

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2016 (682/2016)**

**Las modificaciones estructurales de las  
sociedades mercantiles, una vez inscritas, impiden  
el ejercicio de la acción rescisoria concursal**

Comentario a cargo de:  
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO  
Catedrático de Derecho Civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2016**

**RoJ:** STS 5136/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:5136**

**ID CENDOJ:** 28079119912016100029

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

**Asunto:** Se discute si es posible impugnar a través de la acción rescisoria concursal una modificación estructural previamente efectuada, cuando la sociedad afectada es declarada posteriormente en concurso. Ante la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre esta materia, y sobre la base del art. 47.1 de la Ley 3/2009, el TS defiende la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal, sin perjuicio de la acción de nulidad basada en las normas reguladoras de esta ley, sujeta a un plazo de caducidad de tres meses.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en relación con el concurso. 5.2. Los efectos de la acción rescisoria concursal: diferencias entre la acción pauliana y las acciones

de reintegración concursal. 5.3. Naturaleza jurídica y objeto de la acción rescisoria concursal: la transmisión de activos y pasivos como efecto propio e inescindible de la escisión. 5.4. El debate doctrinal en torno a la posibilidad o imposibilidad de impugnar la modificación estructural a través de la acción rescisoria concursal. 5.4.1. *Argumentos a favor de la posibilidad de utilización de la rescisión concursal.* 5.4.2. *Argumentos en contra de la posibilidad de utilizar en estos casos la acción rescisoria concursal.* 5.5. Las modificaciones estructurales y la acción rescisoria concursal en la jurisprudencia. 5.6. La resistencia de las modificaciones estructurales a la rescisión concursal. 5.7. Salvaguarda de los derechos de terceros frente a la escisión: el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. 5.8. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

Recobesa S.L., sociedad unipersonal, cuyo único socio era Rolaelsa S.L., es declarada en concurso el día 8 de enero de 2013. Propertyxest S.L. es también una sociedad unipersonal, cuyo único socio es Pedro Jesús. El administrador único de estas tres sociedades es Groupxest S.L., que en los tres casos había designado para desarrollar las funciones de administrador a la misma persona (Casimiro, hijo de Pedro Jesús).

Las juntas universales de las dos sociedades, Recobesa S.L. y Propertyxest S.L. fechadas el 6 de agosto de 2010, acordaron la escisión parcial del patrimonio de Recobesa S.L. y su traspaso en bloque por sucesión universal a Propertyxest S.L., concretado en la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario, con los inmuebles y pasivos afectos. Los acuerdos se instrumentan en escritura pública de 31 de diciembre de 2010, y la inscripción registral data de 10 de marzo de 2011.

Tras la declaración de concurso de Recobesa S.L. (que fue calificado como fortuito), la administración concursal ejercita la acción rescisoria concursal frente a la transmisión de activos que había conllevado la escisión. En la demanda se argumenta que la única finalidad pretendida con la escisión parcial era sustraer del ámbito de la responsabilidad patrimonial de Recobesa S.L. el patrimonio neto escindido, pues se transmitieron los inmuebles menos gravados y que generaban rentas, lo que contribuyó a abocar a Recobesa, S.L. a la situación de insolvencia y al concurso de acreedores. Para la administración concursal, el perjuicio patrimonial se concretaba en la salida del patrimonio escindido de la concursada a título gratuito, pues en una escisión parcial la contraprestación por el patrimonio escindido no la percibe la sociedad escindida sino los socios de ésta. Por este motivo existiría una presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial.

Desde esta perspectiva, como petición principal de la demanda, se solicita la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que los gravaban, que se había operado por medio de la escisión parcial de

Recobesa S.L. a favor de Propertyxest S.L., y la condena de esta última a la reintegración de aquellos inmuebles a la masa, o su equivalente pecuniario en caso de que hubieran sido transmitidos a un tercero. Como petición subsidiaria se solicita la declaración de la ineficacia de la escisión parcial, alegando que los actos de rescisión pretendidos encajan en las presunciones de perjuicio patrimonial para la masa de los arts. 71.2 y 72.3.1º de la Ley Concursal.

## **2. Soluciones dadas en primera instancia**

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña de 6 de marzo de 2014 desestima la demanda. Por lo que se refiere a la solicitud de ineficacia de la transmisión de los inmuebles, por considerar que no se podía aislar dicha transmisión de la modificación estructural que la justificaba. De manera que si se pretendía dicha ineficacia era preciso rescindir el negocio del que traía causa, e impugnar la escisión parcial, que es lo que constituía la petición subsidiaria. Pero en cuanto a ésta, consideró que el art. 47.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, veda por razones de seguridad jurídica cualquier acción impugnatoria posterior a la inscripción en el Registro Mercantil de la operación realizada, de manera que la escisión quedaría a salvo tanto de las acciones rescisorias comunes del CC, como de la acción rescisoria concursal.

## **3. Soluciones dadas en apelación**

La SAP 414/2014 de La Coruña (Secc. 4ª), de 30 de diciembre, desestima el recurso de apelación y se muestra conforme con el criterio la SJM, aunque reconoce que existe una fuerte polémica sobre la cuestión, y pone de relieve los fundamentados argumentos jurídicos, tanto de los que mantienen una postura a favor, como de los que la manifiestan en contra. En cualquier caso, considera que las modificaciones estructurales traslativas, inscritas en el Registro Mercantil antes de la declaración de concurso, no pueden ser objeto de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 de la Ley Concursal, como consecuencia de la eficacia convalidante de la inscripción, por evidentes razones de seguridad jurídica.

## **4. Los motivos de casación alegados**

El recurso de casación reitera las razones aducidas en el recurso de apelación frente a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil. Frente a la tesis seguida por la sentencia recurrida de la resistencia de la escisión a la rescisoria concursal, sostiene que el art. 47.1 de la Ley 3/2009 no prohíbe el ejercicio de

las acciones de reintegración del art. 71 de la Ley Concursal, sino únicamente las de anulación de la escisión parcial. El recurrente entiende que es posible la rescisión de los efectos de la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la modificación estructural, en atención a la naturaleza funcional de la ineficacia que conlleva la rescisión concursal, que afectaría al negocio sólo en la medida necesaria para evitar el perjuicio a los acreedores que pudiera derivarse de la disminución de la masa activa patrimonial sobre la que pueden hacer efectivos sus créditos.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en relación con el concurso*

Dentro de la posible rescisión de operaciones societarias en caso de concurso, la sentencia objeto de estudio se refiere a exclusivamente a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El problema se plantea por la existencia de dos regulaciones que resultan aplicables y cuya interpretación provoca algunos conflictos: la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME), y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC). La LME tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social. El precepto clave en esta materia es el art. 47.1 LME, conforme al cual: «*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*». Aunque la sentencia que nos ocupa se refiere a un supuesto de escisión, según el art. 73.1 LME, ésta se rige «por las normas establecidas para la fusión en esta Ley, con las salvedades contenidas en este Capítulo, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión» (en este mismo sentido, el art. 90 LME considera de aplicación a la cesión global lo dispuesto para las fusiones en el art. 47 LME).

