

1.7. Concursal

La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores

Rescission of structural modifications in bankruptcy proceeding

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES

*Profesora Doctora de Derecho Mercantil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: El Derecho concursal español no excluye la posibilidad de rescindir una operación de modificación estructural en el seno de un procedimiento de concurso de acreedores. No obstante, esta cuestión ha suscitado un amplio debate en la doctrina y la jurisprudencia, que se decantan mayoritariamente por considerar inatacables estas operaciones según la regla vigente en el Derecho societario.

ABSTRACT: *The Spanish Bankruptcy Law does not exclude the possibility to rescind an operation regarding a structural modification within the bankruptcy proceeding. However, this issue has sparked a wide debate that has taken place within the Academia and also within the wording of Spanish court decisions. These operations have been considered mostly as unassailable under the rule that is in force under Spanish Corporate Law.*

PALABRAS CLAVE: Modificaciones estructurales. Concurso de acreedores. Rescisoria concursal. Derecho de oposición.

KEY WORDS: *Structural modifications. Bankruptcy. Right to object. Insolvency rescission.*

SUMARIO: I. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES.—II. LA RESCISIÓN DE LA OPERACIÓN EN EL SENO DEL CONCURSO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA ESPECÍFICOS: 1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL DEUDOR CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. 2. LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 3. LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE TUTELA EN EL ÁMBITO DE LA NORMATIVA MERCANTIL.—III. LAS POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.—IV. EL PRINCIPIO DE «INIMPUGNABILIDAD» DE LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL TRASLATIVA Y EL REMEDIO RESARCITORIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRASLATIVAS Y EL CONCURSO DE ACREEDORES

Más allá de las simples modificaciones estatutarias, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad (v. preámbulo LME), se dirigen a adecuar la organización societaria a las necesidades empresariales, y hacen posible el aprovechamiento de los valores materiales e inmateriales de la empresa. Por ello, constituyen operaciones de reestructuración societaria susceptibles de desencadenar consecuencias patrimoniales relevantes con trascendencia en un procedimiento de concurso de acreedores. Si bien, son las modificaciones estructurales de carácter traslativo, aquellas que conllevan la transmisión en bloque, por sucesión universal, de todo el patrimonio societario a favor de otra u otras sociedades (v. gr. fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo), las que mayor relevancia tienen en el ámbito concursal¹.

La fenomenología de las reestructuraciones societarias traslativas puede ser muy variada y los motivos económicos que las sustentan resultan perfectamente válidos². De hecho, en cuanto afectan directamente a la solvencia de la sociedad, es habitual que se acuda a ellas para tratar de mejorar la situación financiera de la empresa y evitar el concurso o propiciar una solución del concurso más factible y rápida. De ahí que la doctrina las vea como una alternativa al concurso de acreedores³, y en la práctica se empleen más en una fase preconcursal, como técnica preventiva de la insolvencia, que como medio de solución del concurso⁴. En este sentido, se mantiene que si bien las modificaciones estructurales no están destinadas a lograr la satisfacción de los derechos de crédito concurrentes sobre la sociedad deudora, «pueden servir de eficaz instrumento para lograrlo»⁵.

Frente a los problemas financieros de la empresa, ante los administradores sociales parecen abrirse dos opciones: o bien permanecen inactivos y se dejan llevar por la inercia de la crisis, prosiguiendo la actividad sin esperanza y con la certidumbre de que se acabe en una situación de insolvencia de todo el grupo empresarial; o bien buscan una solución alternativa en la reestructuración de la empresa y del negocio, tratando de mantener el valor del patrimonio, protegiendo a los acreedores y manteniendo la actividad y los puestos de trabajo. Ante esta disyuntiva, la propia evolución del Derecho societario por un lado, y del Derecho concursal por otro, pone de relieve que frente a los acreedores resulta más garantista llevar a cabo la operación reorganizativa, pese a la propia incertidumbre que comporta, que permanecer en la inactividad. Así, *en el ámbito societario* se observa una evolución dirigida tanto a incrementar los mecanismos legales de control y tutela de las operaciones societarias que suponen modificaciones estatutarias, cuanto a procurar la conservación de estos negocios de reorganización en aras de la seguridad jurídica y la operatividad societaria, limitando las posibilidades de impugnación. Al mismo tiempo, *en el ámbito concursal*, con las reformas de la regulación en los últimos años, se han potenciado las soluciones preventivas de la insolvencia o alternativas al concurso (v. gr. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, o la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que convalida el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero); hasta el punto de que se afirma una evolución del Derecho concursal español hacia lo que podría denominarse el «Derecho de la reestructuración empresarial» que, «sin abandonar la finalidad básica de la satisfacción de los acreedores, persigue el mantenimiento de empresas viables con dificultades financieras»⁶.

Por tanto, no es extraño que dentro de la sociedad la operación de reestructuración societaria se aprecie como una «contramedida» frente a las dificultades del grupo, con efectos positivos sobre el plano patrimonial, económico y financiero. Cuando la sociedad es titular de diversos negocios o activos que, por sus características o naturaleza, tienen una diferente exposición al riesgo o son unos más prósperos que otros, por motivos de racionalización empresarial y antes de que la sociedad acabe insolvente, los titulares de la misma tratan de separar unos activos o negocios de los otros⁷. No es casual, en consecuencia, que la operación más controvertida en el ámbito concursal haya sido la escisión, a la que se acude para separar la parte más afectada por la crisis de una organización empresarial, subsistiendo la sociedad que se escinde y pasando la unidad económica que se desgaja a ser absorbida por otra sociedad saneada y previamente existente⁸.

En el ámbito de las modificaciones estructurales, la escisión permite diferenciar, dentro de las actividades que desarrolla el grupo empresarial, los negocios y activos más prósperos y viables de los más expuestos e inviables, con el fin de contrarrestar problemas de financiación y frenar el riesgo de insolvencia. Todo ello, sin perjuicio de que, posteriormente, alguna de las sociedades participantes en la modificación estructural traslativa, por lo general la sociedad parcialmente escindida, sea declarada en concurso de acreedores. Ahora bien, el hecho de que la modificación estructural esté conectada de forma directa e inmediata a la situación de insolvencia de la sociedad participante en la operación no permite deducir una relación causa-efecto entre la reestructuración empresarial y el concurso⁹. No obstante, no deja de ser habitual que en el concurso posterior a la modificación estructural la operación se impugne por considerarla perjudicial para la masa activa del concurso o por entender que se realizó en fraude de acreedores (en concreto, de los acreedores de la sociedad parcialmente escindida, que pierden los activos económicamente «útiles», que pasan a otra sociedad ya existente o se atribuyen a una nueva sociedad)¹⁰.

II. LA RESCISIÓN DE LA OPERACIÓN EN EL SENO DEL CONCURSO Y LOS MECANISMOS DE TUTELA ESPECÍFICOS

1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL DEUDOR CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En el Capítulo IV de la Ley Concursal, relativo a los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa, se regula la posibilidad de «reintegración» de la masa de bienes del concurso mediante el ejercicio de la rescisoria concursal (art. 71.1, 2 y 3 LC) o bien mediante el recurso a otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho (art. 71.6 LC). La reconstrucción del patrimonio del concursado, que ha podido verse mermado por actos del deudor anteriores a la declaración de concurso, hace de estas acciones un importante instrumento al servicio de la finalidad solutoria del concurso, la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente¹¹. El criterio básico para determinar el ámbito de aplicación de las acciones de reintegración se encuentra en el momento de realización del acto. Por un lado, en relación con los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria concursal. Por otro, los actos realizados por el deudor fuera de ese «periodo sospechoso» de dos años previos al concurso,

solo podrán impugnarse con arreglo a otras acciones que procedan conforme a derecho: acciones civiles de nulidad, anulabilidad o rescisión¹².

