



Roj: **SJPI 160/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:160**

Id Cendoj: **01059420072016100092**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **543/2015**

Nº de Resolución: **107/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ

MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004877

FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-13/017355**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2013/0017355**

Procedimiento / Prozedura : **Inc.concursal 72 / Konkurts. intzid. 72 543/2015 - B**

Descripción de la pieza/Pieza: Inc. **concursal** rescisión/impugnación actos perjudiciales para la masa / Konkurtso-intzid.: masarako kaltegarriak diren egintzak hutsaltzea/aurkaratzea

Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Concurso abrev./Konkurtso labur 622/2013

Demandante / Demandatzailea : Luis Alberto

Abogado/a / Abokatua :

Procurador/a / Prokuradorea :

Demandado/a / Demandatua : EXCAVACIONES ARRIAGA S.A. y SOCIEDAD PATRIMONIAL BARRUNDIA HIRU S.L.

Abogado/a / Abokatua :

Procurador/a / Prokuradorea : MARIA MERCEDES BOTAS ARMENTIA y ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA

SENTENCIA Nº 107/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 20 de abril de 2016.

Vistos por mí, Mª Teresa Trinidad Santos, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos incidentales 543/15, derivados del Concurso Abreviado 622/13, siendo parte demandante la ADMINISTRACIÓN **CONCURSAL** constituida por el Letrado Luis Alberto , en ejercicio de una acción de reintegración, y de otra, como demandada la concursada EXCAVACIONES ARRIAGA S.A. representada por la Procuradora Mercedes Botas Armentia y asistida de la Letrada Ainhoa Varona Cal y SOCIEDAD PATRIMONIA BARRUNDIA HIRU S.L. representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, y asistido del Letrado Mariano Ramallo Cardeñosa, se procede a dictar la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

S



PRIMERO .- La Administración **Concursal** interpone demanda incidental contra la concursada Excavaciones Arriaga S.L. y contra la mercantil Sociedad Patrimonial Barrundia Hiru S.L, en la que tras alegar los hechos e invocar los fundamentos de derecho que ha estimado oportunos, termina solicitando que se dicte sentencia en la que se "acuerde la rescisión de la escisión parcial impugnada".

En la demanda se solicitó anotación preventiva de la demanda y previa tramitación de la pieza de medida cautelar, recayó Auto de fecha 05.11.2015, denegando la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las demandadas y a cuantas partes personadas en el concurso quisieran oponerse a la pretensión ejercitada para que en el plazo de diez días contestaran. Dentro de dicho plazo contestan Excavaciones Arriaga S.L. y Sociedad Patrimonial Barrundia Hiru S.L

TERCERO .- Solicitada la celebración de vista con propuesta de prueba a celebrar en audiencia pública, se convoca a las partes y se cita a los testigos propuestos. En el acto de al vista el demandante ratifica la demanda y amplía en el acto la proposición de prueba, de la que se admite la pertinente, útil y legal. Los demandados ratifican la propuesta renunciando al interrogatorio del Administrador **concursal**.

La prueba admitida y no renunciada se practica, con el resultado que recoge la grabación del acto, tras lo cual, las partes formulan conclusiones y queda el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se pretende por la AC la ineficacia y rescisión de la escisión parcial de la sociedad concursada, Excavaciones Arriaga S.A, acordada en Junta General de fecha 23.09.2011. Escisión parcial por la que transmite parte de su patrimonio a una sociedad de nueva creación, Sociedad Patrimonial Barrundia Hiru S.L. al amparo de la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre **modificaciones estructurales** de las sociedades mercantiles.

Para ello ejercita la acción **rescisoria concursal** de los arts. 71 - 73 LC , pretendiendo como efecto la ineficacia de la operación y reintegración a la situación anterior a la escisión. No se especifica más que los activos y pasivos de la patrimonial se integren en el concurso, modificando las masas activa y pasiva.

