



FACULTAD DE DERECHO

**LA TUTELA DEL ACREEDOR ANTE
LAS ESCISIONES PARCIALES
PREVIAS AL CONCURSO DE
ACREEDORES**

Autor: Juan José García Núñez
5º E3 B
Derecho Mercantil

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid
Abril de 2021

RESUMEN

El presente trabajo se centra en el estudio de los riesgos que para los acreedores sociales suponen las modificaciones estructurales traslativas previas al concurso de acreedores, particularmente el perjuicio que en las escisiones parciales sufren los acreedores que permanecen en la sociedad escindida. Tras valorar de forma crítica la STS nº 682/2016, de 21 de noviembre, en la que el Tribunal Supremo niega la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a las escisiones parciales previas al concurso, se realiza un análisis detallado de las limitaciones de los siguientes mecanismos alternativos de tutela: el derecho de oposición, la acción de resarcimiento de daños y la responsabilidad solidaria de la sociedad beneficiaria. Ante esta situación de precariedad, se propone una alternativa de protección de los acreedores inspirada en el régimen alemán de responsabilidad de las sociedades involucradas en las escisiones.

Palabras clave: escisión parcial, concurso de acreedores, acción rescisoria, perjuicio, derecho de oposición, resarcimiento de daños y responsabilidad de la sociedad beneficiaria.

ABSTRACT

This paper studies the risks for corporate creditors posed by the structural modifications prior to the insolvency proceedings, particularly the damage suffered by the creditors that remain in the split-off company in the case of partial spin-offs. Specifically, after evaluating STS No. 682/2016, of November 21, which denies the possibility of exercising the bankruptcy rescissory action against partial pre-insolvency spin-offs, a detailed analysis is made on the limitations of the following mechanisms of protection: the right of opposition, the action for damages and the joint and several liability of the beneficiary company. In view of this this precarious situation, an alternative for the protection of creditors is proposed, inspired by the German regime for the liability of companies involved in spin-offs.

Key words: *partial spin-off, insolvency proceedings, bankruptcy rescission action, damage, right of opposition, action for damages and liability of the beneficiary company.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	5
I. EL RIESGO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES	6
1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONTEXTO DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	6
2. LA DELICADA SITUACIÓN DEL ACREEDOR ANTE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.....	8
3. LA SINGULAR PROBLEMÁTICA DE LAS ESCISIONES PARCIALES PREVIAS AL CONCURSO	10
3.1. La disparidad de trato entre los acreedores afectados por la escisión parcial (art. 80 LME)..	10
3.2. La mayor desprotección ante las escisiones previas al concurso.....	13
4. LOS ADMINISTRADORES SOCIALES ANTE LA DECISIÓN DE FRAGMENTAR EL PATRIMONIO SOCIAL.....	17
4.1. El deber de tener en consideración el interés de los acreedores	17
4.2. Las entidades financieras como administradores de hecho	21
II. LA RESCINDIBILIDAD DE LAS ESCISIONES PARCIALES PREVIAS AL CONCURSO.....	24
1. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA	24
1.1. Sentido y finalidad de los sistemas de reintegración	24
1.2. La acción rescisoria concursal del artículo 226 TRLC.....	25
2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N° 682/2016, DE 21 DE NOVIEMBRE.....	28
2.1. El perjuicio a la masa activa derivado de la escisión parcial	29
2.2. El supuesto carácter inimpugnable de la escisión inscrita	34
III. LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA ALTERNATIVOS.....	39
1. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES.....	39
2. LA ACCIÓN RESARCITORIA DEL ART. 47.1 LME E INCONGRUENCIAS DE LA SOLUCIÓN ARTICULADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO	42
3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 80 LME.....	45
4. EL RÉGIMEN ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD COMO REFERENTE Y POSIBLE ALTERNATIVA.....	48
IV. CONCLUSIONES.....	53
V. BIBLIOGRAFÍA.....	56

LISTADO DE SIGLAS EMPLEADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
LME	Ley de Modificaciones Estructurales.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia de Juzgado de lo Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal.

INTRODUCCIÓN

El principio del fin de la crisis sanitaria provocada por la epidemia de la COVID-19 no es sino el prelude de la recesión económica que le sucederá. El colapso de la economía nacional y mundial ha comprometido la viabilidad económica de gran parte de las empresas españolas, que se enfrentan a un futuro aciago.

Es en estos momentos de dificultad económica, en los estadios previos a la insolvencia de las sociedades, en los que se produce una mayor tensión entre los intereses de los socios y los acreedores de la sociedad. En este sentido, es habitual que, ante la expectativa de una posible quiebra, los socios intenten poner a salvo parte del patrimonio social frente a una inminente declaración del concurso, desplazando así el riesgo hacia los acreedores.

Entre los diferentes medios por los que se desarrollan este tipo de actuaciones, destaca por su especial trascendencia la escisión de aquellas unidades económicas más rentables y su transmisión a una nueva sociedad, quedando las unidades productivas menos rentables o deficitarias en la sociedad originaria. A pesar de la potencialidad de estas operaciones societarias - escisiones parciales - para liquidar las unidades deficientes y salvaguardar las que aun son rentables, debemos plantearnos en qué situación quedan los acreedores cuyos créditos permanecen en la sociedad originaria y ven reducido el patrimonio social que pueden atacar para satisfacerlos.

El problema no se plantea en relación con los acreedores profesionales, entidades financieras y de crédito, que en su mayoría toman parte en el proceso de refinanciación y ven protegida su inversión, sino respecto de los pequeños y medianos acreedores – como los proveedores – que configuran el entramado del empresariado español. Una reducción de la cifra de garantía de sus créditos y, con ello, de sus expectativas de cobro, puede resultar determinante para su supervivencia económica en el corto y medio plazo.

En este contexto de incertidumbre e incipiente recesión económica, es momento de reconsiderar los mecanismos de tutela de los acreedores sociales ante este tipo de operaciones.

I. EL RIESGO DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES COMO ALTERNATIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES

1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL CONTEXTO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Las modificaciones estructurales traslativas y el concurso de acreedores, como bien apunta el profesor BELTRÁN SÁNCHEZ¹, constituyen dos realidades jurídicas autónomas, con funcionalidades distintas, pero necesariamente llamadas a confluir en lo que a la superación de las situaciones de insolvencia de las sociedades respecta.

En este sentido, debemos recordar que la finalidad esencial del concurso de acreedores no es otra que la de procurar la satisfacción de los acreedores del deudor concursado de la manera más eficiente y equitativa posible de acuerdo con el principio de la *par conditio creditorum*² – aunque, como analizaremos *supra*, esta enunciación no constituye más que un espejismo de pretendida paridad-.

Junto a tal principio primario de satisfacción de los acreedores, existe un principio instrumental – y subordinado del anterior - que rige el procedimiento concursal e impregna buena parte de su normativa, esto es, el principio de conservación empresarial. De esta manera, la liquidación societaria constituye la *ultima ratio* del concurso, existiendo una clara preferencia del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC)³ por aquellos mecanismos solutorios que permiten conservar la continuidad de la actividad empresarial, toda vez que tal conservación asegure una adecuada satisfacción de los intereses de los acreedores⁴.

¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010, p. 161.

² *Id.*

³ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 07/05/2020).

⁴ Este conflicto entre los intereses de los acreedores y la continuidad de la actividad empresarial alcanza su máxima expresión en sede de liquidación. En este sentido, el artículo 422 TRLC reconoce en un primer momento la preferencia de la enajenación como un todo del conjunto de unidades productivas de la empresa, sin embargo, inmediatamente después afirma que en aquellos casos en los que se estime conveniente para el interés del concurso podrá procederse a la enajenación individualizada de unidades productivas independientes o de sus elementos patrimoniales. Esta circunstancia deja claro que la tensión de intereses anteriormente manifestada es resuelta en favor de la mejor satisfacción de los acreedores, poniendo de manifiesto la superioridad y prevalencia de tal función concursal. En este sentido, ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 283-284.

Así las cosas, y con carácter previo a analizar los peligros que en determinados supuestos entrañan, es necesario reconocer – no sin ciertas reservas - que las modificaciones estructurales traslativas, como operaciones societarias encaminada a la transmisión y adquisición de empresas o unidades productivas con sucesión universal, se revelan como un mecanismo de gran utilidad para alcanzar tales fines concursales.

Ciertamente, las modificaciones estructurales, tales como fusiones, escisiones, segregaciones o cesiones globales de activo y pasivo, constituyen mecanismos de saneamiento y reorganización empresarial que permiten obtener una mejor solución en el seno del concurso o al margen de este. No solo permiten la conservación de la actividad empresarial, con la trascendencia que ello conlleva para el mantenimiento del tejido industrial español, sino que favorecen el mantenimiento de aquellos elementos inmateriales ligados a la actividad económica transmitida⁵. Resulta en este punto evidente que el valor potencial que genera una empresa en funcionamiento, tanto para sus accionistas y acreedores como para la sociedad en general, es mucho mayor que el que se deriva de la división y realización separada de los elementos patrimoniales que la componen.

Así, estas reorganizaciones del patrimonio empresarial pueden incardinarse en distintos estadios del procedimiento concursal con el objetivo, anteriormente mencionado, de reforzar la solvencia de las sociedades en estado de insolvencia – o en una situación cercana al mismo -, a saber:

- (i) En primer lugar, pueden configurarse como una **alternativa al concurso de acreedores** en aquellos supuestos en los que, antes de la declaración del concurso y al margen los acuerdos de refinanciación contemplados en el TRLC, se empleen estas operaciones de integración o división de patrimonios con la finalidad de que las empresas superen una situación de estrés financiero.
- (ii) En segundo lugar, ya en sede preconcursal, las modificaciones estructurales pueden igualmente incorporarse al contenido de los **acuerdos de refinanciación** - o acuerdos extrajudiciales de pagos - regulados en Libro Segundo del TRLC, los cuales tienen por objeto evitar la declaración del concurso a través de la recuperación de la viabilidad empresarial del deudor. Pese a no formar parte del

⁵ ORTIZ MÁRQUEZ, M., “Las modificaciones estructurales realizadas antes de la declaración del concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 49, 2010, p. 107.

contenido típico de los mismos, ello no obsta para que estas operaciones societarias pueden insertarse en el seno de tales acuerdos y gozar de los mecanismos de protección y garantía derivados de su procedimiento de aprobación⁶, – de los que carecen las modificaciones estructurales realizadas al margen de tales institutos concursales –.

- (iii) Por último, en caso en que finalmente se llegue a la declaración del concurso de acreedores, no es menos habitual que estas operaciones de reestructuración aparezcan en fase común o en fase de liquidación como parte de los **convenios** aprobados por los acreedores⁷ o del **plan de liquidación** presentado por la administración concursal, respectivamente.

2. LA DELICADA SITUACIÓN DEL ACREEDOR ANTE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Habiendo tomado conciencia de los diferentes escenarios en los que las modificaciones estructurales confluyen con los fines del concurso de acreedores, procede analizar la manera en que tales modificaciones coadyuvan a reforzar la solvencia de las sociedades en crisis y los riesgos que pueden llegar a entrañar para los acreedores.

Generalmente, las modificaciones estructurales realizadas en este contexto, con independencia del estadio del procedimiento concursal en el que se realicen, pueden ser clasificadas en dos grupos en función de la finalidad perseguida y sus efectos sobre el patrimonio empresarial: (i) aquellas que implican la integración de varios patrimonios y (ii) aquellas en las que se produce la separación y transmisión de unidades productivas⁸.

- (i) En el ámbito de las primeras, esto es, aquellas en las que tiene lugar la **integración de patrimonios empresariales**, destacan las fusiones - tanto por absorción como por creación -. Analizando tales operaciones a la luz de los fines concursales, es necesario puntualizar que estas tienen como finalidad que la sociedad cuya viabilidad empresarial peligra – generalmente la sociedad absorbida - supere sus

⁶ En este sentido, LEÓN SANZ, F.J., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursal”, en ROJO FERNÁNDEZ, A.J./CAMPUZANO, A.B. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Vol. 2, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1359.

⁷ LARGO GIL, R., “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, n. 9, 2008, p. 93 y ss.

⁸ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, p. 165.

dificultades económicas a través de la incorporación de nuevos recursos a la misma.

En este sentido, más allá del aumento del patrimonio y del capital social que la fusión implica, la sociedad se verá igualmente beneficiada por los ingresos generados por las unidades productivas procedentes de la otra sociedad participante y por la incorporación de nuevas estrategias en la explotación del negocio. En definitiva, las fusiones de empresas realizadas en este contexto no persiguen otra cosa que reforzar la solvencia de las sociedades mediante la **yuxtaposición de patrimonios empresariales**.

- (ii) Por otro lado, encontramos las **escisiones, segregaciones y cesiones globales de activo y pasivo**, esto es, las modificaciones estructurales que implican la disgregación del patrimonio empresarial. Más allá de la particular problemática que presenta cada una de estas operaciones societarias – cuestión que será analizada *infra* -, todas ellas tienen por objeto el saneamiento de la empresa a través de la separación de aquellas unidades productivas que no resultan rentables y, por tanto, lastran la viabilidad económica de la sociedad.

Como podemos observar, tanto unas como otras se revelan como mecanismos de gran utilidad para evitar la declaración del concurso o para superar la situación de insolvencia. Ahora bien, más allá de su virtualidad de cara a la conservación y continuidad de la actividad empresarial – o de algunas unidades productivas -, debemos tener igualmente presentes los **peligros potenciales que tales modificaciones estructurales** conllevan para los acreedores de las sociedades participantes.

Tanto en el caso de las fusiones como en el de las escisiones –ejemplo paradigmático de las modificaciones que implican la disgregación del patrimonio-, los acreedores sociales tienen que soportar, más allá de un posible cambio en la figura del deudor, una mutación de gran trascendencia: la **alteración de la composición del patrimonio**⁹ que pueden atacar en caso de incumplimiento.

