



# **Máster Universitario de Asesoría Jurídica de Empresas**

Curso 2021/2022

PROYECTO FIN DE MÁSTER

**Resistencia de las operaciones de modificación estructural ante la acción rescisoria  
concursal y resto de acciones frente al fraude de acreedores.**

Autor: Cristina Vallejo Ríos

Director: Santiago Fuertes Ceballos

Convocatoria Extraordinaria Enero de 2022

0.	Resumen del TFM y palabras clave. ....	4
1.	Introducción y justificación del trabajo.....	5
2.	Objetivos del trabajo. ....	6
3.	Metodología. ....	6
4.	Introducción a las Operaciones de Modificación Estructural. ....	7
5.	Mecanismos de protección de los acreedores sociales según la LME. ....	10
a)	Publicidad .....	11
b)	El derecho de oposición de los acreedores. ....	12
c)	El régimen de responsabilidad solidaria.....	16
6.	Modificaciones Estructurales y el Concurso de Acreedores. ....	18
6.1.	Oposición a la corriente doctrinal que considera suficiente los mecanismos de defensa de los acreedores previstos en la LME. ....	18
6.2.	El ejercicio de la acción rescisoria concursal. ....	20
6.2.1.	Actos y negocios objeto de la acción rescisoria concursal.....	21
6.2.2.	Requisito temporal y plazo para su ejercicio .....	21
6.2.3.	El requisito objetivo: El perjuicio .....	22
6.2.4.	Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal. ....	25
7.	La inimpugnabilidad de las Operaciones de modificación estructural. ....	26
7.1.	Argumentos a favor de la inimpugnabilidad de las Operaciones de Modificación Estructural. ....	27

7.2.	Argumentos a favor de la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a las Operaciones de Modificación Estructural. ....	30
7.3.	Pronunciamiento del Tribunal Supremo: Sentencia de 21 de noviembre de 2016. 33	
7.3.1.	Primera y segunda instancia.....	33
7.3.2.	La decisión del Alto Tribunal.....	36
8.	Otras acciones frente al fraude de acreedores. ....	37
8.1.	Régimen general previsto en el Código Civil. ....	37
8.1.1.	La acción subrogatoria .....	38
8.1.2.	La acción revocatoria o acción pauliana. ....	40
8.2.	Acciones penales frente al fraude de acreedores. ....	43
8.3.	La teoría del levantamiento del velo.....	44
8.3.1.	El levantamiento del velo frente al fraude de acreedores.....	44
8.3.2.	El levantamiento del velo en los grupos de sociedades .....	46
9.	Conclusiones .....	48
10.	Bibliografía citada .....	52
10.1	Legislación europea .....	52
10.2	Legislación española.....	52
10.3	Jurisprudencia de Tribunales españoles.....	53
10.4	Libros y publicaciones .....	55
10.5	Artículos en revistas online.....	56

10.6	Publicaciones en páginas web.....	57
10.6.	Blogs .....	57
11.	Acrónimos y siglas .....	59
12.	Anexos.....	60

## 0. Resumen del TFM y palabras clave.

El presente trabajo centra su estudio en el análisis de los mecanismos de defensa de los acreedores en nuestro ordenamiento jurídico a través de la normativa societaria, concursal, civil y penal.

Concretamente, prestaremos especial atención a la controversia doctrinal y jurisprudencial derivada de las acciones de las que disponen los acreedores contempladas en la legislación societaria y concursal, y concretamente en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de una operación de modificación estructural, un acreedor legítimo ejercita la acción rescisoria concursal.

En relación con la legislación civil y penal, analizaremos las principales acciones de las que disponen los acreedores en sendas jurisdicciones para la defensa de sus derechos ante posibles actos realizados en fraude de acreedores.

This paper focuses its study on the analysis of the defense mechanisms of creditors in our legal system through corporate, bankruptcy, civil and criminal law.

Specifically, we will pay special attention to the doctrinal and jurisprudential controversy derived from the actions available to the creditors contemplated in the company and bankruptcy legislation, and specifically in those cases in which, as a consequence of a structural modification operation, a legitimate creditor exercises the insolvency rescission action.