La reintegración de la masa activa en el concurso de acreedores, se lleva a cabo a través de una acción que se califica como rescisoria, si bien constituye una rescisoria especial propia del procedimiento concursal¹³. El ejercicio de esta rescisoria concursal se sujeta por la norma a la concurrencia de dos requisitos: que se trate de actos realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso y que el acto sea perjudicial para la masa activa¹⁴. Ni se requiere la intención fraudulenta, ni es preciso que medie vinculación alguna entre el acto objeto de impugnación y el estado de insolvencia del deudor-concursado, de forma que, el elemento fundamental sobre el que se asienta la rescisoria concursal es el perjuicio para la masa activa¹⁵. Un perjuicio que la jurisprudencia ha identificado con el concepto de «sacrificio patrimonial injustificado», que exige, junto a la minoración del activo patrimonial, una ausencia de justificación de esa disminución o devaluación patrimonial desde la perspectiva de las legítimas expectativas de cobro de los acreedores concursales¹⁶.

Junto a ello, se mantiene la compatibilidad entre la acción rescisoria concursal y las acciones de impugnación generales. Tanto unas como otras estarían sujetas para su ejercicio a un mismo régimen procesal, habrían de ejercerse ante el juez del concurso y tramitarse por la vía del incidente concursal, y participan del mismo régimen de legitimación, si bien, el plazo para el ejercicio de las acciones de impugnación generales dependerá de su distinta naturaleza (art. 72 LC)¹⁷.

2. LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

No es infrecuente que muchas operaciones de reestructuración societaria mediante fusiones o escisiones se acometan con el fin de poner remedio a los problemas financieros de la empresa. Ahora bien, si fracasa la operación, en el concurso posterior es posible que se plantee la cuestión de su rescindibilidad, ya sea por la vía de la rescisoria concursal, en los dos años previos a la declaración de concurso, ya sea por la vía de la revocatoria ordinaria, dentro del plazo de cuatro años siguientes al momento en que la acción pudo ejercitarse¹⁸. En tal caso, habrá que considerar a la luz del análisis de la operación y de sus efectos sobre la sociedad concursada, en qué medida se ha producido un perjuicio para la masa activa concursal, esto es, si la operación ha supuesto un sacrificio patrimonial para la concursada que resulta injustificado desde la perspectiva de la satisfacción de los acreedores concursales.

En el ámbito de la rescisión concursal y del perjuicio para la masa activa, los casos más relevantes son aquellos en los que la sociedad que transmite una o varias partes de su patrimonio por sucesión universal, sobrevive al proceso y continúa existiendo, pero es declarada posteriormente en concurso. Estas escisiones constituyen «operaciones accionariales» en las que a cambio de los bloques patrimoniales transmitidos, los socios de la sociedad escindida perciben como contraprestación acciones o participaciones de otra sociedad. En principio, la sociedad escindida no puede sufrir perjuicio alguno, más allá de la reducción patrimonial que conlleva la escisión, pues no es ella la que recibe la contraprestación. Si las acciones o participaciones que conforman la contrapartida no han sido valoradas correctamente, el perjuicio habrá de ser soportado por los socios.

Ahora bien, cuando la sociedad se hubiera despatrimonializado de forma ruinoso serán los acreedores que permanecen en la sociedad escindida los más dañados.

Para la valoración del perjuicio, la Ley Concursal establece una serie de presunciones. Por un lado, el perjuicio determinante de la rescisoria concursal puede presumirse de forma absoluta en los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, o cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto para las garantías en los supuestos de presunción relativa (art. 71.2 LC). Por otro lado, el perjuicio se presumirá, salvo prueba en contrario, en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas obligaciones contraídas en sustitución de las preexistentes, y en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso (art. 71.3 LC).

Atendidas estas presunciones no parece que la modificación estructural pueda encajar en ninguno de los supuestos descritos¹⁹, de manera que «el perjuicio habrá de ser probado por quien ejercite la acción rescisoria», a no ser que resulte aplicable alguna de las excepciones legales al régimen de la rescisión concursal, que contemplan supuestos exentos de rescisión. Sin embargo, de una parte, no parece que una modificación estructural pueda ser considerada un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales (art. 71.5-1.º LC) y, de otra, solo sería posible limitar la rescindibilidad de la modificación estructural cuando forme parte del contenido de un acuerdo de refinanciación que se ajuste a los requisitos legalmente previstos (art. 71 bis y disp. ad. 4.ª LC)²⁰.

3. LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS DE TUTELA EN EL ÁMBITO DE LA NORMATIVA MERCANTIL

Además de los mecanismos societarios de que disponen los socios como posibles perjudicados en la operación de reorganización empresarial, las modificaciones estructurales de alcance traslativo se caracterizan por la existencia de especiales instrumentos de protección de los intereses de los acreedores.

El legislador ha dotado de específicos medios de tutela a los acreedores que pueden verse afectados por la operación de reestructuración societaria. Junto a los particulares requisitos de publicidad que rodean estas operaciones²¹, a la tutela *ex ante* que proporciona el derecho de oposición (art. 44 LME, aplicable a la escisión en virtud de la remisión genérica contenida en el art. 73.1 LME, y a la cesión global de activo y pasivo en base al art. 88 LME), se suma una tutela *ex post*, que prevé la responsabilidad solidaria de todas las sociedades, tanto de la escindida como de la sociedad de nueva creación, por las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria que resulten incumplidas (art. 80 LME). No cabe duda de que estas normas cumplen una clara función de garantía, que se justifica en las cualidades que presentan las operaciones de división patrimonial como la escisión y los consecuentes peligros que pueden implicar para los acreedores sociales²².

Ahora bien, el principal mecanismo de tutela con que cuentan los acreedores de la sociedad escindida es el derecho de oposición. De hecho este mecanismo de protección de acreedores tiene tal trascendencia que al analizar el procedi-

miento de modificación estructural, junto a las tradicionales fases de preparación, decisión y ejecución, se suele incluir una fase de tutela de los acreedores en la que se articula el derecho de oposición, que podría llegar a impedir que el acuerdo de modificación estructural se perfeccionara (art. 44.3 LME)²³. Además, con la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (convalidado por la Ley 1/2012, de 22 de junio), parecen ampliarse las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor (v. Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2012, III.2). La norma recoge la posibilidad de que una vez inscrita la modificación estructural, el acreedor que, habiéndose opuesto en tiempo y forma, no haya recibido de la sociedad deudora la debida garantía, puede solicitar al registrador mercantil que haga constar por nota marginal el ejercicio del derecho de oposición. La vigencia de esta nota marginal es de seis meses. Asimismo, el acreedor puede también solicitar al registrador mercantil que haga constar la anotación preventiva de la demanda interpuesta ante el juzgado de lo mercantil, contra la sociedad adquirente del patrimonio, en la que solicite la prestación de garantía de pago del crédito (art. 44.4 LME).

El colofón a la tutela societaria se encuentra en el régimen de impugnación de estas operaciones que, de acuerdo con las directrices europeas, establece el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Con arreglo a este precepto, los distintos interesados pueden impugnar la modificación estructural que no se ajuste a Derecho antes de que devenga eficaz²⁴.

III. LAS POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA IMPUGNABILIDAD DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

La mayoría de los autores²⁵ y las decisiones de los tribunales²⁶ se han manifestado en contra de la posibilidad de que las modificaciones estructurales traslativas puedan ser objeto de impugnación en el procedimiento concursal. Las razones apuntadas son de orden sistemático y lógico, de carácter finalista o teleológico, o bien se amparan en la interpretación literal de las normas.

En principio, se toma en consideración el hecho de que la tutela previa con que cuentan los acreedores que podrían resultar perjudicados por la operación de reestructuración societaria en el ámbito mercantil, haría innecesaria la protección concursal que proporcionan las acciones de reintegración²⁷. Los mecanismos societarios de protección de los intereses implicados en la operación, esencialmente el derecho de oposición, permiten afirmar que los acreedores deben ser diligentes y acudir en su momento a las garantías previstas en la Ley de Modificaciones Estructurales. Si no ejercen aquella tutela no parece razonable, posteriormente, desvirtuar las limitaciones que de forma literal y clara establece esa normativa y admitir la impugnación de la operación, pues ello quebrantaría la seguridad jurídica en una materia de tanta trascendencia para el buen desarrollo de la actividad empresarial²⁸.

