



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

Id Cendoj: **28079119912016100029**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **21/11/2016**

Nº de Recurso: **570/2015**

Nº de Resolución: **682/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 3059/2014,**  
**STS 5136/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 21 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración prevista en el art. 71 de la Ley Concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña. El recurso fue interpuesto por Everardo, como administrador concursal de la entidad Recobesa S.L.. Es parte recurrida las entidades Recobesa S.L. y Propertyxest S.L., representadas por el procurador Luis Arrendondo Sanz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. Everardo, administrador concursal de la entidad Recobesa S.L., interpuso demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración prevista en el art. 71 de la Ley Concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, contra las entidades Recobesa S.L. y Propertyxest S.L., para que se dictase sentencia:

«por la que declare como petición principal la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que en su caso los gravaban, pertenecientes a Recobesa S.L a favor de Propertyxest SL, operada por medio de la escisión parcial de la primera a favor de la segunda otorgada en las escrituras públicas autorizadas por el notario de A Coruña Don Jacobo Pérez Rama el día 31 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2011 que se acompañan como documentos uno y dos, debiendo reintegrarse la propiedad de los inmuebles transmitidos en virtud de dicho negocio jurídico societario a la concursada Recobesa SL, reintegración que habrá de hacerse con las cargas reales que los graven, y debiendo reintegrarse igualmente los frutos (rentas) producidos por dichos inmuebles desde la fecha en que tuvo eficacia la escisión parcial y hasta que se deje ineficaz, verificándose la reintegración en su equivalente pecuniario al valor real que tenía el inmueble en el momento de salir del patrimonio de la concursada en el caso de que alguno de los inmuebles que han de reintegrarse hubiese sido transmitido por Propertyxest SL a tercero de buena fe, y estableciendo expresamente el carácter de créditos subordinados de las cantidades que a resultas de declaración la ineficacia de la transmisión hubiesen de ser restituidas por Recobesa SL a Propertyxest SL, con arreglo al art. 73.3 de la LC, y como petición subsidiaria y a mayores de la principal, declarando la ineficacia de la escisión parcial de Recobesa SL a favor de Propertyxest SL otorgada en las meritadas escrituras de 31 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2011, y las operaciones societarias acordadas en la Junta de ambas sociedades de 6 de agosto de 2010, y ello condenando a las demandadas a estar y pasar por tales declaraciones y disponiendo la

cancelación de los asientos registrales pertinentes del Registro de la Propiedad y en su caso y para la petición subsidiaria, del Registro Mercantil, que fueren afectados por la declaración de ineficacia, y todo con imposición de la condena en costas a las partes demandadas».

2. El procurador Diego Ramos Rodríguez, en representación de la entidad Recobesa S.L.U. en concurso de acreedores, contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«se acuerde la íntegra desestimación de la demanda rectora con todos los pronunciamientos favorables a mi representada, todo ello con expresa imposición de las costas del presente al promovente de la acción».

3. El procurador Diego Ramos Rodríguez, en representación de la entidad Propertyxest S.L.U. contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«se acuerde la íntegra desestimación de la demanda rectora con todos los pronunciamientos favorables a mi representada, todo ello con expresa imposición de las costas del presente al promovente de la acción».

4. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña dictó sentencia con fecha 7 de marzo de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por la administración concursal del concurso voluntario nº 4/2013 de la entidad mercantil Recobesa S.L. contra la entidad en concurso, representada en los autos principales por el procurador don Diego Ramos Rodríguez, y contra la entidad mercantil Propertyxest S.L. también representada por el procurador don Diego Ramos Rodríguez.

»No hago especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes».

#### **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la administración concursal de la entidad Recobesa S.L.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, mediante sentencia de 30 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña con fecha 7 de marzo de 2014 , que confirmamos íntegramente, sin hacer expreso pronunciamiento condenatorio de las costas procesales originadas en esta alzada.

»Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, y dese su destino legales».

#### **TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. Everardo , administrador concursal de la entidad Recobesa S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los apartados 1 , 2 y 3.1º del art. 71, así como los arts. 73.1 y 3 , y 93.2.1 º y 2º LC , en relación con los arts. 25 , 46.1 , 47.1. 2. 3 y 4 , 70.1 , 73 y 80 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y con los arts. 1.1 , 3.1 , 6.4 y 609 del Código Civil y el art. 33 de la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital .».