Como se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2009, estas modificaciones estructurales «van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad». En todos estos casos se realizan operaciones traslativas, pero no estamos ante la transmisión de todo el patrimonio social a modo de cesión conjunta de sus distintos elementos, sino ante una transmisión en bloque y como un todo, o en varios bloques que constituyen unidades económicas diferentes. Lo característico de estas modificaciones estructurales es que se transmiten al adquirente o adqui-

rentes, en unidad de acto, las relaciones obligaciones y reales que integran la totalidad de ese patrimonio, o en su caso, las diferentes unidades económicas en que se divide, lo que constituye un régimen excepcional de transmisión de activos y pasivos (González Navarro, 2012, pg. 200). Puede suceder así que se transmita en bloque todo el patrimonio de una o más sociedades (supuestos de fusión o de cesión global de activo y pasivo), o que se transmitan partes de ese patrimonio (en los casos de escisión).

Estas modificaciones estructurales pretenden favorecer muchas veces una reestructuración empresarial y se plantean como una vía para prevenir la insolvencia o como una alternativa a la declaración de concurso (León Sanz, 2013, pgs. 75 y ss.). Teniendo en cuenta que tales modificaciones pueden afectar a los acreedores, que ven alterado el patrimonio que responde del pago de sus créditos, la LME articula la tutela del derecho de aquéllos a través de los derechos de oposición e impugnación. Desde esta misma perspectiva parece lógico también preguntarse si se puede brindar algún tipo de protección a la masa activa del concurso posterior. La pregunta a resolver es si es posible, a través del art. 71 LC, rescindir y dejar sin efecto la modificación estructural cuando la sociedad afectada es posteriormente declarada en concurso, y la modificación se ha efectuado dentro de los dos años anteriores a la declaración (art. 71.1 LC).

Conviene, no obstante, deslindar perfectamente desde el principio la situación a la que se refiere la sentencia en estudio, porque las interferencias entre las modificaciones estructurales y el concurso se pueden producir en momentos diferentes. El art. 100.3 LC contempla directamente la posibilidad de que la modificación estructural se desarrolle durante el concurso, es decir, dentro de un procedimiento concursal ya iniciado. Es posible igualmente que la declaración de concurso se produzca en el momento en que existe una modificación estructural en curso, que se ve interrumpida por dicha declaración. Finalmente, puede suceder que la modificación estructural se haya completado antes de la declaración de concurso.

La sentencia en estudio se refiere a esta última modalidad, y en ella se plantea si es posible rescindir la modificación estructural efectuada cuando la sociedad afectada es declarada posteriormente en concurso. Los supuestos que se han dado en la práctica han dado lugar a una jurisprudencia contradictoria, pues es frecuente encontrarse con escisiones parciales de sociedades con la finalidad de centrar la actividad en las que sean más viables, y que se produzca posteriormente el concurso de la sociedad escindida, como sucede en el presente caso con Recobesa, S.L. Otras veces nos encontramos con escisiones totales en que la sociedad matriz es escindida en varias sociedades, con un reparto de los riesgos y las cargas poco equilibrado, que conduce al concurso a una de ellas, en beneficio de las más prósperas; o con fusiones por absorción de sociedades o divisiones de grupos societarios, seguidas de la declaración en concurso de la sociedad absorbente (González Navarro, 2012, pg. 200).

En cualquiera de los casos, cabe plantear si la administración concursal de la sociedad concursada puede impugnar la modificación estructural por medio

de dos vías: a) A través de las normas societarias sobre impugnación de las modificaciones estructurales por no haberse realizado de conformidad con le LME, dentro del plazo previsto legalmente (art. 47 LME). B) A través de la legislación concursal sobre rescisión de actos perjudiciales para la masa activa (art. 71 LC). De todos los supuestos de modificación estructural mencionados, la situación a que se refiere la sentencia en estudio presenta unos perfiles que la hacen más problemática, ya en los casos de escisión participan varias sociedades, lo que implica un reparto o transmisión de activos y pasivos, al que se aplican las reglas de la responsabilidad solidaria de todas las sociedades, sean beneficiarias o escindidas (vid. el régimen del art. 80 LME, en cuanto a la escisión, que el art. 91 LME aplica igualmente a los casos de cesión global), aunque, como se ha destacado, esa misma responsabilidad solidaria dificulta extraordinariamente la existencia de esta modificación estructural (Beltrán, 2010, 178).

Conviene detenerse primero, como hace la sentencia en estudio, en la naturaleza y efectos de la acción rescisoria, para pasar luego a analizar si es posible impugnar la modificación estructural realizada a través de dicha acción.

### *5.2. Los efectos de la acción rescisoria concursal: diferencias entre la acción pauliana y las acciones de reintegración concursal*

La acción rescisoria concursal es una acción especial dentro del grupo de las acciones rescisorias, con las que comparte fundamento, finalidad y algunos presupuestos (Fernández Campos, 1998, pgs. 285 y ss.; y 2007, pg. 19). La sentencia objeto de comentario se preocupa de diferenciar, por un lado, el régimen de la acción revocatoria o pauliana de los arts. 1111 y 1291.3º CC, y, por otro, la acción rescisoria de reintegración concursal del art. 71 LC, particularmente en cuanto a sus efectos. Con ello no se hace otra cosa que recoger la jurisprudencia anterior sobre la materia, y la opinión doctrinal mayoritaria.