Cuando la operación de escisión parcial se desarrolló con arreglo al procedimiento legalmente establecido no resultaría admisible mantener que los acreedores, en muchos casos acreedores profesionales, fueron inducidos a error a la hora de valorar el ejercicio de su derecho de oposición y por ello no ejercieron los

mecanismos legales previstos para la defensa de sus derechos. Si los acreedores no plantearon oposición alguna a la operación ni exigieron garantías para su crédito, no pueden luego vestir esa oposición con el traje concursal de la rescisión.

Frente a ello, se afirma que, en el Ordenamiento español, el derecho de oposición se configura como «un mecanismo de tutela del crédito de carácter rigurosamente preventivo», que puede esgrimirse únicamente por los acreedores titulares de créditos no vencidos, de modo que podrían existir numerosos acreedores con créditos ya vencidos que no podrán oponerse a la operación²⁹. Además, la existencia de otros mecanismos de tutela de los acreedores en las operaciones divisorias del patrimonio social como la escisión, tampoco es garantía suficiente para los acreedores de la sociedad escindida³⁰.

En los tribunales, aún en el caso de que se llegara a considerar que el derecho de oposición previsto en este tipo de operaciones de reestructuración societaria traslativa no constituye garantía suficiente para todos los acreedores, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2014, mantiene:

«Ciertamente es que la garantía de los créditos anteriores, incluso hipotecaria, pudiera finalmente no ser suficiente, como de hecho revela la práctica constantemente, y cierto es también que la acción de reintegración concursal siempre acaba por reforzar la garantía patrimonial con que inicialmente contaban los créditos contraídos con posterioridad al acto rescindido; pero no son estas razones que permitan eludir los claros términos del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales ni prescindir de las motivaciones de seguridad jurídica en que la norma se funda, a su vez basadas [...] en la trascendencia de los efectos de las modificaciones estructurales en el ámbito patrimonial (mediante la transmisión a título universal), y en la integración de los socios de la/s sociedad/es transmitente/s en la/s adquirente/s [...].

No se trata de fundar la resistencia de la modificación estructural sobre el vértigo que genera la complejidad y trascendencia de las consecuencias que su rescisión acarrearía [...], sino de interpretar la norma según su verdadero sentido y finalidad. En este sentido, aunque se pueda compartir la tajante afirmación [...] según la cual la acción de reintegración concursal es por completo ajena a las previsiones de la Ley de Modificaciones Estructurales, 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 sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Cuarta, de 29 de octubre de 2013), no tiene sentido ignorar no ya los términos del artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, sino también el hecho de que algunas de las modificaciones estructurales traslativas, como la escisión, ni siquiera admiten desde el concurso de la sociedad escindida una valoración como la que impone el artículo 71 de la Ley Concursal, como no sea forzando la naturaleza de la operación y con consecuencias gravemente dañosas para la seguridad jurídica».

Se apuntan en esta resolución otros argumentos encaminados igualmente a rechazar la impugnación de las modificaciones estructurales traslativas en aras de la seguridad jurídica y el mantenimiento con el mayor alcance posible de los actos jurídico-societarios. Así, desde una interpretación finalista de las normas, se hace referencia a la tramitación parlamentaria de la Ley de Modificaciones

Estructurales, que en la enmienda núm. 76 presentada por el Grupo Parlamentario catalán, incluye la siguiente justificación:

«Las modificaciones estructurales están sujetas al cumplimiento de un exigente y costosísimo procedimiento que concluye con la inscripción en el Registro Mercantil y que debe pasar por el trámite previo del control de legalidad del registrador a la vista de la escritura intervenida por el notario público.

La redacción vigente del artículo 246 de la Ley de Sociedades Anónimas, que el Proyecto mantiene, no solo plantea dudas serias de interpretación, sino que resulta gravemente contraria a las más mínimas exigencias de seguridad jurídica. La anulación al cabo de los años, muchos años, por sentencia judicial de una fusión o escisión inscritas obligan a volver al estado de cosas anterior a la fusión o escisión, lo que en muchos de los casos es prácticamente imposible y solución antieconómica siempre»³¹.

Por último, en base al argumento literal, se alude al artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que establece el «principio de inimpugnabilidad de la fusión inscrita», por el que «ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley». Un principio que resulta aplicable a la escisión con arreglo al régimen jurídico previsto para esta operación en el artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales, y que constituiría una manifestación más del principio general de conservación de los negocios, vigente en el Derecho de obligaciones y contratos³². La regla civil de conservación de los negocios adquiere singular fuerza en el ámbito de las operaciones de reestructuración societaria, de modo que solo en el supuesto de que se incumplan alguno de los requisitos imperativos previstos en el *iter* de la Ley de Modificaciones Estructurales podría ejercitarse la acción de nulidad en el breve plazo de caducidad de tres meses contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad (art. 47.2 LME).

Esta regla de inimpugnabilidad de la modificación estructural inscrita se adecúa a lo establecido en las Directivas Tercera (78/855/CEE) y Sexta (82/891/CEE), en materia de fusiones y escisiones³³, ha sido acogida también para la sociedad anónima europea (art. 30.I del Reglamento comunitario 2157/2001), y está asimismo presente en el régimen de la fusión transfronteriza (art. 17 de la Directiva 2005/56/CEE). Todas estas normas atienden al criterio alemán e italiano de blindar las modificaciones estructurales una vez inscritas en el Registro mercantil³⁴.

En cuanto al alcance de la regla de inimpugnabilidad, como se afirma en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2014, no deja de ser significativo que la ley española utilice la expresión impugnación, apartándose así de los precedentes de la norma (art. 246 LSA), que se referían únicamente a la nulidad o anulabilidad. A juicio del magistrado, ello permite «con mejor apoyo en la literalidad del precepto» entender que con el término impugnación se cubren todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias y rescisorias). Ahora bien, aun cuando la regulación prevista en la Ley de Sociedades Anónimas únicamente preveía la impugnación por nulidad o anulabilidad, ya los tribunales se habían manifestado contrarios a la impugnación de este tipo de operaciones societarias, como revela la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de abril de 2013:

«[...] la Ley de Sociedades Anónimas, [...] únicamente preveía la impugnación por nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las juntas generales de accionistas en el plazo de seis meses contados desde la fecha en que la fusión fue oponible a quien invoca la nulidad. En esta norma y con los precedentes comunitarios citados ya la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) quiso ver en su sentencia de 5 de mayo de 2008 que “la nulidad de la fusión, por tanto, se diseñó dotándola de un carácter de excepcionalidad y bajo un principio de conservación, lo que en principio significa que la protección de los socios minoritarios al amparo de su derecho de información y el deber social de justificar la fusión deben modularse, en caso de una intervención judicial *ex post*, con el propósito legal de preservar sus efectos” y que el propio preámbulo de la tercera directiva establecía que se pretendía con ello “garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad, y establecer, por una parte, el principio de regularización cada vez que sea posible, y por otra, un plazo breve para invocar la nulidad”».

Bajo el Derecho vigente se afirma en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015:

«Aun cuando el artículo 71.5 de la Ley Concursal no excluya expresamente las operaciones de modificación estructural de la acción de reintegración, debemos entender que ello tampoco es posible por imperativo legal, pues el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales protege este tipo de operaciones frente a «cualquier acción impugnatoria», entre ellas, las de naturaleza rescisoria, como la concursal».