A la **rescisoria concursal** acumula acciones de rescisión común, pauliana o en fraude de acreedores de los arts. 1111 y 1291.3º CC y de nulidad de contrato o negocio jurídico por infracción legal, por error en el consentimiento, por causa ilícita y por fraude de ley (art. 1261 y ss 1300 y ss, 6.3, 6.4 CC en relación, cita, diversos preceptos tanto del Código Civil como Ley de Sociedades de Capital y Ley de **Modificaciones Estructurales**).

En síntesis, alega el demandante: La escisión parcial operada en 2011 supone un perjuicio patrimonial para la concursada en la medida en que con ella se transfieren a la sociedad de nueva creación los activos que constituían el soporte patrimonial de la concursada. Todos los terrenos e inmuebles de la concursada se ceden gratuitamente descapitalizando la empresa. Se duplican garantías a favor de los acreedores financieros y se engaña y falsean datos a los acreedores y trabajadores en el proceso de escisión. La finalidad última de la operación es llevar a Excavaciones Arriaga a concurso manteniendo a salvo el patrimonio inmobiliario con su transmisión a la sociedad de nueva creación; se produce la pérdida de la clasificación F que antes tenía la concursada conforme al Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, se despiden trabajadores en el año 2012, se renuncia al cobro de una factura y se renuncia a trabajos al no depositar las fianzas correspondientes a obras adjudicadas; todo ello como muestra de la intención fraudulenta que guiaba a los socios con la operación llevada a cabo.

La demandada Sociedad Patrimonial Barrundia Hiru S.L, opone como excepción jurídico-procesal: Resistencia a las acciones de reintegración de la escisión parcial en virtud de lo dispuesto en el art. **47** de la LME y disconformidad con la consideración de la demanda de cuantía indeterminada. Además de ello, argumenta: La AC no acredita el perjuicio para la masa activa en el sentido de sacrificio patrimonial injustificado y no contempla las consecuencias legales de la rescisión. No se trata de un acto a título gratuito. Con los inmuebles se transmite también la garantía hipotecaria que asume ahora la escindida. Barrundia Hiru es garante hipotecario que responde con los bienes transmitidos de la deuda de la concursada, y así está reconocido en el concurso de la deudora principal, de modo que no es correcto afirmar que solo se transmite el activo, como tampoco lo es que se produzca ahora una duplicidad de garantías (personal o universal y real o hipotecaria) que antes no existiera y que esto resulte perjudicial para la concursada. Además de ello ¿responsabilidad hipotecaria de los bienes inmuebles transmitidos- la sociedad escindida ha avalado con su patrimonio varias operaciones de financiación de la concursada, finalidad ¿facilitar financiación- que guiaba la operación de escisión.



Por su parte, la concursada, argumenta que no es cierto que Excavaciones Arriaga fuera una sociedad saneada antes de la escisión. Arrastraba pérdidas en los últimos ejercicios y la crisis en el sector de la construcción, que derivó en la notable caída de la oferta en obra pública y privada y las exigencias de los proveedores de realizar los pagos al contado, sumado a las restricciones de los bancos para conceder financiación, hicieron necesaria la figura de un garante; figura que se buscó con la creación de una sociedad patrimonial que prestara la garantía necesaria para que la concursada obtuviera financiación. El propósito de la escisión obedece por tanto a una reestructuración patrimonial. Y así se hizo como lo demuestran los avales y garantías prestados tras su creación por la sociedad Barrundia Hiru: Línea de avales concedido por Kutxabank en fecha 29.02.2012, con garantía personal de Barrundia Hiru, Aval para el pago de suministros concedido por la misma entidad el 11.06.2012 con garantía personal de Barrundia Hiru, préstamo por importe de 590.000 euros concedido por Kutxabank a la concursada el 05.07.2013, con aval de Elkargi y contragarantía de Barrundia Hiru mediante la hipoteca de las fincas NUM000 y NUM001 . Todo ello sin perjuicio de la garantía real que afectaba los inmuebles transmitidos en garantía de deudas de Excavaciones Arriaga. Hay sucesión universal en todos los derechos y obligaciones del patrimonio traspasado, no solo en el activo, pero lógicamente solo del patrimonio traspasado.

