



Roj: **SAP GC 2328/2013 - ECLI:ES:APGC:2013:2328**

Id Cendoj: **35016370042013100376**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **4**

Fecha: **29/10/2013**

Nº de Recurso: **379/2012**

Nº de Resolución: **389/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA CORRAL LOSADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Palmas de Gran Canaria (Las), núm. 2, 12-12-2011,  
SAP GC 2328/2013**

Sección Cuarta de la Audiencia Provincial

Plaza San Agustín nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 04

Fax. 928 315181

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000379/2012

Resolución: Sentencia 000389/2013

Procedimiento origen: Proc. origen: Pz Incidente concursal Rescisión / Impugnación actos perjudiciales para la masa activa ( Art 72 LC ) Nº proc origen: 0000155/2010-00

Órgano origen: Juzgado do lo Mercantil Nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención:

Demandante

Demandante

Demandante

Demandado

Apelante

Interviente:

Adrian

Cirilo

Aticus Ocaña Martín

JUCAZAN S.L.U.

Construcciones Raimundo Ortega S.L.

Abogado:

Miguel Mendez Itarte



Miguel Santiago Cervera Canton

Procurador:

Antonio Lorenzao Vega Gonzalez

María Del Carmen Benitez Lopez

### **SENTENCIA**

Ilmos./as Sres./as

SALA Presidente

D./D<sup>a</sup>.EMMA GALCERÁN SOLSONA

Magistrados

D./D<sup>a</sup>. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA (Ponente)

D./D<sup>a</sup>. JESÚS ÁNGEL SUÁREZ RAMOS

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de octubre de 2013.

VISTAS por la Sección 4<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Las Palmas en los autos referenciados (Incidente Acción Recisoria Impugnación Art. 72L.C . n° 155/2010) seguidos a instancia de la Administración Concursal Construcciones Raimundo Ortega, parte demandante, contra Construcciones Raimundo Ortega S.L. parte apelante representada en esta alzada por la Procuradora Doña María del Carmen Benitez López y asistida por el letrado D. Miguel Cervera Cantón y Jucazan S.L.U. parte apelada, representada en esta alzada por el Procurador D. Antonio Vega González asistido por el Letrado don Miguel Méndez Itarte, siendo ponente la Sra. Magistrada Dña. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera lo Mercantil N° 2 de las Palmas de Gran Canaria, se dictó sentencia en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece: " DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada a instancia de la administración concursal de la mercantil CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA SL contra la mercantil CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA SL Y JUCAZAM SLU, con expresa imposición de costas a la AC y a la concursada."

SEGUNDO.- La referida sentencia, de fecha 12 de diciembre de 2011 , fue recurrida en apelación por la parte demandante y por la demandada Construcciones Raimundo Ortega S.L. interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo. Tramitado en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso con el resultado que obra en autos y seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló día y hora para discusión, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar resolución, dada la acumulación de asuntos pendientes en esta Sección, a cargo de la Magistrada Ponente, algunos de especial complejidad.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se alza la demandante administración concursal de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. contra la sentencia que desestimó la acción **rescisoria** concursal por la que se pretendía se declarara la rescisión y por consiguiente ineficacia, por ser perjudicial para la masa activa, de las valoraciones acordadas y por ende mal atribuidas (en la operación de **escisión** de CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CAZORLA, S.L..por disolución y cesión de su patrimonio en dos partes iguales a sociedades preexistentes) a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. en perjuicio de ésta y en exclusivo beneficio de JUCAZAM, S.L.U., y en consecuencia se declare el derecho de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. y paralela obligación de JUCAZAM, S.L.U. a que se reintegre por parte de ésta última a favor de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, SL, para formar parte de la masa activa del **concurso** de acreedores, como consecuencia de la rescisión acordada, la suma de CUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIEZ EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (4.039.1110,87 eur.), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha



de la **escisión** y consecuente deficiente adjudicación o atribución patrimonial a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L.

La sentencia recurrida funda la desestimación, tras amplias citas de doctrina que ha examinado la cuestión, en que a entender del juez a quo no resulta posible ejercitar acciones rescisorias concursales en impugnación de operaciones de reestructuración de capital (que la doctrina que cita funda en la limitación a la impugnación de operaciones de reestructuración de capital establecida en el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital y en el reconocimiento del derecho de oposición a la modificación estructural a los acreedores del art. 44 de la misma ley) ya que "aun cuando la literalidad del artículo 71 LC permite la rescisión de las fusiones apalancadas en tanto fueran perjudiciales para la masa, lo cierto es que las consecuencias que podrían derivar de una impugnación exitosa (y la imposibilidad del restablecimiento del status quo anterior), así como las garantías con que previamente se ha desarrollado un proceso de fusión (en cuanto a información y posibilidad de ponerse los propios acreedores a la operación) hacen difícil, si no imposible, que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se aprecia (al no mediar oposición)" y que "la viabilidad de esta acción se compadece mal con lo dispuesto en algún apartado del artículo 47 LME, en relación con la impugnación de la fusión".

Entiende el juez a quo que ello tiene su fundamento en "la existencia de mecanismos de tutela de los acreedores en las reestructuraciones societarias conforme al actual artículo 44 de la LME (ley de modificaciones estructurales) y el derecho de oposición del artículo 243 LSA en referencia clara a los antiguos artículos 254 LSA y por remisión y referencia a los artículos 235 a 242 LSA (relativos al proyecto de fusión, informe de expertos, informe de administradores sociales, información a accionistas, balance de fusión, acuerdo de fusión y publicación de acuerdo de fusión)".

Confirmando pues especial relevancia a que no constó oposición de quienes eran acreedores en el momento de la **escisión** a la modificación estructural, razonó el juzgado a quo que

"Sobre el particular quedó plenamente probado que en un porcentaje superior al 90%, los acreedores de la demandante eran de carácter financiero, esto es, entidades bancadas, que las mismas estuvieron informadas del proyecto de **escisión**, según declaraciones de los asesores legales y fiscales intervinientes en las operaciones legales de **escisión**, D. Alfonso y D. Victorio, y que ninguno de ellos ejercitó el derecho de oposición previsto en el artículo 243 LSA, ni tampoco el resto de acreedores, ni más aún la propia concursada ejercitando acción alguna de nulidad frente a dicho negocio jurídico. Cabría preguntarse ¿el asesor fiscal y legal de D. Pelayo, era conocedor de la forma en que se valoraron los inmuebles de los 2 lotes objeto de **escisión**? La respuesta no es sólo afirmativa, sino que también era conocimiento de la propia administradora social de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA y del resto de acreedores, dado que se incorporaron al proyecto de **escisión** y se publicó conforme al artículo 242 LSA en el RM y ninguno de ellos ejercitó su derecho de oposición".