En el régimen del CC, la acción revocatoria por fraude de acreedores es de ejercicio individual, pues la legitimación corresponde a cualquiera de los acreedores perjudicados. Su finalidad es dejar sin efecto el acto impugnado en la medida necesaria para que el acreedor pueda satisfacer su derecho de crédito, sin que ello suponga restitución del bien enajenado al patrimonio del deudor. La ineficacia favorece, pues, al acreedor o acreedores impugnantes (Díez-Picazo, 2008, pg. 893; Fernández Campos, 2007, pg. 20; Parra Lucán, 2014, pg. 259; Sancho Gargallo, 2017, pg. 56). Es precisamente, como ha destacado la jurisprudencia, este carácter personal de la acción el que determina, por una parte, que en principio la legitimación para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado y, por otra, que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, pues la privación de eficacia del acto impugnado lo es sólo respecto del acreedor que acciona y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido (SSTS 28 noviembre 1997, 24 julio 1998 y 30 enero 2004, entre otras).

Las SSTS 7 septiembre 2012 y 18 abril 2013 afirman expresamente que la acción pauliana es «una acción personal que, con carácter general, posibili-

ta a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos». Y con mayor claridad la STS 18 abril 2013 dispone: «*De este modo, los efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado*».

La acción rescisoria concursal, en cambio, lo que trata es de remover el perjuicio que el acto impugnado representa para todos los acreedores concursales, posibilitando la vuelta del bien enajenado al patrimonio del deudor (que ahora es la masa activa) para poder satisfacer al mayor número de acreedores mediante su liquidación y posterior reparto entre quienes se hayan integrado en la masa pasiva (Fernández Campos, 2007, pg. 20). En estos casos, la ineficacia ya no es relativa, aunque siga siendo parcial, porque los beneficiarios de la reintegración van a ser todos los acreedores, de manera que los bienes y derechos restituidos irán a parar a la masa del concurso, sin que ninguno de los acreedores pueda cobrarse con preferencia sobre los demás, con lo que se impide la contravención de la *par conditio creditorum* (Sancho Gargallo, 2017, pg. 58). La Sentencia objeto de comentario considera muy relevante esta distinción entre la acción pauliana y la rescisoria concursal, porque «*la rescisión concursal no determina una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el art. 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa*».

Como consecuencia de lo anterior, al juicio del TS, no es posible instar la rescisión concursal de la escisión sin dejar de pretender con ello, a la vez, su ineficacia. Más adelante me referiré a la posibilidad de utilizar otras acciones, sin necesidad de dejar sin efecto la escisión, cuando la modificación estructural se haya realizado para defraudar ilícitamente el derecho de crédito de algunos acreedores.

### 5.3. *Naturaleza jurídica y objeto de la acción rescisoria concursal: la transmisión de activos y pasivos como efecto propio e inescindible de la escisión*

Como se desprende de los antecedentes de hecho, la petición principal de la demanda era que se declarara la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, de Recobesa S.L. a Propertyxest S.L., operada a través de

la escisión parcial de la primera a favor de la segunda, debiendo reintegrarse igualmente los frutos y rentas producidos por dichos inmuebles desde la fecha que tuvo lugar la citada escisión hasta que se dejase ineficaz. Y todo ello, preservando o sin atacar directamente la eficacia jurídica de la escisión misma. Sólo como petición subsidiaria se solicita que se declare la ineficacia de la escisión parcial.

La petición principal de la administración concursal es inadmisibles por que en nuestro sistema *causal* de transmisión de la propiedad (que necesita de título y modo: art. 609 CC) no cabe impugnar aisladamente dicha transmisión, pues no tienen cabida los negocios abstractos. Es decir, no es posible encontrar un título que justifique la transmisión de los inmuebles a la sociedad beneficiaria (Propertyxest SL) diferente de la escisión parcial, a través de la cual se produce la transmisión en bloque de una parte del patrimonio de la sociedad escindida. De esta manera, si lo que se pretende es que se declare la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, es de todo punto necesario impugnar la escisión. En este sentido, lo único que cabe discutir es la petición subsidiaria que, para conseguir la reintegración de los inmuebles, impugna precisamente la modificación estructural realizada por considerarla como un acto perjudicial para la masa activa del concurso (art. 71 LC).

La STS en estudio insiste en la necesidad de identificar claramente el acto que es objeto de impugnación a través de esta acción rescisoria concursal. En el presente caso la impugnación de la transmisión de la propiedad de los inmuebles se había producido mediante escritura pública otorgada el 31 de diciembre de 2010, por lo que la *traditio* provocada por la referida escritura (art. 1462.II CC) habría tenido lugar fuera del límite temporal de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso (8 de enero de 2013). En cambio, si lo que se impugna es la propia modificación estructural, por considerar perjudiciales para la masa activa las transmisiones de bienes operadas en el marco de la referida escisión, el art. 46 LME (por la remisión genérica que efectúa el art. 73.1 LME) dispone que la eficacia del negocio se produce por su inscripción en el Registro Mercantil, que en nuestro caso tuvo lugar el 10 de marzo de 2011, es decir, dentro del límite temporal de los dos años.

En este sentido se pronunció la SJM núm. 1 de La Coruña de 6 de marzo de 2014. Pero en apelación y casación el recurrente centra la cuestión en la posibilidad de rescindir los efectos de la escisión sin necesidad de dejar sin efecto la modificación estructural, todo ello en atención a la *naturaleza funcional de la ineficacia* que provoca la rescisión concursal, que sólo afectaría al negocio en la medida necesaria para evitar el perjuicio que pudiera ocasionarse a los acreedores por la disminución de la masa patrimonial sobre la que hacer efectivos sus créditos. En función de esta argumentación considera que la fecha a tener en cuenta, para saber si el acto impugnado está dentro o fuera del período sospechosos de dos años, es la fecha de la inscripción registral de la escisión y no la de la escritura pública.

El TS no entra a valorar si estamos dentro o fuera del plazo de los dos años, sino que insiste en la idea de identificar el acto de disposición objeto de



impugnación. Para ello profundiza en un elemento configurador de la acción rescisoria: el perjuicio para la masa activa que haya podido provocar el acto cuya revocación se pretende. Todo ello con la intención de averiguar si es posible deslindar la escisión, por un lado, y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria, por otro.

Como se afirma en la STS 26 octubre 2012: «El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta un lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso». Según el TS, el perjuicio para la masa activa ha de 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. No obstante, en esta sentencia se destaca que no se puede equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par conditio creditorum*, pues lo contrario nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial, realizado dos años antes de la declaración de concurso, que conlleve una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.