2. Por diligencia de ordenación de 12 de febrero de 2015, la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Everardo , como administrador concursal de la entidad Recobesa S.L., y como parte recurrida las entidades Recobesa S.L. y Propertyxest S.L., representadas por el procurador Luis Arrendondo Sanz.

4. Esta sala dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por el administrador concursal D. Everardo . contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta) en el rollo de apelación nº 236/2014 , dimanante de los autos del incidente concursal nº 4/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña».

5. Dado traslado, la representación de las entidades Recobesa S.L. y Propertyxest S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.



6. Por providencia de 20 de julio de 2016 se acordó someter el conocimiento del presente recurso al Pleno de los Magistrados de esta Sala, señalándose a tal fin el 26 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar sin la intervención del magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, por razón de concesión de licencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Recobesa, S.L., sociedad unipersonal cuyo único socio era Rolaelsa, S.L., fue declarada en concurso de acreedores el día 8 de enero de 2013.

Propertyxest, S.L. es una sociedad unipersonal, cuyo socio único es Pedro Jesús .

El administrador único de estas tres sociedades, Recobesa, S.L., Rolaelsa, S.L. y Propertyxest, S.L., era Groupxest, S.L., que en los tres casos había designado para desarrollar las funciones de administrador a Casimiro .

Las juntas universales, celebradas el 6 de agosto de 2010, de Recobesa, S.L. y Propertyxest, S.L. aprobaron la escisión parcial de la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario de Recobesa, S.L. a favor de la sociedad beneficiaria Propertyxest, S.L. Ambos acuerdos se instrumentaron en escritura pública de 31 de diciembre de 2010, y la inscripción registral data del 10 de marzo de 2011.

El valor contable de los activos de la rama de actividad escindida ascendía a 1.729.225,66 euros y el de los pasivos asociados a esta rama de actividad era de 1.529.625,66 euros. El patrimonio neto contable de la rama de actividad escindida era de 149.600 euros. Como el patrimonio neto contable de la sociedad escindida era de 889.912,11 euros, el traspaso de la rama de actividad representaba el 16,81%, porcentaje en el que se redujo el capital social de Recobesa, S.L.

Consecuencia de la escisión, la sociedad beneficiaria (Propertyxest, S.L.) aumentó su capital social de 3.100 euros a 152.700 euros, mediante la emisión de nuevas participaciones, suscritas íntegramente por Rolaelsa, S.L.

En la sección de calificación, tanto la administración concursal como el ministerio fiscal interesaron la calificación de concurso fortuito, lo que fue declarado por el juez.

2. La administración concursal de Recobesa, S.L. interpuso un incidente concursal de reintegración, en el que ejercitaba la acción rescisoria concursal frente a la transmisión de activos que conllevó la escisión.

En su demanda, razona 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. Existiría, por ello, una presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial.

La demanda contenía una petición principal: la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que los gravaban, operada 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. Y también una petición subsidiaria: 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 del artículo 71.2 LC -actos de disposición a título gratuito-, o del artículo 72.3.1º. LC -actos dispositivo a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con la concursada-.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En cuanto a la petición principal, entendió que no procedía aislar la transmisión de la propiedad de los inmuebles, que situó temporalmente en el día 31 de diciembre de 2010, fecha del otorgamiento de la escritura pública de escisión, de la modificación estructural societaria que la justifica. Si se pretendía la ineficacia de la transmisión de la propiedad sobre aquellos inmuebles, era preciso rescindir el negocio que la justificaba, es decir, impugnar la escisión parcial, cuya eficacia se produce con su inscripción en el Registro Mercantil, que en este caso tuvo lugar el 10 de marzo de 2011, dentro de los dos años anteriores al auto de declaración de concurso.



El juzgado mercantil pasó a continuación a interpretar el art. 47.1 LME y concluyó a favor de la resistencia de la escisión parcial a la acción rescisoria concursal. Entendió que el art. 47.1 LME veda, por razones de seguridad jurídica, cualquier acción impugnatoria posterior a la inscripción registral, por lo que la escisión quedaría a salvo de las rescisorias comunes del Código Civil y de la reintegradora concursal.