In relation to civil and criminal legislation, we will analyze the main actions available to creditors in civil and criminal order to defend their rights against possible acts carried out in fraud of creditors.

**Palabras clave:** Operación de Modificación Estructural – acción rescisoria concursal – acción revocatoria o pauliana – levantamiento del velo – tutela de los acreedores.

## **1. Introducción y justificación del trabajo.**

En general, las relaciones entre el Derecho de Sociedades y el Derecho Concursal no se encuentran bien resueltas en las normas que regulan ambas materias pese a encontrarse íntimamente interconectadas por su naturaleza. Dada la frecuencia con la que sociedades participantes en operaciones de modificación estructural son posteriormente declaradas en concurso, la relación entre ambas normas adquiere especial relevancia.

Esta colisión normativa que ha mantenido dividida a la doctrina, concretamente en cuanto a la resistencia de las operaciones de modificación estructural ante la acción rescisoria concursal, ha sido una materia controvertida a la que la jurisprudencia ha intentado dar respuesta ante el silencio del legislador y que, como veremos, a pesar de la aparente rotundidad con la que el propio Tribunal Supremo intenta zanjar esta polémica, aún sigue siendo objeto de debate.

Asimismo, dada la maliciosa actividad de los deudores encaminada a dificultar el cobro de las deudas por parte de los acreedores, nuestro ordenamiento prevé, en todas sus ramas, acciones de defensa frente a posibles fraudes y engaños de los deudores. En este sentido, analizaremos la dispersa regulación recogida en nuestro ordenamiento en relación con esta materia, y veremos cómo resuelve la jurisprudencia estas situaciones.

Por último, dado su frecuente uso en nuestro tráfico jurídico, estudiaremos la doctrina del levantamiento del velo y los mecanismos contruidos por la jurisprudencia para combatir los eventuales abusos de la personalidad jurídica derivados de esta figura.

## **2. Objetivos del trabajo.**

El presente trabajo tiene dos objetivos principales, en primer lugar, exponer los mecanismos de tutela de los cuales disponen los acreedores para la defensa de sus derechos tanto en el seno de las operaciones de modificación estructural, así como frente a supuestos en los que el deudor actúa en fraude de ley; y, en segundo lugar, hacer un análisis de la colisión entre la normativa societaria y concursal frente a las acciones de defensa de los derechos de los acreedores en el seno de las operaciones de modificación estructural y exponer la resistencia de dichas operaciones frente al ejercicio de la acción rescisoria concursal ejercitada por un acreedor legítimo.

## **3. Metodología.**

Para alcanzar los objetivos anteriormente descritos, ha sido necesario hacer un recorrido por las diversas leyes que recogen acciones para la defensa de los derechos de los acreedores desde la normativa societaria y concursal, y la relación entre ambas normas, hasta la legislación civil y penal, así como conocer la abundante jurisprudencia y doctrina existente sobre esta materia.

En este sentido, analizaremos, en primer lugar, los mecanismos de los cuales disponen los acreedores conforme a la normativa societaria en el seno de las operaciones de modificación estructural y la controversia suscitada con la normativa concursal para aquellos supuestos en los que la sociedad es posteriormente declarada en concurso, prestando especial atención a las operaciones de escisión, frente al ejercicio de la acción rescisoria concursal como mecanismo de impugnación de estas operaciones.

Posteriormente, realizaremos un análisis de las principales sentencias que confirman la resistencia de las operaciones de modificación estructural frente al ejercicio de la acción rescisoria concursal y, en concreto, a través de la exposición del *iter procesal* de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016 que intenta zanjar esta cuestión.

Por último, realizaremos una breve exposición de las principales acciones civiles y penales ejercitables por los acreedores legítimos para la defensa de sus créditos ante posibles actos realizados en fraude de acreedores y, en especial, sobre la teoría del levantamiento del velo frente al fraude de acreedores así como su aplicación en el seno de los grupos de sociedades.

#### **4. Introducción a las Operaciones de Modificación Estructural.**

Conforme dispone la exposición de motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en lo sucesivo, la “LME”), las operaciones societarias de modificación estructural consisten en

*(...) aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.*

No obstante, no toda alternación personal o patrimonial de una sociedad implica una modificación estructural, por ejemplo, un aumento de capital no supone una modificación estructural si no que es necesario que, conforme ha especificado la doctrina, se dé un rasgo común y sustancial a este tipo de operaciones, y es que se produzca un *cambio sustancial y decisivo, en la manera en que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural*<sup>1</sup>.