Esta circunstancia tiende a ser olvidada en aquellos supuestos en los que la reestructuración patrimonial resulta exitosa y la sociedad puede superar sus dificultades económicas. Sin embargo, en los casos en los que, pese al desarrollo de la modificación

⁹ GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993, p. 281.

estructural, finalmente se produce la declaración del concurso o la apertura de la fase de liquidación de alguna de las sociedades participantes, la alteración del patrimonio del deudor como consecuencia de tal modificación se convierte en un problema de gran calado de cara a la tutela de los derechos de los acreedores.

En este punto, es necesario matizar que los problemas que plantean las modificaciones estructurales en relación con los derechos de los acreedores no son idénticos, sino que difieren a poco que se reflexione sobre los diferentes efectos jurídicos que se derivan de las modificaciones de una y otra clase: mientras que las fusiones implican la unificación económica y jurídica de patrimonios, en las operaciones societarias como las escisiones se produce una fragmentación y dispersión del patrimonio de la sociedad escindida. Esta circunstancia pone de manifiesto los mayores problemas que para los acreedores implican las escisiones– y otras modificaciones de disgregación patrimonial – frente a las fusiones, toda vez que en las primeras siempre se produce una necesaria **disminución del patrimonio inicial que actúa como garantía** de sus derechos¹⁰.

Ciertamente, en el marco de una fusión, los acreedores de la sociedad absorbente podrían verse igualmente perjudicados si, como consecuencia de la absorción de una sociedad con dificultades económicas, la viabilidad económica de la absorbente se ve comprometida hasta el punto de verse avocada al concurso de acreedores. Ahora bien, el reconocimiento de tal posibilidad – a la cual serían aplicables las mismas conclusiones que en resto de supuestos -, no obsta para poner de manifiesto la mayor precariedad de la situación jurídica de los acreedores de la sociedad que es escindida con el objetivo de separar y liquidar las unidades productivas que no resultan rentables.

3. LA SINGULAR PROBLEMÁTICA DE LAS ESCISIONES PARCIALES PREVIAS AL CONCURSO

3.1. La disparidad de trato entre los acreedores afectados por la escisión parcial (art. 80 LME)

Si bien en todas las operaciones societarias que implican la dispersión del patrimonio empresarial se produce *a priori* una reducción de la cifra de garantía de los

¹⁰ Por ello hay quienes sostienen la necesidad de articular mecanismos de protección de los acreedores distintos en función de los diferentes efectos jurídicos que se derivan de fusiones y escisiones. En este sentido, GUASCH MARTORELL, R., *op. cit.*, p. 280.

acreedores sociales, en las escisiones parciales la necesidad de articular mecanismos para su protección adquiere una importancia superlativa. Ello es consecuencia del peculiar régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión establecido en el artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante, LME)¹¹, el cual reza:

*“De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas **responderán solidariamente** las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, **si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación**”.*

Dicho precepto consagra la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias en el caso de una escisión total – con disolución de la sociedad originaria - y la responsabilidad adicional de la sociedad escindida en el caso de que esta sea una escisión parcial. Sin embargo, lo que resulta determinante en este punto es que la LME **no contempla la posibilidad de exigir responsabilidad a las sociedades beneficiarias en caso de incumplimiento de las obligaciones que persisten en la sociedad parcialmente escindida**¹².

La ausencia de tal regla de responsabilidad supone que las unidades económicas transmitidas a la sociedad beneficiaria se vean protegidas ante cualquier reclamación del pasivo que permanece en la sociedad parcialmente escindida. Así, esta figura jurídica posibilita que, ante una situación de dificultad económica, la sociedad deudora pueda transmitir las unidades económicas más rentables a una sociedad beneficiaria de nueva constitución, quedando las unidades productivas menos rentables o deficitarias en la sociedad parcialmente escindida – la cual, con el tiempo, puede llegar a ser declarada en concurso -.

En consecuencia, este régimen de responsabilidad hace de las escisiones parciales un mecanismo idóneo para (i) concentrar el riesgo de insolvencia en la sociedad parcialmente escindida, por un lado, y (ii) asegurar la viabilidad económica de las unidades productivas transferidas a la sociedad beneficiaria, por el otro.

¹¹ Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE núm. 82, de 04/04/2009).

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., “Modificaciones estructurales y concurso”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R./VEIGA COPO, A.B. (Dirs.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 295.

Ahora bien, tal potencialidad no obsta para poner de manifiesto que el art. 80 LME entraña una **peligrosa y cuestionable disparidad de trato entre los acreedores** cuyos créditos son transmitidos a las sociedades beneficiarias y aquellos que permanecen en la sociedad parcialmente escindida.

En cuanto a los primeros, estos ven ampliamente reforzada su posición crediticia ya que, de acuerdo con el citado artículo, no solo pueden exigir responsabilidad a la sociedad beneficiaria a la que su crédito ha sido transferido, sino también al resto de sociedades beneficiarias - hasta el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas - y a la sociedad parcialmente escindida, la cual responde ilimitadamente de la totalidad del pasivo.

En cambio, los acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida ven gravemente debilitada su posición como consecuencia de la concurrencia tres factores: (i) la reducción del patrimonio empresarial que pueden atacar, (ii) la responsabilidad ilimitada de la sociedad escindida por la totalidad del pasivo – tanto el que persiste en la misma como el transferido a sociedades beneficiarias – y, lo que resulta más determinante, (iii) la imposibilidad de exigir responsabilidad a las sociedades beneficiarias en caso de incumplimiento por parte de la sociedad escindida.

Llegados a este punto podemos apreciar la singular problemática que plantean las escisiones parciales en comparación con el resto de las modificaciones estructurales que implican la disgregación del patrimonio empresarial¹³. Además, más allá de la precariedad de la situación en la que, en todo caso, queda una parte de los acreedores sociales, es igualmente necesario tomar consciencia de la potencial utilización de esta figura jurídica - sobretudo en épocas de crisis - como mecanismo de “huida hacia adelante” o como medio para favorecer de manera fraudulenta a ciertos acreedores¹⁴.

¹³ En este sentido, es cierto que en las escisiones totales – sean por creación o por absorción - el patrimonio empresarial que se vería afecto a la satisfacción de los acreedores sociales es dispersado en una pluralidad de sociedades. Sin embargo, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias recogida por el art. 80 LME supone que tal dispersión del patrimonio empresarial no implique una necesaria reducción de la cifra de garantía de los acreedores, sino que simplemente dificulte el cobro del crédito en caso de incumplimiento por parte de una de ellas.

¹⁴ En relación la posible utilización fraudulenta de la escisión parcial en un contexto de crisis, *vid.* RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “La pretendida resistencia de la escisión parcial a la rescisión concursal (a raíz de la STS de 21 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5668])”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 49, 2017, pp. 253-254.

En este sentido, aunque las escisiones parciales son *a priori* perfectamente válidas, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” a las sociedades involucradas en aquellos casos en los que se ha acreditado la existencia de una clara intencionalidad de defraudar los intereses de los acreedores de la sociedad originaria¹⁵. Ahora bien, no debemos olvidar que los efectos perjudiciales para de los acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida tienen lugar exista o no intencionalidad fraudulenta por parte de los sujetos involucrados en la escisión.

Así las cosas, habida cuenta de la precariedad de la situación a la que se enfrentan los acreedores que permanece en la sociedad parcialmente escindida - independientemente de la concurrencia o no de intencionalidad fraudulenta -, no parece arriesgado afirmar que en las escisiones parciales la necesidad de articular mecanismos societarios y concursales para su protección adquiere una importancia superlativa.

3.2. La mayor desprotección ante las escisiones previas al concurso

Siendo conscientes la situación de desprotección ante la que se encuentra el acreedor afectado por una escisión parcial, debemos tener en cuenta que esta desprotección se da, aunque con distinta intensidad, independientemente del momento en que se materialice la escisión – bien sea en sede concursal, preconcursal o con carácter previo al concurso -.

Esta situación de desprotección se debe fundamentalmente, como se analizará más adelante¹⁶, a la insuficiencia de los mecanismos societarios articulados para su protección - como el derecho de oposición -, los cuales resultan de aplicación tanto si las escisiones son realizadas en sede concursal, preconcursal o con carácter previo al concurso.

Ahora bien, partiendo de esta realidad, podemos identificar determinados mecanismos que, en sede concursal y preconcursal, mitigan tal situación de desprotección y, consecuentemente, enfatizan la mayor desprotección existente ante las escisiones previas al concurso.

¹⁵ Vid. STS núm. 796/2012, de 3 de enero de 2013. En ella, el Alto Tribunal justificó la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo al considerar que la finalidad de la escisión era “*distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, para que sus activos presentes y futuros no respondieran de aquella deuda, a la vez que se provocaba la quiebra de la sociedad originariamente deudora*”.

¹⁶ Vid. capítulo III, sobre la insuficiencia de los mecanismos alternativos de protección.

(i) En los **acuerdos de refinanciación colectivos**¹⁷, al margen de los mecanismos societarios que siguen siendo de aplicación, se dan una serie de circunstancias que incrementan la protección del acreedor ante posibles abusos derivados de una escisión parcial:

- En primer lugar, la necesidad de que el acuerdo de refinanciación sea suscrito por, al menos, tres quintas partes del pasivo. En este sentido, la mayoría de acreedores exigida por el art. 598.3 TRLC para la aprobación de un acuerdo de refinanciación colectivo actúa como mecanismo de garantía frente a los posibles abusos derivados de la inclusión de una escisión parcial en el contenido del acuerdo.

Además, si bien aquellos acreedores que no hayan suscrito el acuerdo podrán ejercer aún su derecho de oposición, el hecho de que una amplia mayoría del pasivo – tres quintos – haya decidido voluntariamente suscribirlo mitiga la desprotección derivada de las deficiencias en la regulación tal derecho de oposición.

- En segundo lugar, la posibilidad de solicitar un informe de experto independiente regulada en el art. 600 TRLC. Así, los acreedores pueden solicitar el nombramiento de un experto independiente que emita un informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad – que debe asegurar la viabilidad empresarial en el corto y medio plazo -.
- Por último, en los casos en los que se proceda a la homologación judicial del acuerdo y se alcancen las mayorías de arrastre correspondientes, los acreedores financieros que no hubieran suscrito el acuerdo podrán impugnar el auto de homologación sobre la base del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

En concreto, el art. 619.3 TRLC establece que el sacrificio se considerará, en todo caso, desproporcionado “si fuere diferente para acreedores iguales o semejantes, así como si el acreedor que no goce de garantía real pudiera obtener en la liquidación de la masa activa una mayor cuota de satisfacción que la prevista en el acuerdo de refinanciación”.

¹⁷ LARGO GIL, R., *op. cit.*, p. 93 y ss.

(ii) Asimismo, **en sede de convenio** también podemos encontrar mecanismos que, aunque no eliminan, al menos mitigan la desprotección del acreedor ante la inclusión de escisiones parciales en el contenido del mismo:

- Al igual que se ha mencionado en los acuerdos de refinanciación colectivos, la necesidad de aprobación del convenio por una mayoría de, al menos, el 65% del pasivo ordinario (art. 376 TRLC) actúa como mecanismo de garantía frente a posibles abusos.

En este punto es necesario recordar que los acreedores ordinarios ven desplazado su derecho de oposición por la aprobación del convenio, produciéndose el decaimiento de este derecho individual como consecuencia de la integración de estos en un órgano colectivo de decisión – la junta de acreedores -. Por lo tanto, únicamente mantendrán su derecho de oposición aquellos acreedores que no se encuentren vinculados por el contenido del convenio, esto es, los acreedores contra la masa y los acreedores privilegiados – salvo que voten a favor del mismo un 75% de ellos -.

Un análisis detallado de esta regulación nos permite identificar el carácter lesivo de la misma en relación con los acreedores subordinados y los acreedores contra la masa. Así, dado que el acreedor subordinado no tiene derecho a voto, y el de la masa no forma parte del convenio, no solo ninguno de ellos puede participar en la votación del convenio, sino que además el primero ve desplazado su derecho de oposición por la aprobación del mismo y el segundo puede llegar a carecer de él si su crédito ya ha vencido¹⁸.

- En consecuencia, es la existencia de un control judicial a la hora de aprobar el contenido del convenio lo que permite mitigar las deficiencias identificadas en el apartado anterior y asegurar la realización del interés del concurso (art. 392 TRLC). Así, el juez podrá rechazar la aprobación del convenio, y con ello la escisión, en aquellos casos en los que esta no mejore de manera objetiva las posibilidades de satisfacción del interés de los acreedores¹⁹.

¹⁸ CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LEZANO, R., “Las modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2013, n.18, p. 103.

¹⁹ *Id.* En este punto, el autor afirma que “El juez podrá rechazar su aprobación cuando quede acreditado que la modificación tampoco mejora objetivamente las posibilidades de cobro de los acreedores. Como se

Estaríamos ante una verdadera subversión de los fines del concurso de acreedores si, en pos de mantener la continuidad de la actividad empresarial y con tal de evitar la liquidación societaria, aceptásemos la legitimidad de medidas que necesariamente implican defraudar los derechos e intereses de una parte de los acreedores. En este sentido, debemos recordar que la conservación de la actividad empresarial es un fin instrumental y subordinado al de la mejor satisfacción de los acreedores.

Tras la realización de este análisis, resulta evidente la mayor problemática que plantean los supuestos en los que, habiéndose materializado la escisión antes de la declaración del concurso, finalmente la sociedad parcialmente escindida es declarada en concurso como consecuencia de la propia escisión.