Y en otro lugar de esta última resolución, se insiste:

«No desconoce este juzgador que la Ley Concursal es ley especial y que en su artículo 71.5 no excluye expresamente del ejercicio de la acción rescisoria concursal las modificaciones estructurales, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis o de la disposición adicional 4.^a. Ahora bien, ello no significa que la operación de modificación estructural pueda ser rescindida pues existe otra norma, el artículo 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que la prohíbe expresamente. Retomando lo que dije al principio, tal precepto blindo a este tipo de operaciones, una vez inscritas en el Registro Mercantil, frente a cualquier acción impugnatoria, entre ellas, las de naturaleza rescisoria como la concursal».

IV. EL PRINCIPIO DE «INIMPUGNABILIDAD» DE LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL TRASLATIVA Y EL REMEDIO RESARCITORIO

Conforme a la interpretación literal de la norma, el principio de inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas inscritas, que proclama el artículo 47.1 de la Ley, impediría toda posibilidad de impugnación, cualquiera que sea la modalidad de ineficacia alegada: nulidad, anulabilidad o rescisión. Por tanto, nada añade que el legislador hubiera pensado o no en la rescisión concursal al establecer esta norma, lo relevante es que, con ello, subviene a las exigencias de la seguridad jurídica, que se concretan en el mantenimiento

de estos actos jurídico-societarios, y sirve también a la necesidad de evitar las enormes dificultades prácticas, objetivas y jurídicas, que conllevaría deshacer la modificación estructural inscrita. La voluntad legislativa, orientada claramente hacia la seguridad jurídica, cerraría la puerta a posteriores invalidaciones de una operación de reestructuración societaria traslativa y se sustentaría en una evidencia práctica, la inviabilidad real de hacer frente a las consecuencias restitutorias de la rescisión. El Derecho concursal con la posibilidad de rescindir los actos perjudiciales para la masa activa habría de ceder para mantener la plena vigencia de las normas societarias.

En consecuencia, la modificación estructural societaria debería sujetarse en todo caso a las reglas y principios que le son propios y que, una vez inscrita la operación, atribuiría a los posibles perjudicados una tutela esencialmente resarcitoria (art. 47.1 *in fine* LME)³⁵. No obstante, frente a las opiniones encaminadas a considerar que la acción de resarcimiento puede absorber plenamente la función de la acción rescisoria concursal, se ha afirmado que la acción indemnizatoria va asociada al eventual carácter ilícito de la modificación estructural, pues sustituye a la tutela real que representa la posibilidad de impugnar la operación de reestructuración societaria y obtener su declaración de nulidad; y, ante esa ilicitud del acto propia de la tutela indemnizatoria, la acción rescisoria concursal se dirige contra actos perfectamente válidos y eficaces, como corresponde a su carácter rescisorio. Por tanto, atendidas estas consideraciones, la acción de resarcimiento, «solo podría considerarse apta para subsumir la función de la acción rescisoria cuando se diera la coincidencia de que existiera algún vicio de ilicitud en la operación y la modificación estructural hubiera causado un perjuicio a la masa activa, lo que no es, desde luego, descartable y puede ir de la mano»³⁶.

V. CONCLUSIONES

I. Las sociedades pueden acudir a las modificaciones estructurales traslativas como una medida de prevención de la insolvencia, como una alternativa al concurso, o bien dentro de la solución concursal convenida.

II. La conexión entre la operación de reestructuración societaria y la situación de insolvencia de la sociedad no permite entender que existe una relación automática causa-efecto entre la modificación estructural y el concurso y que la operación conlleva un perjuicio para la masa activa o se ha realizado en fraude de acreedores.

III. Si bien la mayor parte de la doctrina y las decisiones de los tribunales se manifiestan en contra de la posibilidad de impugnar las operaciones de modificación estructural traslativa por la vía de las acciones de reintegración concursales en aras de la seguridad jurídica, es preciso tomar en consideración si la tutela que proporciona la normativa societaria es suficiente protección para los acreedores que podrían resultar perjudicados en la operación.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 12 de abril de 2012

- STS 26 de octubre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 10 de septiembre de 2013
- STS de 8 de abril de 2014
- STS de 21 de abril de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 12 de febrero de 2015
- STS de 23 de febrero de 2015
- STS de 17 de marzo de 2015

AUDIENCIAS

- SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2008
- SAP de Zaragoza de 10 de abril de 2013
- SAP de Zaragoza de 19 de abril de 2013
- SAP de Las Palmas de 29 de octubre de 2013

JUZGADOS

- SJM de Barcelona, 31 de julio de 2012
- SJM de Pamplona, 5 de marzo de 2014
- SJM de La Coruña, 6 de marzo de 2014
- SJM de Barcelona, 13 de febrero de 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN, E. (2010). Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *AAMN*, núm. 31, 140-145.
- BETHENCOURT, G. (2015). Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 1173-1205.
- CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011). *ADCo*, núm. 27, 387-428.
- ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*. Pamplona: Civitas.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio». *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 31-76.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Sebastián Quetglas y Veiga Copo, dir.). Pamplona: Civitas, 275-309.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mer-*

- cantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, 198-207.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). Interpretación e integración del contrato. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 938-950.
- HERBOSA, I. (2015). La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo). *ADCo*, núm. 36, 129-169.
- JEREZ, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *ADCo*, núm. 28, 69-102.
- LEÓN SANZ, F. J. (2013). La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia. *ADCo*, núm. 30, 75-98.
- MARINA COLL, R. (2015). Las modificaciones estructurales en el concurso. *El Derecho de la insolvencia* (Campuzano/Sanjuán y Muñoz, dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 741-760.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *ADCo.*, núm. 19, 45-86.
- (2014). El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 241-317.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2015). Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana. *ADCo.*, núm. 35, 9-42.
- PÉREZ TROYA, A. (2012). Modificaciones estructurales. En Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal* (BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES). Pamplona: Aranzadi, 2067-2093.
- PÉREZ TROYA, A. (2013). Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* (García-Cruces, J. A., dir.). Madrid: Bosch, 423-464.
- (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 587-630.
- PULGAR, J. (2012). *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. Madrid: La Ley.
- Hacia un derecho de reestructuración de empresas en crisis. *Otrosí*, núm. 6, 53-57.
- QUICIOS MOLINA, S. (2013). La ineficacia contractual. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 1361-1591.
- SANCHO GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, 1141-1245.
- SANJUAN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, 129-161.
- VILATA MENADAS, S. (2012). Operaciones de reestructuración societaria ante la crisis empresarial. Las modificaciones estructurales. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, 159-190.

NOTAS

¹ V. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. *Problemas actuales del concurso de acreedores* (Sebastián Quetglas y Veiga Copo, dir.). Pamplona: Civitas, pp. 275 y sigs., especialmente, p. 277.

² Las razones que justifican el recurso a este tipo de operaciones van desde alteraciones sustanciales en el seno del sector de la actividad desarrollada o en la operativa del negocio, que exigen separar actividades o redistribuirlas para diluir riesgos, a la necesidad de buscar una dimensión óptima que facilite la obtención de recursos, pasando por la potenciación de una concreta actividad, o la búsqueda de la mayor eficiencia al menor coste posible. También la finalidad tributaria, la reducción de la carga impositiva, la búsqueda de sinergias en la administración, o la pura necesidad de sanear la sociedad, deslindando las actividades que funcionan bien de las que atraviesan dificultades, evitando así la contaminación o el arrastre de aquellas por estas, parecen motivos suficientes para acudir a la mecánica de la reestructuración societaria traslativa.

³ V. BELTRÁN, E. (2010). Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. *AAMN*, núm. 31, pp. 140 y sigs., y PÉREZ TROYA, A. (2013). Las modificaciones estructurales como técnicas de reestructuración preventivas o alternativas del concurso. Consideraciones sobre su régimen general y el régimen especial de las entidades de crédito. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial* (García-Cruces, J. A., dir.). Madrid: Bosch, pp. 424 y sigs. Esta autora diferencia tres funciones distintas de las modificaciones estructurales en las situaciones de crisis: una *función preventiva de la insolvencia*, con la prevención del propio concurso de acreedores; una *función alternativa del concurso*, con la reversión de la situación de insolvencia, ya sea actual o inminente; y una *función solutiva del concurso de acreedores*, con la integración de la operación en el procedimiento concursal. La propia Ley Concursal reconoce «la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada» en el contenido de la propuesta de convenio (art. 100.3). Señala, asimismo, la autora citada, que lo ideal es que las modificaciones estructurales prevengan o constituyan una alternativa al concurso, o al menos se hallen ya iniciadas cuando el concurso se declare, entre otras razones porque compatibilizar el procedimiento concursal y el proceso de modificación estructural será más fácil cuanto más desarrollada se encuentre la operación.