Pese a entender el juez a quo que no cabe el ejercicio de la acción de rescisión del art. 71 LC contra las operaciones de reestructuración de capital, entró a razonar el porqué no existía, a su entender, perjuicio para la concursada como consecuencia de la **escisión** al decir que:

"Pero abundando más en la cuestión, y situándome en el plano relatado en la posibilidad anunciada en anterior artículo citado no podría considerarse un perjuicio para la masa cuando el 90% de los acreedores de la concursada (entidades bancarias) con conocimiento de la citada **escisión** no ejercitaron el derecho de oposición o interpusieron alguna acción declarativa de nulidad de la misma, por cuanto en el hipotético caso de admitir el ejercicio de la **rescisorias** concursal de la modificación estructural previa a la declaración del **concurso** los acreedores perjudicados no serían sino aquéllos cuyo crédito nació en un momento posterior a la fecha de inscripción de la modificación estructural, **escisión** en nuestro caso, dado que a contra sensu entiendo que no se les puede privilegiar con el beneficio de una acción **rescisorias** cuando lo que debieron era ejercitar su derecho de oposición a la vista del efecto convalidante de la inscripción en el Registro Mercantil de dicha operación consentida por la concursada y por la amplia mayoría de los acreedores concursales.

Por todo ello entiendo, como bien señala la defensa de la demandada que la acción entablada por la AC debió discurrir, quizás por los trámites de las otras acciones previstas por el artículo 71,6 LC, es decir, ajena a la **rescisorias** concursal o bien por el derecho de oposición ex art. 243 LSA (actual 44 LME)".

En lo sucesivo, y tal como se hace en la demanda y recurso de apelación se utilizarán los acrónimos ROP para la sociedad objeto de **escisión** y disolución y CRO y JUCA para las beneficiarias de la cesión global de activos y pasivos como consecuencia de la **escisión**.

SEGUNDO.- Así pues, contra la sentencia que desestimó la acción **rescisorias** concursal por entender que: 1) No es admisible el ejercicio de la acción **rescisorias** concursal contra los actos derivados de una operación de



reestructuración de capital; 2) No existió perjuicio porque no lo apreciaron en aquél momento ni la concursada ni los acreedores informados de la operación, que no ejercitaron temporáneamente el derecho de oposición ni la impugnaron, se alza la administración concursal alegando, en resumen;

1) Que la acción ejercitada pivota sobre la denuncia de las desiguales y desproporcionadas valoraciones utilizadas en la operación de **escisión** que a la postre determinaron una desigual adjudicación a las sociedades beneficiarias ya existentes y vinculadas a la sociedad escindida ROP -CRO y JUCA-, resultando perjudicada la masa activa de CRO, por lo que se solicitaba en la demanda el reintegro de la diferencia de menos entregada a la sociedad CRO.

2) Que ni siquiera se trataba o pretendía atacar el acto jurídico de la **escisión** sino el efecto patrimonial de la misma en cuanto afirmándose en la **escisión** que se dividía todo el patrimonio de ROP al 50% entre las dos sociedades preexistentes. CRO y JUCA no siendo cierto al recibir CRO menos del 50% del patrimonio de ROP, cuando CRO finalmente es declarada en **concurso** de acreedores menos de 2 años después de realizada la operación de **escisión**.

3) Que los administradores sociales eran perfectamente conscientes del desfase en la relación de bienes obrante en su informe» por lo que al día siguiente del proyecto de **escisión** ficticiamente elevaron en 8.078.221 euros, sólo, el valor de los terrenos y bienes naturales, como el de las construcciones en curso, que se le adjudicaban a CRO para simplemente "conseguir" igualar formalmente el valor de lo que recibía CRO con lo que efectivamente recibía JUCA.

4) Que la acción de reintegración o **rescisoria** concursal precisamente se reconoce por el ordenamiento con la finalidad de que sea posible revisar todas las actuaciones del concursado en la etapa anterior a la declaración del **concurso** a fin de reparar el perjuicio que como consecuencia de ellas haya podido recibir la masa activa del **concurso**, sin más excepciones que las expresamente previstas en la propia Ley Concursal, sin que pueda equipararse a otras acciones de impugnación, ni siquiera a las rescisorias generales.

5) Que la sentencia aplica una normativa que no estaba vigente en el momento de la **escisión**, que data del 3 de julio de 2008 -aunque protocolizada el 11 de septiembre de 2008- y la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles entró en vigor un año más tarde, concretamente el 4 de julio de 2009.

6) Que el derecho de oposición no es posible traerlo a colación para utilizarlo como excusa en cuanto a que la ausencia de oposición de los acreedores impide apreciar el perjuicio pues: 1) la sociedad no estaba en **concurso**, lo está ahora; 2) lógicamente, la administración concursal nunca pudo oponerse y es ahora, por medio de la acción del artículo 71 LC cuando puede hacerlo; 3) ni siquiera se pretende con la demanda la oposición a la **escisión** sino la corrección de sus efectos perjudiciales sobre la masa activa corrigiendo el desigual reparto del patrimonio de ROP entre CRO y JUCA; y 4) la existencia de tal posible acción no ejercitada por acreedor alguno en el plazo de un mes ex artículos 166 y 243 de la LSA nunca podría ser causa de extermio de la acción expresamente prevista, en el ordinal 71 LC para la AC, más aún cuando se beneficia a todos los acreedores, no a uno en concreto; 5) como señala Jose Ramón 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** ( art. 71 LC ) que precisamente tiene pleno sentido en los casos de **concurso** de la sociedad que se escindió parcialmente, hizo una segregación o llevó a cabo una cesión global con contraprestación para ella misma, es decir, en todos aquellos casos en que la contraprestación fuera recibida por la propia sociedad preexistente y concursada, que exige, claro está, el perjuicio, es decir, la falta de equilibrio en las prestaciones".

7) Que es fácilmente observable en el proyecto de **escisión** suscrito el 3 de julio de 2008 y protocolizado el 3 de julio de 2008 que la valoración tomada en consideración para los bienes, incluidos los inmuebles que se adjudicaban a CRO y a JUCA, era la contable, y que según ella los bienes a recibir por CRO tenían un valor de 1.379.837,20 euros y a JUCA un valor de 9.458.058,95 euros, por lo que habla una diferencia de adjudicación a favor de JUCA de nada menos que 8.078.221,75 euros.

8) Que sin embargo, y sin justificación alguna, en el informe de los administradores que se incorpora en la escritura de **escisión** (redactado el 4 de julio de 2008, al día siguiente del proyecto) se incorporan los mismos bienes pero alterando el valor de los terrenos, bienes naturales y construcciones en curso que se le adjudicaban a CRO y manteniendo sin embargo el valor contable de los bienes de la misma naturaleza que se adjudicaban a JUCA con la finalidad de lograr "artificialmente" igualar el valor patrimonial que se decía adjudicar a cada una de las entidades mercantiles (de modo que se utiliza el valor contable para los bienes que se transmiten a JUCA -toda **escisión** comporta por definición una transmisión patrimonial-), causando con ello un perjuicio de 4.039.110,87 euros a CRO (la mitad de la diferencia de adjudicación que se hacía a favor de JUCA), valor que la administración concursal entiende que JUCA debería restituir o reintegrar a CRO, sea como fuera.