Y es que existe el riesgo de que la escisión no persiga la evitación de la declaración del concurso mediante la reestructuración del patrimonio empresarial y la redefinición de la estrategia, sino que simplemente busque liquidar aquellas unidades productivas deficientes y salvaguardar las que aun son rentables. Indudablemente, esta es una estrategia que permite mantener a flote parte de la actividad empresarial. Sin embargo, ello no justifica que tal actuación pueda realizarse a costa de sacrificar únicamente a aquellos acreedores que permanecen en la parte deficiente del negocio.

Dada la particularidad de la situación en la que quedan los acreedores en este tipo de escisiones, a lo largo de las siguientes páginas centraremos nuestro análisis en los medios y formas de tutela de los acreedores ante las escisiones parciales realizadas con carácter previo al concurso.

El mayor interés de las mismas no solo radica en el carácter acentuado de la desprotección de los acreedores sino en que, además, a diferencia de las escisiones que se insertan en el contenido de los acuerdos de refinanciación y de los convenios, las realizadas antes de la declaración del concurso pueden *a priori* verse afectadas por la acción de rescisoria concursal contemplada en el art. 226 TRLC.

dijo al comienzo, la continuación de la empresa a través de una operación de este tipo está justificada, siempre que beneficie a los acreedores en sus expectativas de cobro, nunca en otro caso”.

4. LOS ADMINISTRADORES SOCIALES ANTE LA DECISIÓN DE FRAGMENTAR EL PATRIMONIO SOCIAL

Antes de adentrarnos en el análisis de los diferentes mecanismos de tutela de los acreedores ante la escisión parcial, hemos de examinar en primer lugar la decisión de escindir el patrimonio de la sociedad en sí misma considerada. Una decisión como la de fragmentar el patrimonio social y transferirlo a otra persona jurídica puede afectar de tal manera a los intereses que confluyen en la sociedad que es preciso valorar la posibilidad de que estos deban ser tenidos en cuenta en la toma de tal decisión.

4.1. El deber de tener en consideración el interés de los acreedores

Con carácter general, las decisiones empresariales adoptadas por los administradores pueden llegar a ser objeto de revisión judicial en caso de que se considere que estas se han adoptado incumpliendo la diligencia debida o soslayando el deber de lealtad que les obliga *ex art. 227 LSC*²⁰. Sin embargo, a fin de evitar que los administradores dejen de asumir riesgos empresariales que resultarían convenientes para la sociedad por miedo a la ulterior revisión judicial de sus decisiones, el art. 226 TRC reconoce un marco de **protección de la discrecionalidad empresarial** (*business judgment rule*)²¹.

Así, siempre que se cumplan las condiciones exigidas por tal regla de protección - buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente y un procedimiento de decisión adecuado -, las decisiones tomadas por los administradores que hubieran resultado fallidas quedarán al margen de la posible la responsabilidad por negligencia derivada de la revisión judicial.

Ahora bien, existen posturas que consideran que debería defenderse una modificación de los límites de esta discrecionalidad en aquellos casos en los que la sociedad se encuentra en los **estadios previos a la insolvencia**. Este posicionamiento pretende excluir del mencionado ámbito de discrecionalidad aquellas decisiones empresariales que lleven aparejada una elevada probabilidad de perjudicar a los

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03/07/2010).

²¹ GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 4.

acreedores sociales, aunque pudieran resultar beneficiosas para los intereses de los socios²².

Como apuntábamos, es precisamente ante la proximidad de la insolvencia cuando la decisión de la sociedad de escindir parte del patrimonio puede resultar más problemática, puesto que puede ser usada para defraudar los intereses de los acreedores sociales a la vez que se concentra el riesgo de insolvencia en la sociedad escindida. En este sentido, la tensión entre los intereses de los socios y de los acreedores en relación con el diferente nivel de riesgo a asumir por la sociedad se ve incrementada en los supuestos en los que la desaparición de la sociedad comienza a ser una posibilidad.

Ante una situación de bonanza y estabilidad económica se considera que la tendencia al riesgo que pueden mantener los socios es adecuada, toda vez que estos desearán maximizar el valor de su inversión sin ponerla en riesgo. Sin embargo, a medida que la sociedad se ve inmersa en dificultades económicas los socios tienden a preferir estrategias más arriesgadas en las que **el riesgo se desplaza hacia los acreedores**²³. Ejemplo de ello es la utilización de las escisiones para poner a salvo parte del patrimonio social ante una inminente declaración del concurso, concentrando el riesgo en los acreedores que permanecen en la sociedad escindida.

En este sentido, si bien la decisión de escindir parte del patrimonio social produce en todo caso una alteración de la cifra de garantía de los acreedores que haría necesario tener en cuenta el interés de estos, cuando se opta por esta estrategia en el umbral de la insolvencia la situación se vuelve dramática. Generalmente, podemos encontrar en el tráfico mercantil múltiples modificaciones estructurales traslativas como fusiones o absorciones, puesto que estas forman parte de la dinámica normal del mercado. Sin embargo, las operaciones divisorias del patrimonio y, muy particularmente las escisiones parciales en la que la sociedad beneficiaria es una sociedad de nueva creación, generan una serie de perjuicios potenciales para los acreedores que harían necesario tener presente los intereses de estos.

²² RECAMÁN GRAÑA, E., “La business judgment rule en la crisis. Una propuesta interpretativa”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n°.54, 2018, p. 146.

²³ *Ibid.*, p.145. En este sentido, se sostiene que “los socios tienden a especular con el dinero de los acreedores, porque, si bien resultarán beneficiados por la recuperación del valor de su inversión en el caso de que la situación financiera de la sociedad mejore, el riesgo que asumen en el supuesto de que las decisiones de gestión adoptadas por los administradores terminen conduciendo a la sociedad a la insolvencia se encuentra limitado al valor restante de su inversión”.

Así las cosas, aunque pudiéramos considerar que las decisiones de realizar una fusión – por creación o absorción - se encuentran dentro del marco de discrecionalidad empresarial del que gozan de los administradores, la inserción de las escisiones parciales en este ámbito resulta peligrosa, más aún si nos encontramos en una situación de estrés financiero de la sociedad.

Por lo tanto, a fin de corregir el **conflicto socio-acreedor** en relación con el riesgo asumido por la sociedad ante una situación cercana a la insolvencia, sería preciso reconocer el deber de los administradores de **tener presente el interés de los acreedores** de manera que exista un contrapeso a la influencia de los socios sobre las decisiones de los administradores sociales²⁴.

En este sentido, hay quienes sostienen que la solución de este conflicto de intereses pasa por considerar que el “interés de la sociedad”, por el cual deben velar los administradores ex **art. 227 LSC**, también incluye el interés de los acreedores sociales²⁵. Concretamente, el mencionado artículo establece que:

*“Los administradores deberán desempeñar el cargo con la **lealtad** de un fiel representante, obrando de buena fe y en **el mejor interés de la sociedad**”.*

Esta formulación genérica e indeterminada del “mejor interés de la sociedad” ha dado lugar a gran cantidad de debate entre quienes, desde una postura contractualista²⁶, sostienen que el interés social se reduce al interés común de los socios, y los que, partiendo de una **concepción institucionalista**²⁷, consideran que este concepto debe aunar a otros intereses diferentes del de los socios.

Ante esta tesitura, la proliferación de normas y recomendaciones relativas al gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas parecen dar la razón a

²⁴ *Ibid.*, p.146.

²⁵ *Cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., “El aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de lealtad por los administradores de sociedades de capital”, en MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.)/VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Civitas, Cizur Menor, 2021, p. 374.

²⁶ Defendida por autores como SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 905 y ss.

²⁷ Entre quienes encontramos a QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 955 y ss.

quienes se afincan en la última concepción. Así, a diferencia de lo que ocurría hasta ahora, los movimientos actuales parecen apuntar con unanimidad a que los administradores sociales deben contemplar el interés de todos los *stakeholders* de la sociedad a la hora de tomar decisiones empresariales. En este sentido, el Código de Buen Gobierno aprobado por la CNMV en 2015, y revisado en 2020, establece entre su Recomendación núm. 12 que el Consejo de Administración debe procurar “conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados”²⁸.

También podemos encontrar una incipiente adopción de las posturas institucionalistas en la normativa europea, concretamente en la reciente Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia²⁹. Esta norma, además de crear un régimen específico de deberes y responsabilidades de los administradores cuando la sociedad se encuentra en riesgo de insolvencia, establece en su art. 19 la obligación de los Estados miembros de adaptar sus legislaciones internas para asegurar que en tales situaciones los administradores sociales toman debidamente en cuenta el interés de los acreedores.

A este respecto, resulta especialmente relevante el Considerando 71º de la mencionada Directiva, en el que se enfatiza la importancia de proteger los intereses de los acreedores en las situaciones próximas a la insolvencia, especialmente cuando las decisiones de los administradores “podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores”. De esta suerte, la norma considera imprescindible acometer las reformas normativas necesarias - sea en el ordenamiento societario o concursal - que garanticen que, ante una situación próxima a la insolvencia, los administradores sociales no realicen actuaciones - con dolo o culpa grave – que resulten en un beneficio propio o de la sociedad y en perjuicio de terceros.

²⁸ Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado por la CMNV en febrero de 2015 y revisado en junio de 2020. Accesible en: <https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx>

²⁹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

De todo lo anterior parece inferirse que, efectivamente, a la hora de tomar decisiones de gran calado ante una situación cercana a la insolvencia los administradores sociales deberían tomar en consideración, además del interés primario de los socios, el resto de los intereses concurrentes en la sociedad. Sin embargo, la inexistencia de posibilidades de sanción en forma de exigencia de responsabilidad en la práctica hace que ante este tipo de situaciones exista una deficiente ponderación de los diferentes intereses concurrentes por parte de los administradores sociales³⁰.

4.2. Las entidades financieras como administradores de hecho

De forma paralela al conflicto de interés entre socios y acreedores que aflora en las situaciones cercanas a la insolvencia, podemos encontrar otro conflicto entre los propios acreedores derivado del diferente poder que cada uno de ellos ostenta frente a la sociedad. La mayor cuantía de los créditos que las entidades financieras suelen mantener frente a las sociedades hace que los administradores se vean influenciados por los intereses de estas a la hora de tomar las decisiones empresariales que deben atajar la situación de insolvencia.

En este sentido, no es infrecuente que la escisión de parte del patrimonio social y su transferencia a otra sociedad sea exigida por los acreedores profesionales del deudor—entidades financieras y de crédito - como *conditio sine qua non* para la concesión de una refinanciación de la deuda. A través de ellas, las entidades financieras aseguran el cobro de sus créditos ya que la nueva financiación suele ir dirigida a la sociedad beneficiaria a la que previamente han sido transferidas las unidades económicas más rentables y, como es previsible, los créditos preexistentes de la entidad financiera involucrada en la refinanciación³¹.

Este tipo de prácticas, en la que los administradores se ven claramente condicionados por las exigencias de las entidades financieras nos hacen plantearnos la posibilidad de que estas puedan ser consideradas como administradores de hecho de la sociedad originaria en caso de apertura de la sección de calificación en el seno del concurso. A este respecto, la regulación concursal considera que dentro de la categoría de personas afectadas por la calificación podrán estar no solamente los administradores y

³⁰ CARBAJO CASCÓN, F., *op. cit.*, p. 375.

³¹ CERDÁ ALBERO, F., “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 27, 2012, p. 401.

liquidadores de derecho, sino también los de hecho, entendiendo por tales aquellos que sin ostentar nombramiento alguno ejercen de hecho o de facto funciones de administración - art. 455.2.1º TRLC -.

De esta manera, la exigencia de responsabilidad concursal a las entidades financieras por su influencia en las decisiones de los administradores pasa por el cumplimiento de los requisitos que jurisprudencialmente se exigen para poder proceder a la calificación de estas como administradores de hecho. De acuerdo con doctrina jurisprudencial sintetizada en la STS de 8 de abril de 2016³², la noción de administrador de hecho se configura en torno a tres elementos caracterizadores: (i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; (ii) esta actividad debe haberse realizado de forma sistemática y continuada; y (iii) se ha de realizar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad.

Ahora bien, más allá de la concurrencia de estos requisitos, el principal debate que se plantea sobre la atribución de la condición de administradores de hecho a las entidades financieras se centra en determinar en dónde está el umbral en el que el control y supervisión de los pactado en los contratos de financiación pasa a convertirse en una suplantación del órgano de administración en la toma de las decisiones empresariales.

En el marco de los contratos de financiación es habitual la inclusión de cláusulas por parte de las entidades financieras que persiguen garantizar el cobro de sus créditos³³ – como el mantenimiento de unas ratios de solvencia o la existencia de restricciones a la venta de ciertos activos, entre otras -. Así, aunque bien es cierto los compromisos contractuales asumidos por el deudor pueden condicionar la gestión de los administradores, en ningún caso pueden llegar a cercenar su libertad de decisión y gestión.

De esta suerte, no parece arriesgo afirmar que la “solicitud” de la entidad financiera de escindir parte del patrimonio como condición para proceder a la reestructuración de la deuda excede del campo del control y supervisión de la gestión de los administradores y se adentra en el ámbito de la administración de hecho. Además,

³² Vid. STS núm. 224/2016, de 8 de abril de 2016.

³³ MERCADAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los Covenants”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2015, nº 36, pp. 115 y ss.

para valorar adecuadamente esta situación hemos de partir de la consideración de que, en la mayoría de los casos, la continuidad y supervivencia de la sociedad en serias dificultades económicas depende en buena medida de la concesión de esta refinanciación por parte de la entidad financiera³⁴.

Con todo ello, aunque bien es cierto que pocos son los pronunciamos en los que se ha atribuido la condición de administradores de hecho a las entidades financieras³⁵, ello no implica que esta no pueda ser apreciada si se prueba que las condiciones pactadas o impuestas al deudor “son susceptibles de atribuir una capacidad de decisión real y autónoma a favor de aquellas”³⁶.