Finalmente, que se siguieron y cumplieron todos los trámites exigidos en la Ley de **Modificaciones Estructurales**, disponiendo los acreedores de todos los mecanismos de garantía previstos en la norma.

SEGUNDO .- Los hechos probados útiles para resolver el pleito son los siguientes:

La escisión parcial impugnada es la acordada en Junta General Universal y Extraordinaria de EXCAVACIONES ARRIAGA S.L. de 23.09.2011, elevada a escritura pública el 18.11.2011 e inscrita en el Registro Mercantil el 16.12.2011 (doc. 2 Barrundia Hiru, doc. 3 Excavaciones Arriaga y doc. 2 demanda).

Se solicita el concurso de la mercantil el 12.11.2013, un mes y cuatro días antes de que se cumpliera el plazo de dos años desde la fecha de la eficacia de la **modificación estructural** (el 16.12.2011) y se declara por auto de 17.01.2014, transcurrido ya el plazo de dos años.

En la Junta General Universal y Extraordinaria de socios de Excavaciones Arriaga S.A. de 23.09.2011 se acordó por unanimidad aprobar el Proyecto de escisión parcial de Excavaciones Arriaga, aprobar el Balance de escisión cerrado a 31.12.2010, aprobar la escisión parcial de la sociedad con aportación de una parte de su patrimonio a la mercantil de nueva creación denominada Sociedad Patrimonial Barrundia Hiru S.L, estableciéndose el tipo de canje y su procedimiento.

En la escritura, se da cuenta de la redacción del proyecto de escisión parcial, su presentación y depósito en el Registro Mercantil de Álava y publicación en el BORME el día 19.09.2011. Igualmente da cuenta de la elaboración y entrega por el órgano de administración del informe explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos del proyecto de escisión parcial y que se incorpora a la escritura matriz (todo ello conforme a las especialidades para la escisión de los arts. 74- 78 en relación con las generales y supletorias de la fusión de los arts. 30-47), no siendo necesaria conforme al art. 78.3 LME la elaboración de informe de experto independiente. Se da cuenta también de la información a los trabajadores y sus representantes, poniendo a su disposición la documentación correspondiente al objeto y alcance de la escisión, sin que haya habido oposición alguna pro parte de éstos. Que el acuerdo de escisión se publicó en el BORME el día 03.10.2011, en el periódico " Mundo Deportivo" el día 30.09.2011, haciendo constar en los anuncios el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro de los acuerdos adoptados y del balance de escisión, así como el derecho que asiste a los acreedores de oponerse a la escisión en el plazo de un mes desde el último anuncio de escisión. Se indica igualmente que ha transcurrido el plazo sin oposición. El balance de la sociedad que se escinde, cerrado a 31.12.2010 queda incorporado a la escritura, al igual que el informe del auditor de cuentas conforme al art. 36, 37 LME.

La sociedad de nueva creación se constituye con unos fondos propios, equivalentes al valor neto contable de los bienes, derechos y obligaciones recibidos de la sociedad escindida, cuyo activo y pasivo ha sido parcialmente atribuido, formando una unidad económica, por sucesión a título universal y se fija como fecha a partir de la cual se computa contable y fiscalmente la operación la del día 01.01.2012. La sociedad patrimonial Barrundia Hiru que se constituye con la escisión se subroga por sucesión universal en todos los derechos y obligaciones del patrimonio traspasado. No se procede a la reducción de capital de la mercantil escindida Excavaciones Arriaga, ya que se acuerda que la escisión parcial se haga minorando las reservas disponibles en un importe de 1.178.562,05 euros. La sociedad de nueva creación se constituye con un capital social de 3.000 euros creándose una prima de emisión de 1.175.562,05 euros. Dicho capital se asume y desembolsa totalmente por los únicos socios de la sociedad escindida, Segismundo , Fernando y Diego en la misma proporción que ostentan en la que se escinde. Como contravalor de las participaciones sociales respectivamente asumidas por los socios, la sociedad beneficiaria de la escisión adquiere los bienes que se



describen y relacionan en el proyecto. Se añade que la valoración atribuida a todos los bienes aportados, que constituye una unidad económica autónoma, coincidente con la del balance cerrado con fecha 30.12.2010 y realizada conforme a los criterios del vigente Plan general Contable, se aceptó por los socios y fue aprobada expresamente.