9) Que la **escisión** se produjo entrado ya el año 2008, con una crisis que propiciaba que la rama de promoción inmobiliaria tuviera un, deterioro considerable de su valor (rama de actividad adjudicada a CRO), lo que sucedía en bastante menor medida con la hotelera, de alquileres de inmuebles y parking (las ramas atribuidas a JUCA).

10) Que la **escisión** fue formalmente correcta y efectivamente consentida por la concursada y por JUCA y por quienes entonces eran accionistas de CRO, y sin que se formulara oposición por los acreedores, por lo que el ejercicio de la acción **rescisoria** no pretende que quede sin efecto (con una previsible imposibilidad de restitución de la situación a la preexistente en el momento de la **escisión**) sino tan sólo que se repare el perjuicio, desde que "simplemente se ha quedado con más JUCA y eso debe compensarlo con su diferencia", entendiéndose que siendo la ineficacia del acto objeto de ataque por el ejercicio de las acciones rescisorias en general excepcional, la misma ha de limitarse a satisfacer los derechos del perjudicado, siendo por tanto posible que se produzca una rescisión parcial, teniendo en cuenta que además el acto rescindido es válido y perfecto pero perjudicial para los titulares de la acción **rescisoria**.

11) Que no es necesaria la concurrencia de elemento intencional de causación del perjuicio o de fraude, para el éxito de las acciones de reintegración, exigiéndose tan solo el perjuicio para la masa activa, con la finalidad de tutelar a todos los acreedores, siendo una concretación del principio de paridad de trato de todos los acreedores cuando se llega a la situación de **concurso** de acreedores, destacando que el perjuicio no equivale a estado de insolvencia del deudor en el momento en que realizó el acto impugnado y que el acto puede ser perjudicial aunque no exista relación causal entre acto y estado de insolvencia determinante del **concurso**, como señala Avelino .

12) Que la desigual atribución del patrimonio de ROP: "chirría de plano y resulta a todas luces inadmisibles porque: 1) no se utilizaron valoraciones o tasaciones oficiales al respecto; 2) para con respecto a los bienes patrimoniales de ROP atribuidos a JUCA se utilizaron, sus valores contables y, sin embargo, no sucedió lo mismo con respecto a los atribuidos a CRO que se limitaban a valores arbitrarios y sin sentido", comportando finalmente esa atribución desigual "un acto de disposición gratuito, expreso y en perjuicio de la masa activa y de los acreedores de CRO" lo, que a su entender sitúa dicha actuación en el concepto de las presunciones "iuris et de iure" del artículo 71,2 LC no admitiéndose en consecuencia prueba en contrario", citando a D. Eusebio en cuanto éste recuerda que la presunción del art. 71,2 LC no se circunscribe sólo a las donaciones "sino a cualquier acto de disposición a título gratuito, lo que permite incluir negocios jurídicos en los que aunque no haya una disposición directa sí pueden determinar que quede comprometido el patrimonio del concursado" como "renuncias de derechos, condonaciones de deuda, opciones de compra, fianza o avales no justificados...".

13) Que el juez a quo ha incurrido en error en la apreciación de la prueba en cuanto se valora la prueba practicada y se concluye tácticamente sólo respecto a extremos irrelevantes para el éxito de la acción **rescisoria**: 1.- que la **escisión** se fraguó durante un largo periodo de tiempo entre los socios; 2.- que los profesionales asesores de las partes JUCA y CRO eran de intachable valía profesional; 3.- que la negociación se llevó conforme a los preceptos societarios vigentes en aquél entonces; 4.- que la administradora única de CRO, Dña. Gracia , poco menos que había sugerido que la **escisión** era una operación impuesta por la otra parte ante la falta de sintonía entre los socios; 5.- que, paradójicamente, para tai **escisión** se parte de un acuerdo plasmado en una servilleta con fecha 6 de julio de 2007, estableciendo sendas partes los valores en miles de pesetas; y 6.- que curiosamente, fue la Sra. Gracia quien de las 2 ramas separadas eligió la primera. Y en cuanto se omite toda valoración de la prueba y conclusión fáctica sobre si existió o no perjuicio, si efectivamente se habían valorado mai las adjudicaciones que recibió JUCA y que recibió CRO causándosele un perjuicio a la segunda. Cuando de la testifical (especialmente D. Marino , Dña. Gracia y D. Sebastián ) resultó claro que nunca se utilizaron valores reales, de mercado, ni tasación alguna encomendada de forma expresa y precisa para tal **escisión**, lo que no queda desvirtuado por los documentos 4 a 9 de la contestación a la demanda de JUCA, quedando, claro que tampoco se estableció tipo de canje alguno según el proyecto dado que CRO ya era dueña del 50% de ROP y en consecuencia, si no procedía determinar el tipo de canje dado que CRO ya era dueña del 50% de ROP que se decía valer (con valor contable, único utilizado) 10.837.896,45 euros, el valor proporcional que debía adjudicarse era del 50% para cada una, 5.418.948,07 euros, produciéndosele un perjuicio de 4.039.110,87 euros. Señala además, que las tasaciones unidas por JUCA a su contestación a la demanda no cuadran con el importe de la artificiosa elevación del valor contable en la participación que correspondía a CRO y que fueron tasaciones hechas para otro objeto, no consideradas ni mencionadas en la **escisión**.

14) Alega también la recurrente falta de motivación de la sentencia e incongruencia omisiva ex art. 218 de la LEC en cuanto a su entender la sentencia dictada "no da respuesta a los pedimientos de esta AC", sin que ofrezca motivación suficiente del porqué, incluso si se admitiera el ejercicio de la acción **rescisoria**, no ha existido perjuicio para CRO.



TERCERO.- La primera cuestión que ha de abordarse para la resolución del recurso es la relativa a si es posible o no ejercitar la acción **rescisoria** prevista en el art. 71 de la LC para impugnar actos o acuerdos que comporten modificaciones estructurales de capital y, en concreto y en el supuesto que nos ocupa, si cabe ejercitar dicha acción contra una modificación estructural de capital consistente en una **escisión** total de la sociedad, CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CARZORLA, S.L. con disolución y cesión global de su patrimonio a dos sociedades preexistentes.