Sobre la modificaciones estructurales como técnicas que pueden propiciar un saneamiento preconcursal de las empresas en crisis, v. PULGAR, J. (2012). *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*. Madrid: La Ley, pp. 275 y sigs. Y, en relación con las modificaciones estructurales dentro del convenio concursal, v. BETHENCOURT G. (2015). Las modificaciones estructurales en sede de convenio concursal: un análisis crítico. *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, pp. 1173 y sigs.

⁴ V. LEÓN SANZ, F. J. (2013). La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia. *ADCo*, núm. 30, pp. 76 y 81.

⁵ V. GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, p. 199.

⁶ V. PULGAR, J. (2014). Hacia un derecho de reestructuración de empresas en crisis. *Otrosí*, núm. 6, p. 53.

⁷ V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011). *ADCo*, núm. 27, p. 401.

⁸ V. VILATA MENADAS, S. (2012). Operaciones de reestructuración societaria ante la crisis empresarial. Las modificaciones estructurales. *Tratado judicial de la insolvencia* (Pren-des Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, p. 166.

⁹ Los tribunales corroboran esta afirmación. La SJM núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, dictada en un supuesto en el que se escinde una rama del negocio con el fin de obtener financiación, considera que: «Las modificaciones estructurales son negocios jurídicos complejos que pueden obedecer a una multitud de variables y factores como inte-

reses económicos, fiscales, externalización de recursos, aislamiento de «activos tóxicos», etc. todo ello, para obtener la máxima rentabilidad de un negocio. Por tanto, una modificación estructural, per se, no tiene por qué ser interpretada como un acto perjudicial para la empresa que se fusiona o escinde ni que su finalidad sea la de defraudar a los acreedores. Al contrario, puede tener por objetivo salvar la empresa o, al menos, aislar aquellas ramas de negocio que no resultan económicamente viables de la que sí son rentables para seguir generando beneficios y pagar las deudas contraídas. Por tanto, como la buena fe se presume, quien sostenga que tal operación obedeció a un ánimo defraudatorio y que causó un perjuicio para la masa, le corresponde la carga de probar el daño, la actuación negligente y el nexo causal».

¹⁰ Con la conocida «crisis del ladrillo» se llevaron a cabo por parte de algunas corporaciones empresariales operaciones de escisión parcial encaminadas a diferenciar la rama de construcción y promoción inmobiliaria de las demás actividades desarrolladas por la corporación. De este modo, cuando la sociedad parcialmente escindida entra en concurso, la mayor parte de los créditos que financiaron la actividad de construcción y promoción están en poder de la SAREB, y los activos dotados de valor no pertenecen a la concursada sino a una sociedad distinta. En estas situaciones encontramos un importante acreedor dentro del concurso que resulta subsidiariamente legitimado para el ejercicio de las acciones previstas por la Ley Concursal para impugnar los actos perjudiciales para la masa activa (art. 72.1 LC). Ahora bien, la circunstancia de que en esos concursos la SAREB sea quien promueva las acciones rescisorias y demás acciones de impugnación contenidas en la ley (art. 71 LC) podría plantear, además, un problema de legitimación activa, ya que en el momento en que se llevó a cabo la modificación estructural, la SAREB no tenía la condición de acreedor.

La SAREB se crea con un estatuto jurídico especial por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, donde se encuentran limitaciones y excepciones jurídicas muy destacables al régimen general de cesión de créditos o de venta de inmuebles. La transmisión de los créditos a la SAREB se efectúa *ex lege*, sin necesidad de consentimiento de terceros, sin que deban cumplirse los requisitos legales propios del ámbito de las modificaciones estructurales, y sin que sean oponibles cláusulas estatutarias y contractuales. En consecuencia, no estamos ante una novación de créditos, pero tampoco hay una cesión de créditos sujeta al régimen general civil o mercantil. No obstante, parece claro que, a efectos procesales e incluso materiales, la SAREB se subroga en la posición del anterior acreedor, pero no está vinculada por los actos de este.

¹¹ V. ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*. Pamplona: Civitas, p. 21, quien la califica de «complemento vital de la garantía patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil».

¹² PARRA LUCÁN, M. A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *ADCo.*, núm. 19, pp. 45 y sigs.; también PARRA LUCÁN, M. A. (2014). El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 241 y sigs.

¹³ V. ESPIGARES HUETE, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*, cit., pp. 31 y sigs.

Se trata de una acción que «nace con el concurso, como uno de los efectos de su declaración, solo puede ejercitarse durante su vigencia y tiene su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores afectados por el concurso», v. SANCHO GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril y Muñoz Paredes, dirs.). Pamplona: Aranzadi, pgs.1143.

V., asimismo, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 2014, [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo], donde se afirma la «naturaleza rescisoria» de esta acción, que tiene por objeto declarar la ineficacia funcional, que no estructural, de un acto originariamente válido pero que deviene ineficaz por circunstancias posteriores. De modo que, estamos ante una acción que nace con el concurso, se agota con él y se rige por su propia normativa.

¹⁴ V. GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de «perjuicio». *La reintegración en el Concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 40 y sigs.

¹⁵ V. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 abril de 2012* (Beltrán y Sanjuan, dirs.). Pamplona: Civitas, pp. 129 y sigs.

¹⁶ V. SANCHE GARGALLO, I. (2012). Las acciones de reintegración. *Tratado judicial de la insolvencia, cit.*, pp. 1146 y sigs. y HERBOSA, I. (2015). La apreciación del perjuicio como presupuesto de la rescisión de las garantías reales en el concurso (en particular, entre empresas del grupo). *ADCo*, núm. 36, pp. 131 y sigs. También, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2010 [R. 2006, 1924], 27 de octubre de 2010 [R. 2007, 10], 12 de abril de 2012 [R. 2009, 482], 26 de octubre de 2012 [672/2010], 10 de julio de 2013 [R. 2011, 440], 21 y 30 de abril de 2014 [RR. 2012, 914 y 2012, 745, respectivamente]; y las más recientes de 12 y 23 de febrero, y 17 de marzo de 2015 [RR. 2013, 1502, 2013, 1047 y 2013, 1245, respectivamente].

¹⁷ Dadas las cautelas a las que debe sujetarse cualquier operación de modificación estructural, con intervención de notario y registrador, dentro de un régimen propio de reglas y principios contenido en la normativa especial sobre modificaciones estructurales, no parece factible el ejercicio de acciones de nulidad y anulabilidad. Otra cosa es la posibilidad de impugnación mediante la revocatoria, cuando la operación produzca un resultado lesivo o fraudulento y concurran los demás presupuestos legales previstos para su ejercicio. En este sentido se manifiesta la generalidad de la doctrina, v. JEREZ, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *ADCo*, núm. 28, pp. 71 y sigs., quien afirma que la pauliana constituye un complemento eficaz para las acciones de reintegración de la masa activa del concurso; conclusión que funda en el hecho de que el Código Civil permite un concepto objetivo de fraude que ha sido adoptado por la jurisprudencia, de modo que, los tribunales han flexibilizado la concurrencia del requisito del fraude para incidir en el perjuicio. De ahí que la concepción actual del fraude exigido para la revocatoria ordinaria se aproxime al concepto de perjuicio injustificado que debe concurrir en la acción rescisoria concursal, v. PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2015). Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana. *ADCo.*, núm. 35, p. 22. Frente a ello, PARRA LUCÁN considera que «esta jurisprudencia, al identificar la insolvencia con la lesión patrimonial del derecho de crédito, lo que hace es, no interpretar la regulación del Código Civil sobre la pauliana, sino inventarse una acción que no está recogida en el Código y que se parece mucho a la rescisoria concursal». De ahí sus dudas en relación con la aplicación de la revocatoria ordinaria en el concurso, en cuanto instrumento de protección individual del crédito, dirigido no a la reintegración del patrimonio del deudor-concursado, sino a permitir que el acreedor cobre su crédito con la ejecución de los bienes, v. El ejercicio de otras acciones de impugnación de actos anteriores del deudor dentro del concurso. La reintegración en el Concurso de acreedores, *ob. cit.*, pp. 273 y 258.

