RdS*, núm. 35, 2010 págs. 257 a 265.

- ROQUETA RODRÍGUEZ A., *Crisis empresarial: Análisis económico, jurídico y financiero y de auditoría. Derecho concursal y viabilidad económica. Estudio Empírico*, Tesis doctoral Universidad Politécnica de Cataluña, 2000.
- RUBIO VICENTE, P. J., “Escisión total. Concepto y elementos configuradores”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo II, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 341 a 411.
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de Modificación estructural”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo I, Navarra, Aranzadi, 2009, págs. 39 a 86
- SÁNCHEZ CALERO- GUILARTE, J., “Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 439 a 526;
- “La propuesta de la Comisión de la CEE de Décima Directiva referente a las fusiones transfronterizas de sociedades anónimas y su incidencia en la posición jurídica de los trabajadores de las sociedades fusionadas, conforme al Derecho español”, en *Noticias de la Unión Europea*, número 55 - 56, Agosto – Septiembre, Año V, págs. 61 a 72
 - *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson Aranzadi, 29ª ed., 2006.
 - “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (Oportunidad y acierto de art. 35 LME), en *RDCP*, núm. 14, 2011, págs. 109 a 133.
 - “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, 2011/38, <http://eprints.ucm.es/12628/1/Fusi%C3%91>

B3n_apalancada-DT_38-2011.pdf.

- “Refinación y reintegración concursal”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 25, 2009, <http://eprints.ucm.es/9658/1/Refinanciaconcursal.pdf>.
- “Rescisión concursal: dos precisiones del Tribunal Supremo”, documento electrónico en <http://jSÁNCHEZcalero.blogspot.com.es/2012/11/rescision-concursal-dos-precisiones-del.html> {revisado el 06 de mayo de 2013}, s. p.

SÁNCHEZ CRESPO, A., “Las operaciones de fusión: La empresa familiar”, documento electrónico <http://www.microsoft.com/business/es-es/content/paginas/article.aspx?cbcid=560> [revisado el 07 de marzo de 2013].

SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1998.

SÁNCHEZ RUS, H., “La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español”, en BALLESTER, J. E. (Coord.), *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 141 a 210

SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión de las sociedades anónimas”, en QUINTANA CARLO, I. (Dir.), *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, Zaragoza, Trivium 1989, págs. 961 a 1042.

- “Escisión”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- “La escisión de Sociedades en el Derecho Comunitario Europeo”, en ALONSO UREBA, A. (coord.), *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio: Editorial Civitas, 1991, págs. 961 a 1042.

- “Fundación por escisión mediante creación de nueva sociedad”, en ALONSO UREBA (coord.), *Derecho de Sociedades Anónima: en homenaje al profesor José Girón Tena*, Universidad de Albacete, Facultad de Derecho: Editorial Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, págs. 955 a 1008.

SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *RdS*, núm. 31 Año 2008 – 2.

- “La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, En FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G., (coords.) *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*. Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, págs. 300 a 385
- “La fusión (artículos 233 a 251)”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1993, Tomo VII, págs. 114 y ss.
- “La fusión y escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *RdS*, núm. 8, 1997, págs. 93 a 118.
- “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* Vol. II, Cizur Menor X: Aranzadi, 2009, págs. 375 a 420.
- “El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en la fusión”, en *RdS*, núm. 12, 1999, págs. 195 a 208.
- “Comentario al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, en *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 33 a 54.

SOLER MASOTA, P., “Comentario al art. 117 LSRL”, en ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M. (coords.), *Comentarios a la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Tecnos, 1997.