³⁴ VEIGA COPO, A.B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº. 28, 2018, p. 26.

³⁵ FERNÁNDEZ LARREA, I., “La administración de hecho asociada a los covenants de los acuerdos de refinanciación”, *Anuario de Derecho Concursal*, 2019, nº 46, p. 129.

³⁶ VEIGA COPO, A.B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., *op. cit.*, p.36.

II. LA RESCINDIBILIDAD DE LAS ESCISIONES PARCIALES PREVIAS AL CONCURSO

1. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA

1.1. Sentido y finalidad de los sistemas de reintegración

Una de las operaciones más trascendentales que se desencadenan con la declaración del concurso de acreedores es la delimitación de la masa activa, esto es, la determinación del conjunto de bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor y que quedan afectos a la solución del concurso. Así, todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio del concursado quedan destinados a satisfacer a los acreedores bien sea a través de un convenio o mediante su liquidación.

En cualquiera de los dos supuestos, la delimitación de la masa pasiva, como actividad encaminada a determinar los bienes objeto del concurso, requiere del desarrollo de dos clases de operaciones: por un lado, (i) las destinadas a excluir y separar aquellos bienes que no son propiedad del deudor pero que este posee por otro título y, por otro, (ii) las que persiguen reintegrar al patrimonio del deudor aquellos bienes que nunca debieron salir del mismo.

Contemplando esta última posibilidad, la de la reintegración de determinados bienes al patrimonio del deudor, el art. 192.1 TRLC establece que:

*“La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y **por los que se reintegren al mismo** o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”.*

El sentido y finalidad de los sistemas de reintegración de bienes a la masa activa radica en la consciencia de que el patrimonio concursal constituye la mayor garantía de cobro para los acreedores concursales, ya que en función de su dimensión y alcance sus créditos serán satisfechos en mayor o menor proporción³⁷.

En este sentido, la realidad nos muestra como en no pocas ocasiones el deudor, en un momento previo a la declaración del concurso y ante la inminente afección de sus bienes a la satisfacción de los créditos concursales, decide distraer algunos de estos bienes

³⁷ SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 30.

de su patrimonio o adoptar medidas que favorezcan a unos acreedores en detrimento de otros³⁸. En respuesta a esta posibilidad – y, en ciertos supuestos, realidad - surgen los distintos sistemas de reintegración concursal, los cuales, mediante la revisión de las actuaciones del deudor anteriores al concurso, buscan preservar la integridad del patrimonio concursal y salvaguardar la *par conditio creditorum*.

1.2. La acción rescisoria concursal del artículo 226 TRLC

La acción rescisoria concursal se encuentra en la actualidad regulada en el art. 226 TRLC, el cual establece que:

“Declarado el concurso, serán 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 hubiere existido intención fraudulenta”.

De la lectura de este precepto podemos identificar el doble presupuesto a cuya concurrencia se encuentra sujeta la procedencia de esta acción: (i) que el acto a impugnar sea **perjudicial para la masa activa** y (ii) que este haya sido celebrado por el deudor **dentro de los dos años previos** a la declaración del concurso.

De esta suerte, el legislador establece un periodo de sospecha de los dos años anteriores a la declaración del concurso, de manera que todo acto del deudor realizado en ese intervalo y que resulte perjudicial para la masa activa va a poder ser impugnado una vez declarado el concurso.

Aunque en el siguiente apartado se realizará un análisis más detallado del concepto de perjuicio, interesa en este punto aclarar que este debe ser objeto de una interpretación en sentido amplio. Así, son susceptibles de ser considerados como actos perjudiciales tanto los negocios, pagos y declaraciones que impliquen un sacrificio patrimonial, como las actitudes omisivas del deudor que reporten este mismo resultado³⁹.

En referencia a la consideración de un acto como perjudicial, hay que enfatizar el hecho de que para proceder a la rescisión de dicho acto no es necesaria la existencia de vinculación alguna entre el mismo y la generación o agravación del estado de insolvencia en el que se encuentra el deudor. De esta manera, un acto puede resultar perjudicial para

³⁸ *Ibid.*, p. 29.

³⁹ LEÓN LEÓN, F., “Acciones de reintegración”, en ROJO, Á./BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 1305.

la masa activa en tanto que comporte una reducción o devaluación del patrimonio empresarial, aunque no medie causalidad entre su celebración y la posterior declaración del concurso⁴⁰.

Asimismo, interesa recordar que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias corresponde, en primer lugar, a la administración concursal ex art. 231 TRLC; y, con carácter subsidiario, a los acreedores en el caso de que hayan transcurrido dos meses desde que hubieran requerido a la administración concursal el ejercicio de la acción y esta no hubiere accedido a ello.

En cuanto a la **naturaleza jurídica** de la acción, aunque bien es cierto que de la dicción literal del art. 226 TRLC se infiere su condición de acción rescisoria –“(…) *serán rescindibles (…)*” –, su consideración como tal es discutida por la doctrina en base a su ámbito objetivo de aplicación.

No obstante, debemos, en un primer momento, partir de su consideración como una acción rescisoria, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia en múltiples ocasiones⁴¹. Así, podemos afirmar que esta acción persigue *a priori* posibilitar la impugnación de actos que, aunque perjudiciales para la masa activa, en el momento de su realización resultaron perfectamente válidos, pues reunían todos los elementos esenciales propios de su naturaleza, no eran contrarios a normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC), ni estaban afectados por un vicio de anulabilidad (art. 1300 y ss. CC). De esta suerte, nos encontraríamos ante una concreción legal del art. 1290 CC⁴², el cual contempla posibilidad de rescindir actos válidamente celebrados “en los casos establecidos por la Ley”.

Ahora bien, en el ámbito de la práctica concursal, por razones de oportunidad y por la propia configuración jurídica de la acción, la administración concursal acude igualmente a esta acción para impugnar actos que, si bien también son perjudiciales para el patrimonio empresarial, adolecen de determinados vicios que permiten predicar su

⁴⁰ Así lo advierte el Tribunal Supremo en su STS núm. 458/2010, de 16 de septiembre de 2010: “*en cuanto a la alegación de inexistencia de insolvencia (…)* cuando tuvo lugar la operación, resulta inconsistente porque incurre en supuesto de la cuestión al contradecir una apreciación fáctica de la resolución recurrida no previamente desvirtuada, además de no ser necesaria a los efectos de que se trata porque la Ley sólo exige perjuicio”.

⁴¹ Vid. STS núm. 487/2013, de 10 de julio de 2013.

⁴² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889).

invalidez. Nos encontraríamos ante supuestos en los que la administración concursal ejercita esta acción frente a actos nulos o anulables que podrían ser igualmente atacados por las acciones de impugnación específicas que la ley contempla para esos supuestos⁴³.

De esta manera, la acción rescisoria concursal se configuraría, por la vía de hecho, como una acción de reintegración ejercitable respecto de todo acto perjudicial para la masa activa, con independencia del juicio de validez del mismo, y bastando para ello la prueba de su carácter perjudicial para la masa activa.

Asimismo, y estableciendo una clara diferenciación respecto de la acción rescisoria civil – o pauliana – de los arts. 1291 y 1111 CC, es preciso rescatar el último inciso que el art. 226 TRLC realiza al establecer los presupuestos de ejercicio de la acción rescisoria concursal: “aunque no hubiese existido intención fraudulenta”. Así, mientras que la normativa concursal niega la necesidad de que exista una **intención fraudulenta del deudor** – denominada *consilium fraudis*⁴⁴ - a la hora de realizar el acto perjudicial para la masa, este requisito subjetivo sí es exigido para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores recogida en el Código Civil.

Por otro lado, en lo que respecta a los **efectos de la acción rescisoria concursal**, el art. 235 TRLC establece que la sentencia que estime la acción (i) declarará la ineficacia del acto impugnado y, como consecuencia de ello, (ii) condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses⁴⁵. Además, en el caso de que la reintegración no fuera posible por pertenecer los bienes o derechos a un tercero no demandado, o que hubiera procedido de buena fe, o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a la entrega del equivalente pecuniario al valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor – más el interés legal -.

Por último, hemos de reseñar que, al margen a la acción rescisoria concursal, existen otras acciones impugnatorias que amplían las posibilidades de reintegración de la masa activa al ser completamente compatibles con la anterior. Así lo establece el art. 238.1 TRLC al afirmar que “también podrán impugnarse (los actos del deudor anteriores

⁴³ ESCRIBANO GÁMIR, R., “La reintegración de la masa activa del concurso”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 38, 2002, p. 57.

⁴⁴ El término *consilium fraudis* hace referencia a la conciencia del deudor sobre el daño que provoca al acreedor con su actuación. *Vid.* STS núm. 653/2016, de 4 de noviembre de 2016.

⁴⁵ Hay que puntualizar que en el caso de que se trate de un acto unilateral, se procederá a la restitución de la masa activa de la prestación objeto de aquel y se ordenará la inclusión del crédito correspondiente en la lista de acreedores (art. 235.3 TRLC).

a la declaración) mediante el ejercicio de otras acciones que procedan conforme al derecho general”. Se trata de la acción rescisoria por fraude de acreedores regulada en los arts. 1291 y 1111 CC, cuyo ejercicio exige la prueba del fraude y del perjuicio; la acción de nulidad radical, ejercitable en los casos en los que el acto contradiga la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC); la acción de anulabilidad por vicios (arts. 1265 a 1270 CC); y, por último, la acción que la administración concursal – o los acreedores – pueden ejercitar en caso de simulación absoluta o relativa.

2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N° 682/2016, DE 21 DE NOVIEMBRE

A pesar de que existían con anterioridad pronunciamientos de órganos jurisdiccionales que abordaban esta cuestión⁴⁶, la STS n° 682/2016, de 21 de noviembre fue el primer caso – y hasta ahora único⁴⁷ – en el que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la controvertida cuestión de si las modificaciones estructurales pueden ser objeto de rescisión concursal. En esta resolución, el Tribunal desestimó la demanda interpuesta por la administración concursal en la que se solicitaba la rescisión de una escisión parcial realizada por una sociedad posteriormente declarada en concurso, pronunciándose así en favor de inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas.

En este caso, la administración concursal procedió a interponer esta acción sobre la consideración de que la única finalidad pretendida por la escisión parcial era sustraer del ámbito de responsabilidad de la sociedad – dedicada al negocio inmobiliario - el patrimonio neto escindido, ya que únicamente se transmitieron a la beneficiaria los inmuebles menos gravados y que generaban rentas. Además, alegó que la sociedad beneficiara de la escisión, a la que se transmitieron los inmuebles, formaba parte del mismo grupo de empresas al que pertenecía la concursada, realizándose así la transmisión en favor de una persona especialmente relacionada.

Dado el interés generado por la cuestión y la controversia derivada del pronunciamiento, partiremos del mismo para realizar un análisis crítico de dos cuestiones que resultaron, y resultan, controvertidas a la hora de valorar la resistencia de las modificaciones estructurales ante la acción rescisoria concursal: (i) el perjuicio a la masa

⁴⁶ Vid. SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria núm. 234/2011, de 12 de diciembre.

⁴⁷ A través del Auto núm. 4853/2019, de 8 de mayo, la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación interpuesto por la administración concursal al considerar que no se acredita el interés casacional y, consecuentemente, no se pronuncia sobre el fondo del asunto.

activa derivado de la escisión parcial y (ii) el supuesto carácter inimpugnable de las modificaciones estructurales traslativas inscritas *ex art.* 47.1 LME.

2.1. El perjuicio a la masa activa derivado de la escisión parcial

Tal y como se adelantaba en el apartado anterior, el concepto de perjuicio constituye una de las claves esenciales sobre las que se asienta el régimen de aplicabilidad de la acción rescisoria concursal. Ello se debe a que el art. 226 TRLC establece como requisito para la procedencia de su ejercicio que el acto a rescindir haya provocado un perjuicio a la masa activa del concurso. Sin embargo, más allá de una serie de presunciones que facilitan su prueba en determinados casos (arts. 227 y 288 TRLC), la norma solo deja incógnitas en lo que respecta al alcance y contenido del concepto de perjuicio⁴⁸.

La falta de concreción acerca de qué debe entenderse por perjuicio ha dado lugar a múltiples interpretaciones doctrinales al respecto – algunas de las cuales se analizarán a continuación – que, como era de esperar, difieren de la valoración que el Tribunal Supremo realiza sobre el perjuicio a la masa activa en el caso de las escisiones parciales.

(i) Posición del Tribunal Supremo

Partiendo del carácter inimpugnable e irrescindible de toda modificación estructural inscrita como base de su argumentación – cuestión que se analiza en el siguiente epígrafe -, el Tribunal Supremo evita pronunciarse de manera explícita sobre las alegaciones realizadas por la administración concursal acerca del perjuicio causado al patrimonio de la concursada. Sin embargo, aprovecha la oportunidad para realizar un análisis de su jurisprudencia pasada y recordar en qué supuestos considera que los derechos de los acreedores se han visto ilícitamente defraudados como consecuencia de una modificación estructural.

De esta suerte, basándose en que el art. 70 LME establece que las escisiones parciales implican el traspaso en bloque por sucesión universal de unidades económicas concretas, el Tribunal Supremo considera que solo es amparable el derecho de aquellos

⁴⁸ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “El perjuicio para la masa activa”, en BELTRÁN E./SANJUÁN, E. (Dirs.), *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 a 21 abril de 2012*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 134 y 135.

acreedores cuyos créditos estaban asociados a la unidad económica objeto de escisión y no han sido transferidos como parte de la misma.