Por otra parte, aun en el caso en que se entendiera que cabía ejercitar la rescisión concursal, argumentó que ni operaría la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, pues la causa de la escisión no es la mera liberalidad, ni tampoco la presunción *iuris tantum* del art. 71.3.1º LC, porque no existe un acto dispositivo a título oneroso de la sociedad escindida a favor de la beneficiaria. Finalmente, rechazó que pudiera apreciarse perjuicio para la masa ligado a la denunciada defectuosa valoración de un conjunto patrimonial cuyo contravalor eran las participaciones sociales que recibían los socios en la sociedad beneficiaria, ni al hipotético daño que pudiera concretarse en la determinación de nuevos créditos concursales de naturaleza fiscal por un posible rechazo de la aplicación de los beneficios del régimen especial de escisiones regulado en la Ley del Impuesto de Sociedades aprobada por Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, al haber quedado los inmuebles arrendados fuera del bloque patrimonial traspasado.

**4.** Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la administración concursal, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

La Audiencia ratifica el criterio del juzgado mercantil de 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 LC, como consecuencia de la eficacia convalidante de la inscripción, por evidentes razones de seguridad jurídica. En este sentido, entiende que la utilización del término impugnación cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico, entre ellas las rescisorias. En atención a los mecanismos de protección de los acreedores a través del derecho de oposición, su no ejercicio en el momento oportuno impide al acreedor impugnar la escisión tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME. Esto alcanza a la acción de rescisión concursal, pues su fundamento es el perjuicio para la masa activa, una vez que los acreedores anteriores consintieron en su momento la modificación estructural traslativa. Por su parte, los acreedores de créditos nacidos con posterioridad a la publicación del proyecto conocían o pudieron haber conocido la real situación patrimonial de la sociedad con la que pretendían contratar, por lo que no parece que por dicha razón anterior pudiera proceder la rescisión concursal con la consiguiente ineficacia de la escisión.

La Audiencia advierte que quedan a salvo los derechos de los socios y de terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, y la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas a las que quedan sujetas las sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido.

Además, considera que no ha resultado acreditado el perjuicio para la masa activa, sin que quepa sostener que se trató de un acto a título gratuito por el canje operado con la escisión parcial no solo de los activos sino también de los pasivos, y sin que pueda apreciarse la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial del artículo 71.3.1º LC, por cuanto no se trata de un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria, al haberse producido un canje de acciones.

La sentencia de apelación alude también al auto de archivo de la sección sexta, al coincidir el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso como fortuito; y a que la Ley Concursal admite como propuesta de convenio la fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

**5.** La sentencia de apelación es recurrida en casación por la administración concursal, sobre la base de un único motivo.

#### **SEGUNDO.** Recurso de casación

**1. Formulación del motivo.** El motivo denuncia la infracción de los apartados 1, 2 y 3.1º del art. 71, así como los arts. 73.1 y 3, y 93.2.1º y 2º LC, en relación con los arts. 25, 46.1, 47.1. 2. 3 y 4, 70.1, 73 y 80 LME, los arts. 1.1, 3.1, 6.4 y 609 CC, y el art. 33 LSC.

El recurso de casación reitera las razones aducidas en el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia.

Frente a la tesis seguida por la sentencia recurrida de la resistencia de la escisión a la rescisión concursal, sostiene que el art. 47.1 LME no prohíbe el ejercicio de las acciones de reintegración concursal del art. 71 LC, sino únicamente las de anulabilidad de la escisión parcial.

La prohibición del artículo 47 LME -de interpretación restrictiva por ser norma prohibitiva- solo alcanza a las acciones que persiguen la declaración de nulidad de la fusión, y por ello se limita al ejercicio de la acción



prevista en el art. 1300 CC , cuyo resultado será una declaración de nulidad con efectos *ex nunc* ; sin que pueda extenderse a la acción de reintegración al no ser una acción dirigida a que se declare la nulidad del negocio jurídico, sino a privarle de alguno de sus efectos - considerando los bienes objeto de rescisión como si nunca hubieran salido del patrimonio del deudor-, pero dejando subsistentes otros -por ejemplo, el nacimiento del crédito contra la masa del tercero *in bonis* que se ve obligado a restituir el bien previsto por el art. 73.3 LC -.

En este sentido, advierte que la demanda solicitaba, como petición principal, la rescisión concursal de la transmisión de los inmuebles, y no la ineficacia de la escisión. Frente a lo sostenido por los tribunales de instancia, el recurrente entiende que es posible esta 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.