- SORIA SORJÚS, J., “Consideraciones sobre el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal”, en *Diario La Ley*, núm. 7680, Sección Doctrina, 25 Jul. 2011, Año XXXII.
- TAPIA HERMIDA, A. J., “Aspectos Jurídico-Mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español”, en *RdS*, núm. 12, 1999, págs. 133 a 173
- TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Contenido de la propuesta de convenio”, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal), Madrid, Dykinson, 2004, págs. 900 y ss.
- TRÍAS, M., “La fusión y operaciones de similar alcance”, en BALLESTER, J. [et al.], *Las operaciones societarias de modificación estructural, análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 71 a 92.
- TRIGO TRINDADE, R., “La fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine selon le nouveau droit suisse”, *Riv. delle società*, 2003, nº 6, págs. 1316 a 1350.
- TSCHÉINI, R. y RÖTHELI A., “New Merger Act in Switzerland”, documento electrónico en http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Doc13.pdf, [revisado el 02 de marzo de 2013].
- URÍA R., "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español" en *RDM*, 1946, 1, págs. 201 y ss.
- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Madrid, Civitas.
- VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “Fusiones heterogéneas”, en BALLESTER COLOMER, J. E. [et al.], *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de*

su tratamiento jurídico tributario y contable, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 249 a 284.

VARA DE PAZ, N., “La protección de los acreedores en la fusión y en la escisión de sociedades.”, en AA. VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 1099 a 1126.

VAZQUEZ LEPINETTE, T. y VAÑÓ VAÑÓ, M. J., “La Ley alemana de depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994, Segunda Parte”, en *RGD*, núm. 609, Año LI, junio de 1995, págs. 13683 a 13762

VERDÚ CAÑETE, M. J. “Notas sobre el Nuevo Derecho concursal”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Número 22, 2004, págs. 391 a 410.

VICENT CHULIÁ, F., “Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *La Notaría*, núm. 1, 2010, documento electrónico en www.colnotcat.es/fitxers%5CInotaria%5CLN2010_01_CAS.pdf [revisado el 25 de marzo de 2013].

- "La fusión propia y las fusiones impropias en el Derecho español", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 1971.
- “La organización jurídica de la sociedad familiar”, en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGrawHill, Madrid, 2002, págs. 4529 a 4752.
- “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil.”, en *RJC*, vol. 96, núm. 3, 1997, págs. 655 a 682.

- “Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE, sobre fusión transfronteriza y el anteproyecto de ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)”, en *Revista Aranzadi De Derecho Patrimonial*, 2008, núm. 20, págs. 25 a 76.
- “Transformación, fusión y escisión de la sociedad”, en BONARDELL LENZANO, R. (coord.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994.
- *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Barcelona, José M^a Bosch, 1990-1991.
- *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, Confederación Españolas de Cajas de Ahorros, 1971.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, Volumen I, Valencia, Tirant lo Blanch, 23^a ed., 2012.

VILATA MENADAS, S., *Elementos de Derecho concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

OTROS DOCUMENTOS

Estadística del Procedimiento Concursal. 1º trimestre 2013. Datos provisionales, documento electrónico disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0012.pdf> [revisado el 10 de mayo de

2013], s. p. y <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0113.pdf>, [revisado el 10 de mayo de 2013] págs. 1 a 3 y 6.

Il Codice Civile Italiano, documento electrónico en http://www.jus.unitn.it/cardoza/Obiter_Dictum/codciv/Lib5.htm [revisado el 02 de marzo de 2013].

“The Swiss Merger Act”, en documento electrónico en www.gbv.de/dms/sbb-berlin/388121610.pdf, [revisado el 02 de marzo de 2013], s. p.

Umwandlungsgesetz, documento electrónico en http://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/ [revisado el 05 d abril de 2013]