Esta modificación puede operar tanto cuando se transmite a un tercero la totalidad o parte del patrimonio social, como ocurre en el caso de las fusiones, las escisiones o la cesión global de activo y pasivo, como cuando se da un cambio en el status jurídico de la sociedad, tal y como ocurre en el caso de la transformación.

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (2009) La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Navarra, España. Aranzadi.

A los efectos del presente trabajo, las Operaciones de Modificación Estructural<sup>2</sup> con trascendencia jurídica que pueden afectar a un acreedor de una sociedad que participa en esta clase de Operaciones serían las operaciones de fusión<sup>3</sup>, escisión<sup>4</sup> y cesión global de activo y pasivo<sup>5</sup>.

Estas Operaciones tienen trascendencia jurídica a efectos del presente trabajo ya que todas tienen un elemento común y es que con la transmisión del patrimonio de la sociedad se produce un cambio en la titularidad del mismo y es precisamente este referido “carácter traslativo” del patrimonio el que hace que este tipo de Operaciones sean relevantes sobre la posición y las expectativas de cobro de los acreedores de las sociedades participantes ya que, como consecuencia de la misma, el patrimonio de éstas se ve modificado cuantitativa y/o cualitativamente.

---

<sup>2</sup> En adelante, toda referencia a “las Operaciones de Modificación Estructural” o las “Operaciones” se entenderá realizada únicamente a las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Asimismo, las referencias realizadas a la fusión, se entenderán igualmente aplicable a la escisión y a la segregación, cuando en virtud de lo dispuesto en la LME el régimen aplicable a estas operaciones sea el de la fusión.

<sup>3</sup> Tal y como dispone el artículo 22 LME, se trata del supuesto en el que (...) *dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.*

<sup>4</sup> Debemos distinguir entre los supuestos de escisión parcial, en los que la sociedad escindida sigue existiendo y, que tal y como describe el artículo 70 LME consiste en (...) *el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria;* y por otro lado, los supuestos de escisión total, en los que la sociedad escindida desaparece y conforme al artículo 69 LME se produce *la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.* En ambos casos y como indica PRADES CUTILLAS, D. (2015) *Derecho de Sociedades y de crisis empresariales.*, Pamplona, España. Civitas-Thomson Reuters, las nuevas acciones o cuotas de las sociedades beneficiarias se atribuyen a los socios de la sociedad escindida, en proporción a su valor previo y a la participación individual de cada uno de los socios.

<sup>5</sup> En las operaciones de cesión global de activo y pasivo se transmite en bloque y por sucesión universal todo el patrimonio a otra u otras empresas (cesionarias o beneficiarias) que pueden ser preexistentes o haberse constituido con la finalidad de llevar a cabo la Operación. A diferencia de la escisión, la contraprestación a satisfacer por la sociedad beneficiaria no adoptará la forma de participaciones o acciones, sino que deberá consistir en dinero u otros activos.

Este tipo de Operaciones han dejado de ser eventos excepcionales en la vida de las sociedades, y cada vez es más habitual que en situaciones de dificultad financiera las empresas opten por llevar a cabo procedimientos de modificación estructural para prolongar su existencia y sanear su patrimonio ya que la finalidad de estas Operaciones es favorecer la continuidad empresarial y, como consecuencia de su modo de transmisión mediante sucesión universal, pueden suponer un medio eficaz para evitar el concurso de acreedores, o, en el caso de encontrarse éste ya iniciado, suponer una solución eficaz al proceso.

Es más, este tipo de Operaciones es frecuentemente utilizado como técnica de saneamiento de sociedades en general y especialmente de grupos empresariales ya que, y a modo de ejemplo, en los supuestos de fusión, cuando la sociedad absorbente fuese insolvente, mediante la mencionada modificación estructural puede modificar su organización y contar con una mayor coyuntura financiera o, si se diese el caso contrario, en el que la sociedad insolvente fuese la absorbida, la sociedad dominante, que absorbe a la insolvente, ayudará a aumentar las opciones de pago de los acreedores de la sociedad absorbida.