Al respecto, la STS de 18 de abril de 2013 [R. 2009, 1878] afirma: «Bajo la normativa concursal anterior, en principio, no debería existir ningún obstáculo para que pudiera ejercitarse la acción pauliana después de la declaración de concurso de acreedores del deudor, pues no existe prohibición al respecto.

Cuestión distinta es que, sin alteración de la naturaleza de la acción y de sus presupuestos, podamos entender que varían la legitimación activa para su ejercicio y el destino de la restitución. Esto es, el ejercicio de la acción pauliana deberá basarse en la defraudación de determinados derechos de crédito existentes al tiempo de la realización del acto impugnado, por lo que los efectos de la rescisión afectarán hasta el montante del perjuicio ocasionado a dichos derechos, pero lo obtenido se destinará a reintegrar la masa del concurso, para evitar una alteración de la par condicio creditorum. De ahí que la legitimación activa para su ejercicio no corresponda a los acreedores directamente afectados por el acto de disposición, sino a la sindicatura del concurso, como órgano que representa los intereses de la masa y los intereses colectivos de todos los acreedores que conforman la masa pasiva. [...]

El artículo 71 LC, además de configurar una acción rescisoria propia, denominada concursal, basada en el perjuicio para la masa activa, prevé expresamente que su ejercicio "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 aquellas contiene el artículo siguiente”. Lógicamente, entre estas acciones de impugnación se encuentra la acción pauliana, sin que exista ninguna razón para excluirla. La remisión a las normas de legitimación previstas en el artículo 72 LC determina que la legitimación para el ejercicio de cualquiera de estas posibles acciones de impugnación, una vez declarado el concurso, corresponderá a la administración concursal. Solo excepcionalmente, “los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento”.

¹⁸ V. QUICIOS MOLINA, S. (2013). La ineficacia contractual. *Tratado de Contratos* (Bercovitz, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1479.

¹⁹ En principio, la existencia de contraprestación impide la calificación de la modificación estructural como un negocio gratuito y, en cuanto a los negocios onerosos, la condición de persona especialmente relacionada debe concurrir al tiempo de realizarse la operación, de modo que no basta con que sea una consecuencia del negocio societario. Por lo que respecta a las garantías, cuando la garantía se constituya como consecuencia del ejercicio por los acreedores del derecho de oposición (art. 44 LME), esto es, en cumplimiento de una obligación legal, no parece que deba aplicarse la presunción, v. sobre estos extremos, GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, pp. 287 a 290.

En la SJM 1 de La Coruña, de 6 de marzo de 2013, se afirma al respecto: «Supuesto, en primer lugar, que el traspaso en bloque por sucesión universal de una parte del patrimonio social a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, pudiera ser considerado un acto (dispositivo) realizado por el deudor, y no una reorganización del patrimonio social decidida por los socios al amparo de las posibilidades que, por su condición de propietarios de la compañía, les ofrece la LME, la Ley exige que el acto haya ocasionado un perjuicio para la masa activa, entendido como un sacrificio patrimonial no justificado y valorado ex ante, al tiempo de la realización del acto impugnado.

[...] Pues bien, sin olvidar que lo traspasado no son meramente activos —sino un conjunto patrimonial [...]—, esa idea de perjuicio patrimonial no sirve para valorar la situación de la compañía escindida y después declarada en concurso; porque si se entiende que la justificación del acto dispositivo radica en la existencia de una contraprestación de valor económico equivalente al del neto patrimonial traspasado, a lo sumo podríamos identificarla con la reducción del pasivo no exigible de la compañía escindida, incluida, en la medida necesaria, la cifra del capital social. Por la propia naturaleza de la escisión, en ningún caso podrá recibir la escindida de la sociedad beneficiaria contraprestación alguna por el traspaso en bloque de parte de su patrimonio.

[...] No por ello, desde luego, puede afirmarse que el traspaso patrimonial sea gratuito: son los socios los que, asumiendo las razones organizativas y económicas que en el parecer de los administradores justificaban la operación, deciden llevarla a cabo, reubican en otra sociedad la porción patrimonial escindida (que conforma un unidad económica), sin oposición de los acreedores, y reciben las acciones, cuotas sociales o participaciones sociales que les corresponden en la sociedad beneficiaria, reduciendo simultáneamente la sociedad escindida su capital en la cuantía necesaria. La operación tiene causa onerosa propia del negocio o contrato social, pues en cierto modo anticipa o concreta virtualmente los derechos de los socios sobre el patrimonio neto. Es, en todo caso, distinta de la propia de los contratos bilaterales y no consiste tampoco en la mera liberalidad de la sociedad escindida».

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, pp. 291 y 292, y CERDÁ ALBERO (2012), quien afirma «la conexión entre el sistema del acuerdo de refinanciación y la disciplina de las modificaciones estructurales», v. Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011), *cit.*, p. 408.

En la sentencia del JM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, antes citada (n. 9), que tiene su origen en un incidente planteado por el administrador concursal en ejercicio de la acción de reintegración de una operación de escisión parcial por concurrir las presunciones pre-

vistas en los artículos 71.2 y 71.3-1.º, se afirma en relación con estas presunciones: «Considera la administración concursal que la escisión parcial fue una operación a título gratuito pues la concursada transmitió unos bienes a la compañía SANSIPALMA sin obtener nada a cambio.

Este juzgador no comparte tal conclusión. La operación de modificación estructural es una decisión que se adopta por la junta general de socios de la sociedad escindida, socios que en su día realizaron una inversión de capital que pretenden rentabilizar, bien participando en el reparto de dividendos, bien mediante el reparto del haber social en caso de disolución, bien acordando una reestructuración del patrimonio social para hacer a la empresa económicamente más rentable o viable. Es decir, son decisiones que se adoptan por los socios promovidas por un claro interés económico que no lucrativo, máxime cuando esos socios siguen participando en la sociedad que recibe esos activos y pasivos procedentes de la escisión, mediante el correspondiente canje de acciones o participaciones. En este sentido, las SSTs 19/3/1997 y 30/1/2002 o la SAP de Zaragoza, sección 5.ª, de 19 de abril de 2013. Según esta última: “En todo caso, esta no era una operación gratuita, los socios eran reales titulares de parte del capital social de la escindida y lo son ahora, por canje, cuyas reglas y valoraciones no han sido objeto de impugnación, por lo que en modo alguno el acto ha de tildarse de gratuito (...)”.

La administración concursal también argumenta, de forma alternativa a la anterior, que la operación fue un acto oneroso pero a favor de una empresa del mismo grupo, al compartir los mismos socios y órgano de administración.

Nuevamente, procede su desestimación pues ya hemos dicho que no son aplicables las presunciones legales del artículo 71.3.1 LC. Es más, aunque lo fuera, tal como dispuso la SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2013, para determinar si hay o no grupo de empresas y por tanto, si estamos ante personas vinculadas a los efectos del artículo 93.2.3 LC, no basta con que las empresas compartan unos mismos socios y un mismo órgano de administración sino que, con arreglo al artículo 42 C.co al que se remite la DT 6.ª, es necesario que una de ellas ejerza el control directo o indirecto sobre la otra, es decir, que estemos ante sociedad dominante (o matriz) y dominada (o filial), circunstancias que no concurren en este caso pues la sociedad ESTATECNIC ni participa del capital social de SANSIPALMA ni forma parte de su órgano de administración.