Ante este tipo de situaciones, el Alto Tribunal considera aplicable la doctrina del levantamiento del velo a fin de evitar que el respeto absoluto de la personalidad jurídica de las sociedades perjudique los legítimos derechos de los acreedores. Así, considera que este tipo de actuaciones reflejan una intencionalidad fraudulenta por parte de los administradores, la cual justifica que la sociedad beneficiaria resulte responsable del cumplimiento de los créditos que han sido ilícitamente defraudados⁴⁹.

Asimismo, merece la pena apuntar que, además de basar su argumentación en levantamiento del velo, el Tribunal aporta una fundamentación adicional: el hecho de que una deuda vinculada a una unidad económica no sea posteriormente incluida como parte de la deuda transmitida no significa que esta no se vea afectada por el efecto de sucesión universal del art. 70 LME.

Así las cosas, y a la luz los pronunciamientos del Tribunal Supremo, podemos concluir que este considera que una modificación estructural, al margen de los supuestos anteriormente mencionados, no genera un perjuicio a los derechos de los acreedores que sea meritorio de tutela jurídica alguna. Así, la sentencia deniega cualquier tipo de tutela a los acreedores por considerar que la administración concursal no ha fundado su reclamación en uno de los supuestos anteriores.

(ii) Valoración crítica

Al sostener esta postura, el Tribunal Supremo parece obviar que la escisión de una unidad productiva con todo su pasivo vinculado también puede resultar perjudicial para los intereses de los acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida. Así, se hace preciso recordar que la unidad de imputación de responsabilidades - en los términos establecidos en el art. 1911 CC - es la sociedad, pues es quien goza de personalidad jurídica propia, y no la unidad productiva. Por lo tanto, aunque en la

⁴⁹ Vid. STS núm. 796/2012, de 3 de enero de 2013, en la que se afirma que: “La importancia del crédito reclamado y la sucesión en el tiempo de la reclamación del crédito y el comienzo de estas operaciones societarias, conducen a pensar que su finalidad era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, para que sus activos presentes y futuros no respondieran de aquella deuda, a la vez que se provocaba la quiebra de la deudora originaria, para remitir a ella al acreedor; y, al mismo tiempo, los continuos cambios de denominaciones sociales y la segunda escisión todavía generaban mayor confusión a la hora de seguir la pista de la sociedad beneficiaria”.

transmisión se preserve la unidad de activo y pasivo que constituye la rama de actividad, la escisión reduce de manera objetiva el patrimonio atacable por los acreedores.

Esta concepción resulta acorde con la postura que defiende parte de la doctrina, la cual que considera que el perjuicio para el patrimonio del deudor queda suficientemente acreditado con que se pruebe que la masa activa hubiera tenido un mayor valor si no se hubiera producido el acto cuya impugnación se interesa – en nuestro caso, la escisión -⁵⁰. El perjuicio quedaría, por tanto, definido como cualquier disminución o menoscabo del patrimonio de la concursada y, consecuentemente, de la cifra de garantía de los acreedores.

Además, adentrándonos en la exégesis del concepto de perjuicio, existen planteamientos que defienden el carácter perjudicial de todo acto que implique una quiebra de la *par conditio creditorum*⁵¹. Esta interpretación amplia del concepto de perjuicio es acogida por el propio Tribunal Supremo⁵² y se fundamenta en que la mejor satisfacción de los acreedores, como finalidad principal del concurso y de la acción de reintegración, solo puede ser plenamente garantizada si se fiscalizan los actos que pueden incidir discriminatoriamente entre estos.

Ni que decir tiene que una aplicación estricta de este concepto de perjuicio – que el propio Tribunal Supremo suscribe – derivaría en la rescindibilidad de la escisión parcial anteriormente referida. Pues, en la medida en que unos acreedores se ven “privilegiados” frente a otros al ser sus créditos transmitidos a la sociedad en la que se concentran los activos más rentables, estaríamos ante un supuesto de trato desigual en lo que a sus posibilidades de cobro se refiere. No obstante, la negativa del Tribunal Supremo a brindar tutela alguna a todo perjuicio que no sea el ya mencionado no hace sino corroborar lo que vienen afirmando algunos autores: “el principio de la *par conditio creditorum* es más mito que realidad en la medida en que legislador, doctrina, jurisprudencia y grupos de

⁵⁰ SÁNCHEZ CALERO, J. y FERNÁNDEZ TORRES, I., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 14, 2011, p. 123.

⁵¹ GARCÍA-CRUCES, J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 49.

⁵² *Vid.* STS núm. 487/2013, de 10 de julio de 2013.

interés no han hecho otra cosa que limitar, desvirtuar y degradar la esencia misma de la igualdad de trato entre acreedores”⁵³.

Por otro lado, existe la tentación de pensar que no existe perjuicio en la medida en que no se produzca una reducción de la proporción entre activo y pasivo en la sociedad parcialmente escindida – ratio de solvencia -. Sin embargo, este criterio no garantizaría la salvaguarda de los intereses de los acreedores puesto que, de cara a valorar el patrimonio atacable en el futuro, no solo resulta relevante el valor contable de los bienes, sino también la potencialidad de estos para generar ingresos. Así las cosas, la situación se vería agravada en aquellos supuestos en los que la unidad productiva transmitida es la que se encuentra menos endeudada o la que integra la rama del negocio que genera más flujos de caja.

Por otro lado, existen quienes, conscientes de que los planteamientos anteriores implicarían la rescisión de la totalidad de las modificaciones estructurales, optan por defender criterios que condicionan la rescisión a la concurrencia de un perjuicio cualificado. En este sentido, consideran que la simple disminución de la cifra de garantía no implica que no se deje asegurada la satisfacción de los acreedores de la sociedad escindida. Así, solo si finalmente el valor de los activos no cubriese el de los créditos a pagar podríamos hablar de un deterioro de la garantía patrimonial y, por lo tanto, de un perjuicio⁵⁴.

La búsqueda de criterios alternativos o requisitos adicionales que eviten que la totalidad de las modificaciones estructurales sean afectadas por tan grave sanción legal es totalmente razonable. Más aún si consideramos que en toda modificación estructural se produce una alteración en la masa activa y pasiva que podría justificar su rescindibilidad. Sin embargo, establecer criterios derivativos sobre el perjuicio que se amolden a las vicisitudes que se plantean en las modificaciones estructurales resulta arriesgado, sobretodo en relación con el resto de actos que pueden verse afectados por la rescisoria concursal.

⁵³ MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Frustración del dividendo y acción de reintegración ante la insolvencia sobrevenida”, en VEIGA COPO, A.B./MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Dir.), *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 967.

⁵⁴ PÉREZ TROYA, A., ¿Resistencia de la escisión parcial a la acción rescisoria concursal?, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, 2017, pp. 33.

Ahora bien, siendo conscientes del impacto que para el tráfico jurídico y económico tendría una aplicación férrea de las posturas más garantistas con los acreedores, creemos preciso apuntar que resultaría más que interesante contar con una regulación societaria que se adelantase a esta situación y resolviese el problema en origen. Aunque este planteamiento será desarrollado en profundidad en el siguiente capítulo⁵⁵, merece la pena en este punto introducir la que se revela como la mejor alternativa a los problemas que plantean este tipo de operaciones: la **responsabilidad solidaria de la sociedad beneficiaria por el pasivo que no le ha sido asignado durante un intervalo de tiempo** desde la inscripción de la escisión.

Del establecimiento de este régimen de responsabilidad de la sociedad beneficiaria, de aplicación en países como Alemania⁵⁶, se derivarían las siguientes consecuencias:

- (i) Una mitigación del perjuicio provocado a los acreedores de la sociedad parcialmente escindida, puesto que siguen pudiendo exigir responsabilidad a la sociedad beneficiaria y, por lo tanto, no ven reducida su cifra de garantía.
- (ii) Y, considerando que el periodo de responsabilidad solidaria de la beneficiaria es - al menos - de dos años desde la inscripción, se evitaría que toda modificación estructural fue susceptible de ser rescindida si la sociedad parcialmente escindida es declarada en concurso.

Finalmente, realizaremos un breve análisis de las dos presunciones que la administración concursal alegó para defender la existencia de un perjuicio y que fueron descartadas en la sentencia de apelación⁵⁷: (i) la presunción *iuris et de iure* del art. 227 TRLC, por tratarse de una salida patrimonial a título gratuito, y (ii) la presunción *iuris tantum* del art. 228.1º TRLC, por ser un acto realizado en favor de una persona especialmente relacionada.

En cuanto a la primera, la Audiencia Provincial descartó su aplicabilidad por considerar que las modificaciones estructurales no son actos gratuitos, aunque la sociedad escindida no reciba contraprestación alguna de la beneficiaria. Consideró así que en el

⁵⁵ Vid. apartado III.4

⁵⁶ El § 133 (3) del Umwandlungsgesetz (Ley de transformación alemana) atribuye responsabilidad de las sociedades beneficiarias por el pasivo que no les ha sido atribuido y que venza durante los cinco años siguientes a la escisión.

⁵⁷ Vid. SAP A Coruña núm. 414/2014, de 30 diciembre.

caso de la escisión parcial la contraprestación existe, aunque es recibida por los socios – en forma de acciones o participaciones de la beneficiara - como titulares indirectos del patrimonio escindido.

Sin embargo, esta argumentación no deja de presentar una falla fundamental en lo que a las posibilidades de satisfacción de los acreedores respecta: la disociación entre la responsabilidad de los socios y la de la sociedad en cuestión.

Y, en cuanto a la segunda de las presunciones, consideró improcedente su aplicación sobre la base de que una escisión parcial no se trata, en puridad, de un acto dispositivo oneroso en favor de la sociedad beneficiaria. De acuerdo con su postura, a los efectos de esta presunción simplemente se trata de un acto realizado entre la sociedad escindida y su socio unipersonal por el canje de las acciones de la sociedad beneficiara.

Debemos puntualizar que la sociedad beneficiara estaba totalmente participada por una persona física que a su vez era la única propietaria del socio único de la sociedad concursada. Así las cosas, la interpretación de la Audiencia Provincial genera muchas incógnitas pues, a luz del art. 283 TRLC, esta persona sería considerada como especialmente relacionada al contar con una participación indirecta superior a un cinco por ciento en el capital de la concursada. En tanto que la unidad económica escindida se transfirió a una sociedad íntegramente participada por esta persona, resulta evidente esta recibió indirectamente a través de la sociedad beneficiaria el patrimonio neto escindido.

2.2. El supuesto carácter inimpugnable de la escisión inscrita

Al margen del debate sobre la existencia o no de un perjuicio patrimonial, existe otro escollo que resulta determinante a la hora de valorar la posible rescindibilidad de una modificación estructural: la aparente incompatibilidad entre la regulación societaria (art. 47.1 LME) y la concursal (art. 226 TRLC).

Tal y como se ha señalado, de acuerdo con lo establecido en el art. 226 TRLC, las modificaciones estructurales parecerían *a priori* susceptibles de ser atacadas mediante la rescisoria concursal. Sin embargo, si acudimos a la normativa societaria específica que regula las modificaciones estructurales, el art. 47 LME parece predicar la inatacabilidad de las modificaciones estructurales inscritas fuera de los supuestos que en él se contemplan:

“1. Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su

caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados

2. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad”.

(i) Posición del Tribunal Supremo

A pesar de que existían con anterioridad pronunciamientos de instancias inferiores en el mismo sentido, en esta ocasión el Tribunal Supremo se posicionó por primera vez en favor de la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal⁵⁸.

De esta suerte, considera que la impugnación de este tipo de operaciones solo puede fundarse en la infracción de las normas procedimentales establecidas en la LME, debiendo ejercitarse tal acción en el breve lapso de tres meses. De acuerdo con esta postura, cuando el art. 47.1 LME hace referencia a la imposibilidad de impugnación fuera del marco establecido en esa ley, se está refiriendo a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la operación, lo que incluye a la rescisoria concursal.

Por último, apunta que este régimen de impugnación tan restrictivo persigue, en pos de preservar la seguridad jurídica, limitar al máximo la posibilidad de que una modificación estructural resulte ineficaz tras su inscripción.

(ii) Valoración crítica

Un sector de la doctrina, encabezado por CERDÁ ALBERO, defiende esta postura y respalda la eficacia convalidante de la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estructurales⁵⁹.

Toman este posicionamiento en concordancia con el régimen de impugnación que existe en Alemania e Italia, cuya opción de conceder eficacia convalidante a la inscripción

⁵⁸ STS nº 682/2016, de 21 de noviembre (FJ. 4): “Esta previsión afecta a cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural, no sólo la nulidad, sino también la rescisión concursal, que, como hemos expuesto, legalmente conlleva la nulidad del acto objeto de rescisión (art. 73.1 LC). De hecho, el art. 47.1 LME emplea el término ‘impugnación’, que es más amplio que el de nulidad, para abarcar cualquier acción que pretenda la ineficacia de la modificación estructural una vez inscrita en el Registro Mercantil”.

⁵⁹ En contra de la rescindibilidad: CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, pp. 387 y ss.; GONZÁLEZ NAVARO, B.A., “La rescisión de las modificaciones estructurales”, en BELTRÁN E./SANJUÁN, E. (Dirs.), *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 a 21 abril de 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 199 y ss.; entre otros.

registral ha inspirado toda la regulación europea sobre modificaciones estructurales⁶⁰. Así, es cierto que la Directiva de Fusiones Transfronterizas⁶¹ y el Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea⁶² han obligado a España a reconocer eficacia convalidante a la inscripción de las fusiones transfronterizas intracomunitarias y a las SAE. Sin embargo, en el resto de supuestos el régimen de impugnación no está del todo claro.