Es en cuanto a este último punto –la rescisión concursal de los pagos– donde la Sentencia en estudio se detiene para determinar si, en los contratos sinalagmáticos, se debe impugnar el contrato (que en caso de estimación provocaría la restitución recíproca de las prestaciones realizadas), o si puede impugnarse únicamente el pago o cumplimiento de una de las obligaciones dimanantes de ese contrato. El antecedente de la STS 26 octubre 2012 es claro al considerar que no pueden confundirse los efectos derivados de la rescisión de un negocio bilateral, con los efectos de la rescisión del acto unilateral que supone el pago o cumplimiento de una de las contraprestaciones del negocio. En la Sentencia objeto de comentario se trae a colación este problema para determinar si también aquí puede deslindarse la escisión, por un lado, de la transmisión de activos provocada por esa escisión, por otro (lo que podría justificar la rescisión únicamente de la transmisión de activos). Y se llega a la conclusión contraria: la *«posibilidad de impugnar un negocio o un acto de cumplimiento de una de las obligaciones nacidas de ese contrato, con sus efectos propios en cada caso, puede darse, obviamente, cuando sea posible diferenciar entre estos dos actos. Este no es el caso de la escisión parcial y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria»*. En los supuestos de escisión parcial, como dispone el art. 70 LME, se produce el *traspaso en bloque*, por sucesión universal, de una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Pero este traspaso en bloque no puede ser considera-

do un acto dispositivo, sino una reorganización del patrimonio social decidida por los socios, dentro de las posibilidades que les ofrece la LME.

Como destaca el TS, la transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria es un efecto propio de la escisión, sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión. Por ello considera que, en este caso, no cabe ejercitar una acción rescisoria concursal que afecte sólo a la transmisión de los inmuebles y mantenga la eficacia de la escisión, porque la transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede disociarse para su impugnación. Ello nada tiene que ver con lo alegado por el recurrente en cuanto al carácter funcional de la ineficacia propugnada por la rescisión concursal, porque lo que impide en este caso ejercitar la rescisión concursal, únicamente respecto a la aportación de los inmuebles, es que este traslado de activos no es un acto distinto de la propia escisión. La conclusión necesaria de lo anterior es que la única posibilidad que existe es solicitar la rescisión concursal de la escisión parcial.

El problema que ello le provoca al recurrente es que la solicitud de rescisión de la escisión se había planteado, como petición subsidiaria, alegando que los actos de rescisión pretendidos encajaban en las presunciones de perjuicio patrimonial para la masa del art. 71.2 LC (actos de disposición a título gratuito), o del artículo 72.3.1º LC (actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la concursada). Para la administración concursal, el perjuicio patrimonial se concretaba en la salida del patrimonio escindido de la concursada a título gratuito, al entender que la contrapartida económica al valor del patrimonio neto escindido había sido percibida por los socios de la concursada y no por la masa activa. Esta es la justificación para considerar que se trataba de un acto a título gratuito para la sociedad escindida, por lo que entraría en juego la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, al no recibir contraprestación económica alguna por el patrimonio escindido: ni de forma directa (la contraprestación la había recibido el socio en forma de participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión), ni de forma indirecta (al no verse liberada de la responsabilidad por las deudas que se integraban en el patrimonio escindido: art. 80 LME). Por otro lado, se alegaba que el patrimonio escindido se habría transmitido a una persona especialmente relacionada con la concursada (al formar parte la sociedad escindida y la beneficiaria de un mismo grupo de empresas) de manera que, en su caso, sería de aplicación la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial prevista en el artículo 71.3.1º LC.

El Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial desmontan esta manera de enfocar las cosas al argumentar que no se trataba de un acto a título gratuito, dado que el socio unipersonal era titular de parte del capital social de Recobesa S.L., y lo es ahora de Propertyxest S.L. por el canje operado con la escisión parcial de una rama de actividad productiva (la de arrendamiento in-

mobiliario) no sólo de los activos, sino también de los pasivos afectos a los mismos. Y por otro lado, tampoco consideran que estemos propiamente ante un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida hubiera realizado a favor de la beneficiaria, por cuanto se había producido un canje de acciones. El TS no llega a entrar a fondo en la posible aplicación de las presunciones de perjuicio patrimonial porque considera, como vamos a ver seguidamente, que el art. 47 LME impide cualquier impugnación de la modificación estructural, no sólo la nulidad, sino también la rescisión concursal.

*5.4. El debate doctrinal en torno a la posibilidad o imposibilidad de impugnar la modificación estructural a través de la acción rescisoria concursal*

Como ya he destacado, la Sentencia objeto de comentario viene a zanjar el debate en torno a la posibilidad o imposibilidad de impugnar la modificación estructural a través de la acción rescisoria concursal. En este sentido, recoge buena parte de los argumentos defendidos por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia. En cualquier caso, dado que el recurrente fundamenta su argumentación en la opinión doctrinal y jurisprudencial contraria, conviene desgranar sucintamente estos argumentos para entender la postura que adopta el TS en esta Sentencia.

Teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil, y que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación es de tres meses, un sector de la doctrina considera que este tipo de modificaciones estructurales quedan al margen del posible ejercicio de la acción rescisoria concursal (Cerdá Albero, 2010, pgs. 714 y ss.; Sánchez-Calero Guilarte – Fernández Torres, 2011, pgs. 119 y ss.; González Navarro, 2012, pgs. 199 y ss.; Rodríguez Sánchez, 2012, pgs. 19 y ss.; Sebastián, 2013, pg. 51; y con matizaciones, Conde Tejón, 2014, pgs. 453 y ss., quien considera que las modificaciones estructurales son susceptibles de rescisión concursal, pero con los efectos del art. 47.1 LME). Esta interpretación se refuerza por la regulación en el art. 44 LME del derecho de oposición de los acreedores a la fusión, escisión o cesión global.

Otros autores consideran que este tipo de operaciones pueden quedar afectadas por la acción rescisoria concursal siempre que se produzca el perjuicio patrimonial a que se refiere el art. 71 LC (Beltrán, 2010, pgs. 168 y ss.; Gutiérrez Gilsanz, 2011, pgs. 151 y ss.; León Sanz, 2012, pgs. 185 y ss.; Pérez Troya, 2014, pgs. 629-630, y 2015, pgs. 599 y ss.). Según defiende Beltrán (2010, pg. 168), el problema de la rescisión concursal de una modificación estructural se desplaza hacia el perjuicio: corresponde a la administración concursal la prueba de que la modificación estructural ha supuesto un perjuicio para la masa activa –para el patrimonio– de la sociedad concursada y, por tanto, para la colectividad –no para uno o para otro– de los acreedores concursales.