El punto de partida para resolver la cuestión no ha de buscarse en la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital 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 ley concursal, desde que ninguna de las normas citadas por esa doctrina y por la sentencia excluye la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal a las modificaciones estructurales de capital. Lo relevante no es la naturaleza del acto objeto de impugnación, ni cuáles sean las acciones que en el régimen general que no contempla el escenario concursal, se establezcan para su impugnación (ni en su número, ni en su clase, ni, mucho menos, en su plazo) sino si en el acto objeto de impugnación concurren o no los requisitos exigidos por el art 71 de la LC (con consideración del juego de las presunciones de perjuicio establecidas en el mismo precepto) cuando, como es el caso, ninguna norma excluye el ejercicio de las específicas acciones de reintegración concursal contra el concreto acto que es objeto de impugnación. Lo relevante es si el acuerdo de **escisión** (o los concretos actos impugnados realizados para la realización de la **escisión**, que comportó la transmisión de dos partes del patrimonio de la sociedad escindida supuestamente de igual valor) puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos, años anteriores a la fecha de la declaración (haya existido o no intención fraudulenta), puesto que no habiéndose excluido el ejercicio de dicha acción, no puede sostenerse su exclusión por las solas previsiones en la legislación societaria de limitación de acciones de impugnación -y plazo para su ejercicio- establecida por el actual art. 47 de la LME (que en la **escisión** que nos ocupa no era de aplicación, sino el art. 246 de la LSA por remisión del art. 94 de la LSRL ) y de la posibilidad de oposición de acreedores a la **escisión** en un escenario no concursal prevista en el actual art. 44 de la LME (derecho de oposición que ni siquiera se contemplaba expresamente en la legislación de aplicación a las **escisiones**, ya que el art. 243 de la LSA es de aplicación sólo a las fusiones, no a las **escisiones**, siendo el precepto de aplicación en la **escisiones** el art. 259 LSA que establece en garantía de los acreedores de la sociedad objeto de **escisión** la responsabilidad solidaria de las restantes sociedades beneficiadas por la **escisión** hasta el importe del activo neto atribuido en la **escisión** a cada una de ellas, además de la responsabilidad por la totalidad de la obligación de la propia sociedad escindida si no dejó de existir como consecuencia de la **escisión**, y se contemplaba la cesión global de activos únicamente como forma de liquidación en el art. 117 LSRL ). Como se verá la argumentación sobre la "convalidación" del acuerdo por la inscripción en el Registro Mercantil o sobre la imposibilidad de restitución de la situación a la anterior a la existente antes de dictarse el acuerdo impugnado tendrá relevancia, en efecto, en cuanto a los efectos que hayan de derivarse de la estimación de la acción **rescisoria** pero no permite excluir su posible ejercicio. Del mismo modo que el art. 34 de la LH no impide que se declare nulo el contrato que lo era (aunque no resultara del Registro la causa de nulidad), o que se resuelva o rescinda, y que la nulidad, rescisión o resolución despliegue sus efectos, aunque la restitución del bien que se haya hecho irrevindicable por consecuencia de la protección al adquirente a título oneroso y de buena fe se sustituya por su valor económico dada la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de restitución.

Comparte la Sala la brillante exposición que D. RAFAEL GIMENO BAYÓN hizo en el reciente Congreso de Derecho Concursal de Canarias en julio de este mismo año 2013 en el que dejó bien sentado que los únicos requisitos exigidos para el éxito de la acción **rescisoria** contra actos societarios (incluidas modificaciones estructurales de capital) son que se cause perjuicio a la masa y que se haya realizado el acto en los dos años anteriores a la declaración del **concurso**, sin que sea exigible ni intención de fraude, ni insolvencia de la sociedad o sociedades en el momento de realizarse el acto (puso como ejemplo a estos efectos el supuesto de reparto de dividendos a cuenta, respecto cuya rescindibilidad hay autores que pretenden exigir una situación de insolvencia de la sociedad que no se exige por el art. 71 LC ).

Es indudable que acto objeto de impugnación ha tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del **concurso**, desde que el proyecto de **escisión** se suscribió el 3 de julio de 2008, el informe de los administradores -en el que se varían las valoraciones comprendidas en el inicial proyecto de **escisión**- se redactó el 4 de julio de 2008, y el 11 de septiembre de 2008 se firma la escritura de **escisión** de ROP, siendo declarado el **concurso** de CRO (número 64/2009) el día 22 de enero de 2010 (publicado en el BOE de 2 de febrero de 2010). Es decir, que todos los actos relevantes en la **escisión** de adoptaron en los dos años anteriores a la declaración de **concurso**, y por supuesto, todos los relativos a su ejecución también.

Por ello sólo ha de examinarse si el acto o acuerdo objeto de impugnación puede o no considerarse perjudicial para la masa activa de la sociedad concursada CRO, cuyos acreedores, debe tenerse presente, lo son tanto los que la concursada tenía antes de la **escisión** como los que adquirieron esa condición después de la **escisión**



como lo que lo eran inicialmente de ROP y por consecuencia de la cesión global de activos y pasivos pasaron a serlo de CRO -concurada que era accionista al 50% de ROP, la sociedad escindida y disuelta, y que en ese concepto recibió sin fijación de canje lo que se afirmaba ser activos y pasivos cuyo valor equivalía al 50% del patrimonio de dicha sociedad-.

Perjuicio patrimonial que ha de examinarse desde la perspectiva de CRO, en cuanto dicha sociedad aceptó una transmisión de parte del patrimonio de ROP -que no en otra cosa consistió la **rescisión** de ROP- que en la demanda se afirma suponía un valor muy inferior al que correspondía a su participación accionarial del 50% del capital social de ROP, y perdía el valor económico que de más recibía simultáneamente y de modo gratuito, sin contraprestación alguna, la sociedad JUCA, también demandada en este procedimiento como parte en el acto o negocio cuya rescisión se pretende-.

El Tribunal Supremo ha cuidado de precisar cuál es el concepto de perjuicio que ha de comportar el éxito del ejercicio de las acciones de reintegración concursal en varias sentencias. En la STS de 26 de octubre de 2012 razonó que:

"El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de **concurso**, que sean perjudiciales para la masa activa, al margen de si existió o no intención fraudulenta.

El fundamento de la ineficacia se sitúa en el perjuicio que los actos o negocios realizados hasta dos años antes de la declaración del **concurso** originan a la masa activa, sin que sea necesaria la concurrencia del fraude.

El art. 71.1 LC acude a un concepto jurídico indeterminado, el perjuicio para la masa activa del **concurso**, que no puede equipararse con los tradicionales criterios justificativos de la rescisión existentes hasta entonces en nuestro ordenamiento jurídico: ni el fraude, de la acción pauliana, porque el art. 71.1 LC expresamente excluye cualquier elemento intencional, mes o menos objetivado; ni tampoco la lesión, entendida como mero detrimento patrimonial, pues el art. 71.2 LC presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, en el caso del pago debido pero anticipado, en que propiamente no hay lesión, o devaluación del patrimonio, sino alteración de la par condicio creditorum, al pagar un crédito que por no ser exigible sino después de la declaración de **concurso**, debía haber formado parte de la masa pasiva del **concurso**.

El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una 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**.

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.

El perjuicio para la masa activa del **concurso**, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el **concurso**, se constituirá la masa activa ( art. 76 LC ), y, además, debe carecer de justificación.

La falta de justificación subyace en los casos en que el art. 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización, En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal ( art. 71.4 LC ), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa".