En el proyecto de escisión incorporado a la escritura pública se enumeran las fincas transmitidas: Finca registral nº NUM002 de Zigoitia, fincas registrales nº NUM000 , NUM001 , NUM003 , NUM004 , NUM005 y NUM006 de Vitoria, finca registral nº NUM007 de Zambrana, fincas registrales nº NUM008 y NUM009 de Salvatierra y finca registral NUM010 de Irún.

Las fincas registrales nº NUM000 y NUM001 de Vitoria se encontraban gravadas con hipoteca a favor de Elkargi S.G.R. para responder un principal de 300.000 euros además de intereses de demora, comisiones, costas y gastos.

TERCERO .- Se debe analizar en primer lugar las objeciones procesales que plantean las demandadas.

En primer lugar las dos demandadas muestran disconformidad con que el procedimiento se califique de cuantía indeterminada, entendiéndose que la cuantía debe establecerse determinada y por importe de 1.178.562,05 euros, cantidad en la que minorara Excavaciones Arriaga sus reservas en equivalencia al patrimonio que se escinde.

La AC se limita a señalar en la demanda que la cuantía de la misma debe ser indeterminada, sin que se alcance a comprender la relación que guarda esta conclusión con la exposición previa del mismo apartado.

Lo cierto es que la propia indefinición o generalidad de lo que se pide en la demanda no permite llegar a otra conclusión. Las demandadas concretan la cuantía de la demanda en el importe equivalente al patrimonio escindido, pero lo cierto es que el suplico de la demanda no pide que se reintegre esta cantidad (ni los bienes, ni su valor por resultar irreivindicables), sino, genéricamente, la "rescisión de la escisión parcial impugnada". Escisión parcial que supuso el traspaso del activo y pasivo correspondiente al patrimonio escindido, la creación de una sociedad nueva con suscripción de capital por los socios en idéntica proporción a la que ostentan en la escindida. No se va a profundizar en las consecuencias que habría que definir y concretar de prosperar la acción porque puede adelantarse que no puede ser estimada la demanda por motivos insalvables. Pero a efectos de lo que aquí ha de resolverse, no es descabellado calificar la demanda de cuantía indeterminada atendiendo a lo que se pide.

En segundo lugar, se mantiene por la concursada la indebida acumulación de acciones, entendiéndose que la acumulación de hasta ocho acciones constituye un grave defecto en la articulación de la demanda.

Establece el art. 71.6 LC que el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente. Por tanto, de entrada, el artículo señalado admite la acumulación de acciones de "impugnación", sujetando todas ellas a las normas de legitimación, procedimiento y competencia de las rescisorias concursales. Entre esas otras acciones de "impugnación de actos jurídicos del deudor" sin duda está la **rescisoria** común o pauliana, pero en principio también cabría pensar en otras acciones, como acciones de resolución, de nulidad o de anulabilidad de un negocio jurídico o acto jurídico, fundada en cualquiera de las causas admitidas en Derecho. Otra cosa será que se definan con claridad en la demanda los requisitos de unas y otras, que se prueben los hechos que sustentarán tales requisitos, que, como en el caso que nos ocupa, algunas ¿o todas- las acciones ejercitadas estén excluidas por la normativa específica de la operación, negocio o acto jurídico que se ataca, o que en la demanda se acierte a diferenciar las consecuencias que habrían de tener unas y otras. Pero todas estas son cuestiones de fondo.

CUARTO .- Se opone también, la inatacabilidad o resistencia a las acciones rescisorias y de impugnación de la **modificación estructural** al amparo de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley 3/2009 de 3 de abril , sobre **modificaciones estructurales** de las sociedades mercantiles, artículo aplicable a la escisión en virtud de lo dispuesto en el art. 73 LME.