#### 5.4.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN DE LA RESCISIÓN CONCURSAL

Los defensores de la posibilidad de aplicar en este caso la acción rescisoria concursal, parten de la idea de que una operación de reestructuración societaria puede suponer un perjuicio para la masa activa de la sociedad concursada. En este sentido, no consideran argumento en contra que no se haya producido oposición por parte de los acreedores, y ello porque el art. 71 LC no sólo contempla la rescisión concursal, sino también otras acciones destinadas a la declaración de ineficacia, lo que demostraría la compatibilidad entre aquellas acciones que se pudieron ejercitar y no se ejercitaron y las acciones que nacen con la declaración del concurso.

Desde esta posición no se considera un obstáculo la prohibición de impugnación de la modificación estructural por el art. 47.1 LME (tras su inscripción y siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley), porque con ello sólo se pretende destacar que la operación es inimpugnable en un marco concreto (el societario), pero no en otro marco diferente, como ocurre con el concurso posterior, si se produce el perjuicio para la masa activa. En cualquier caso, para los defensores de esta postura, siempre debe aplicarse el límite cronológico previsto en el art. 71.1 LC para la eficacia de la acción rescisoria concursal: las operaciones realizadas más allá del período de los dos años anteriores a la declaración de concurso, están excluidas de las acciones de reintegración.

#### 5.4.2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EN ESTOS CASOS LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL

Para otro grupo de autores, de la misma manera que el legislador ha excluido de la acción rescisoria concursal los actos realizados por el deudor fuera del periodo de los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 71.1 LC), al igual que otros actos recogidos expresamente en el art. 71.5 LC, podemos encontrarnos fuera de la LC con otras normas que protejan determinadas operaciones frente a la acción rescisoria concursal. Precisamente el art. 47.1 LME sería una de estos supuestos, ya no sólo por sus antecedentes, sino porque cualquier vía que se utilice para resolver el conflicto normativo entre ambas leyes nos lleva a la misma solución: la LME es ley posterior a la LC (cuyo art. 71.1 no ha sido objeto de ninguna modificación posterior), y si se pretende primar la ley que contemple el supuesto especial, también debe darse primacía al art. 47 LME, que contempla la excepción de validez de las modificaciones estructurales inscritas (norma especial), sobre el art. 71 LC, que contiene la norma general de rescisión (invalidez) de las operaciones perjudiciales para la masa, con carácter general, sin precisión concreta para todos los posibles tipos de operaciones (Conde Tejón, 2014, 453 y ss., y nota 63).

El art. 47 LME vendría a suponer que, una vez que los propios acreedores han permitido la inscripción de la modificación estructural sin haber formulado oposición a la misma, ya no es posible alegar el perjuicio para la masa activa, en el que se fundamenta la acción rescisoria del art. 71 LC. El carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Mercantil hace que estas operaciones sólo puedan ser impugnadas en función de su nulidad cuando no se hayan realizado de conformidad con las previsiones de la LME (Quijano González – Esteban Ramos, 2007, pg. 604, destacan que estos casos deben circunscribirse al ámbito de las normas estrictamente *imperativas*), de manera que la sentencia que declare la nulidad no afectará a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción, de las que responderán solidariamente las sociedades afectadas por la operación correspondiente.

A lo anterior se puede añadir que el procedimiento establecido legalmente para realizar una modificación estructural ya introduce una serie de garantías destinadas a evitar el perjuicio de los intereses de los implicados en la operación. En concreto la LME regula el derecho de oposición de los acreedores a la modificación (arts. 44, 73 y 88), que impide la ejecución de la misma hasta que se garanticen sus créditos. Si los acreedores anteriores a la modificación estructural se pueden oponer a la operación, no parece que posteriormente puedan beneficiarse con el ejercicio de la acción rescisoria. El argumento, en sí mismo, no es del todo convincente pues, como destaca Pérez Troya (2015, pgs. 602 y ss.) esta protección sólo se brinda a los acreedores con créditos vencidos (art. 44.2 LME), por lo que pueden existir acreedores con créditos vencidos que no pueden oponerse a la operación, de manera el derecho de oposición no puede, como regla, subsumir la función de la acción rescisoria. Es decir, el derecho de oposición puede justificar que no se reconozca legitimación para utilizar la acción rescisoria a los acreedores que pudieron oponerse a la modificación estructural, pero no que se impida que aquella pueda ser instada por la administración concursal en beneficio del conjunto de acreedores del concursado. Con todo, parte de los autores que defienden esta posición son conscientes de que la acción rescisoria concursal no se dirige a satisfacer el interés particular de un acreedor, sino que tiene como finalidad proteger a la masa activa en su conjunto (aunque indirectamente pueda aumentar las posibilidades de satisfacción de los acreedores de la sociedad concursada). Por ello, consideran que al menos debería reconocerse la posibilidad de utilizar la rescisoria concursal cuando, además de concurrir los requisitos previstos en el art. 71 LC, la operación fuese también impugnable de acuerdo con el art. 47 LME. No obstante, en cuanto a los créditos nacidos tras la publicación del proyecto de fusión o escisión, sus titulares ya han podido conocer la situación jurídica y patrimonial de la sociedad absorbente, resultante de la fusión o escindida parcialmente, de manera que no resulta coherente que puedan acudir a la rescisoria concursal para que la reestructuración anterior devenga ineficaz (Cerdá Alberó, 2010, pg. 716).

Por otro lado, como argumento de mayor peso, se destaca el carácter constitutivo y convalidante de la inscripción en el Registro Mercantil, de acuerdo con lo previsto en el art. 47 LME (Cerdá Albero, 2010, pgs. 716 y ss., y 2012, pgs. 387 y ss.; González Navarro, 2012, pgs. 203 y ss.). Dicho precepto dispone de manera clara que «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción» (lo que es igualmente aplicable a los supuestos de escisión, por la remisión genérica del art. 73.1 LME). Como se ha destacado, con ello se altera el régimen del antiguo art. 246.1 LSA, y nuestra legislación asume el mismo criterio que la alemana e italiana, ya presente en la regulación de la sociedad anónima europea (art. 30.I del Reglamento 2157/2001/CE, de 8 de octubre), y para la fusión transfronteriza (art. 17 de la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre). El cambio de criterio se adopta por razones de seguridad jurídica, para garantizar que una modificación estructural traslativa que haya seguido las prescripciones legales no pueda declararse ineficaz después de su inscripción registral. Es más, en el caso de que existieran defectos que no hubieran quedado purgados por la sola inscripción registral, la imposibilidad de impugnar judicialmente la operación se produce una vez que caduca la acción por el trascurso de tres meses (art. 47.2 LME). En definitiva, ya ni siquiera es posible plantear la nulidad o anulabilidad de los acuerdos, como hacía el art. 246 LSA (que aludía expresamente a la «acción de nulidad contra una fusión ya inscrita en el Registro»), porque ahora el art. 47.1 LME impide cualquier tipo de impugnación, lo que incluye cualquier modalidad de ineficacia: nulidad, anulabilidad y rescisión.