Las sucesivas Directivas de la UE sobre Derecho de sociedades han abogado y abogan por reducir al máximo los supuestos de nulidad e impugnación de las modificaciones estructurales inscritas en pos de garantizar la seguridad jurídica⁶³. Sin embargo, no dejan de existir voces que indican que las Directivas centran su preocupación en la impugnación por irregularidades procedimentales en el sentido técnico-jurídico, cosa que resulta ajena a la protección patrimonial de los acreedores ante una situación sobrevinida como es el concurso⁶⁴.

Asimismo, quienes defienden la eficacia sanadora de la inscripción a menudo la fundamentan sobre la base de que el art. 47.1 LME establece *in fine* la posibilidad de ejercitar una acción de resarcimiento por daños. Este planteamiento no solo resulta ilusorio por la limitación que presenta esta acción resarcitoria en la práctica – cosa que será analizada en el siguiente capítulo –, sino porque este régimen es propio de aquellos ordenamientos que prohíben toda impugnación de las modificaciones estructurales inscritas – como el italiano –⁶⁵. Así, el ordenamiento español afronta una suerte de hibridación, pues contempla esta acción de resarcimiento – a todas luces insuficiente –

⁶⁰ ORTIZ MÁRQUEZ, M., “Las modificaciones estructurales realizadas antes de la declaración de concurso”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 49, 2020, p. 126.

⁶¹ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital; posteriormente reemplazada por la Directiva (UE) 2017/1132 sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades y, en la actualidad, por la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019.

⁶² Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

⁶³ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas; Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, referente a la escisión de sociedades anónimas; y, en sustituyendo a las anteriores, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

⁶⁴ PÉREZ TROYA, A., *op. cit.*, p. 454.

⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Coord.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 645 y ss.

pero a su vez introduce un estricto régimen impugnación de las modificaciones inscritas – a todas luces insatisfactorio -.

Por añadidura, quienes defienden esta interpretación del art. 47.1 LME a menudo basan su argumentación en la similar eficacia convalidante de la inscripción que contempla la regulación alemana. Así, no deja de ser cierto que los § 20 (2) y § 133 (2) del *Umwandlungsgesetz* establecen la inatacabilidad de las modificaciones estructurales inscritas, habiendo tomado la jurisprudencia alemana una postura similar a la de nuestro Tribunal Supremo⁶⁶.

Sin embargo, este análisis de Derecho comparado parece obviar una circunstancia que resulta fundamental a la hora de valorar de manera completa el régimen alemán de impugnación de las modificaciones estructurales: el distinto régimen de responsabilidad societaria existente en ese ordenamiento. Como venimos sosteniendo, para evaluar la oportunidad de una normativa es preciso llevarla hasta sus últimas consecuencias, permitiéndonos conocer el efecto que esta produce sobre distintos intereses involucrados.

Así, en las fusiones, escisiones totales y segregaciones, como vimos en el capítulo anterior, si bien la posición de los acreedores se ve modificada, únicamente se produce un cambio cualitativo de su posición, no así una reducción cuantitativa de su cifra de garantía. Nos centramos por lo tanto en las escisiones parciales, que presentan un mayor riesgo por la inexistencia de responsabilidad solidaria de la beneficiaria por el pasivo que permanece en la sociedad escindida (art. 80 LME).

Pues bien, para poder entender el sistema alemán de impugnación de las modificaciones estructurales, es preciso tener en cuenta que la regulación societaria de este ordenamiento contempla, tal y como adelantamos en el punto anterior, la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por las deudas que permanecen en la sociedad parcialmente escindida durante un periodo de cinco años⁶⁷. La articulación de este régimen de responsabilidad sin duda garantiza la satisfacción de los acreedores durante el periodo de tiempo en que existe tal responsabilidad y, por la tanto, justifica la existencia

⁶⁶ CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, 420.

⁶⁷ Así, lo establece el § 133 (3) del *Umwandlungsgesetz* (Ley de transformación alemana) al tratar los mecanismos de protección de los acreedores y titulares de derechos especiales ante la escisión (*Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten*).

de un régimen tan estricto en relación con la impugnación de las modificaciones estructurales.

La ausencia de tal previsión en nuestro art. 80 LME hace que el posicionamiento del Tribunal Supremo en relación con la inimpugnabilidad de las escisiones parciales, defendido para la doctrina ya referida, no haga sino consagrar la posibilidad de defraudar los derechos de los acreedores, que ven reducidas sus expectativas de cobro.

Bien es cierto que muchos aducen la existencia de mecanismos alternativos de tutela de los acreedores, como el derecho de oposición y la acción de resarcimiento por daños. Sin embargo, en el siguiente capítulo se realizará un análisis que pondrá de manifiesto la insuficiencia de tales mecanismos alternativos de tutela, lo que, en suma, justifica la pertinencia de un régimen de responsabilidad “a la alemana”.

III. LA INSUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE TUTELA ALTERNATIVOS

La defensa de la resistencia de las modificaciones estructurales inscritas a la rescisión concursal *ex art. 47.1 LME* suele sustentarse en la existencia de métodos alternativos de tutela de los acreedores, en concreto: (i) el derecho de oposición de los acreedores a la modificación estructural, (ii) la responsabilidad de la sociedad beneficiaria y (iii) la posibilidad de exigir el resarcimiento de daños causados.

Sin embargo, a lo largo de las siguientes páginas se pondrá de manifiesto la insuficiencia práctica de tales mecanismos en relación con la protección de los acreedores. Asimismo, se indicará cómo los sistemas alemán e italiano, referentes de parte de la doctrina para argumentar la irrevocabilidad de las modificaciones estructurales, presentan particularidades que refuerzan por otras vías la tutela de los acreedores.

1. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

La subsunción de la función y finalidad de la acción rescisoria concursal en el derecho de oposición regulado en la normativa societaria es un razonamiento que goza de gran respaldo en determinados sectores de la doctrina⁶⁸. De acuerdo con esta postura, la normativa societaria - arts. 44, 73 y 88 LME - ya brinda a los acreedores un mecanismo de protección preventivo que les permite oponerse a toda operación que consideren perjudicial para sus intereses. De esta forma, que estos no se opusieran a la modificación estructural cuando tuvieron oportunidad resultaría motivo bastante para negar el carácter rescindible de la misma.

Esta postura es compartida por un amplio sector de la doctrina italiana⁶⁹, cosa que, como ya adelantábamos en el capítulo anterior, ha sido en múltiples ocasiones empleada por algunos juristas nacionales para respaldar la irrevocabilidad de las modificaciones estructurales.

⁶⁸ En concreto, destaca la posición de CERDÁ ALBERTO, F., *op. cit.*, p. 407.

⁶⁹ DI GRAVIO, D., “La revocatoria fallimentare dell’attribuzione dei beni nella scissione della società”, *Il Diritto fallimentare*, n.º. 2, 2001, pp. 442-445; entre otros. (*cit. apud* CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, p. 422).

Sin embargo, existen determinadas circunstancias que hacen que el derecho de oposición español diste mucho de ser un mecanismo efectivo de protección de los acreedores – marcando una clara diferencia con el italiano –:

- (i) En primer lugar, en la normativa española, el derecho de oposición únicamente es ejercitable por un número restringido de acreedores: aquellos **titulares de créditos no vencidos**. Esta circunstancia supone que los acreedores titulares de créditos vencidos, que confiaron en la solvencia de la sociedad cuando contrataron con ella, no podrán oponerse a la operación que pretende reducir su cifra de garantía⁷⁰. De esta suerte, sus posibilidades de cobro se limitarán a solicitar la declaración del concurso si finalmente la operación desemboca en la insolvencia de la sociedad.

En contraste, encontramos que la configuración del derecho de oposición italiano no excluye a los acreedores titulares de créditos vencidos, lo que nos da idea del régimen de oposición más amplio y efectivo que existe en este ordenamiento – arts. 2503 y 2445 *Codice Civile italiano* -⁷¹.

- (ii) En segundo lugar, resulta cuestionable que exista una verdadera **eficacia paralizante derivada del ejercicio del derecho de oposición**, extremo que sí se cumple en la normativa italiana⁷².

En este sentido, hasta la promulgación del Real Decreto-Ley 9/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación⁷³, en España el ejercicio del derecho de oposición de un acreedor tenía verdadera eficacia paralizadora de la inscripción registral. Sin embargo, tras esta reforma, el art. 44.4 LME admite la posibilidad de que la modificación estructural sea inscrita a pesar de que un acreedor legitimado ejercite su derecho de oposición, lo que, en opinión de algunos, elimina en la práctica el derecho de oposición⁷⁴.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., *op. cit.*, p. 293.

⁷¹ D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

⁷² PÉREZ TROYA, A., *op. cit.*, p. 460.

⁷³ Reforma introducida 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 (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2012).

⁷⁴ PASTOR SEMPERE, M.C., “Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 42, 2013, p. 426.

Bien es cierto que se le reconoce la posibilidad de solicitar al Registro Mercantil que haga constar su oposición en una nota al margen de la inscripción. No obstante, esta circunstancia no le previene de todo perjuicio, pues si finalmente la operación provoca la insolvencia de la sociedad, difícilmente obtendrá una garantía que asegure el pago de su crédito.

En este punto, debemos recordar que la única tutela provista por la normativa española al acreedor que ejercita su derecho de oposición es el “derecho” a que su crédito le sea garantizado – salvo que ya lo estuviera en suficiente medida -. Esta circunstancia no deja de generar incógnitas si consideramos que una sociedad al borde de la insolvencia puede encontrar trabado prácticamente todo su patrimonio, reduciéndose la posibilidad de que tal garantía sea prestada.

- (iii) En tercer, se presenta el problema de aquellos acreedores concursales “involuntarios” que, aunque aún no se había materializado la modificación estructural, no pudieron oponerse a la misma por haber nacido su crédito después de la publicación de proyecto de la operación. Ante este supuesto la jurisprudencia suele argumentar que, aunque no pudieron oponerse, tuvieron la posibilidad de conocer la operación por el régimen de publicidad al que estas se someten⁷⁵.

Si bien esta postura plantea una carga excesivamente gravosa sobre los acreedores, su eventual admisión no justificaría la subsunción de la función de la acción rescisoria concursal en el derecho de oposición. La rescisoria concursal, en pos de una tutela del interés colectivo, también juega en favor de los acreedores cuyos créditos nacieron después de la operación - incluso créditos contra la masa nacidos tras la declaración del concurso -.

- (iv) Por último, merece la pena apuntar un factor que, si bien no imposibilita, al menos dificulta el ejercicio del derecho de oposición: el reducido **plazo de 30 días** que existe para su ejercicio, frente a los 60 días que establece el régimen italiano.

En base a todo lo anterior, no resulta arriesgado afirmar que la protección de los acreedores en las modificaciones estructurales a través del derecho de oposición se ha ido

⁷⁵Vid. SJM 9 de Barcelona núm. 28/2015, de 13 de febrero de 2015, donde se afirma 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 nº 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*”.

flexibilizando hasta poner en entredicho la finalidad protectora de esta figura. Por lo tanto, parece claro que no puede considerarse que la mera existencia de este mecanismo preventivo de protección justifique de la irrevocabilidad de las modificaciones estructurales.

2. LA ACCIÓN RESARCITORIA DEL ART. 47.1 LME E INCONGRUENCIAS DE LA SOLUCIÓN ARTICULADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Frente al derecho de oposición, que ofrece una tutela preventiva de los intereses de los acreedores – cuyas limitaciones se han puesto de manifiesto -, la acción de resarcimiento de art. 47.1 LME se revela como un mecanismo *ex post* de salvaguarda de tales intereses. Así, tras afirmar la entendida por algunos como inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales inscritas, el art. 47.1 LME añade en un segundo inciso que:

“Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”.

De esta suerte, no faltan autores que consideran que, mediante la introducción de esta regla, claramente inspirada en la normativa italiana, el legislador ha optado por que **la tutela impugnatoria de las modificaciones estructurales quede desplazada por la tutela indemnizatoria** que pueda corresponder a los socios o acreedores que se hayan visto perjudicados por la operación ⁷⁶. Así, aunque la norma guarda silencio en relación con la legitimación pasiva, parece lógico que el acreedor podría dirigirse a todo aquel que contribuyó a la causación del daño, como podrían ser los administradores, expertos independientes, auditores de cuentas o las propias sociedades involucradas.

Aunque bien es cierto que *a priori* puede parecer que un adecuado tratamiento de esta acción permitiría garantizar la salvaguarda de los intereses de los acreedores de manera similar a la rescisoria concursal, de su diferente naturaleza jurídica se derivan una serie limitaciones que la alejan de tal consideración.

En este sentido, debemos recordar que, en tanto que se trata de una acción resarcitoria sometida a las reglas generales de responsabilidad por daños, para que esta prospere es necesaria la concurrencia de tres presupuestos: (i) una conducta ilícita, (ii) un daño resarcible y (iii) la relación de causalidad entre estos – al margen de los criterios de imputación subjetiva -. De esta manera, la posibilidad de exigir responsabilidad sobre la

⁷⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *op. cit.*, p. 706.

base de esta acción queda condicionada al carácter ilícito de la modificación estructural, circunstancia que pone de manifiesto la imposibilidad de subsumir en ella la función de la acción rescisoria, toda vez que esta puede ejercitarse frente a actos perfectamente lícitos – aunque perjudiciales -.

A esta circunstancia se suma, como ya adelantamos, que el Tribunal Supremo considera que únicamente existe una intencionalidad fraudulenta, y por tanto una conducta ilícita de la que se derive un daño digno de tutela indemnizatoria, en aquellos supuestos en los que créditos que estaban asociados a la unidad económica objeto de escisión no han sido finalmente transferidos como parte de la misma. Reafirmando en esa postura, en su STS núm. 682/2016, de 21 de noviembre, especifica que sobre la base de esta acción solo podrán reclamarse aquellas cantidades que guarden relación con los concretos créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados, denegando la tutela al resto de acreedores.