Y en la sentencia de 8 de noviembre de 2013, en un supuesto de rescisión de garantías contextuales, se razonaba también sobre el concepto de perjuicio diciendo que:

1. El perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado

22. Nuestro vigente sistema concursal ha superado el perturbador mixto de retroacción de los actos de administración y disposición realizados por el quebrado desde la fecha a determinar por el juzgador que -sin perjuicio de la evolución que este extremo ha experimentado en la moderna jurisprudencia- en su interpretación



clásica y mayoritaria era determinante de la nulidad ipso iure sin necesidad de ánimo fraudulento ni lesión para la masa activa del **concurso**, y se combina con acciones rescisorias cuyo éxito con la reintegración concursal, exigía que los actos del concursado fueran lesivos para la masa activa. Así lo dispone hoy, de forma contundente, el artículo 7.1 de la Ley Concursal (a partir de ahora, también LC), a cuyo tenor serán rescindibles "los actos perjudiciales para la masa activa".

23. Partiendo de tal exigencia, la primera de las cuestiones que se plantea en el recurso es decidir qué debe entenderse por "acto perjudicial para la masa activa", a cuyo efecto 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.

24. La casuística en esta materia es muy amplia y con frecuencia pueden hallarse expresiones, incluso en decisiones judiciales, que permiten equiparar el perjuicio o lesión a una disminución del patrimonio del concursado. Pero, si se analizan con detalle y en el contexto en el que son vertidas, no se encuentra una concepción tan restrictiva de lo que debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa en las decisiones de la jurisdicción ni en la doctrina. Dicho de otra forma, los actos del concursado que implican una "disminución injustificada de su patrimonio" caen en el régimen de la reintegración (en este sentido, como afirma la sentencia 210/2012, de 12 de abril, "no existe discrepancia alguna a nivel doctrinal ni en las decisiones de los Tribunales de que en todo caso son perjudiciales los que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado"), pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum (paridad de trato de los acreedores).

25. En definitiva el texto da 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).

Por otra parte, como ya señalamos, 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 no lo impide desde que:

1) No se prevé su ejercicio en el mismo escenario. El escenario que se contempla para el ejercicio de acciones de reintegración es el de insolvencia, que impedirá el cumplimiento de sus obligaciones a la concursada, y que justifica que actos válidos y normalmente no impugnables sean objeto de esta específica acción cuando su ejecución haya comportado perjuicio a la masa activa del **concurso**. El escenario del que se parte en una operación de modificación estructural de capital (la **escisión** total con cesión del patrimonio de la escindida que se extingue a 2 sociedades preexistentes, en nuestro caso) es el de sociedades solventes que se encuentran en condiciones de cumplir sus obligaciones y no están incursas en causa de disolución. Y aún así, como razona el Catedrático ALONSO ESPINOSA en "Fusión y **escisión** de sociedades" (en el número 17 del Anuario de Derecho de 1999 al examinar la función económica de la **escisión**), no puede olvidarse que la **escisión** es un instituto "con función polivalente al servir a otros fines aglutinables en torno a la adecuación de la dimensión y estructura organizativa de las sociedades a las cambiantes circunstancias y vicisitudes económicas y empresariales" señalando que "la **escisión** puede utilizarse espúreamente con la sola pretensión de ahorrar costes fiscales en el reparto de beneficios o en la asignación de activos, así como puede ser utilizada fraudulentamente en perjuicio, de acreedores, trabajadores u otros sectores de interesados".

2) En las **escisiones**, al menos hasta el vigente artículo 44 de la LME, no se prevé siquiera expresamente el derecho de oposición de los acreedores, Tan sólo se prevé la garantía del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad que se extingue en el art. 259 LSA y actualmente en el art. 80 LME (pero ninguna garantía similar se contempla para los acreedores de las sociedades beneficiarias de la **escisión**), pero esta protección no alcanza a los acreedores de las sociedades "beneficiarias" de la **escisión** que no lo fueran previamente de la escindida (en nuestro caso no alcanza a los acreedores de CRO que no lo fueran por consecuencia de la cesión global de activos y pasivos como consecuencia de la **escisión**).

3) El perjuicio que se contempla por el art. 71 de la LC es el perjuicio para la masa activa, incluyendo el concepto de perjuicio indirecto o reflejo consistente en la alteración de la pars conditio creditorum. Ese perjuicio se proyecta sobre todos los acreedores y no sólo sobre los que lo fueran en el momento de la **escisión** de la sociedad escindida y de las sociedades "beneficiarias" de la **escisión**, desde que lo que se evalúa es la imposibilidad de cobro de todas las obligaciones de la concursada a la que ha contribuido el acto objeto de impugnación. Es decir: el acto es impugnabile en tanto en cuanto se causa perjuicio a la masa activa del





**concurso**, sin que necesariamente cause perjuicio quienes eran acreedores de la escindida o las sociedades beneficiarías en el momento de la **escisión** (que pueden no sufrir perjuicio alguno, como cuando -como parece en nuestro caso en que la concursada adquiere solares y promociones inmobiliarias en curso- eran titulares de créditos especialmente privilegiados en el momento de la **escisión**) sino a cualesquiera acreedores integrados en la masa pasiva del **concurso** (por ejemplo, a los posibles compradores de pisos o locales correspondientes a las promociones en curso cuya venta no se hubiera concertado siquiera a la fecha de la **escisión**).

4) En suma, las diferencias de finalidad, objeto, razón de reconocimiento de las acciones y legitimados para su ejercicio (para el de las acciones de reintegración sólo está legitimada la administración concursal, no los acreedores en particular, como para el ejercicio del derecho de oposición) hacen totalmente imposible, a nuestro juicio, pretender que la protección a los acreedores en que el derecho de oposición consiste pueda "sustituir" a la protección conferida por el reconocimiento de las acciones de reintegración concursal, ni sea argumento para excluir su ejercicio.

En resolución, que unido al elemento temporal (respecto del que ha de tenerse además muy en cuenta que, como destaca la STS de 8 de noviembre de 2012, debe considerarse el momento de la ejecución del acto objeto de rescisión -en el que normalmente se consume el perjuicio- para considerar el acto impugnado dentro del periodo de dos años anteriores a la declaración del **concurso**) sólo es exigible el perjuicio, perjuicio que indudablemente puede concurrir en el supuesto objeto del presente proceso, en el que la sociedad CRO, que era titular del 50% de la sociedad ROP y debía recibir como consecuencia de la **escisión** el valor real o de mercado de ese 50% del patrimonio de la sociedad ROP, ha recibido un valor patrimonial que se dice en la demanda muy inferior al de ese 50% de su participación.

Resulta indiferente a estos efectos que existiera intención o no de defraudar en la realización del acto o cuales fueron las razones que motivaron la **escisión** o las negociaciones para llegar a ella. Lo relevante es si como consecuencia de la **escisión** la masa activa de ROP ha resultado perjudicada.