Por su parte, la escisión y la cesión global de activo y pasivo permiten separar la parte afectada por la insolvencia, pasando la misma a una sociedad solvente, lo cual coopera en la subsistencia de la sociedad escindida, convirtiéndose, desde luego, en una medida más que eficaz para frenar la crisis empresarial.

Finalmente, cabe destacar que la mayoría de modificaciones estructurales se llevan a cabo en una fase preconcursal, con el objetivo de resolver la situación de dificultad económica mediante la transmisión de una unidad económica a través de alguna de las Operaciones descritas. En este sentido, es fundamental que los acreedores dispongan de medidas o acciones para la protección de sus derechos en el seno de estas Operaciones.

## 5. Mecanismos de protección de los acreedores sociales según la LME.

Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, las Operaciones de Modificación Estructural conllevan una modificación sustancial del patrimonio de las sociedades participantes en la Operación y, consecuentemente llevan aparejadas consecuencias sobre los créditos de los acreedores.

La principal consecuencia que se deriva para los acreedores de una Operación de Modificación Estructural es el cambio de deudor ya que, el patrimonio de la sociedad absorbida o escindida pasa a ser de la sociedad absorbente o beneficiaria, respectivamente, subrogándose estas en los derechos y deberes de aquellas pudiendo conllevar una alteración de la solvencia del deudor, entendida esta como la capacidad *a priori* y en abstracto de una persona o sociedad para hacer frente a sus deudas.

Aunque las consecuencias de estas Operaciones no necesariamente tienen que conllevar un empeoramiento de la solvencia del deudor, e incluso pueden suponer una mejora en la capacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones, algunos autores<sup>6</sup> consideran estas circunstancias como uno de los fundamentos principales del establecimiento de mecanismos de protección a favor de los acreedores sociales. En este sentido, es necesario dotar al proceso de mecanismos de protección de socios y terceros para garantizar y equilibrar los intereses de todos los sujetos involucrados en la misma con las exigencias de seguridad jurídica que reclaman este tipo de Operaciones.

Existe un sector de la doctrina el cual considera que la LME prevé mecanismos de defensa suficientes para la garantía y la tutela de los derechos de los acreedores en este tipo de Operaciones: dos mecanismos, *ex ante*, la publicidad prevista en el artículo 32 LME y el

---

<sup>6</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M. (2017) *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*. Navarra, España. Aranzadi.

derecho de oposición recogido en los artículos 44 LME para la fusión, el artículo 73 LME para la escisión que nos remite al artículo de la fusión y el artículo 88 LME para la cesión global de activo y pasivo; y, un mecanismo de tutela *ex post*, en relación con la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas como consecuencia de la escisión o de la cesión global de activo y pasivo, según lo previsto en los artículos 80 y 91 LME, respectivamente.

#### **a) Publicidad**

El artículo 32 LME, inicialmente establecía un férreo sistema de publicidad que fue modificado por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (en adelante, la “Ley 1/2012”), flexibilizando el régimen y, en esencia, impone la obligatoriedad de insertar el proyecto común de fusión/escisión en la página web<sup>7</sup> de cada una de las sociedades que participan en la Operación y, adicionalmente, y de forma gratuita, la publicación de dicho proyecto en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", con expresión de la página web en que figure y la fecha de inserción, todo ello con, al menos, un mes de antelación a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la Operación.

Es decir, el proyecto no solo será accesible para que los socios puedan conocer el contenido del mismo y formar su juicio de forma debida para determinar su voto en la junta general<sup>8</sup>, sino que también estará a disposición de todos aquellos interesados que deseen acceder al mismo, entre ellos, los acreedores.

---

<sup>7</sup> Conforme a lo previsto en el artículo 32.2. LME: *Si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar.*

<sup>8</sup> No se trata de un simple régimen de información, sino del verdadero “acto de apertura del procedimiento de fusión”. LARGO GIL, R. (2009) La fase previa y el proyecto de fusión. *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Navarra, España. Aranzadi.