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS..... 7

SUMARIO 11

INTRODUCCIÓN GENERAL..... 15

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN 15

II. METODOLOGÍA 22

III. PLAN DE TRABAJO 23

CAPÍTULO I

LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN GENERAL 27

A. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES 29

B. CARACTERES DEFINIDORES Y REQUISITOS DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES..... 43

1. Alteración de la estructura social..... 50

2. Con finalidad de reestructuración empresarial 51

3. Cambio de la titularidad del patrimonio por la sucesión a título universal..... 53

C. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO..... 57

CAPÍTULO II

FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO..... 63

A. LA FUSIÓN DE SOCIEDADES 65

1. Concepto de fusión: Notas esenciales. Analogías y diferencias con otras figuras..... 68

2.	Naturaleza Jurídica de la fusión	72
3.	Clases de fusión.....	78
a)	Fusión por creación y fusión por absorción	78
b)	Fusiones especiales, operaciones asimiladas a la fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias	79
4.	Fusión de sociedades en liquidación y en concurso de acreedores	97
5.	Elementos de configuración	100
a)	Sociedades mercantiles	100
b)	Inscritas en el Registro Mercantil.....	105
c)	Integración en una única sociedad que resulta de la fusión y la extinción de las sociedades participantes	106
d)	Transmisión patrimonial en bloque por sucesión universal.....	107
e)	Integración de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la operación de fusión.....	110
6.	Procedimiento de fusión de sociedades.....	113
a)	Fase preparatoria	114
b)	Fase decisoria: Junta de socios y acuerdo de fusión	123
c)	Fase de pendencia: de la protección de los acreedores	126
d)	Fase ejecutoria: escritura de fusión	128
B.	LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES.....	132
1.	Concepto, caracteres generales, finalidad y naturaleza.....	136
2.	Clases de escisión de sociedades.....	143
a)	Criterio de clasificación atendiendo a la extinción o no de la sociedad que se escinde	145
(1)	La escisión total.....	147
(2)	La escisión parcial.....	157
b)	Criterio de clasificación atendiendo a la naturaleza de la sociedad beneficiaria	167
c)	Escisión subjetiva.....	168
d)	Escisiones especiales o simplificadas	171
e)	La segregación y la constitución de una sociedad íntegramente participada.....	173
3.	Procedimiento de escisión	178
a)	La fase preparatoria.....	178

b)	La fase decisoria: el acuerdo de escisión y la junta de socios	183
c)	La fase de formalización y ejecución	184
C.	LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	186
1.	Concepto	189
2.	Elementos de la figura	192
a)	Elemento subjetivo	192
(1)	El cedente.....	193
(2)	El cesionario o cesionarios	194
b)	Elemento objetivo: la contraprestación.....	196
3.	Procedimiento	198
a)	Fase preparatoria: Proyecto, informes de administradores y documentos contables	199
b)	Fase decisoria: acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente y derecho de oposición de los acreedores	201
c)	Fase de ejecución	204
4.	Eficacia de la cesión global de activo y pasivo.....	204

CAPÍTULO III

LAS OPERACIONES DE MODIFICACION ESTRUCTURAL Y EL PROCESO CONCURSAL 207

A.	LOS OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL	223
B.	LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA	228
C.	EL CONCURSO DE ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD QUE PARTICIPA O HA PARTICIPADO EN UNA OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL CON CARÁCTER PREVIO A LA APERTURA DEL PROCESO.....	237
1.	La declaración de concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural pendientes.....	239
2.	La declaración del concurso de sociedades participantes en operaciones de modificación estructural ya concluidas.....	245
a)	La rescindibilidad de las reestructuraciones societarias anteriores a la declaración del concurso	247
(1)	Presupuestos de la acción rescisoria concursal.....	248
(2)	Legitimación de la acción rescisoria concursal	252

(3) Plazo para el ejercicio de la acción rescisoria concursal.....	253
b) Prohibición de la impugnación de las operaciones de modificación estructural según el artículo 47 LMESM, con especial referencia a la caducidad de la acción.....	260
D. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DENTRO DEL PROCESO CONCURSAL.....	261
1. Modificaciones estructurales durante la fase común.....	262
2. Con especial referencia a la fase del convenio concursal	269
a) De la libertad de contenido del convenio a sus límites	270
b) Requisitos especiales para la aplicación de las modificaciones estructurales como parte del contenido del convenio	280
3. Las modificaciones estructurales de una sociedad en liquidación concursal.....	294
CONCLUSIONES FINALES.....	303
RESUMEN	319
BIBLIOGRAFÍA	325
ÍNDICE SISTEMÁTICO	355