De todas formas, la estructura y contenido del art. 47 LME es una tanto confusa por el diferente origen de cada uno de sus apartados (vid. el estudio y crítica de Fernández de Pozo, 2009, pgs. 676 y ss.; y Cabanas Trejo, 2017, pgs. 2 y ss.). Así, tras establecer que la modificación estructural, una vez inscrita, ya no se puede impugnar, en sus num. 2 y 3 recoge un plazo de tres meses para el ejercicio de la acción de impugnación, desde que fuera oponible a quien invoca la nulidad; y seguidamente regula la inscripción y publicidad de la sentencia declarativa de la nulidad y sus afectos, de una manera similar al derogado art. 246.2 LSA. Según destacan Cerdá Albero (2010, pgs. 717 y ss., y más ampliamente en 2012, pgs. 402 y ss.; y González Navarro, 2012, pgs. 201 y ss.), una visión coherente del art. 47 LME conduce a interpretar que la modificación estructural sólo será atacable si no se realizó con arreglo a las disposiciones de la propia LME, expresión que incluye tanto los posibles vicios de procedimiento, como los vicios de los mismos acuerdos, que pueden ser abusivos y no susceptibles de ser controlados por el Registrador Mercantil en su calificación. De esta manera, si se respetaron las prescripciones de la LME y estamos ante acuerdos sanados por la inscripción en el Registro (porque no escapaban de la calificación registral), la modificación estructural ya no podrá ser impugnada posteriormente dentro del concurso. En cambio, si se trata de vicios no subsanables en sede registral (como los abusivos a que se refiere el art. 204 TRLSC, porque «lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros»), sí podrían ser impugnados, desapareciendo el manto protector del art. 47 LME, pero entonces se aplicaría a la acción de

impugnación el plazo de caducidad de tres meses, computados desde la oponibilidad de la operación (según el art. 21.1 CCom, con relación a terceros de buena fe, desde la publicación de la modificación estructural en el BORME).

### 5.5. *Las modificaciones estructurales y la acción rescisoria concursal en la jurisprudencia*

La jurisprudencia recaída sobre la materia ha mantenido diferentes posturas sobre el particular con argumentos similares a los utilizados por la doctrina. En este sentido, algunos pronunciamientos judiciales entienden que, una vez eficaces, las modificaciones estructurales no pueden ser atacadas por la rescisoria concursal, porque los acreedores ya han dispuesto de mecanismos de tutela específicos, y porque la vía de la rescisión es incompatible con la seguridad jurídica que el legislador pretende atribuir a este tipo de operaciones. La Sentencia 234/2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de diciembre de 2011 sigue esta interpretación en un supuesto de escisión total subjetiva, con abundantes citas doctrinales (en concreto, de Cerdá Albero, 2010, pgs. 713 y ss.; Sánchez-Calero Guilarte – Fernández Torres, 2011, 109 y ss.; y Cabanas Trejo – Bonardell Lezano, 2013, pgs. 93 y ss.). Además, en esta decisión (comentada extensamente por Cerdá Albero, 2012, pgs. 387 y ss.), el Juez consideró de especial relevancia que no había existido oposición de quienes eran acreedores en el momento de la escisión.

Esta sentencia fue recurrida en apelación, y dicho recurso fue estimado por la SAP 389/2013, de Las Palmas (Secc. 4ª) de 29 de octubre de 2013 (ampliamente comentada por Conde Tejón, 2014, 453 y ss.), que se centra precisamente en la posibilidad o imposibilidad de ejercitar la acción rescisoria del art. 71 LC para impugnar modificaciones estructurales realizadas con anterioridad. En este sentido, se afirma: «*El punto de partida para resolver la cuestión no ha de buscarse en la LME o en la legislación societaria (como se hace por la mayoría de la doctrina que se cita en la sentencia de instancia) sino en la propia LC, desde que ninguna de las normas citadas por esa doctrina y por la sentencia excluye la aplicación del art. 71 LC a las modificaciones estructurales de capital*». Para esta sentencia lo relevante no es la naturaleza del acto objeto de impugnación, sino si en el acto objeto de impugnación concurren o no los requisitos exigidos por el art. 71 LC, es decir, si el acuerdo de escisión puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa. Aparte de otras cuestiones, con una argumentación extensa, considera que «el derecho de oposición de los acreedores a la escisión, al que tanta relevancia otorga el juez *a quo*, no impide el ejercicio de la acción concursal». Y decididamente entiende que cabe la posibilidad de ejercitar una acción rescisoria concursal frente a la modificación estructural realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La SAP 217/2013 de Zaragoza (Secc. 5ª) de 19 de abril de 2013, por el contrario, revoca íntegramente la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza de 9 de noviembre de 2012 (favorable a la rescisión), en un

supuesto en que la sociedad escindida había transmitido sus activos, libres de cargas, a la sociedad beneficiaria, con sus mismos socios. Por otro lado, en cuanto al carácter oneroso o gratuito de la operación, considera la sentencia que «esta no era una operación gratuita, los socios eran reales titulares de parte del capital social de la escindida y lo son ahora, por canje, cuyas reglas y valoraciones no han sido objeto de impugnación, por lo que en modo alguno el acto ha de tildarse de gratuito y, por ello, no procede la estimación de la pretensión ejercitada». Dentro de las decisiones contrarias a la aplicabilidad del art. 71 LC cabe citar igualmente, aunque en *obiter dictum*, el Auto 411/2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona de 30 de julio de 2012.

#### *5.6. La resistencia de las modificaciones estructurales a la rescisión concursal*

En el ap. 4 del Fundamento de Derecho segundo el TS se pronuncia expresamente sobre la polémica doctrinal y jurisprudencial que acabo de reseñar, en torno a si las modificaciones estructurales quedan o no al margen de la acción rescisoria concursal. Y entiende que el art. 47 LME pretende restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita la operación (escisión, en este caso), pueda instarse su ineficacia.