Esto no hace sino volver a poner de manifiesto que la tutela que la rescisoria concursal (art. 226 TRLC) brinda a los acreedores perjudicados por la escisión en ningún caso pueden considerarse cubierta por la acción de resarcimiento de daños (art. 47.1 LME). Frente a ello, existen voces, como la de CONDE TEJÓN⁷⁷, que abogan por hibridar los efectos de la acción resarcitoria y la acción rescisoria concursal a fin de garantizar una adecuada tutela a los todos acreedores. De acuerdo con esta tesis, sería conveniente realizar una reforma de manera que la administración concursal pudiera solicitar una indemnización por daños y perjuicios cuyo régimen de aplicación fuera similar al de la acción rescisoria, bastando así para su reconocimiento la concurrencia de un perjuicio a la masa activa – que afecta a todos los acreedores, y no solo a los ilícitamente defraudados – y admitiendo las presunciones de perjuicio recogidas en el TRLC.

Por otro lado, en relación con lo anterior, podemos observar que la forma en la que el Tribunal Supremo articula en la práctica el ejercicio de la acción de resarcimiento presenta una serie de incongruencias que parecen revelar su intención de asemejarla sin éxito – por vía jurisprudencial - a la rescisoria concursal:

⁷⁷ CONDE TEJÓN, A., “La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 33, 2014, p. 485.

- (i) En primer lugar, el Alto Tribunal reconoce la posibilidad de que esta acción de resarcimiento de daños, limitada a aquellos créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados, pueda ser ejercitada por la propia administración concursal a modo de acción colectiva. Esta **atribución jurisprudencial de legitimación activa a la administración concursal** parece pretender acercar el régimen de legitimación de la acción de resarcimiento al de la acción rescisoria, el cual se caracteriza por atribuir legitimación principal y directa de la administración concursal.

Sin embargo, el Tribunal Supremo parece obviar que el art. 132 TRLC únicamente atribuye legitimación activa a la administración concursal para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que la propia sociedad concursada ostenta frente a terceros, como la acción social de responsabilidad contra administradores del art. 238 LSC. De esta manera, la legitimación de la administración concursal ex. art. 132 TRLC no se extiende a las acciones de responsabilidad que puedan corresponder a otros sujetos distintos de la propia concursada. Así, de acuerdo con algunos autores, no existe habilitación legal alguna que permita sostener la legitimación activa de la administración concursal para ejercitar la acción resarcitoria que el art. 47.1 LME⁷⁸ reconoce a los acreedores sociales que se hayan visto perjudicados por la modificación estructural, cosa que sí contempla de manera expresa la norma equivalente a esta en ordenamiento italiano - art. 2394 bis del *Código Civile italiano* -.

- (ii) Y, en segundo lugar, resulta harto contradictorio que el Alto Tribunal considere que únicamente son meritorios de tutela indemnizatoria aquellos concretos créditos que han sido ilícitamente defraudados, pero posteriormente indique que **las cantidades recibidas por este concepto deben ir a parar a la masa activa del concurso**⁷⁹, consecuencia característica de la reintegración concursal y no de una acción por resarcimiento de daños.

Como vemos, nos encontramos ante un nuevo intento de asemejar la articulación práctica de la acción indemnizatoria a la de la acción rescisoria concursal, cuestión

⁷⁸ CERDÁ ALBERO, F., *op. cit.*, p. 427.

⁷⁹ *Vid.* STS núm, 662/2016, de 21 de noviembre (FJ. 7): “Esto es, sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal (...) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión”.

que genera incongruencias derivadas de la diferente naturaleza jurídica de cada una de las acciones. Así, carece de sentido que la compensación indemnizatoria a la que tienen derecho, con carácter individual, cada uno de los acreedores que se ha visto ilícitamente perjudicado por la modificación estructural, posteriormente vaya destinada a acrecentar la masa activa del concurso, soslayando el particular derecho que cada uno de estos tiene por la particularización del daño que sobre ellos se ha materializado.

En conclusión, podemos afirmar que, más allá de los infructuosos intentos de asemejar su configuración práctica a la de la acción rescisoria concursal, la diferente naturaleza jurídica de la acción indemnizatoria del art. 47.1 LME hace que en ningún caso sea posible considerarla como un mecanismo alternativo de tutela suficiente.

3. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 80 LME

Junto con el derecho de oposición y la acción resarcitoria, la responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en una escisión recogida en el art. 80 LME constituye otro de los mecanismos de protección de los acreedores ante este tipo de operaciones societarias. Tal y como adelantábamos⁸⁰, mientras que el derecho de oposición proporciona a los acreedores una – cuestionada – tutela *a priori*, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias se revela como un mecanismo de tutela *ex post*, puesto que su efectividad queda circunscrita al momento en el que la escisión ya se ha materializado.

De acuerdo con este régimen – ya analizado *supra* -, de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente el resto de las sociedades beneficiarias – hasta el importe neto atribuido a cada una - y la sociedad parcialmente escindida– por la totalidad de la obligación -, en el caso de que esta subsista.

Resulta innegable que este mecanismo de responsabilidad trata de preservar la garantía que para los acreedores representa el patrimonio social originario en las operaciones societarias divisorias - escisiones totales, parciales y segregaciones -, puesto que en estas se produce una fragmentación del mismo sin el consentimiento de los

⁸⁰ *Vid.* capítulo I.

anteriores⁸¹. Así, su finalidad no es otra que “mantener la garantía unitaria que representaba el patrimonio de la escindida para sus acreedores tras el fraccionamiento y la distribución de aquel”⁸².

En consecuencia, podemos afirmar que, gracias este régimen de responsabilidad, los acreedores transmitidos a las sociedades beneficiarias tienen *a priori* garantizado el pago de sus créditos, toda vez que en caso de incumplimiento cuentan con la responsabilidad solidaria de las demás sociedades participantes en la escisión⁸³. Dada esta situación, no falta quienes consideran que la existencia de este régimen de responsabilidad haría innecesario acudir a la rescisión de la operación societaria si finalmente la sociedad beneficiara fuera declarada en concurso⁸⁴.

Ahora bien, afirmar que este régimen de responsabilidad garantiza una tutela suficiente de los acreedores ante las operaciones de división patrimonial parece obviar la diferente naturaleza de cada una de estas. De esta forma, las escisiones totales y las segregaciones presentan una serie de particularidades que hacen que la situación de los acreedores sea bien distinta a la de las escisiones parciales:

- (i) Por un lado, en las escisiones totales, si bien se produce una división de todo el patrimonio social, en la medida en el que no subsiste la sociedad originaria, los acreedores transmitidos a cualquiera de las sociedades beneficiaras gozarán de la protección del régimen de responsabilidad del art. 80 LME.
- (ii) Y, por otro, en cuanto a las segregaciones, hay que tener presente que la contraprestación por la transmisión de parte del patrimonio– en forma de acciones o participaciones - lo recibe la propia sociedad segregada y no los socios de esta – como en el caso de la escisión parcial -. Así, se produce un cambio cualitativo

⁸¹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN RAMOS, L.M^a., “Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Coord.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 565.

⁸² ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 36, Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 4.

⁸³ PÉREZ TROYA, A., *op. cit.*, 461.

⁸⁴ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 39, 2012, p. 45.

en la composición del patrimonio social, pero no una reducción cuantitativa del mismo⁸⁵.

Frente a esta realidad, debemos recordar que en las escisiones parciales el régimen de responsabilidad del art. 80 LME únicamente juega en favor de los acreedores cuyos créditos han sido transmitidos a las sociedades beneficiarias, pero no respecto de aquellos que permanece en la escindida⁸⁶. De esta suerte, mientras que los primeros gozan de la posibilidad de exigir responsabilidad en caso de impago al resto de sociedades beneficiarias y a la escindida, los segundos ven reducido el patrimonio social que actuaba como garantía de sus créditos sin posibilidad de dirigirse a las beneficiarias del mismo.

Además, a esta circunstancia se suma un segundo agravio comparativo para los acreedores que permanecen en la sociedad escindida: esta sigue respondiendo ilimitadamente por la totalidad del pasivo que transmitió, pese a que su activo se ha visto reducido como consecuencia de la propia escisión.

Esta particular configuración del régimen de responsabilidad en las escisiones parciales resulta especialmente problemática en aquellos supuestos en los que “una sociedad con dificultades económicas pudiera utilizar la escisión para independizar aquellas actividades rentables, dejando en la sociedad parcialmente escindida solamente aquellas que presentaran un riesgo inminente de insolvencia”⁸⁷. En este sentido, no han sido pocos los casos en los que en tiempos de crisis económica se ha acudido a este tipo de operaciones para poner a salvo parte del patrimonio social ante una posible declaración del concurso. Situación en la que los mayores perjudicados son los acreedores cuyos créditos permanecen en la concursada, que han visto reducida la cifra de garantía de sus créditos y no se ven amparados por el régimen de responsabilidad del art. 80 LME.

Por consiguiente, podemos concluir que el mecanismo de responsabilidad solidaria del art. 80 LME no ofrece, dada su configuración en nuestro ordenamiento, una tutela jurídica suficiente a aquellos acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida. Sin embargo, ello no obsta para que, como apuntábamos *supra*,

⁸⁵ Cfr. GUASCH MARTORELL, R., *op. cit.*, p. 280.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., *op. cit.*, p. 295. Señalan que: “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)”.

⁸⁷ ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La responsabilidad...”, p. 19.

los acreedores transferidos a las sociedades beneficiarias sí vean su posición garantizada, circunstancia por la que hay quienes afirman que sería innecesario acudir a la rescisoria concursal si alguna de estas sociedades llegase a concursar⁸⁸.

La diferente tutela que reciben los acreedores ante una escisión parcial suele justificarse sobre la base de que los acreedores que permanecen en la sociedad originaria no sufren ningún cambio de deudor. Sin embargo, esta se trata una justificación que adolece de cierta falta de solidez, ya que tanto unos como otros pueden experimentar los mismos riesgos derivados de la operación, motivo por el que muchos consideran que todos los acreedores merecerían una protección equivalente⁸⁹.

4. EL RÉGIMEN ALEMÁN DE RESPONSABILIDAD COMO REFERENTE Y POSIBLE ALTERNATIVA

Del análisis realizado en las páginas anteriores podemos concluir que no existen en nuestro ordenamiento mecanismos de tutela alternativos que subsuman la función protectora de la acción rescisoria concursal ante las modificaciones estructurales. Por lo tanto, no puede considerarse que la mera existencia de estos, cuyas limitaciones han sido puestas de manifiesto, justifique la irrevocabilidad de las modificaciones estructurales.

Ahora bien, que esta institución concursal sea el único mecanismo que, una vez declarado el concurso, preste suficiente protección a los acreedores sociales no implica que no adolezca también de ciertas limitaciones en su articulación práctica. A este respecto, son varios los autores que, más allá del debate acerca del art. 47.1 LME, afirman que la rescisión concursal de una modificación estructural inscrita presentaría múltiples dificultades y limitaciones en la práctica:

- (i) En relación con la restitución de las prestaciones, al margen de que sería extremadamente costosa, hay quienes sostienen que el intento de restaurar la situación anterior sería inútil, pues los derechos adquiridos por terceros sobre el patrimonio transmitido harían que la restitución de las prestaciones se viera reemplazada por un cumplimiento equivalente. Además, “los bloques patrimoniales transmitidos habrían sufrido importantísimas alteraciones cuantitativas y cualitativas fruto del propio devenir de la actividad empresarial,

⁸⁸ PÉREZ TROYA, A., *op. cit.*, 461.

⁸⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Instrumentos de tutela...”, p. 42.

por lo que el parecido de la situación restituida con la previa a la operación sería, ciertamente, remoto”⁹⁰.

- (ii) Asimismo, más allá de las dificultades prácticas que implicaría retrotraer los efectos de una modificación estructural, hemos de tener presente el coste que esta rescisión supondría en términos económicos y de seguridad jurídica⁹¹. Como ya apuntábamos anteriormente, una aplicación férrea de las posturas más garantistas nos llevaría a considerar rescindible toda modificación estructural realizada durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, en la medida en que en todo caso se produce una alteración del patrimonio social.

Esta postura, si bien garantizaría los derechos de los acreedores afectados por este tipo de operaciones, privarían de virtualidad a las mismas y entorpecería el tráfico jurídico y económico⁹².

Sin embargo, no podemos confundir la inconveniencia de proceder a la rescisión de una modificación estructural por motivos de oportunidad práctica, con la imposibilidad de acudir a esta institución concursal por la existencia de una limitación legal. Así las cosas, la incongruencia de la solución articulada por el Tribunal Supremo y su intento de asemejar los efectos de la acción indemnizatoria a los de la rescisoria concursal, parecen apuntar a que detrás del predicado efecto convalidante de la inscripción registral (ex art. 47.1 LME) existe una clara intención de evitar las limitaciones y dificultades prácticas que se derivarían de reconocer la posibilidad de rescindir las modificaciones estructurales.

Ante esta situación, en la que los mecanismos de tutela extraconcursales adolecen de importantes limitaciones y donde una aplicación férrea de la rescisoria concursal tendría grandes costes para el tráfico jurídico y económico, creemos preciso apuntar que resultaría más que interesante contar con una regulación societaria que se adelantase a esta situación y resolviese el problema en origen. En este sentido, tal y como se proponía *supra*⁹³, si optamos por un sistema como el alemán en el que existe una eficacia convalidante de la inscripción registral, es necesario contar paralelamente con una

⁹⁰ CONDE TEJÓN, A., *op. cit.*, p. 481.

⁹¹ SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 753, 2016, pp. 586-587.

⁹² *Cfr.* CONDE TEJÓN, A., *op. cit.*, p. 482.

⁹³ *Vid.* apartado II.2.1.

regulación societaria semejante a la de este ordenamiento que garantice la tutela de los acreedores por otras vías.