Frente al argumento de la salvaguarda de la seguridad jurídica, advierte que existen en nuestro sistema jurídico numerosas instituciones que priorizan la protección de los derechos de crédito por encima de la seguridad jurídica, como son la acción pauliana y la institución del levantamiento del velo de las personas jurídicas-. E invoca jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala de 27 de enero de 2006 y 9 de octubre de 2008 en las que, bajo un marco normativo esencialmente igual al vigente y con apoyo en el art. 6.4 CC , se declaró la ineficacia parcial de las escisiones parciales inscritas en el Registro Mercantil, lo que a juicio del recurrente chocaría frontalmente con la tesis de la resistencia a la reintegración de las modificaciones estructurales inscritas que sigue la sentencia recurrida.

Luego aclara que para juzgar si el acto de disposición está incluido en el periodo sospechoso de dos años, hay que tomar como fecha del acto de disposición la inscripción registral de la escisión (10 de marzo de 2011), y no la escritura de escisión (31 de diciembre de 2010).

El recurso insiste en que el perjuicio para la masa activa proviene de que la contrapartida económica al valor del patrimonio neto escindido ha sido percibida por los socios de la concursada y no por la masa activa. Por ello entiende que se trata de un acto a título gratuito para la sociedad escindida, al no recibir contraprestación económica alguna por el patrimonio escindido: ni de forma directa -ya que la contraprestación la recibe el socio en forma de participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión-, ni de forma indirecta -al no verse liberada de la responsabilidad universal por las deudas que se integraban en el patrimonio escindido ( art. 80 LME)-. Por lo que entraría en juego la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC .

Además, 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, por lo que sería de aplicación la presunción *iuris tantum* prevista en el artículo 72.3.1º LC .

Finalmente, aduce que, aunque no operaran las presunciones citadas, el perjuicio para la masa activa derivado de la escisión parcial es claro, por la falta de contraprestación directa para Recobesa, S.L., y porque el valor real del patrimonio escindido era muy superior a su valor contable.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Naturaleza jurídica de la rescisión concursal y su incidencia en el presente caso .** Es claro, en atención a la propia terminología empleada por el legislador, que la acción de reintegración propiamente concursal introducida en el art. 71.1 LC , la rescisión concursal, tiene naturaleza rescisoria. Se trata de una acción de ineficacia funcional, en cuanto que presupone que el acto impugnado es válido, pero puede impugnarse en atención a los efectos perjudiciales para terceros, en este caso los acreedores en el posterior concurso de acreedores del disponente.

En atención a la previsión contenida en el art. 71.1 LC , que permite la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor (concurado) dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (de concurso), es importante identificar el acto de disposición que es objeto de impugnación a través de esta acción rescisoria concursal. De tal forma que, como advertimos en la sentencia 629/2012, de 26 de octubre , cabe impugnar un contrato sinalagmático, cuya estimación traerá consigo la restitución recíproca de las prestaciones realizadas, o puede también impugnarse sólo el pago o cumplimiento de una de las obligaciones generadas por ese contrato. En este segundo caso, mientras no se impugne el contrato, debemos partir de su validez y eficacia, y del carácter debido de la obligación satisfecha con el pago impugnado, por lo que las razones de la rescisión concursal del pago deberán ser las propias de este acto de disposición, tal y como expusimos con detalle en la reseñada sentencia 629/2012, de 26 de octubre . Lógicamente, si prosperara la rescisión de un pago o acto de cumplimiento de una obligación sus consecuencias no afectan a la eficacia





del contrato, por lo que se acuerda la restitución del importe objeto de pago y el crédito satisfecho vuelve a renacer como crédito concursal.

Esta 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 una escisión parcial, como la realizada por la sociedad concursada, se traspa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad escindida, cada una de las cuales forma una unidad económica, y los socios de la sociedad que se escinde reciben un número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde, cuyo capital social se reduce en la cuantía correspondiente.

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.

Conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el art. 73 LME, que se remite a las normas de la fusión, con las salvedades que se exponen en los artículos siguientes, la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 46 LME).

En consecuencia, dejando a un lado la cuestión de la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal, no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. 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.

En contra de lo razonado por el recurrente, a este respecto, no afecta para nada el carácter funcional de la ineficacia propugnada por la rescisión concursal. Lo que impide ejercitar la rescisión concursal únicamente respecto de la aportación de los inmuebles es que este traslado de activos no es un acto distinto de la propia escisión. Por lo que, en todo caso, ha de pedirse la rescisión concursal de la escisión.

