



Roj: **SAP C 3059/2014 - ECLI:ES:APC:2014:3059**

Id Cendoj: **15030370042014100391**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **236/2014**

Nº de Resolución: **414/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ-MONTELLS FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Coruña (A), núm. 1, 07-03-2014,**  
**SAP C 3059/2014,**  
**STS 5136/2016**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00414/2014**

MERCANTIL Nº 1

ROLLO 236/14

**S E N T E N C I A**

**Nº414/14**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCION CUARTA**

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

**CARLOS FUENTES CANDELAS**

**ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ**

En A Coruña, a treinta de diciembre de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de INC.CONC. RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA(72 ) 0000004 /2013 , procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000236 /2014, en los que aparece como parte demandante-apelante, ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE RECOBESA SA, asistido por el Letrado D. FRANCISCO ABUIN PORTO, fax: 981-216510/981-122902 y como parte demandada-apelada, PROPERTYXEST SL, y RECOBESA SOCIEDAD LIMITADA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./ a. DIEGO RAMOS RODRÍGUEZ, asistido por el Letrado D. CHRISTIAN DIAZ DELGADO Y Herminio , sobre MASA ACTIVA DEL CONCURSO Y DE SUS ACREEDORES.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE A CORUÑA de fecha 7-3-14 . Su parte dispositiva literalmente dice: "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 RODRIGUEZ y contra la entidad mercantil PROPERTYXEST, S.L., también representada por el procurador DON DIEGO RAMOS RODRIGUEZ.

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

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución por el demandante , se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

**TERCERO.-** Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se interpone recurso de apelación por la administración concursal de la entidad RECOBESA S.L., al amparo de lo normado en los arts. 71 y ss. de la LC , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña en autos de incidente concursal nº 4/13, desestimatoria de su demanda presentada a los efectos de obtener un pronunciamiento judicial, que proclamase 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. en favor de PROPERTYXEST S.L., 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 S.L., 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 S.L. a tercero de buena fe, Y estableciendo expresamente el carácter de créditos subordinados de las cantidades que a resultas de declaración de ineficacia de la transmisión hubiesen de ser restituidas por RECOBESA S.L. a PROPERTYXEST S.L., con arreglo al artículo 73. 3 de la LC ; y como petición subsidiaria y a mayores de la principal, declarando la ineficacia de la escisión parcial de RECOBESA S.L. a favor de PROPERTYXEST S.L. otorgada en las merítadas 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 fueran afectados por la declaración de ineficacia.

**SEGUNDO .-** La administración concursal de la entidad RECOBESA S.L. en definitiva ejercita acción de reintegración del patrimonio neto escindido, sus activos y pasivos o su equivalente pecuniario, al amparo del artículo 71 de la LC , derivado de la modificación estructural de escisión parcial del patrimonio de RECOBESA S.L., declarada en concurso por auto de 8 de enero de 2013, 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, acordada en juntas universales de las dos sociedades celebradas el día 6 de agosto de 2010, que se instrumentó en escritura de elevación a público de acuerdos sociales de 31 de diciembre de 2010, Nº. 2442 del protocolo del Notario de A Coruña don Jacobo-Esteban Pérez Rama, subsanada y completada por otra de 23 de febrero de 2011 autorizada por el mismo Notario (Nº. 310 de su protocolo), e inscrita en el Registro Mercantil el 10 de marzo de 2011, alegando, en síntesis, 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, ó del artículo 72.3.1º LC , actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Por el contrario, las codemandadas afirman que la escisión parcial del patrimonio de RECOBESA S.L. a PROPERTYXEST S.L., concretado en la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario, con un patrimonio neto objeto del traspaso de 149.600 euros, con reducción del capital social de RECOBESA S.L. y aumento de capital de PROPERTYXEST S.L., mediante la emisión de 149.600 participaciones sociales de 1 euro cada una que fueron suscritas íntegramente por el socio unipersonal ROLAELSA,S.L., se encontraba justificada, así resultan sus finalidades recogidas en el informe mismo de la operación.

Nos encontramos pues ante una modificación estructural traslativa, escisión parcial, contemplada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME), y



lo que realmente se cuestiona, y nos corresponde resolver, es la resistencia de la escisión parcial a la acción de reintegración concursal.

Podemos adelantar ya, que estamos conformes con la decisión sentenciada, no sin reconocer la polémica existente sobre la cuestión, y los fundamentados argumentos jurídicos, tanto de los que mantienen una postura a favor, como de los que la manifiestan en contra.

**TERCERO** .- La Ley Concursal en su capítulo IV del Título III, bajo el epígrafe "De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa", regula las acciones de reintegración, art. 71 y siguientes, cuyos presupuestos son: la existencia de actos perjudiciales para la masa activa y su realización por el deudor en el periodo sospechoso de dos años anteriores a la declaración del concurso (límite temporal), aunque no hubiere existido intención fraudulenta, estableciendo una serie de presunciones de la existencia de perjuicio patrimonial, en unos casos "iuris et iure", cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso; y en otros "iuris tantum", tratándose de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, o la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas. Tratándose de actos distintos, el perjuicio patrimonial deberá ser acreditado por quien ejercite la acción rescisoria.

Las acciones rescisorias concursales tienden a privar de eficacia a negocios válidamente celebrados por el deudor en una época en que ostentaba plena capacidad y facultad dispositiva y el objeto material de tales pretensiones lo constituye el perjuicio a la masa de acreedores, cualquiera que sea la intencionalidad del acto o contrato.