Así, los intentos de asemejar nuestro ordenamiento al de otros países en los que se establece la inatacabilidad de las modificaciones estructurales inscritas han resultado hasta ahora infructuosos porque se ha realizado un análisis aislado de las normas que regulan este régimen de impugnación, sin tener presente el contexto normativo en el que se insertan. De esta suerte, para entender de manera completa el régimen alemán de impugnación de las modificaciones estructurales es necesario tener presente el distinto régimen de responsabilidad societaria existente en ese ordenamiento.

Concretamente, mientras que los § 20 (2) y § 133 (2) del *Umwandlungsgesetz* recogen la inatacabilidad de las modificaciones estructurales inscritas, el § 133 (3) de la misma norma establece el siguiente régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión:

“(3) Las personas jurídicas a las que no se les haya asignado el pasivo según el apartado 1, frase 1, en el acuerdo de escisión y absorción serán responsables de dicho pasivo si éste vence antes de que transcurran cinco años desde la escisión y se hayan determinado las reclamaciones contra ellas de la forma descrita en el artículo 197, apartado 1, números 3 a 5, del Código Civil alemán, o si se ha emprendido o solicitado una acción de ejecución judicial u oficial; en el caso del pasivo de derecho público, bastará con la emisión de un acto administrativo”.

Como podemos observar, de forma paralela al efecto convalidante de la inscripción de las operaciones societarias, el ordenamiento alemán contempla la responsabilidad de las sociedades beneficiarias por el pasivo que no les ha sido atribuido siempre que venza durante los cinco años siguientes a la escisión – lo que también incluye aquel pasivo que permanece en la sociedad originaria -.

De esta manera, la introducción de una norma similar en nuestro ordenamiento implicaría que la tutela que el art. 80 LME brinda en la actualidad exclusivamente a los acreedores transferidos a las sociedades beneficiarias también amparase a aquellos que permanecen en la sociedad escindida⁹⁴. De esta suerte, no solo verían reforzada su

⁹⁴ Cuestión que ya es defendida algunos autores: RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Instrumentos de tutela...”, p. 42.

posición al poder dirigirse a las sociedades beneficiarias en caso de impago, sino que se evitaría que las escisiones parciales fueran utilizadas con fines fraudulentos ante una inminente situación de insolvencia.

Además, como ya apuntábamos, existe quienes en la actualidad consideran que el régimen de responsabilidad de art. 80 LME haría innecesario acudir a la rescisoria concursal si alguna de las sociedades beneficiaras concursase⁹⁵. Pues, siguiendo con este razonamiento, el establecimiento de un mecanismo de protección equivalente para los acreedores que permanecen en la sociedad escindida podría llevarnos a considerar innecesario plantear la rescisión de la operación en caso de que la sociedad fuera declarada en concurso – ya que en algunos casos podría incluso evitar la declaración del mismo -.

En concreto, de la implantación de este régimen de responsabilidad ante la escisión parcial, se derivarían las siguientes consecuencias:

- (i) Una mitigación del perjuicio sufrido por los acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida. En este sentido, aunque se haya producido una fragmentación del patrimonio social, en la medida en que pueden seguir exigiendo responsabilidad a las sociedades beneficiaras, no ven reducida la cifra de garantía de sus créditos.
- (ii) La evitación de la posible declaración del concurso de la sociedad originaria, puesto que la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiaras por el pasivo que no le ha sido atribuido evitaría que en se concretarse en la primera todo el riesgo de insolvencia.
- (iii) Y, por último, compensaría la particular articulación del derecho de oposición de los acreedores en nuestro ordenamiento. Dado que un régimen de oposición demasiado garantista podría suponer la paralización de todas las operaciones societarias - con las consecuencias que ello conlleva para el tráfico mercantil -, este régimen de responsabilidad brindaría una tutela *ex post* que compensaría tal configuración del derecho de oposición.

Además, el establecimiento de un régimen de responsabilidad “a la alemana” como medio para mejorar la protección de los acreedores sociales en las situaciones

⁹⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 45-46.

próximas a la insolvencia estaría en perfecta concordancia con el espíritu de la Directiva (UE) 2019/20123 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia; en la que se insta a los Estados miembros a realizar reformas normativas en este sentido – bien sea en su ordenamiento societario o concursal

-.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. – Las modificaciones estructurales traslativas - tales como fusiones, escisiones o segregaciones - constituyen mecanismos de saneamiento y reorganización empresarial frecuentemente utilizados en el seno del concurso o al margen de este. Sin embargo, más allá de esta potencialidad, no hay que obviar que este tipo de operaciones societarias provocan importantes alteraciones en la composición del patrimonio atacable por los acreedores sociales, afectado gravemente sus expectativas de cobro.

SEGUNDA. – Si bien en todas las operaciones societarias que implican la dispersión del patrimonio empresarial se produce *a priori* una reducción de la cifra de garantía de los acreedores sociales, en las escisiones parciales la necesidad de articular mecanismos para su protección adquiere una importancia superlativa. Ello se debe a que la redacción actual del art. 80 LME no contempla la posibilidad de exigir responsabilidad a las sociedades beneficiarias de la escisión por el pasivo que no les ha sido atribuido y que permanece en la sociedad parcialmente escindida.

Esta configuración del régimen de responsabilidad hace de la escisión parcial un mecanismo idóneo para que, ante una situación de dificultad económica, el deudor pueda transmitir las unidades económicas más rentables a una sociedad beneficiaria de nueva constitución, concentrando el riesgo de insolvencia en la sociedad parcialmente escindida.

TERCERA. – En el caso de que finalmente la realización de esta operación abocase a la sociedad parcialmente escindida al concurso de acreedores, se plantea la posibilidad de que esta pueda ser objeto de la acción rescisoria concursal - art. 226 TRLC - por haber producido un daño en la masa activa durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su STS núm. 682/2016, de 21 de noviembre, se posiciona firmemente en contra esta rescindibilidad sobre la base de que el art. 47.1 LME impide cualquier tipo de impugnación, incluida la acción rescisoria concursal, que pretenda la ineficacia de las modificaciones estructurales inscritas. Por lo tanto, priva de tutela a aquellos acreedores que permanecen en la sociedad escindida y que han visto reducida la cifra de garantía de sus créditos en los momentos previos al concurso.

CUARTA. – En el intento del Tribunal Supremo de articular un régimen de impugnación de las modificaciones estructurales similar al de los países de nuestro

entorno, como son Italia y Alemania - en los que existe una eficacia convalidante de la inscripción registral -, parece que se ha realizado un análisis aislado de las normas que regulan tal régimen de impugnación en esos países, pero no de todo el sistema normativo en el que se insertan.

De esta manera, la limitación de la rescindibilidad de las escisiones debería ir paralelamente acompañada de medios alternativos de tutela que garantizaran la protección de los intereses de los acreedores – como ocurre en esos países -. Sin embargo, los mecanismos existentes en nuestro ordenamiento resultan claramente insuficientes y no subsumen la función protectora de la rescisoria concursal: el derecho de oposición - art. 44 LME - únicamente es ejercitable por un número restringido de acreedores y no impide que la operación sea finalmente inscrita; la posibilidad de ejercitar la acción resarcitoria de daños - art. 47.1 LME - queda condicionada al carácter ilícito de la modificación estructural, circunstancia que pone de manifiesto la imposibilidad de subsumir en ella la función de la acción rescisoria, toda vez que esta puede ejercitarse frente a actos perfectamente lícitos; y, como se ha mencionado, el régimen de responsabilidad del art. 80 LME únicamente juega en favor de los acreedores cuyos créditos han sido transmitidos a las sociedades beneficiarias, pero no respecto de aquellos que permanece en la escindida.

QUINTA. – En vista de esta situación de desprotección de los acreedores sociales ante las escisiones parciales sería necesario, o bien admitir la rescindibilidad de las escisiones parciales inscritas, o bien reformar la eficacia de los mecanismos alternativos de tutela de los acreedores. Ante esta disyuntiva, y dadas las dificultades prácticas que presenta retrotraer los efectos de una escisión, el establecimiento de un régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias semejante al existente en Alemania - §133 (3) del *Umwandlungsgesetz* - se revela como la solución más eficiente.

En este sentido, de forma paralela al efecto convalidante de la inscripción, la normativa alemana establece la responsabilidad de las sociedades beneficiarias por el pasivo que no les ha sido atribuido que venza durante los cinco años siguientes a la escisión, regla que también afecta al pasivo que permanece en la sociedad originaria.

Así, la introducción de una norma similar en nuestro art. 80 LME no solo mitigaría el perjuicio sufrido por los acreedores que permanecen en la sociedad parcialmente escindida – haciendo innecesario acudir a la rescisión -, sino que evitaría la utilización fraudulenta de esta figura por parte de los administradores ante una situación de

insolvencia inminente. Además, tal reforma resultaría acorde con lo establecido en la Directiva (UE) 2019/20123 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración e insolvencia; pues en ella se insta a los Estados miembros a realizar reformas normativas que protejan a los acreedores sociales frente a los posibles abusos de los administradores en las situaciones próximas a la insolvencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889).

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE núm. 82, de 04/04/2009).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161, de 03/07/2010).

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 (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2012).

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 07/05/2020).

Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de sociedades anónimas.

Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

JURISPRUDENCIA

a) Resoluciones del Tribunal Supremo

STS núm. 458/2010, de 16 de septiembre de 2010.

STS núm. 796/2012, de 3 de enero de 2013

STS núm. 487/2013, de 10 de julio de 2013.

STS núm. 224/2016, de 8 de abril de 2016.

STS núm. 653/2016, de 4 de noviembre de 2016.

STS núm. 682/2016, de 21 de noviembre de 2016.

Auto del Tribunal Supremo núm. 4853/2019, de 8 de mayo de 2019.

b) Resoluciones de Audiencias Provinciales

SAP A Coruña núm. 414/2014, de 30 diciembre de 2014.

c) Resoluciones de Juzgados de lo Mercantil

SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria núm. 234/2011, de 12 de diciembre de 2011.

SJM 9 de Barcelona núm. 28/2015, de 13 de febrero de 2015.

OBRAS DOCTRINALES

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010, pp. 159-183.

CABANAS TREJO, R. Y BONARDELL LEZANO, R., “Las modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2013, n.18, pp. 93-108.

CARBAJO CASCÓN, F., “El aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de lealtad por los administradores de sociedades de capital”, en

MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.)/VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 365-401.

CERDÁ ALBERO, F., “Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 27, 2012, pp. 387-428.

CONDE TEJÓN, A., “La rescindibilidad concursal de operaciones de modificación estructural ejecutadas e inscritas”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 33, 2014, pp. 453-500.

ESCRIBANO GÁMIR, R., “La reintegración de la masa activa del concurso”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 38, 2002, p. 47-88.

ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, nº 36, Universidad Complutense de Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Coord.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 645-720.

FERNÁNDEZ LARREA, I., “La administración de hecho asociada a los covenants de los acuerdos de refinanciación”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 46, 2019, pp. 129-141.

GARCÍA-CRUCES, J.A., “Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 31-70.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y VILLORIA, I., “Modificaciones estructurales y concurso”, en SEBASTIÁN QUETGLAS, R./VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Problemas actuales del concurso de acreedores*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 275-309.

GONZÁLEZ NAVARO, B.A., “La rescisión de las modificaciones estructurales”, en BELTRÁN E./SANJUÁN, E. (Dirs.), *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 a 21 abril de 2012, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 199 y 208.

GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993.

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Cizur Menor, Civitas, 2014.

LARGO GIL, R., “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 9, 2008, pp. 87-116.

LEÓN LEÓN, F., “Acciones de reintegración”, en ROJO, Á./BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Madrid, 2004, pp. 1301-1321.

LEÓN SANZ, F.J., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, en ROJO FERNÁNDEZ, A.J./CAMPUZANO, A.B. (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, Vol. 2, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 1343-1379.

MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Frustración del dividendo y acción de reintegración ante la insolvencia sobrevenida”, en VEIGA COPO, A.B./MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Dir.), *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 935-965.

MERCADAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los Covenants”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 36, 2015, pp. 115-128.

ORTIZ MÁRQUEZ, M., Las modificaciones estructurales realizadas antes de la declaración del concurso de acreedores, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 49, 2010, p. 107-142.

PASTOR SEMPERE, M.C., “Algunas cuestiones concursales en torno a los acreedores de la sociedad escindida y de las operaciones intragrupo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 42, 2013, pp. 401-428.

PÉREZ TROYA, A., “¿Resistencia de la escisión parcial a la acción rescisoria concursal?”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 305, 2017, pp. 437-474.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN RAMOS, L.M^a., “Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. *et al.* (Coord.), *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 553-626.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. y MAMBRILLA RIVERA, V., “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 915-990.

RECAMÁN GRAÑA, E., “La business judgment rule en la crisis. Una propuesta interpretativa”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 54, 2018, pp. 143-164.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 39, 2012, p. 19-50.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “La pretendida resistencia de la escisión parcial a la rescisión concursal (a raíz de la STS de 21 de noviembre de 2016 [RJ 2016, 5668])”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 49, 2017, pp. 251-279.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 851-914.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y FERNÁNDEZ TORRES, I., “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 14, 2011, pp. 109-133.

SÁNCHEZ PAREDES, M. L., “La rescisión de las modificaciones estructurales traslativas en el concurso de acreedores”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº. 753, 2016, pp. 578-598.

SANCHO GARGALLO, I., *La rescisión concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “El perjuicio para la masa activa”, en BELTRÁN E./SANJUÁN, E. (Dirs.), *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 a 21 abril de 2012*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 129-162.

VEIGA COPO, A.B., Y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº. 28, 2018, pp. 17-36.

ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Cizur Menor, Civitas, 2006.