Dispone el art. 47 (apados. 1 y 2) que ninguna fusión (aplicable a escisión) 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. 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.

Debe tenerse presente que la operación llevada a cabo en la concursada es una escisión parcial definida en el art. 70 LME como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una



sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Se trata de una operación societaria, negocio o acto jurídico que llevan a cabo los socios, que en Junta General manifiestan la voluntad social, sujeta a un procedimiento, requisitos y garantías para los acreedores perfectamente definidas en la ley (proyecto, publicidad, informe de administradores, informe de expertos independientes, balance, verificación y aprobación, información, adopción de acuerdo publicación de acuerdo, trámite de oposición, formalización en escritura pública) que culmina con la **inscripción** con efectos constitutivos. Establece el art. 46, aplicable a la escisión en virtud de la remisión del art. 73, que la eficacia de la fusión de producirá con la **inscripción** de la nueva sociedad o, en su caso, con la **inscripción** de la absorción en el Registro Mercantil competente. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas.

Los acreedores tienen derecho de oposición a la operación, para lo cual el art. 44 LME prevé que la fusión / escisión no pueda ser realizada antes de que transcurra un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o desde el envío de la comunicación a todos los acreedores y socios en el caso de esta forma de comunicación. En ese plazo los acreedores podrán oponerse a la operación.

Tal y como señala la S. del JM nº 1 de A Coruña de 06.03.2014, "e l artículo 47. 1 puede entenderse como norma que asigna eficacia convalidante a la **inscripción** registral, esto es, sanadora de posibles defectos que pudieran afectar a la validez de la **modificación estructural** o a la de alguno de los acuerdos, negocios o instrumentos que culminaron en la **inscripción**, y así entendida es claro que no podrá impedir el ejercicio de acciones de reintegración **concursal** que, por ser rescisorias, presuponen precisamente la validez del negocio atacado, y por basarse en la idea de perjuicio objetivo a la masa activa de un concurso imponen un análisis del todo ajeno a la regularidad formal de la operación y, por supuesto, a la intención fraudulenta. Pero si el precepto se entiende con más amplio alcance, es decir, si se interpreta que lo que la norma hace es vedar, por razones de seguridad jurídica, cualquier acción impugnatoria posterior a la **inscripción** registral (salvo la de nulidad que regula en nº. 2 del artículo 47 y para la que establece un plazo de caducidad de tres meses), la escisión quedaría a salvo de las rescisorias comunes del Código civil y de la reintegradora **concursal**"

El Magistrado que suscribe la sentencia se inclina por esta segunda opción entendiendo que la resistencia de las **modificaciones estructurales** a la acción **rescisoria concursal** tiene mejor apoyo en la literalidad del precepto. Aunque reconoce la existencia de opiniones doctrinales en sentido diverso (" En este sentido, aunque se pueda compartir la tajante afirmación de Severino Y Adriano ("**Modificaciones Estructurales** en el Concurso de Acreedores", en Revista de Derecho **concursal** y Paraconcursal nº. 18/2013, Edit. La Ley 2013) según la cual la acción de reintegración **concursal** es por completo ajena a las previsiones de la LME, y aunque sin duda alguna el perjuicio relevante desde la perspectiva del concurso es diferente del que debe tratar de evitar la normativa reguladora de las **modificaciones estructurales** de compañías mercantiles (y esta es la idea rectora de la ST de la A.P. de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta, de 29 de octubre de 2013)", termina por considerar que la interpretación de la norma según su verdadero sentido y finalidad lleva a concluir la inatacabilidad de la **modificación estructural** por vía de la **rescisoria concursal**.