Sobre lo que debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", nos indica el Tribunal Supremo, no sin antes aceptar que la casuística sobre esta materia es muy amplia ( STS 8/11/2012 ), no se puede equiparar el perjuicio a una disminución del patrimonio del concursado, y además hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, proyectando la situación de insolvencia de forma retroactiva. Es decir si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha. En definitiva, como se indica en la referida sentencia, el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado (en este sentido, sentencias 548/2010, de 16 de septiembre, 662/2010, de 27 de octubre, 801/2010, de 14 de diciembre, y 210/2012, de 12 de abril).

La STS de 26 de octubre de 2012 matiza que: "Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven 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".

Por otra parte, el art. 73.1 de la Ley Concursal prevé que «la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquél, con sus frutos e intereses».

Este precepto legal, al fijar los efectos de la rescisión concursal, toma la parte por el todo pues prevé con carácter general una eficacia restitutoria que solo puede ser predicada de las obligaciones recíprocas. De ahí que cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción ( STS 30-4-2014 ).

**CUARTO** .- La administración concursal insiste en que la salida de parte del patrimonio neto de la entidad concursada, operada por medio de la escisión parcial, se trata de un acto gravemente perjudicial para la masa activa del concurso, y por otra parte no cabe aceptar la tesis de la resistencia al concurso de las modificaciones estructurales traslativas (fusión, escisión total y parcial, y cesión global de activos y pasivos) a la acción de reintegración concursal.

Respecto a esto último, se mantiene en la sentencia apelada para admitir la postura de la resistencia al concurso de las modificaciones estructurales traslativas, la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria (art. 47 LME).



Dispone el apartado 1 del referido artículo 47 de la LME, "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". Y el apartado 2 del mismo precepto legal "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".

De tal modo que con la inscripción, transcurrido el plazo de caducidad de tres meses, actúa con eficacia convalidante por evidentes razones de seguridad jurídica.

Además la utilización del término impugnación, que se introduce en la LME, a diferencia de la regulación anterior, cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias, y rescisorias).

Ello tiene su sentido en los mecanismos de protección de los acreedores, que puedan quedar afectados por las referidas modificaciones estructurales traslativas. El derecho de oposición de los acreedores hasta que se les garanticen sus créditos no vencidos pero nacidos antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión, cuando no estuviesen suficientemente garantizados ( art. 44 LME). Introducido en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la trasposición de la Tercera Directiva 78/855 del Consejo, sobre fusiones , y Sexta Directiva del Consejo 82/891 .

Así en los casos en los que los acreedores tengan derecho de oposición, el artículo 41 LME en su apartado 3 establece que la fusión "no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento", no la hubiesen ejercitado en su momento no pueden impugnarla tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la LME (art. 47). Lo que alcanza a la acción de rescisión concursal, dado que su fundamento es el perjuicio para la masa activa, una vez que los acreedores consintieron en su momento la modificación estructural traslativa, en el caso la escisión parcial, cuando pudieron formular su oposición. Por lo que se refiere a los créditos nacidos con posterioridad de la publicación del proyecto de fusión o escisión, total o parcial, conocían o pudieron haber conocido la real situación patrimonial de la sociedad, en el caso escindida parcialmente, con la que pretendían contratar, por lo que no nos parece que por dicha razón anterior pudiera proceder la rescisión concursal con la finalidad de ineficacia de la modificación estructural traslativa anterior.

Por otra parte, quedan a salvo los derechos de los socios y de terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados (art. 47 LME) y la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas a las que quedan sujetas las sociedades o cesionarios beneficiarios hasta el importe del activo neto atribuido (art. 80 y 91 LME).

Por todo lo antes expuesto, consideramos, con el juez a quo en su sentencia, a la que nos remitimos por sus acertados fundamentación jurídica, evitando inútiles repeticiones, 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 . En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de abril de 2013 . Ciertamente que en el contrario se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Las Palmas en su sentencia de 29 de octubre de 2013 .

Además consideramos que no se estima de la prueba practicada acreditado el requisito necesario para la estimación de la acción ejercitada rescisoria concursal de perjuicio para la masa activa, en el sentido de sacrificio patrimonial injustificado, y no se trata de un acto a título gratuito, dado que el socio unipersonal era titular de parte del capital social de RECOBESA S.L., y los es ahora de PROPERTYXEST S.L. por el canje operado con la escisión parcial de una rama de actividad productiva, la de arrendamiento inmobiliario, no sólo de los activos, también de los pasivos afectos a los mismos. Aceptamos las razones aducidas para que no sea apreciable la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial del artículo 71 3 1º LC , por cuanto propiamente no se trata de un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria, por cuanto se trata en el caso entre la sociedad escindida y su socio unipersonal por el canje de las acciones o participaciones en la sociedad beneficiaria.

Finalmente destacar que por auto de 29 de abril de 2014, el Juzgado de lo Mercantil acordó el archivo de la sección sexta del presente concurso, al coincidir el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal en la calificación del concurso, como de fortuito.

Por último sólo indicar, que la Ley Concursal admite como propuesta de convenio proposiciones de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada ( art. 100.3



LC ), sin olvidar que su finalidad es la de dar satisfacción a los acreedores y el mantenimiento de la actividad empresarial de la entidad concursada.

**QUINTO.-** Pese a la desestimación del recurso, en cuanto a las costas originadas en esta alzada, del mismo modo que ya hizo el Juzgador de primera instancia, ante las serías dudas existentes sobre la cuestión planteada, no hacemos expresa imposición, a falta además de unificación de doctrina por el Tribunal Supremo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

#### **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 legal.

Esta sentencia no es firme en Derecho y contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, a interponer por escrito de abogado y procurador ante esta misma Sección 4ª en el plazo de veinte días hábiles desde su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Illtmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.