Reproduzco los argumentos expuestos en la citada sentencia por la importancia de los mismos:

En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada.

Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.

No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3.º y 93.2.3.º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición adicional sexta, que es aplicable a todos ellos.

Tampoco aceptamos recurrir a criterios teleológicos o finalistas de interpretación, cuando estimamos que la interpretación literal no ofrece dudas. Se sostiene, en este sentido, y será objeto de un voto particular discrepante, una interpretación de grupo societario, compatible con el tenor literal del artículo 42 del Código de Comercio y más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma, que gravita sobre el concepto de control directo o indirecto ejercido por un tercero. Debemos recordar, a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física, Teodulfo, por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes de ese grupo en sentido más amplio haya consolidado cuentas. Tampoco, lógicamente, las dos sociedades enfrentadas en este procedimiento».

Por todo ello, la sentencia concluye: «Es innegable que la simple salida de los terrenos de ESTATECNIC a SANSIPALMA supuso una aminoración patrimonial. Ahora bien, fue un detrimento patrimonial justificado».

²¹ Una modificación estructural supone una operación societaria compleja que se desarrolla en distintas fases —de preparación, decisión y ejecución—. En la fase preparatoria, destaca la publicidad inherente a la inserción del proyecto común de fusión en la web corporativa y el depósito en el Registro mercantil (art. 32 LME). En la fase decisoria, se prevé, como sistema de información normal, el de la inserción en la web corporativa de determinados documentos antes de la convocatoria de la junta que habrá de decidir sobre la fusión, permitiendo descargarlos e imprimirlos (art. 39 LME). También en esta fase se prevé la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio (art. 43 LME). No obstante, la publicidad y el depósito de los documentos exigidos por la ley (así como la necesidad del informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, v., artículo 78.3 para la escisión) no existirá cuando se aplique la simplificación procedimental, porque el acuerdo se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la operación, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto (art. 42 LME). Por último, en la fase de ejecución, se establece la elevación del acuerdo a escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil competente (arts. 45 y 46 LME). La inscripción tiene una eficacia constitutiva tanto en los casos de fusión como en los supuestos de transformación, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado al extranjero del domicilio social (arts. 19, 46.1, 73, 89.2 y 102 LME). En consecuencia, los efectos intrínsecos o esenciales del acto inscrito dependen de la inscripción, de modo que el negocio no produce los efectos que le son propios en tanto no se inscriba en el Registro mercantil. V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid: Dykinson, en especial, pp. 233 a 237.

²² En estas situaciones, el conjunto de bienes que respondía de unas determinadas deudas resulta fragmentado sin contar con el consentimiento de los acreedores. De ahí la medida dirigida a mantener la misma responsabilidad patrimonial con que antes contaban, y que obliga, por un lado, a las sociedades beneficiarias de la escisión hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas y, por otro, a la sociedad escindida subsistente por la totalidad de la obligación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la responsabilidad de las beneficiarias no solo está limitada al importe del activo neto que hubieran recibido, sino que no alcanza a las deudas que conserva la sociedad escindida y, en el caso de que la sociedad escindida hubiera devenido insolvente, precisamente, lo que perjudica al acreedor es seguir con el mismo deudor que se ha desprendido de sus activos más atractivos. V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, *cit.*, pp. 385 a 393.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014) apuntan que «este mecanismo tampoco resulta de aplicación en cualquier supuesto de escisión y en relación con los acreedores de todas las sociedades participantes. En concreto, la responsabilidad solidaria opera para las obligaciones atribuidas a una sociedad beneficiaria, pero no respecto de las obligaciones asociadas al patrimonio que mantenga la propia sociedad escindida cuando sobreviva al proceso, como en el caso de una escisión parcial, ya que el legislador español no hizo uso de esta posibilidad que contenía la Directiva 82/891/CEE, referente a la escisión de sociedades anónimas (art. 12.6)», v. *Modificaciones estructurales y concurso*. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, p. 295.

²³ Este derecho se ha calificado de «medida muy radical y contundente de protección de los acreedores sociales que puedan verse amenazados por la escisión proyectada», los cuales pueden paralizar toda la operación mientras no sean pagados o garantizados. No obstante, este sistema de protección preventiva presenta importantes debilidades: no protege a todos los acreedores, ya que deja fuera a los que tienen sus créditos vencidos, y, sobre todo, «su eficacia presupone que el acreedor consigue enterarse de la operación proyectada y reaccionar dentro del breve plazo de un mes con que cuenta para ello»; plazo que habrá de contarse «desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos». V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, *cit.*, pp. 382-385.

También, GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014) señalan que «a veces se olvida que el derecho de oposición está limitado a determinados acreedores: aquellos cuyos créditos hayan nacido antes de la inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de su depósito en el Registro mercantil y que no estén vencidos en ese momento, y siempre que los créditos no estén suficientemente garantizados (art. 44.2 LME). Por tanto, quedan fuera de esta protección los titulares de créditos vencidos en un momento anterior, los acreedores que disfruten de garantía suficiente, y también los titulares de créditos que se contraigan después de la operación en cuestión», v. *Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores*, cit., p. 293.

²⁴ No obstante, la Ley solo regula la impugnación de la fusión ya inscrita, porque la regla especial está dirigida a la protección del tráfico y de la apariencia jurídica, para lo cual se restringen las causas de impugnación. El plazo de ejercicio de la acción es de tres meses contados desde la publicación de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, fecha en la que la fusión resulta oponible a quien invoca la nulidad (art. 20 C. de Co.). V. GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, cit., pp. 305-309.

²⁵ En la doctrina, destacan CERDÁ ALBERO, F. (2012). *Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas* (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), cit., p. 410; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2012). *La rescisión de las modificaciones estructurales societarias. La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, cit., pp. 203 y 204; GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). *Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores*, cit., p. 298; y MARINA COLL, R. (2015). *Las modificaciones estructurales en el concurso. El Derecho de la insolvencia* (Campuzano/Sanjuan y Muñoz, dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 751.

Sin embargo, no han faltado quienes mantienen la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a la modificación estructural, así BELTRÁN, E. (2010). *Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores*, cit., p. 141, PÉREZ TROYA, A. (2012). *Modificaciones estructurales*. Beltrán/García-Cruces, *Enciclopedia de Derecho concursal* (BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES). Pamplona: Aranzadi, p. 2082. También, GONZÁLEZ-MENESES, M., y ÁLVAREZ, S. (2013). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, cit., pp. 309 a 311.

²⁶ La generalidad de las resoluciones que han abordado esta cuestión son contrarias a la impugnación concursal de estas operaciones: la SJM 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, la SAP de Zaragoza, de 19 de abril de 2013, la SJM de Pamplona, de 5 de marzo de 2014, la SJM de La Coruña de 6 de marzo de 2014, y, muy especialmente, la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015. Solo la SAP de Las Palmas de 29 de octubre de 2013, que revoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 12 de diciembre de 2011, se manifiesta a favor de la impugnación. Y hay que tener en cuenta, como indica la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, que: «[...] dicha sentencia [en referencia a la SAP de Las Palmas, de 29 de octubre de 2013] fue dictada al amparo del antiguo texto de la LSA, el cual solo blindaba a las modificaciones estructurales respecto de las acciones de nulidad y de anulabilidad, no así frente a las resolutorias o rescisorias».

²⁷ CERDÁ ALBERO, F. (2012). *Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas* (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), cit., pp. 402 a 406.

²⁸ La SAP de Zaragoza, de 10 de abril de 2013, en un supuesto de ejercicio de acción revocatoria o pauliana contra la concursada, en concepto de sociedad escindida, afirma: «Un primer examen muestra que las normas dirigidas a la protección del crédito en las modificaciones estructurales son de mayor amplitud, concreción y detalle que las genéricas previstas para todo tipo de créditos, con lo que de alguna manera, pudiera entenderse que ha de prevalecer la normativa especial sobre la general».