Si en Derecho se tratara de optar, cuando una cuestión es jurídicamente discutible, por la regla de la mayoría, parece que debería optarse por la tesis de quienes entienden que las operaciones societarias que tratamos son inatacables en un concurso posterior. La Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, recopila, en Sentencia de 13.02.2015 , las resoluciones judiciales hasta entonces encontradas en esta materia con opiniones dispares:

"Están en contra de que una **modificación estructural** pueda ser objeto de impugnación por la vía del art. 71 LC por prohibición legal del art. 47 LME: la SJM nº 1 de Barcelona de 31/7/2012, la SAP de Zaragoza de 19/4/2013 , la SJM nº 1 de A Coruña de 7/3/2014 y la SJM de Pamplona, de 5/3/2014.

A favor, la SAP de Las Palmas de 29/10/2013 , que revoca la SJM de 12/12/2011 sobre la base de que la ley **concursal** es ley especial y que la misma tiene justamente por objeto rescindir un acto que en origen es válido pero que deviene ineficaz por circunstancias posteriores".

Sin embargo, me resulta natural compartir el criterio de la AP de Las Palmas de Gran Canaria, cuyos argumentos me parecen intachables e irrefutables y en cambio encuentro respuesta para las objeciones que oponen quienes consideran inatacable la escisión. Otra cosa será la dificultad en justificar y encontrar argumentos para hallar el perjuicio patrimonial en operaciones de escisión como la que tratamos y que expone de forma brillante la Sentencia del JM nº 1 de A Coruña de 07.03.2014, o el vértigo que genera la complejidad



y trascendencia de las consecuencias que su rescisión acarrearía, que al amparo de la seguridad jurídica también resulta defendible. Se trata de plantearnos si el art. 47 LME puede ser regulación suficiente para en un escenario de concurso de acreedores y sin que la Ley **Concursal** nada diga al respecto, vedar el ejercicio de acciones de rescisión cuando, por propia configuración, se trata de acciones que atacan actos jurídicos que en un escenario no **concursal** no serían atacables.

Partiendo por supuesto de que la cuestión es jurídicamente discutible y que la diversidad de opiniones judiciales y doctrinales tarde o temprano tendrá que terminar, si el legislador no acomete la reforma que corresponda, con una interpretación de las normas positivas que complemente el ordenamiento jurídico por parte de quien puede hacerlo con autoridad (art. 1.6 CC), considero que si la Ley **Concursal** no excluye de la **rescisoria** las **modificaciones estructurales** de forma expresa, no cabe deducir tal consecuencia de la LME.

La Ley **concursal** se cuida de establecer los supuestos en los que no cabe de ningún modo la acción de rescisión (art. 71.5 LC) y los supuestos de rescindibilidad limitada (legitimación y motivos) como es el caso de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC . Por supuesto nada se dice de **modificaciones estructurales**. Puede aceptarse que la "Ley 3/09 acogió el criterio alemán y el italiano y el previsto en el reglamento europeo de operaciones transfronterizas de blindar las **modificaciones estructurales** una vez inscritas en el Registro Mercantil" (S JM nº 9 Barcelona citada) y se acepta que la ley **concursal** y la ley de **modificaciones estructurales** son dos normas que están absolutamente descoordinadas, pero entonces la cuestión es si obviando el defecto legal puede el juez del concurso vetar las acciones rescisorias que se pretendan ejercitar contra este tipo de actos jurídicos por la "inatacabilidad" prevista en el art. 47 LME.

A mi juicio la respuesta es que no. La interpretación de la norma conforme al espíritu y finalidad de la misma, en cuanto a esa incorporación del criterio alemán e italiano, podría predicarse del art. 47 LME, no de los arts. 71 - 73 LC que en nada se ha cuidado de puntualizar el legislador en materia de **modificaciones estructurales** de sociedades de capital ¿y bien podía haberlo hecho, como sí lo hizo con los acuerdos de refinanciación, retocados no hace tanto-. Las objeciones o críticas que se hicieran a la regulación anterior a la Ley 3/09 y el legítimo y totalmente justificado interés en proporcionar seguridad jurídica a las sociedades y al mercado en general por las devastadoras consecuencias que podría suponer la rescisión de una operación societaria de complicada retroacción, no puede decirse que sea desconocido para el legislador, cuando, insisto, proporciona esa seguridad jurídica en acuerdos de refinanciación con argumentos como el fomento de la supervivencia de las empresas que serían también trasladables a la materia que nos ocupa.