## **b) El derecho de oposición de los acreedores.**

En cualquier Operación en la que, en una de las sociedades participantes existan créditos, la figura del acreedor puede ver perjudicado sus intereses, en tanto que, el patrimonio originalmente obligado a satisfacer la deuda sufre una alteración sustancial. Aunque este riesgo no siempre se tiene por qué producir, en la mayoría de las Operaciones sigue existiendo una incomodidad latente que es susceptible de causar inseguridad jurídica, y es por ello que la LME arbitra este derecho de oposición.

El artículo 44 LME supedita el derecho de oposición de los acreedores al cumplimiento de las siguientes premisas:

- (i) Que los créditos tengan una antigüedad determinada<sup>9</sup>;
- (ii) que no se encuentren vencidos antes de la fecha de publicación del proyecto<sup>10</sup>, y;
- (iii) que no se encuentren suficientemente garantizados<sup>11</sup>.

El plazo del que disponen para su ejercicio es de un mes, a contar desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la Operación o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos, para oponerse a la misma.

---

<sup>9</sup> Como apuntaba ESCRIBANO GÁMIR, R.C. (2009) Derecho de oposición de los acreedores sociales. *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*. Navarra, España. Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A., de esta forma se limita el derecho de oposición a los créditos que hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto en la web corporativa o de su depósito en el Registro Mercantil, entendiéndose que, desde ese momento el acreedor ya puede conocer las condiciones de la Operación y, por tanto, dado que actúa con pleno conocimiento de causa, el derecho de oposición no es aplicable a ningún crédito posterior, independientemente de que el acreedor no hubiera tenido constancia del proyecto.

<sup>10</sup> De este modo quedan protegidos los créditos que en el momento de la Operación no cuentan con la debida protección, excluyendo los créditos vencidos, pues ya cuentan con una serie de garantías para la exigencia de su pago, y el reconocimiento del derecho de oposición generaría una injustificada reiteración en las ventajas sobre los mismos.

<sup>11</sup> El recurso del legislador a este concepto jurídico indeterminado dificulta que se pueda acotar su significado y hace que sea necesario recurrir a los Tribunales para establecer quién debe ser el sujeto encargado de determinar la suficiencia o insuficiencia de la garantía.

Desde un punto de vista subjetivo, la legitimación activa se reconoce a todos los acreedores, no obstante, en los supuestos de fusión por absorción, se ha planteado si es razonable que los acreedores de la sociedad absorbida gocen de una mayor protección, en tanto que es en ella en la que se va a plasmar el cambio en la figura del deudor. Finalmente, el legislador español, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva 2011/35/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, considera que con la fusión se va a producir una confusión de patrimonios que afectará por igual a todas las sociedades participantes<sup>12</sup>, lo que hace injustificable dar el trato diferenciado que reclama parte de la doctrina<sup>13</sup>.

En virtud del derecho de oposición, y conforme a lo establecido en la redacción original del artículo 44 LME, mediante el ejercicio de este derecho se pretendía que los acreedores cuyas expectativas de cobro peligrasen por causa de la Operación, pudieran paralizar el procedimiento impidiendo el otorgamiento e inscripción de la escritura, en tanto la sociedad no prestase garantías suficientes sobre el crédito. Esta regulación generaba una inseguridad jurídica inadmisibles para el tráfico jurídico, toda vez que cualquier acreedor, consciente de sus exorbitantes potestades, podía amenazar a la sociedad con oponerse al proyecto en caso de que no se le prestase una mayor garantía aun cuando el crédito se encontrara perfectamente garantizado<sup>14</sup>.

El legislador, con la intención de frenar el abuso del ejercicio del derecho de oposición, que hasta el momento venía siendo ejercido por parte de los acreedores, y coincidiendo con la transposición de la Directiva 2009/109 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y

---

<sup>12</sup> GONZÁLEZ-MENESES, M y ÁLVAREZ, S. (2014) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid, España.

<sup>13</sup> ESCRIBANO GAMIR, R.C. (2009) Derecho de oposición de los acreedores sociales. *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*. Navarra, España. Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A.

<sup>14</sup> ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J. (2016) El derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1.

82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, intentó conciliar, de forma errática, la normativa europea con el derecho español.