**3. Efectos de la rescisión concursal.** Aunque ambas acciones, la pauliana y la rescisión concursal, tienen naturaleza rescisoria, sus efectos no son los mismos.

El art. 73.1 LC expresamente prevé como efecto consiguiente a la estimación de la rescisión concursal la ineficacia del acto de disposición impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

Sin embargo, la estimación de la acción pauliana conlleva una ineficacia relativa y parcial del acto de disposición, tal y como razonamos en la sentencia 245/2013, de 18 de abril ( con cita de las anteriores sentencias de 28 de noviembre de 1997 , de 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero ):

«(l)os 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.

»(E)ste carácter personal de la acción 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».

Esta distinción tiene gran relevancia, pues 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.

De tal forma que no cabe instar la rescisión concursal de la escisión sin dejar de pretender con ello su ineficacia.

Por el contrario, como veremos con mayor detalle, sí cabría que, caso de que la escisión se hubiera realizado para defraudar ilícitamente el derecho de crédito de algunos concretos acreedores existentes entonces, estos

podieran ejercitar una acción para pretender la satisfacción de sus créditos con los bienes transmitidos con la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la escisión.

**4. Resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal.** El art. 47 LME regula el régimen de impugnaciones de la fusión, y por extensión de todas las modificaciones estructurales traslativas, también de la escisión parcial.

Los dos primeros apartados del art. 47.1 prevén lo siguiente:

«1. 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.

»2. 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».

No hay duda de que el precepto pretende restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita la fusión, o en este caso la escisión, pueda instarse su ineficacia.

En este sentido, nuestra ley sigue la estela del art. 17 de la Décima Directiva de sociedades, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital (Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre 2005), cuando dispone 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. En ausencia de un control previo como éste para las fusiones no transfronterizas, 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.

De este modo, si integramos los dos primeros apartados del art. 47 LME, es posible concluir 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.

Evidentes razones de seguridad jurídica son las que justifican este restrictivo régimen legal de impugnaciones, que deja a salvo el derecho de los socios y de los terceros al resarcimiento de daños y perjuicios. Se trata de garantizar que tras los tres meses de su inscripción, no pueda instarse la ineficacia de una modificación estructural traslativa.

Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no sólo la nulidad, sino también la rescisión concursal, que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión ( art. 73.1 LC ). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término «impugnación», que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil.

**5.** En la propia Ley Concursal conocemos casos que, por distintas razones, se excluyen de la rescisión concursal. Por ejemplo los previstos en el apartado 5 del art. 71, así como los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis, siempre que reúnan los requisitos previstos en este precepto ( art. 72.2 LC ), y los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente de la DA4ª LC.

Es cierto que en estos casos hay una expresa mención a la rescisión concursal, pero ello tiene sentido que sea así, pues en todos esos supuestos se excluye sólo la acción rescisoria concursal, y no el resto de acciones de impugnación, como la nulidad.

La justificación de que baste la mención contenida en el art. 47.1 LME a la inimpugnabilidad de la fusión inscrita en el Registro Mercantil, y por ende de cualquier modificación estructural, radica en que en este caso la exclusión legal afecta a «todas» las acciones de impugnación que conlleven la ineficacia de la operación, salvo la nulidad basada en el incumplimiento de los requisitos legales, que además deberá ejercitarse en un breve plazo de tiempo, tres meses. Por esta razón, el art. 47.1 LME no menciona expresamente la rescisión concursal, como tampoco otras acciones de ineficacia, que deben entenderse igualmente excluidas.

En este sentido, la Ley de Modificaciones Estructurales es una norma especial, respecto de la normativa general o sectorial que regula la ineficacia de los negocios jurídicos, tanto fuera como dentro del concurso de acreedores.



En consecuencia, debemos concluir que no yerra el tribunal de instancia al afirmar que la escisión parcial está excluida de los actos de disposición susceptibles de rescisión concursal.

**6. Salvaguarda de los derechos de terceros frente a la escisión.** El propio art. 47.1 LM, después de declarar la inimpugnabilidad de la fusión o de cualquier otra modificación estructural traslativa, una vez inscrita en el registro mercantil, deja a salvo «los derechos de los socios y de los terceros, al resarcimiento de los daños y perjuicios causados».