Si se concluye que el valor que recibió CRO "a cambio" de su participación accionarial en ROP era más de 4 millones de euros inferior al que debía haber recibido como consecuencia de la **escisión** indudablemente encontraremos cumplido el único requisito exigible para el éxito de la acción, al haberse producido un perjuicio patrimonial directo para CRO del que habría resultado, además, claramente beneficiada la otra sociedad, JUCA, resultando también totalmente irrelevante que se hayan cumplido todos los requisitos formales de la **escisión** y que la misma haya sido efectivamente inscrita en el Registro Mercantil y que hayan transcurrido los plazos previstos en el art. 47 LME (o los del anterior art. 246 LSA). Porque como es sobradamente conocido y se ha reiterado en múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia, la acción **rescisoria** -y en particular la acción de reintegración concursal- puede tener por objeto un acto formalmente válido, lícito y eficaz, desde que se le priva de eficacia exclusivamente por razón del perjuicio que dicho acto comporta para la masa activa de la concursada.

Perjuicio además ocasionado por un acto que, como veremos, habrá de calificarse como gratuito, con la aplicación de la presunción iuris et de iure de perjuicio que el art. 71.2 LC establece.

CUARTO.- Antes de entrar a valorar la modificación estructural objeto de este procedimiento conviene examinar algunas cuestiones referentes a las operaciones de **escisión** total con cesión global de activos y pasivos a sociedades preexistentes o que se constituyan y en particular sobre los sistemas de garantía que se ofrece a los socios y terceros (especialmente acreedores) de que efectivamente se ha transmitido el valor equivalente a la participación accionarial de la sociedad beneficiarla de la **escisión** (en nuestro caso a CRO).

El art. 252,2 de la LSA, de aplicación a esta **escisión**, establece que "las acciones o participaciones sociales de las sociedades beneficiarías de la **escisión** deberán ser atribuidas en contraprestación a los accionistas de la sociedad que se escinde, los cuales recibirán un número de aquéllas proporcional a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria". Rige pues el principio de equivalencia, reiterado en el art. 247,1 LSA, equivalencia que debe reflejarse en los documentos de la **escisión** (muy especialmente en el proyecto de **escisión** -que es el que la rige, siendo la norma a la que han de ajustarse los administradores en la fase de ejecución de la **escisión**-), equivalencia que ha de serlo en el valor real de su participación en la sociedad fusionada o escindida (pudiendo los socios de la escindida recibir compensaciones complementaria para ajustar ese valor real, en dinero y siempre que no exceda del 10% del valor nominal de las acciones atribuidas a cada socio). Que el valor ha de ser el regí y no el contable resulta indiscutible en cuanto la intervención de expertos independientes claramente se dirige a evaluar el tipo de canje, el patrimonio (activo y pasivo) aportado por las sociedades que se extinguen ( arts. 236 y 256 LSA ), alcanzando específicamente la evaluación del patrimonio no dinerario atribuido a cada una de las sociedades beneficiarías ,



Señala el profesor ALONSO ESPINOSA en el estudio citado que "el balance de **escisión**, sea ordinario o extraordinario, debe procurar la valoración real del patrimonio social a efectos, sobre todo, del correcto establecimiento del tipo de canje de las acciones. El art. 239° pf 3° LSA transcrito debe ser interpretado, no como excepción, sino como regla general e imperativa. Los expertos independientes podrán contar así con un elemento mejor que el simple balance anual a fin de verificar el valor de las aportaciones y paridades establecidas. En los caso en que, dadas las circunstancias previstas por la ley, se utilice el balance de ejercicio como balance de **escisión**, surge el problema de posible falta de valoración real por él del patrimonio de las sociedades participantes. Ante ello, los expertos encargados de informar sobre las aportaciones no dinerarias y sobre el proyecto deberán procurar fijar los valores reales; a tal fin podrán ejercitar su derecho de información (art. 236,3) para obtener de las sociedades la información precisa para que sus respectivos informes cumplan su objetivo).

También debe destacarse que los acuerdos de fusión o **escisión** por cada una de las juntas de socios de las sociedades participantes se hacen ajustándose al proyecto de **escisión** ( art. 240,1 LSA ), sin que puedan alterar el contenido del mismo. El informe de los administradores sociales (que es en el que se "corrige" el valor contable por un pretendido "valor real" sólo de los inmuebles y terrenos que cedían a CRO pero no de los que se cedían a JUCA) no es aprobado por las Juntas de accionistas, sino el Proyecto de **escisión**, en el que no aparecen otros valores que los contables tanto para el patrimonio que se atribuye a JUCA como para el patrimonio que se atribuye a CRO (folios 427 a 432 de las actuaciones), y del que resulta claramente la diferencia de valor de adjudicación que se indica en la demanda objeto del presente procedimiento. No es el informe de los administradores el que se somete a aprobación de la Junta, sino el Proyecto de **Escisión**.

Desde que los valores patrimoniales que se ceden como consecuencia de la **escisión** han de ser los valores reales o razonables de mercado, resulta indudable que ni el balance de **escisión** ni el proyecto de **escisión** cumplía lo exigido por la LSA entonces (ni cumplirla lo exigido actualmente por la LME) ya que ambos documentos se elaboraron partiendo únicamente de los valores contables de todos los elementos patrimoniales que se incluían en el lote correspondiente (y muy particularmente, de los terrenos, inmuebles y construcciones) sin corrección alguna. En cuanto al informe de los administradores sociales, en él tampoco se justifica ni realiza una valoración real de mercado de los bienes integrados en ambos lotes sino que se pretende -al día siguiente de formalizado el proyecto de **escisión**- una "corrección" de valoración sólo de determinados bienes (que por su naturaleza y dadas las variaciones de valor de los bienes inmuebles en las últimas 3 décadas indudablemente requerían esa valoración actual a precios de mercado al tiempo de la **escisión**) pero ni siquiera de los bienes de esa naturaleza que se atribuirían a ambas sociedades beneficiarlas de la **escisión** sino tan sólo de los bienes que se atribuían a CRO, manteniendo el mero valor contable para los bienes que se atribuían a JUCA.

JUCA pretendió en su contestación a la demanda que había de atribuirse a las promociones en curso que se adjudicaban a CRO el valor de las tasaciones realizadas en su momento no con la finalidad de fijar el valor real a efectos de la **escisión** de los bienes o derechos sino de las hipotecas obtenidas o a obtener para la financiación de la construcción de dichas promociones. Pero tiene razón la Administración Concursal cuando rechaza totalmente tales valoraciones, valoraciones que además de carecer totalmente de congruencia con la "corrección" de valores realizada en el informe de los administradores sociales de 4 de julio de 2008, no se refieren a bienes realmente existentes sino hipotéticos, puesto que es sobradamente conocido que la práctica en el sector inmobiliario es de obtención de préstamos con garantía hipotecaria sobre el valor de las edificaciones aún inexistentes que incorporarían los terrenos sobre los que se construye, sin que el préstamo se entregue inicialmente sino que mediante un sistema de controles por las entidades financieras se va entregando conforme vayan existiendo realmente las edificaciones, por haber sido construidas en las sucesivas fases de construcción, Son pues valores hipotéticos de unas edificaciones no existentes en el momento en que se otorga la hipoteca (y en el momento en que se realiza la operación de **escisión**), que no respetan el principio de equivalencia.