Para realizar esta afirmación el TS tiene en cuenta el art. 17 de la Décima Directiva de sociedades, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital (Directiva 2005/56/CE), al disponer que «no podrá declararse la nulidad de una fusión transfronteriza que se realice de conformidad con lo dispuesto en el art. 12», que presupone el previo control de legalidad de la fusión que cada Estado miembro debe realizar de conformidad con el art. 11. El mismo texto se recoge ahora en el art. 134 de la Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (versión codificada). Para el TS, en ausencia de un control previo como éste para las fusiones no transfronterizas (vid. no obstante la crítica de Cabanas Trejo, 2017, pgs. 3 y ss.), este control de la legalidad de la fusión puede realizarse dentro de un breve lapso de tiempo (tres meses), desde que la fusión fuera oponible a quien la impugna.

Con ello lo que pretende el TS es integrar los núm, 1 y 2 del art. 47 LME (ya aludí anteriormente a la problemática génesis legislativa de este precepto), concluyendo que «el efecto sanatorio de la inscripción registral de la fusión (y por extensión de cualquier modificación estructural traslativa) no es total, ya que no alcanza a la infracción del procedimiento previsto en la propia LME para su validez. La nulidad sólo podrá fundarse en la infracción de las normas legales para la realización de cada concreta modificación estructural, y además debe ejercitarse en un breve lapso de tiempo, pues está sujeta a un plazo de caducidad de tres meses, contados desde que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad, que cuando menos coincidirá con la publicidad registral derivada de la inscripción».



La posición del TS es incluso más radical que la de algunos defensores de la imposibilidad de utilizar la rescisoria concursal tras la modificación estructural (Cerdá Albero, 2010, pgs. 717 y ss., y 2012, pgs. 402 y ss.; González Navarro, 2012, pgs. 201 y ss.) porque ni siquiera depende de que el Registrador Mercantil pueda controlar o no los posibles vicios de los acuerdos. Si la nulidad sólo puede fundarse «*en la infracción de las normas legales para la realización de cada concreta modificación estructural*», quedan fuera otros supuestos, como la vulneración de disposiciones estatutarias, o la lesión al interés social o de la minoría y, con ello, la posibilidad de invocar cualquier tipo de abuso (Quijano González – Esteban Ramos, 2007, pg. 604; Cabanas Trejo, 2017, pg. 4). En este sentido, la previsión del art. 47.1 LME afecta a cualquier tipo de acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural. Por ello se emplea el término de «impugnación», para abarcar cualquier acción, y no sólo la nulidad.

Para el TS, la imposibilidad de impugnar las modificaciones estructurales inscritas en el Registro Mercantil se deriva, pues, de que la exclusión legal contenida en el art. 47.1 LME afecta a *todas* las acciones de impugnación que impliquen la ineficacia de la operación. La única excepción sería la acción de nulidad basada exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos legales, que sólo podrá ser ejercitada en el plazo de tres meses. De esta manera, se puede afirmar que la única circunstancia definitivamente sanatoria no es la inscripción registral –que es la que restringe los motivos de impugnación–, sino la caducidad de esta acción (Cabanas Trejo, 2017, pg. 5). Este es el motivo por el que la rescisión concursal no se menciona de manera expresa en el art. 47.1, como tampoco se hace con otras acciones de ineficacia, que igualmente están excluidas.

Paralelamente lo que se desprende de la postura del TS es que la acción rescisoria concursal ni siquiera se puede utilizar en el referido plazo de tres meses. Ciertamente es una acción de ineficacia (Díez-Picazo, 2008, pg. 893; Fernández Campos, 2007, pg. 20; Parra Lucán, 2014, pg. 259; Sancho Gargallo, 2017, pg. 56), pero no está referida al cumplimiento los requisitos legales de la modificación estructural. Por ello en este caso, como afirma el TS, «la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal». La inscripción en el Registro Mercantil de la modificación estructural excluye de manera automática y definitiva (no se dispone del plazo de tres meses) la rescisoria concursal.

### 5.7. *Salvaguarda de los derechos de terceros frente a la escisión: el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados*

El régimen legal de impugnaciones previsto en el art. 47.1 LME es muy restrictivo, y más aún con la interpretación del mismo que hace el TS en esta sentencia. No obstante, por razones de seguridad jurídica, se dejan a salvo «los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados». Estos otros remedios, que permiten salvaguardar los derechos

de los socios o de algunos acreedores, son tratados igualmente en la sentencia en estudio, pero con una argumentación paupérrima, por cuanto se limita a transcribir literalmente algunos de los Fundamentos de Derecho de las SSTS 27 enero 2006, 9 octubre 2008 y 3 enero 2013 (tal vez porque son sentencias que alega expresamente el recurrente a favor de su postura, argumento que trata de desmontar el TS). Las dos primeras, anteriores a la LME, están referidas a unos acreedores de efectos cambiarios, cuyo deudor había llevado a cabo una segregación de la rama de actividad, en el curso de la cual se habían emitido las cambiales, sin incluir esas obligaciones cambiales. La STS 3 enero 2013 cita la LME, pero el supuesto de hecho se regía por la normativa anterior, y se refiere a unos acreedores cuyos créditos eran anteriores a la escisión, constituían deudas asociadas a la rama de actividad objeto de escisión, y no habían sido incluidos en la misma.

Lo que pretende el TS, transcribiendo literalmente parte de la fundamentación jurídica de estas sentencias, es poner de relieve que el art. 47 LME no impide otros remedios que permitan salvaguardar los derechos de los socios, o de otros acreedores. De hecho en las dos primeras sentencias citadas entendió que la exclusión de unos determinados pasivos vinculados a la rama de actividad objeto de la segregación, que no habían sido incluidos en la misma, y que se habían visto afectados después por los efectos de la suspensión de pagos de la sociedad segregada, constituía un fraude de los derechos de los acreedores cambiarios. Pero la cuestión que debió tratar con más profundidad es la relativa a la legitimación de la administración concursal para ejercitar la acción de resarcimiento, que el TS admite, dándola por supuesta.