También, la SJM 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2015, establece que: «[...] los acreedores que tenía la concursada antes de la escisión, conocían perfectamente que la operación se iba a llevar a cabo y, pudiendo oponerse, no lo hicieron. Y los nuevos acreedores, cuando contrataron con la concursada tras la escisión, ya sabían con qué patrimonio

contaba por lo que, como bien dice la SJM núm. 1 de Barcelona, de 31 de julio de 2012, no resulta admisible ahora otorgarles, por la vía de la rescisión concursal, una “garantía adicional” para el cobro de su crédito, no estando la misma justificada».

²⁹ V. PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores* (García-Cruces, J. A., dir.). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 593 y sigs. Esta autora expone que, a diferencia de lo que acontece en Derecho italiano, en nuestro Ordenamiento no podría considerarse «subsumida» en el derecho de oposición la función de la acción revocatoria. No solo la configuración del derecho de oposición en Italia es menos rigurosa y no excluye a los acreedores con créditos vencidos, sino que «el ordenamiento italiano resulta bastante más favorecedor de los acreedores que el nuestro en otros sentidos». Además, la reforma de 2012 habría debilitado notoriamente la eficacia aparejada al ejercicio del derecho de oposición, alejándonos aún más del sistema italiano, al admitir que la operación de modificación estructural pueda llevarse a efecto, no obstante el ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, ya que, cuando la operación se inscriba a pesar de existir oposición, lo que se reconoce al «acreedor vulnerado» es la posibilidad de solicitar del registrador que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar que ejerció su derecho. Por tanto, parece que incluso los acreedores con derecho de oposición y que hubieran ejercido ese derecho pueden verse enfrentados a una operación que perjudique sus intereses. A mayor abundamiento, si la operación acaba determinando la insolvencia de la sociedad, los acreedores opuestos difícilmente podrán ver satisfecha la prestación de garantía del pago de su crédito, que es, en definitiva, la única expectativa tutelada por el sistema español, a costa de un importante sistema de cargas que se hace recaer sobre los propios acreedores.

³⁰ No solo porque la norma que recoge la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas (art. 80 LME) deja claro que las sociedades beneficiarias no responden del incumplimiento de las obligaciones que permanezcan en la sociedad escindida, sino porque se establece la «responsabilidad ilimitada» de la sociedad escindida por las deudas que se transmiten a las sociedades beneficiarias. De este modo, los acreedores que queden en la sociedad parcialmente escindida pueden ver reducida la garantía patrimonial para la satisfacción de sus créditos, al tiempo que, el patrimonio societario de la escindida, que se ha visto reducido con la operación, queda obligado a satisfacer las obligaciones que incumplan las sociedades beneficiarias, v. PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores*, cit., pp. 596 y sigs. En este sentido, GONZÁLEZ-MENESES y ÁLVAREZ (2013) afirman que la cuestión de la rescisión concursal de la escisión que se ha podido utilizar para separar las ramas de actividad más rentables y los mejores activos para pasarlas a las sociedades beneficiarias, se ha planteado «aprovechando que el artículo 80 LME olvida establecer la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de las escindidas», v. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, cit., p. 309.

³¹ V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), cit., pp. 412 y 413.

Por su parte, PÉREZ TROYA (2014) considera que el efecto de la rescisión concursal no tiene que consistir, necesariamente, y en todos los casos, en un «deshacer» la operación como si no se hubiera producido, lo que podría ser, ciertamente, impracticable y muchas veces innecesario. La operación solo se habrá de ver afectada «en los límites necesarios que exija la reparación del perjuicio a la masa activa», v. La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. *La reintegración en el concurso de acreedores*, cit., pp. 602 y sigs.

³² Sobre este principio que inspira la hermenéutica contractual, v. GUTIÉRREZ SANTIAIGO, P. (2013). Interpretación e integración del contrato. *Tratado de Contratos* (BERCOVITZ, R., dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 942.

³³ En concreto, la Directiva 2011/35/UE sobre fusiones de las sociedades anónimas, de 5 de abril de 2011, que codifica la Tercera Directiva, declara que «es preciso, con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de la regularización cada vez que sea posible y, por otra, un plazo breve para invocar la nulidad» (considerando 10.^o). Asimismo, la Directiva

obliga a los Estados miembros a «organizar el régimen de nulidades de la fusión» bajo un conjunto de condiciones, entre las cuales se incluye que «la resolución que pronuncie la nulidad de la fusión no afectará por sí misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en la que surta efecto la fusión», v. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I. (2014). Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, p. 296. Estos autores apuntan a que se trataría de una disciplina que presenta una evidente analogía con la mecánica de la nulidad de las sociedades. Por un lado, aunque por regla general la inscripción en el Registro mercantil carece de eficacia convalidante o sanatoria, la Ley limita las causas de nulidad del acto inscrito, consiguiendo de este modo efectos semejantes a los de la convalidación. Una vez inscrita una sociedad de capital, la acción de nulidad solo puede ejercitarse por las causas taxativamente establecidas por la Ley (art. 56 LSC). De la misma manera, las modificaciones estructurales, una vez inscritas, solo pueden impugnarse en un plazo muy breve (arts. 20, 47.2 y 90 LME). Por otro lado, dada la especial naturaleza institucional u organizativa del contrato de sociedad, por la que se crea un nuevo sujeto dotado de personalidad jurídica, los efectos característicos de la nulidad o de la ineficacia, consistentes en la restitución de las prestaciones realizadas como forma de restablecer la situación jurídica de partida, son inviables en relación con la sociedad, que origina un ente personalizado que se inserta en el tráfico generando todo tipo de relaciones internas y con terceros.

³⁴ En el Derecho alemán la norma se contiene en el parágrafo 20 (2) del *Umwandlungsgesetz* para la fusión («*Mängel der Spaltung lassen die Wirkungen der Eintragung nach Absatz 1 unberührt*»), y con idéntica fórmula para la rescisión en el parágrafo 131 (2) del mismo texto legal. En Italia, el artículo 2504 quater del *codice civile* establece una regla semejante («*Eseguita le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata*»). V. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.*, pp. 411 y sigs.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, de mayo de 2014, establece en el artículo 263-29, sobre impugnación de la fusión: «El acuerdo de fusión podrá ser impugnado antes de la inscripción en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la fusión no podrá ser impugnada».

³⁵ En el mismo sentido, el artículo 263-31 del Anteproyecto de Código Mercantil dispone que: «La nueva sociedad o la sociedad absorbente responderán de los daños y perjuicios que la fusión hubiera causado a los socios o a los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieran incurrido los administradores».

Sobre la regla indemnizatoria, v. CERDÁ ALBERO, F. (2012). Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12 de diciembre de 2011), *cit.*, pp. 421 y sigs.

GARCÍA DE ENTERRÍA y VILLORIA (2014), tras afirmar la inatacabilidad de las operaciones de modificación estructural una vez ejecutadas, no pierden de vista el dato de que la impugnación prevista en la normativa societaria no tiene por objeto las mismas irregularidades que la rescisión y, en base a ello, entienden: «En su caso, y dado que los motivos que sustentan la firmeza de las operaciones de modificación estructural una vez ejecutadas no siempre excluyen la posible existencia de un perjuicio para la masa activa de la sociedad concursada y por tanto el posible fundamento de las acciones de reintegración, debe entenderse que estas podrían ejercitarse en su caso con una finalidad meramente resarcitoria, al tratarse de una posibilidad expresamente prevista tanto por el artículo 73.2 de la Ley Concursal como por el artículo 47.1 de la LME», v. Modificaciones estructurales y concurso. Problemas actuales del concurso de acreedores, *cit.*, p. 299.

³⁶ PÉREZ TROYA, A. (2014). La rescisión concursal de las modificaciones estructurales. La reintegración en el concurso de acreedores, *cit.*, p. 601.