JUCA por otra parte insiste en que la corrección efectuada en el lote de CRO se debía a la fijación del valor real de los inmuebles adjudicados en el lote de CRO, pero omite toda mención a la total inexistencia de corrección del valor contable de los inmuebles que a ella se le adjudicaron. Sin embargo lo cierto es que resulta evidente que ese valor contable, tanto para los inmuebles Incluidos en el lote de JUCA como para los incluidos en el lote de CRO no respondía al valor real sino que era muy inferior al real. Resulta evidente respecto a los inmuebles incluidos en el lote de JUCA y ello no sólo por tratarse todos ellos de viviendas, locales comerciales, plazas de garaje y trasteros totalmente terminados entre 1996 y 2002 (correspondientes a varios edificios en Vecindario y uno en Playa de Arinaga) cuyo valor indudablemente se había incrementado desde esas fechas hasta que en 2008 se hace el proyecto de fusión (ya que se trataba precisamente del periodo de mayor empuje y crecimiento de la burbuja inmobiliaria), sino porque si se aceptara como hipótesis como valor (que tampoco, puesto que no se trata de valores a la fecha de la **escisión** -ni contemplan el "activo intangible" que la empresa



en funcionamiento por sí misma comporta, tanto en la actividad hotelera y de alquiler de viviendas como en la de explotación de aparcamientos, que supone un mayor valor sobre el contable-) el valor de tasación a efectos de subasta que aparece sólo en los inmuebles que aún estaban garantizados con hipoteca (es decir las viviendas del edificio de la Playa de Arinaga -números 31 al 38 del lote y números 62 a 75 del lote-, las viviendas del edificio de la C/Azuaje de Vecindario -números 45 al 51 del lote- y los locales comerciales del edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario -números 175 y 178 a 184 del lote-) resultaría un valor total de 10.534.746,1 euros, aproximadamente el valor total adjudicado en la **escisión** a JUCA (8.559892,33 de construcciones y 2.138.916,75 de terrenos). Y ello sin computar valor alguno para aquellos inmuebles que también se le adjudican de los que en la escritura no consta valor de tasación a efectos de subasta (nada menos que 411 plazas de garaje en el edificio de la C/Brasil de Vecindario -números 76 al 173 y números 185 al 197 de su lote, las plantas sótano 4, sótano 3 y sótano 2 del edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario -número 174 de su lote, que comprende 303 plazas de garaje más-, 6 plazas de garaje en el edificio de C/Azuaje de Vecindario -números 39 al 44 de su lote-, 26 plazas de garaje en el edificio de la Playa de Arinaga -números 3 al 18 y 52 al 61 de su lote-, 12 trasteros en el edificio de la Playa de Arinaga -números 19 al 30 de su lote- y otro local comercial en el edificio de Avenida de Canarias 266 de Vecindario, el número 176 de su lote, de 185,70 metros cuadrados que se encuentra hipotecado en garantía de una deuda de más de 182000 euros de principal, más de 35000 para intereses ordinarios, más de 50.000 para intereses de demora y más de 27.000 para costas, pero del que no consta el valor de tasación a efectos de subasta).

Atendido todo lo anterior resulta indudable que los administradores sociales de ROP incumplieron su obligación legal de realizar las valoraciones de los elementos patrimoniales objeto de cesión en el proyecto de **escisión** conforme al valor real, que además la denominada "corrección" al valor real sólo de la parte que correspondía a CRO era arbitraria y artificiosa y únicamente pretendía lograr una ficticia equiparación de las adjudicaciones en un valor igual del 50% para cada una y que la **escisión** realizada, en la que se omitió totalmente la valoración real de los activos consistentes en bienes inmuebles -en realidad de todos los elementos patrimoniales, pero acreditada y sobradamente justificada de los inmuebles- y en la que el mantenimiento del valor contable para los activos que se adjudicaron a JUCA y la "corrección" injustificada para los activos que se adjudicaron a CRO indudablemente supuso un grave perjuicio para los acreedores de CRO, actualmente declarada en **concurso**, que recibió bienes con un valor "corregido" sobre el contable no justificado y basado en tasaciones de bienes aún no existentes en todo o en parte por tratarse de edificaciones en construcción (y sin que, además, se hiciera "corrección" alguna sobre el valor contable de los bienes inmuebles, éstos sí completamente terminados y en explotación, que se atribuían a JUCA).

Para cuantificar el valor económico del perjuicio (desde que se pretende su indemnización por la administración concursal) debió acudir a la justificación de los valores reales de todos los elementos patrimoniales (o al menos de los bienes inmuebles, en los que se aprecia con claridad la ficticia valoración), a fin de cuantificar el valor total de lo que se atribuía a CRO y de lo que se atribuía a JUCA. Sin embargo el hecho indudable de que la tasación de los centenares de inmuebles que se incluían en el proyecto de **escisión** resultaría enormemente costoso para la Administración Concursal -con un coste que disminuiría aún más las posibilidades de cobro de los acreedores concursales, al considerarse créditos contra la masa-, por lo que no ha intentado dicha prueba, unido al de que JUCA acepta para sí la valoración contable de los Inmuebles que a ella se le atribuyen, por lo que cuanto menos habría de aplicarse el mismo criterio contable a la valoración de los que se atribuyeron a CRO, obliga a la Sala, a falta de otra valoración que la contable, a aceptar cuando menos esa valoración de todos los bienes incluidos en el patrimonio de ROP en el momento de la **escisión** y a declarar que el valor del perjuicio que habrá de indemnizarse es precisamente el reclamado en la demanda de la administración concursal (es decir, la mitad de la diferencia de valores de adjudicación conforme al proyecto de **escisión** de 3 de julio de 2008 que resultaba a favor de JUCA, mitad que habría de corresponder a CRO de haberse utilizado idéntico criterio de valoración para ambos lotes).

Debe tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que una tasación a valor actual en 2008 de las promociones en curso que en ese momento tuvieran existencia real (en algunos casos ni siquiera iniciadas, siendo indudable que el valor de la construcción en curso siempre será inferior al de la edificación terminada) que se adjudicaban a CRO habría arrojado probablemente un incremento de valor sobre el contable muy inferior al que habría supuesto la tasación a valor actual en 2008 de las viviendas, locales, plazas de garaje y trastero totalmente terminadas y en explotación desde hacía varios años que se adjudicaban a JUCA, Por ello entendemos que de haberse practicado prueba por las partes dirigida a acreditar los valores reales de los inmuebles a la fecha de la **escisión** (que ninguna de las dos partes la propuso), o del valor real de las ramas de producción teniendo en cuenta su valor en explotación, su resultado habría ofrecido previsiblemente una diferencia de valor bastante superior a la solicitada por la Administración Concursal en su demanda formulada sobre la diferencia de valor contable.