Como consecuencia de lo anterior, se aprobó la Ley 1/2012, la cual modifica, entre otros artículos, el artículo 44 LME en virtud del cual el legislador introduce un gran cambio añadiendo un apartado cuarto y permite a la sociedad inscribir en el Registro Mercantil la escritura de la Operación, a pesar de que el acreedor que hubiera ejercitado en tiempo y forma el derecho de oposición y, únicamente permite al acreedor solicitar del Registrador la incorporación de una nota marginal<sup>15</sup> en la que se haga constar el ejercicio de tal derecho.

Decíamos antes que la conciliación realizada por el legislador entre la normativa europea y española era errática porque al introducir este apartado cuarto, surgen numerosas dudas a las que la propia LME no da respuesta. Entre otras, nos planteamos la cuestión de cómo encaja dicha modificación con lo dispuesto en el artículo 44.3 LME.

Si analizamos esta cuestión, en virtud del apartado tercero la Operación *no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor*, sin embargo, conforme a lo dispuesto en el nuevo apartado cuarto, se permite la inscripción de la Operación, aun cuando el acreedor hubiera ejercitado el derecho de oposición en tiempo y forma, y únicamente reconoce la inscripción de una nota marginal.

Es evidente que la interpretación de estos preceptos resulta contradictoria y podríamos incluso afirmar que, tras la reforma en virtud de la cual se introduce este último apartado cuarto, el legislador estaría rebajando la protección que este derecho otorga a los acreedores.

---

<sup>15</sup> Artículo 44.4 *in fine*, *La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar, por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta Ley.*

Otro interrogante que nos surge es si, además, la inscripción de la nota marginal es requisito de procedibilidad para la interposición de la posterior demanda ante el Juzgado de lo Mercantil y, si al interponerse la demanda ante dicho Juzgado puede solicitarse la nulidad de la Operación o si, por el contrario, tan solo es posible pretender la constitución de una garantía adecuada sobre el crédito.

Sobre esta última cuestión, podríamos encontrar una respuesta en el artículo 47.1 LME el cual establece que, *Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción*, salvo que el procedimiento no hubiera respetado las previsiones de la propia Ley. Esta imposibilidad de impugnar una Operación encontraba más sentido con la anterior regulación, en tanto que la paralización que generaba el ejercicio del derecho de oposición actuaba como un filtro ante posibles incumplimientos legales y constituía un verdadero mecanismo de defensa de los acreedores.

Desde la introducción del artículo 44.4 LME, y en relación con la cuestión planteada, una sociedad puede inscribir una Operación de Modificación Estructural sin haber garantizado un crédito de forma suficiente, aunque lo prohíba el artículo 44.3 LME y, aun en ese caso, estaría respetando la LME en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.4. LME y por lo tanto, no cabría la impugnación de la Operación conforme a lo previsto en la LME.

Por su parte, en cuanto a quién corresponde la legitimación pasiva en este tipo de Operaciones, la cuestión es más compleja de lo que *a priori* puede parecer. Antes de la reforma operada en 2012, no cabe duda de que el derecho de oposición, por ejemplo, en el supuesto de que los acreedores perjudicados fueran los de la sociedad absorbida o escindida, debía ejercitarse contra la misma, y no contra la resultante o la beneficiaria. Esto encontraba sentido ya que, como hemos mencionado anteriormente, el ejercicio del derecho en el plazo legalmente conferido paralizaba la Operación, por lo que la confusión de patrimonios quedaba

provisionalmente sin efectos y las sociedades originalmente acreedoras seguían subsistiendo<sup>16</sup>, no obstante, tras la citada reforma, el ejercicio del derecho de oposición no impide que se lleve a cabo la fusión y que se inscriba en el Registro Mercantil, *a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo*, por lo que cobra sentido que la legitimación pasiva recaiga sobre la sociedad resultante o beneficiaria.

### **c) El régimen de responsabilidad solidaria.**

Por otro lado, a diferencia del derecho de oposición que proporciona a los acreedores una tutela *ex ante*, la responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas constituye un mecanismo de tutela *ex post*, que únicamente se prevé para los supuestos de escisión y de cesión global de activo y pasivo y, que puede hacerse efectivo una vez que se haya realizado la Operación<sup>17</sup>.