En cambio, me resultan irrefutables los argumentos que emplea la Sentencia de 29.10.2013, sección cuarta AP Las Palmas de GC. La "convalidación" del acuerdo por la **inscripción** en el Registro Mercantil o la imposibilidad de restitución a la situación anterior, tendrá relevancia en cuanto a los efectos que hayan de derivarse de la estimación de la acción **rescisoria** pero no son argumentos para excluir el posible ejercicio de la acción. "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 fé se sustituya por su valor económico dada la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de restitución".

El derecho de oposición de los acreedores en la **modificación estructural** y el posible ejercicio de la acción **rescisoria concursal** por la AC no se produce 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 es el de sociedades solventes que se encuentran en condiciones de cumplir sus obligaciones y no están incursas en causa de disolución.

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 impugnado 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 beneficiarias en el momento de la escisión sino a cualesquiera acreedores integrados en la masa pasiva del concurso".

Debo señalar que el hecho de que apunte como argumento añadido que en la regulación anterior a la Ley 3/09 , que es la que aplica, no se previera expresamente el derecho de oposición de los acreedores o que en dicha



regulación solo se blindara las **modificaciones estructurales** de las acciones de nulidad y anulabilidad, no me resulta importante porque no son estos los motivos por los que se rechaza la inatibilidad de la operación.

"En definitiva, 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) llevan a estimar que el derecho de oposición que en su momento se confiere a los acreedores de la sociedad escindida pueda vetar una acción **rescisoria concursal** en un escenario totalmente distinto que puede darse hasta dos años después".

Se trata de argumentos que comparto plenamente y que considero de una solidez irrefutable.

QUINTO .- Ahora bien, dicho todo lo anterior, se comprenderá que se excluya de plano todo análisis de las acciones acumuladas por la AC a la **rescisoria concursal**. Si dudoso puede ser que deba admitirse esta última por encontrarnos precisamente en un escenario **concursal**, lo que se descarta automáticamente es que podamos plantearnos siquiera una **rescisoria** pauliana, una acción de nulidad, anulabilidad o de resolución. En estas sí que opera plenamente la inatacabilidad que predica el art. 47 LME. De no entenderlo así, ningún contenido y aplicación tendría la disposición legal que ni siquiera cita la AC, siquiera para justificar el porqué debe apartarse.

SEXTO .- Centrándonos en la **rescisoria concursal**, como pueden intuir las partes de los argumentos que emplee en el auto de 05.11.2015, el obstáculo que considero absolutamente insalvable para el éxito de la acción es el transcurso de los dos años que la Ley **concursal** establece como límite para las acciones rescisorias.

No voy a reproducir lo que allí se exponía sobre el carácter oneroso de la operación y la dificultad en trasladar el concepto de perjuicio patrimonial en operaciones como la que nos ocupa (dando por reproducido en este punto la cita concreta que se hacía de la S. del JM de A Coruña al respecto), porque al margen de todo ello, el elemento temporal resulta absolutamente insalvable y sentado que sólo podemos plantearnos, por efecto del art. 47 LME, la **rescisoria concursal**, el que no se supere este requisito determina por sí solo la desestimación de la demanda.

Conforme al art. 71.1 C son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor "dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración" aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

Es la declaración de concurso ¿y no la solicitud- lo que determina el término final del plazo. El término inicial es el momento en el que se entiende realizado el acto a rescindir.

Como se ha dicho más arriba con arreglo a lo dispuesto en el art. 46 LME la **inscripción** de la operación tiene carácter constitutivo; en virtud de la **inscripción** adquiere plena eficacia frente a terceros la fusión y escisión y cuando de lo que se trata es de la creación de una sociedad nueva, la **inscripción** en el Registro Mercantil de la escritura de escisión parcial produce el mismo efecto constitutivo.