QUINTO.- Con independencia de que ha quedado acreditado el perjuicio sufrido por la masa activa de CRO, como se ha expuesto, comparte la Sala la calificación que hace la administración concursal de que ese perjuicio se ha producido mediante un acto que por su naturaleza comporta la gratuidad del exceso de atribución patrimonial que recibió JUCA.

Del mismo modo que la adjudicación de un valor superior al 50% del patrimonio a dividir en una liquidación de gananciales supone una donación encubierta (- cuando fue querida por las partes, en particular por la disponente de parte de lo que le correspondía a otros beneficiarios de la **escisión**-) o un enriquecimiento injusto, sin causa de atribución patrimonial y que por tanto ha de equipararse a estos efectos a los actos de liberalidad, entendiéndose como "gratuito" todo aquello que carece de causa onerosa -(cuando no fue querida por la parte empobrecida, que pudo haber incurrido en error en el consentimiento), la adjudicación a JUCA de un valor superior al 50% del valor del patrimonio de la sociedad ROP de la que CRO, era accionista titular de un 50% del capital social supone indudablemente una atribución gratuita o sin causa de ese valor patrimonial por encima del que debía haber recibido JUCA (y por debajo del que debía haber recibido CRO), siendo en consecuencia de aplicación el art. 71.2 LC .

SEXTO.- En cuanto a los efectos de la estimación de la acción **rescisoria**, debe tenerse en cuenta en primer lugar que resulta imposible jurídicamente en este momento la reintegración de la situación al momento en que se encontraba antes de la **escisión**, cuando múltiples terceros han continuado concertando contratos con las dos sociedades beneficiarias de la **escisión** sobre los elementos comprendidos en las ramas de actividad adjudicadas a ambas sociedades beneficiarias, y consciente además de que carece de justificación la rescisión o reintegración total, "resucitando" la sociedad ya extinguida y reintegrando los bienes recibidos por una y otra sociedad como consecuencia de la **escisión** (ya que con independencia de que puede aceptarse que el art. 246 de la LSA y actualmente el art. 47 de la LME comporte la imposibilidad de restituir los bloques patrimoniales y, sobre todo, de "resucitar" a la sociedad extinguida, lo cierto es que la misma naturaleza de la rama de actividad atribuida a CRO, la promoción inmobiliaria, comportaría que respecto a todas las unidades promovidas sobre los terrenos transmitidos en su lote que hubieran sido vendidas e inscrita la venta en el Registro de la Propiedad fuera de aplicación el art. 34 LH impidiéndose con ello también la restitución íntegra e in natura).

La Administración Concursal de CRO, consciente de ello y concedora de que tampoco existe interés para la masa activa en la reintegración total sino sólo en la corrección de las valoraciones y atribuciones patrimoniales para los elementos comprendidos en cada una de las ramas de actividad transmitidas a las sociedades beneficiarias, valoraciones incluidas en el proyecto de **escisión**, el informe de los administradores sociales y, en definitiva, en la escritura de **escisión**, ha limitado su pretensión desde el inicio del proceso a la reparación del perjuicio causado por la diferencia de valor de la atribución patrimonial, reclamando que JUCA reintegre a CRO la cantidad que precisamente, sumada al valor de lo que en su día recibió por su participación social en ROP, haría que ambas partes en la **escisión** se igualaran y fueran equivalentes, conforme a lo dispuesto en el art. 252,2 de la LSA , a la participación social que los accionistas tenían de ROP, pretensión que sin duda debe estimarse y que, además, entendemos congruente y conforme con el espíritu de los preceptos que rigen la **escisión**, tanto en la LSA (arts. 252,2 , 253 , 255,1 a), 255 apartados 2 y 3 , 256 y 259 -en cuanto se establece la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la **escisión** frente a los acreedores de la escindida), como en la vigente LME.

Lo anterior comporta la estimación total de la demanda formulada.

SÉPTIMO.- Pese a la dificultad jurídica que el asunto objeto de litigio parece comportar, no tanto por la complejidad del asunto en sí ni por la divergencia jurisprudencial (desde que el artículo 71 de la Ley Concursal es claro y no existe jurisprudencia contradictoria sobre esta cuestión) sino por el hecho de que existan autores que sostienen la imposibilidad de ejercicio de la acción **rescisoria** contra operaciones de modificación estructural de capital, no se aprecian razones para excluir en este caso el pronunciamiento de imposición de las costas causadas en la primera instancia por la demanda dirigida contra JUCAZAM, S.L.U., que se opuso a la justa pretensión de que se reparara el perjuicio causado por la operación de **escisión** a la masa activa de la concursada CRO, pretendiendo mantener un enriquecimiento patrimonial injustificado en ese exceso de valor a cuyo reintegro se le condena en esta sentencia.

Deben por tanto imponerse a JUCAZAM, S.L.U. las costas causadas en la primera instancia -crédito de cobro de costas del que es titular la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L., no la administración concursal que actuaba ejercitando acciones de la concursada, como sería deudora de las costas la concursada en caso de desestimación de la demanda-, sin que proceda hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC . No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la primera Instancia por la demanda en cuanto dirigida contra CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, SL, que se allanó a las pretensiones formuladas por la Administración Concursal.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLO

Que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L contra la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Las Palmas en autos de incidente concursal número 155/2010, del **concurso** 64/2009, que revocamos, y en su lugar, con estimación total de la demanda formulada:

1) Declaramos la rescisión y consiguiente ineficacia, por ser perjudiciales para la masa activa de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L., de las valoraciones acordadas y por ende mal atribuidas a la concursada citada en la disolución, extinción y **escisión** de la sociedad CONSTRUCCIONES Y PROMOCIONES ROP Y CAZORLA, SL., incluidas en el proyecto de **escisión** y la escritura de **escisión**, valoraciones que comportaron un exceso de atribución patrimonial a JUCAZAM S.L.U. en perjuicio de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L. por importe de CUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO DIEZ EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (4.039.110,87 ?).

2) Declaramos el derecho de CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, SL y paralela obligación de JUCAZAM, S.L.U. a que se reintegre por parte de esta última a favor de la concursada CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, SL, para formar parte de la masa activa del **concurso** de acreedores como consecuencia de la rescisión declarada, la suma de CUATRO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO..DIEZ EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (4.039.110,87?), más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la **escisión** y consecuente deficiente adjudicación o atribución patrimonial a CONSTRUCCIONES RAIMUNDO ORTEGA, S.L.

3) Se ordena la realización de cuantos actos y formalidades fueren precisos para la eficacia de la rescisión acordada y la constancia en el Registro Mercantil de la rescisión misma y sus efectos.

4) Se condena a la demandada JUCAZAM, S.L.U., que se opuso a la estimación de la demanda, al pago de las costas causadas en la primera instancia del litigio, sin que proceda hacer especial imposición de las causadas por la demanda en cuanto dirigida contra CONSTRUCCIONES RAIMUNDO, ORTEGA, S.L. que se allanó en su día a la demanda.

5) No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la alzada.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvase los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA ELENA CORRAL LOSADA, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos./as Sres. /as Magistrados /as que la firman y leída por el/la Ilmo./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario/a certifico.