La acción de resarcimiento pretende no dejar desprotegidos a los eventuales perjudicados, a pesar de no afectar a la modificación estructural efectuada. Pero su objeto no puede ser una genérica indemnización de los perjuicios causados por la operación, porque ello podría chocar con el art. 73 LC que, al disponer la restitución recíproca de las prestaciones, estaría pretendiendo la invalidez de la referida operación (Conde Tejón, 2014, pgs. 453 y ss.). El art. 47 LME lo único que permite es una indemnización de los perjuicios sufridos: estamos ante una indemnización directa y no ante una rescisión con efectos indemnizatorios. El TS únicamente admite que se pueda pretender por esta vía una compensación equivalente a «los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión». Pero dentro del concurso, el importe reclamado tendría que guardar relación directa con esos créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente tendrían que ser anteriores a la escisión, y lo obtenido iría a parar a la masa.

El problema de la legitimación activa no está exento de polémica en la doctrina. El art. 47.1 LME incluye expresamente a los socios y a los terceros. Para ampliar el elenco de posibles legitimados se ha argumentado que el precepto cita a los socios y terceros como titulares del derecho al resarcimiento de los perjuicios, y no como legitimados activos de una acción concreta (Conde Tejón, 2014, pgs. 453 y ss.). Esta manera de razonar me parece artificiosa. El verdadero problema está

en determinar quién tiene a estos efectos la consideración de tercero, y si están incluidos los acreedores. Aunque se podría argumentar que la legitimación de éstos debe estar en función del ejercicio o falta de ejercicio de derecho de oposición que les reconoce el art. 44 LME, parece más correcta la postura defendida por Fernández del Pozo (2009, pg. 711) de reconocer siempre derecho al resarcimiento a los acreedores sociales, dado que el derecho de oposición y la acción de resarcimiento cumplen funciones sustancialmente diversas: la falta de ejercicio del derecho de oposición no puede ser interpretada como una renuncia anticipada a la acción de resarcimiento de los perjuicios causados.

En cuanto a la legitimación activa de la administración concursal, la sentencia en estudio considera que se puede admitir sobre la base de los arts. 71.6 y 72.1 LC, cuando se refieren a otras acciones de impugnación. No parece que la acción de resarcimiento se pueda considerar una acción de impugnación. Pero sí considero que en caso de concurso la administración concursal está legitimada para solicitar el resarcimiento, porque es en definitiva quien puede reclamar este derecho de los socios y los terceros (acreedores que ahora integran la masa) [en contra Cerdá Albero, 2012, pg. 423, considera que «en caso de ser declarada en concurso de acreedores alguna sociedad participante en la modificación estructural, ninguna legitimación activa corresponde a la administración concursal para ejercitar esta acción de indemnización de daños», apoyándose en la literalidad del art. 47.1 LME].

### 5.8. *Conclusión*

Esta Sentencia zanja el debate doctrinal y jurisprudencial existente, en aras a la seguridad jurídica, respecto a las modificaciones estructurales efectuadas cuando la sociedad afectada es declarada posteriormente en concurso, en el sentido de excluir la acción rescisoria concursal. Creo que el planteamiento y la argumentación son correctos al interpretar que el art. 47.1 LME pretende restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita en el Registro Mercantil, pueda instarse la ineficacia de la modificación estructural. En este supuesto, están excluidas *todas* las acciones de impugnación que impliquen la ineficacia de la operación, con la única excepción de la acción de nulidad basada exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos legales, que sólo podrá ser ejercitada en el plazo de tres meses.

Mayor concreción hubiera requerido la posibilidad de utilizar otros remedios por parte de la administración concursal, como la acción de resarcimiento. No porque el TS considere legitimada activamente a la administración concursal, criterio que comparto, sino porque entiendo que no queda claro que lo único que se permite es una indemnización de los perjuicios sufridos y no una rescisión con efectos indemnizatorios. Es decir, sólo se puede reclamar por esta vía una compensación equivalente a los créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados con la modificación estructural, que iría a parar la masa, y no a los acreedores perjudicados.

## 6. Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, J. – LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., «Especialidades del procedimiento de escisión», en *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles* (Coord.: Rodríguez Artigas, F.), Tomo II, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pgs. 209-339.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 50, 2010, pgs. 157-183.
- CABANAS TREJO, R., «Inscripción convalidante de la fusión y acción rescisoria concursal (una reflexión sobre la impugnación de la fusión inscrita a propósito de la STS de 21/11/2016)», en *Diario La Ley*, núm 8931, 1 de Marzo de 2017, pgs. 1 y ss.
- CABANAS TREJO, R. – BONARDELL LEZANO, R., «Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013, pgs. 93-106.
- CERDÁ ALBERO, F., «Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal», en *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, Madrid, 2010, pgs. 713-729; y «Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 2012, pgs. 387-428).
- CONDE TEJÓN, A., «La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas (Comentario de la SAP de Las Palmas de Gran Canaria [4ª] de 29 de octubre de 2013)», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 2014, pgs. 453-500.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., «Reintegración del patrimonio del concursado», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 25, 2007, pgs. 13-43.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La fase de ejecución (Escritura pública e inscripción en el Registro. Impugnación)», en *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles* (Coord.: Rodríguez Artigas, F.), Tomo II, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pgs. 645-720.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «La rescisión de las modificaciones estructurales societarias», en *La reintegración de la masa* (Dir.: Beltrán, E. – Sanjuán, E.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pgs. 199-207.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pgs. 151-170.
- LEÓN SANZ, F.J., «La rescisión de las operaciones societarias», en *La reintegración de la masa* (Dir.: Beltrán, E. – Sanjuán, E.), Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pgs. 181-198; y «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 30, 2013, pgs. 75-98.

- PARRA LUCÁN, M.A., «El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso», en *La reintegración en el concurso de acreedores* (Dir.: García-Cruces González, J.A.), 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pgs. 241-317.
- PÉREZ TROYA, A., «La rescisión concursal de las modificaciones estructurales», en *La reintegración en el concurso de acreedores* (Dir.: García-Cruces González, J.A.), 2ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pgs. 587-630; y «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», en *Las modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles. Estudios* (Coord.: Rojo, A. – Cortés, L.J. – Campuzano, A.B. – Pérez Troya, A.) Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pgs. 581-624.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. – ESTEBAN RAMOS, L.M., «Tutela de los acreedores. La responsabilidad de los acreedores que participan en la escisión», en *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles* (Coord.: Rodríguez Artigas, F.), Tomo I, Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pgs. 553-626.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., «Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012, pgs. 19-50.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. – FERNÁNDEZ TORRES, I., «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 2011, pgs. 109-133.
- SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SEBASTIÁN, R., *Concurso y rescisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.