Es dentro de este apartado, que preserva la eficacia de la escisión, en el que se ha de enmarcar la pretensión amparada por las sentencias de esta sala invocadas en el recurso de casación (las sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre).

Tanto en esas sentencias, como en otras que conocieron de casos muy similares y aplicaron la misma doctrina (entre otras, sentencias 1062/2005, de 12 de enero de 2006, 25/2006, de 30 de enero y 748/2006, de 5 de julio), se estima la pretensión de unos acreedores de efectos cambiarios, cuyo deudor, obligado cambiario, había llevado a cabo una segregación de la rama de actividad en el curso de la cual se habían emitidos las cambiales, sin incluir esas obligaciones cambiarias. En aquel momento, anterior a la actual Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales, la segregación (transmisión en bloque de una rama de actividad de una sociedad de capital a otra, a cambio de acciones de la beneficiaria, que adquiere la segregante y no sus socios), que ahora se regula como una forma de escisión (arts. 68.1 y 71 LME), carecía de regulación. Esta Sala entendió que la exclusión de unos determinados pasivos ligados a la rama de actividad objeto de la segregación, que no habían sido incluidos en la segregación y se habían visto afectados después por los efectos de la suspensión de pagos de la sociedad segregada, constituía un fraude de los derechos de estos acreedores cambiarios. Las sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre, razonan en el siguiente sentido:

«Como resultado de esa operación la acreedora demandante, que había adquirido su crédito atraída precisamente por la apariencia de solvencia de la deudora cambiaria que emanaba de la importancia económica de su rama de actividad relacionada con el petróleo y petroquímica, al margen de su valor cambiario expresamente mencionada en la letra de cambio, vio como dicha unidad patrimonial era cedida a otra sociedad, sin inclusión del pasivo por aquella generado, quedando de ese modo sometida a los rigores de una consecuente suspensión de pagos, en la que, a mayor abundamiento, ni siquiera aparecía señalada como acreedora.

»Este elemento del fraude se refleja claramente en la sentencia recurrida, ya que el Tribunal de apelación declaró que Ercros, S.A. -la escindida- aportó a Ertoil S.A. -la beneficiaria- "un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma"; que, con esa aportación, no resultaron garantizados los créditos de quienes, como la demandante, eran legítimos tenedores de las letras de cambio (...) aceptadas por Unión Explosivos Río Tinto, S.A., puesto que vieron "reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos", sin constancia alguna, más bien lo contrario, de que la sustitución de los mismos por acciones se hubiera regido por reglas de equivalencia en valores reales; y que Ercros, S.A. quedó "sin patrimonio con que responder, en fraude de unos concretos acreedores (los legítimos tenedores de las letras), como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros, S.A., sólo dos años y medio después de la salida de activos".

»En conclusión, ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias provocados por los mismos deudores ( artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil ), así como el daño que al crédito puede resultar de operaciones societarias distintas, pero con alguna similitud con la ejecutada (preocupación expresada, por ejemplo, en los considerandos octavo y noveno de la Directiva 82/891/CEE).

»Que la aportación a otra sociedad de la parte del patrimonio de Ercros, S.A. vinculado a la rama de actividad del petróleo implicara la sucesión en las deudas asumidas por aquella como "negocio petrolero", entre ellas la correspondiente al crédito de la actora, no venía voluntariamente decidido en la fundación de Ertoil S.A., como la misma ha manifestado de modo reiterado, ni imperativamente impuesto por norma alguna. Sin embargo, esa imperatividad, en forma de vinculación, surgió desde el momento en que los beneficios fiscales solicitados fueron concedidos a Ercros, S.A., precisamente por cumplirse de modo fiel el modelo amplio de escisión que establecía, como supuesto de hecho de su previsión, la Ley que los regulaba y conforme al cual, según se ha dicho varias veces, la transmisión patrimonial se producía en bloque. La norma defraudada que cumple aplicar es, por tanto, la reiteradamente señalada por la jurisprudencia que excluye la admisibilidad de los comportamientos contradictorios con otros significativos anteriores, conforme a la regla "*adversus factum suum quis venire non potest*", la cual nacida del principio de buena fe, en su proyección ética y objetiva, imponía a las dos sociedades demandadas un deber de coherencia con una conducta anterior exteriorizada en acuerdos sociales, en su ejecución y en la solicitud y obtención de los beneficios fiscales y, por tanto, en





un conjunto de comportamiento apto para generar confianza en los demás que, por su significado objetivo, operaba como una limitación al libre ejercicio del derecho subjetivo de realizar la aportación de modo distinto al que generó aquella apariencia de sucesión en el pasivo vinculado a la rama de actividad cedida. Regla cuya extralimitación se traduce en los mismos términos que los del fallo de la sentencia recurrida».