Por tanto, en nuestro caso, la eficacia del acto jurídico de la escisión se produce el 16.12.2011, con la **inscripción** de la escisión y constitución de la nueva sociedad; no el 23.09.2011 (acuerdo de la Junta) ni el 18.11.2011 (escritura pública). Se solicita la declaración de concurso el 12.11.2013, pero el auto de declaración es de 17.01.2014, transcurrido ya el plazo de dos años.

La AC, consciente de ello, cita la STS 185/2012 de 28 de marzo, para señalar justificar que es posible diferenciar entre el negocio jurídico y la ejecución del mismo. El TS en dicha sentencia hacía referencia a la compraventa por un lado y por otro a los distintos pagos cuando estos están diferidos en el tiempo.

Lo que dice el TS en la indicada sentencia no es aplicable a lo que se pretende en la demanda. Dice el TS en el párrafo que se cita en la demanda: "¿.desde la perspectiva teórica podría mantenerse por un lado la eficacia de la compraventa y, por otro, la reintegración de los pagos realizados de forma discriminada con el precio percibido, por entender *que la primera no es lesiva para la masa y si lo es el pago*". No es esto lo que se pretende en la demanda, sino que se mantiene el carácter lesivo de la escisión parcial y se pretende su rescisión. Es decir, no se dirige la **rescisoria** con claridad contra algún acto de ejecución concreto, sino que solicita la rescisión de la escisión como tal. Debe recordarse en este punto lo que se indicaba al principio; en relación a los efectos de la rescisión lo que se dice es que los activos y pasivos de la patrimonial deben integrarse en el concurso modificando las masas activa y pasiva.

Pero además, el Magistrado Alfonso Muñoz Conde, en Protocolo **Concursal** (editorial Aranzadi), pone de manifiesto las distintas opiniones doctrinales. Garrido Espá y Gimeno Bayón ¿Cobos, mantienen un criterio amplio y entienden que tan rescindible es la compraventa en sí como la forma lesiva de ejecutarla. Sin embargo



el autor se muestra favorable a la tesis de otros como Massaguer para quien la fecha determinante es la de perfeccionamiento del negocio careciendo de importancia los actos de ejecución.

En esta última línea, también la Sentencia del JM nº 1 de A Coruña de 06.03.2014, señala:

*"La petición principal de la demanda aísla la transmisión de la propiedad de los inmuebles del marco de la **modificación estructural** societaria que la justifica, y se dirige así a obtener la reintegración a la masa de RECOBESA S.L. de los inmuebles que salieron de su patrimonio con ocasión de la escisión (¿) Este planteamiento no tiene cabida en un sistema causal de transmisión de la propiedad. Prescinde la actora del hecho evidente de que no existe un título justificativo de la transmisión de los inmuebles a la sociedad beneficiaria de la escisión que no sea, precisamente, el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte del patrimonio de RECOBESA S.L. a favor de PROPERTYXEST S.L. en que la escisión parcial ha consistido. Luego, si se pretende que se declare la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles -y la propiedad se transmite en nuestro derecho por la conjunción de título y modo, artículo 609 del CC - será preciso atacar y rescindir el negocio que la justifica, es decir, impugnar la **modificación estructural** -escisión parcial en este caso- por ser perjudicial para la masa activa del concurso (art. 71 de la LC)".*

En conclusión la demanda no puede ser estimada pues al margen de otros obstáculos y cuestiones jurídicas discutibles, no se cumple el requisito temporal exigido en el art. 71 LC .

SÉPTIMO .- Desestimada la demanda se condena en costas al demandante (Art. 196 LC y 394 LEC).

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

FALLO

SE DESESTIMA la demanda interpuesta por la ADMINISTRACIÓN **CONCURSAL** contra EXCAVACIONES ARRIAGA S.A. y contra SOCIEDAD PATRIMONIAL BARRUNDIA HIRU S.L.

Se condena en costas a la demandante.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 52 0622 13, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02- Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 20 de abril de 2016.