Este mecanismo trae causa de lo dispuesto en la 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<sup>18</sup>, según la cual, en la medida en que un acreedor de la sociedad beneficiaria a la que se ha transferido la obligación, conforme al proyecto de escisión, no hubiese obtenido satisfacción, las restantes sociedades beneficiarias serían solidariamente responsables de esta obligación.

El fundamento de este régimen de solidaridad reside en el cumplimiento de las obligaciones transmitidas por parte de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias y es fácil de comprender dado que, la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión reciben en bloque los activos y pasivos que integraban el patrimonio de la sociedad escindida, sucediendo al

---

<sup>16</sup> ESCRIBANO GÁMIR, R.C. (2009) Derecho de oposición de los acreedores sociales. *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*. Navarra, España. Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A.

<sup>17</sup> ESCRIBANO GÁMIR, M.C. (2010) La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 36.

<sup>18</sup> Disposición derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

deudor primitivo en sus derechos y obligaciones de modo que lo que pretende el legislador es que, los acreedores de los créditos transmitidos queden asegurados para la satisfacción de sus derechos con, al menos, el mismo patrimonio que tenían antes de la operación de escisión<sup>19</sup>.

Esta atribución de la responsabilidad distingue entre los supuestos de escisión total, en los que la responsabilidad de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas incumbe a todas las sociedades beneficiarias, de forma solidaria, aunque de modo limitado hasta el importe del activo neto atribuido a cada sociedad participante; mientras que, por su parte, en los supuestos de escisión parcial, cuando la sociedad escindida subsiste, ésta además de ver disminuido su patrimonio, sigue siendo responsable, de forma ilimitada, por la totalidad de las obligaciones transmitidas a las sociedades beneficiarias, sin recibir ningún tipo de garantía de estas últimas.

Prácticamente igual ocurre en el supuesto de la cesión global de activo y pasivo conforme dispone el artículo 91 LME<sup>20</sup>.

Analizados los mecanismos de defensa de los acreedores según la LME, y retomando la referencia inicial a “un sector de la doctrina”, debemos destacar que es una consecuencia frecuente que alguna de las sociedades participantes en una Operación de Modificación Estructural se vea inmersa en los meses posteriores a la misma en un procedimiento concursal. Este hecho es relevante porque es en torno a esta cuestión de lo que deriva la división doctrinal existente y que analizamos a continuación.

---

<sup>19</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN RAMOS, M.L. (2009) Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Navarra, España. Aranzadi.

<sup>20</sup> *De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente el resto de cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, además, según el caso, los socios responden hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación.*

## **6. Modificaciones Estructurales y el Concurso de Acreedores.**

Cuando una sociedad, tras una Operación de Modificación Estructural entra en fase concursal, se produce la colisión entre la legislación societaria en cuanto a modificaciones estructurales se refiere, es decir, la LME; y, por otro lado, la normativa concursal, hasta su derogación, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, “LC”) y actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en lo sucesivo, el “**Texto refundido de la Ley Concursal**” o “**TRLConc**”) que deroga la LC.

Como consecuencia de la colisión entre estas dos normas, la doctrina se encuentra dividida y encontramos dos corrientes cuyo pensamiento difiere en relación con los mecanismos de defensa de los que disponen los acreedores en estas situaciones. La primera de las corrientes ha sido analizada en el apartado anterior, y, por otro lado, existe un sector de la doctrina el cual entiende que, al entrar alguna de las sociedades participantes en la Operación en un concurso posterior, además de los mecanismos previstos en la LME, los acreedores disponen de los mecanismos que el TRLConc reconoce para su defensa.

### **6.1. Oposición a la corriente doctrinal que considera suficiente los mecanismos de defensa de los acreedores previstos en la LME.**

Este sector de la doctrina defiende que los mecanismos de defensa de los acreedores recogidos en la LME ofrecen una deficiente protección a los mismos los cuales, se ven obligados a recurrir a la legislación concursal para ejercitar acciones de defensa de sus derechos de crédito en el marco de las sociedades que han sido declaradas en concurso tras una Operación de Modificación Estructural.