Del mismo modo, en otras ocasiones también hemos amparado el derecho de algunos acreedores concretos 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 escisión. Así lo hicimos en la sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, en un caso en que regía la normativa anterior y podría ser resuelto en el mismo sentido bajo la actual:

«(C)onforme al art. 253.1 TRLSA, la parte del patrimonio social que se divida o segregue con la escisión parcial debe formar una unidad económica, respecto de la que se produce el mencionado efecto de la sucesión universal.

»A priori, y con carácter general, resulta difícil precisar qué debe entenderse por "unidad económica", pues no necesariamente tendría que tener, previamente, vida propia, ni tiene porque coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, de modo que podría ser meramente funcional.

»En nuestro caso, tal y como quedó acreditado en la instancia, es muy significativo que el proyecto de escisión hiciera mención a que afectaba a la actividad internacional de la compañía escindida, que constituía una unidad económica empresarial que se desarrollaba de forma autónoma. El hecho de que una supuesta deuda generada por la actividad internacional de la compañía (...) antes de la fusión, no se incluyera luego en el proyecto de escisión, en concreto en la designación y reparto de los elementos del activo y del pasivo que iban a transmitirse a la sociedad beneficiaria, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal, máxime cuando esta supuesta deuda no estaba tampoco contabilizada en la sociedad escindida. Por eso, debe entenderse que esta deuda estaba afectada al negocio internacional de la sociedad escindida, en que consiste la unidad económica transmitida a la sociedad beneficiaria, razón por la cual fue también transmitida a ésta última, formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque, conforme al art. 252.1.b) TRLSA, y es en virtud de esta sucesión que la sociedad beneficiaria resulta responsable de su cumplimiento».

7. De este modo, la inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas prevista en el art. 47.1 LME afecta a las acciones por las que se pretende su ineficacia, pero no impide otros remedios que permiten salvaguardar los derechos de los socios o, en su caso, de determinados acreedores, que hubieran sido ilícitamente soslayados, como ocurrió en los precedentes expuestos.

No sería inconveniente para ello que se hubiera declarado el concurso de la sociedad escindida, pero la acción a ejercitar, que no sería la rescisión concursal, por lo ya expuesto, pretendería una compensación equivalente sólo a los créditos que hubieran sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión. Esto es, sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal ( arts. 71.6 y 72.1 LC ) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión.

Es claro que en nuestro caso, la administración concursal no ha fundado su reclamación en que determinados créditos anteriores a la escisión hubieran sido ilícitamente defraudados, como ocurrió en supuestos de las sentencias invocadas ( sentencias 12/2006, de 27 de enero, y 873/2008, de 9 de octubre ). Ni menciona tales créditos, ni justifica por qué esos concretos créditos habrían sido ilícitamente defraudados por la escisión.

La administración concursal ha pretendido, mediante la reintegración a la masa como consecuencia de la rescisión concursal, que todos los créditos de la sociedad escindida, anteriores o posteriores a la escisión, pudieran quedar satisfechos con los inmuebles que fueron transmitidos a la beneficiaria con dicha escisión. Como ya hemos adelantado: no cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión, en atención a que la transmisión es un efecto propio de la escisión, que se produce con la inscripción registral (art. 46 LME); y el art. 47.1 LME impide el ejercicio de acciones, como la rescisión concursal, que conlleven la ineficacia de la modificación estructural traslativa (sin perjuicio de la nulidad basada en la infracción de las normas reguladoras de la escisión, sujeta a un plazo de caducidad de tres meses).

### **TERCERO. Costas**

Aunque ha sido desestimado el recurso de casación, en atención a las lógicas dudas de derecho que planteaba la cuestión controvertida, no imponemos las costas a ninguna de las partes.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de Recobesa, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 30 de diciembre de 2014 (rollo núm. 236/2014 ), que conoció del recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de A Coruña de 7 de marzo de 2014 (incidente concursal 4/2013). 2.º- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