En primer lugar, en cuanto al derecho de oposición de los acreedores, consideran que la razón fundamental de la deficiente protección que ofrece hoy en día este mecanismo la

encontramos en la modificación del apartado 4 del artículo 44 LME por la Ley 1/2012, cuestión ya analizada y, que como ha sido puesto de manifiesto, parece que debilita notablemente la tutela del acreedor legítimo al admitir que, a pesar del ejercicio en tiempo y forma del derecho de oposición, la Operación puede de todos modos llevarse a efecto y solamente se reconoce al «acreedor vulnerado» la posibilidad de solicitar del registrador que haga constar por nota marginal el ejercicio de su derecho.

Asimismo defiende que, el ejercicio del derecho de oposición corresponde a los acreedores individualmente, pero la situación de cada uno puede ser muy distinta por lo que, en la práctica, este mecanismo ofrece una tutela eventual que varía en función de cada sujeto. En cambio, en el caso de las acciones de reintegración previstas en el TRLConc, y concretamente la acción rescisoria concursal que analizaremos posteriormente, la legitimación corresponde a la administración concursal en beneficio de todos los acreedores como conjunto, y el interés protegido por ella no es individual sino colectivo sobre la masa activa.

En cuanto al mecanismo de defensa *ex post* previsto en la LME, y concretamente, en el supuesto de que se hubiera llevado a cabo una escisión parcial, que generalmente es la Operación más controvertida, los acreedores de la sociedad parcialmente escindida van a ver reducido el patrimonio social con el que contaban en garantía del cobro de sus créditos, no solo por la evidente reducción del patrimonio garante, sino porque este patrimonio queda también obligado a satisfacer las obligaciones que incumplan las sociedades beneficiarias, sin que éstas, respondan en ningún caso de los incumplimientos de la sociedad parcialmente escindida.

Tal y como apunta ESCRIBANO GÁMIR, R.C<sup>21</sup>, esto puede resultar especialmente problemático en aquellos supuestos en que la sociedad parcialmente escindida y más tarde

---

<sup>21</sup> ESCRIBANO GAMIR, R.C. (2005) La reintegración de la masa activa del concurso. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid, España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A.

concurzada, hubiera recurrido a esta operación para separar las ramas de actividad más prósperas y rentables y poner a salvo parte del patrimonio de cara a la eventual insolvencia posterior dejando sin ninguna tutela a los acreedores.

Por ello, para este sector de la doctrina adquieren relevancia los remedios concursales y, en especial, la acción rescisoria concursal, a la que el TRLConc dedica el Capítulo IV del Título IV del Libro I, artículos 226 a 238, para proteger los intereses de los acreedores<sup>22</sup>.

## **6.2.El ejercicio de la acción rescisoria concursal.**

El objetivo de los procedimientos concursales consiste en que el deudor responda con todo su patrimonio de la totalidad de las deudas contraídas respetando el principio de la *par conditio creditorum*. Es por ello que, bajo dicho fundamento, los acreedores que se vean perjudicados frente al resto deben disponer de medios jurídicos para la defensa de sus créditos.

Por lo tanto, en el marco del Texto refundido de la Ley Concursal, los acreedores disponen de la acción rescisoria concursal cuyo objetivo es reintegrar a la masa activa los bienes o derechos que se considere que han salido indebidamente del patrimonio del deudor por actos anteriores a la declaración del concurso, en nuestro caso, como consecuencia de que la sociedad hubiera llevado a cabo una Operación de Modificación Estructural.

En este sentido el artículo 226 TRLConc<sup>23</sup> establece que, una vez declarado el concurso, la administración concursal puede examinar los actos realizados por el deudor en los dos años

---

<sup>22</sup> El Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la 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 sobre reestructuración e insolvencia), en adelante, el “Anteproyecto de reforma del texto refundido de la Ley Concursal” prevé una nueva redacción de los artículos 226, 230 y 237 TRLConc que se analizarán en los apartados del presente trabajo correspondientes, en su caso.

<sup>23</sup> El Anteproyecto de reforma del texto refundido de la Ley Concursal introduce una importante modificación en este sentido ya que la nueva redacción de este precepto establece que serán rescindibles los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores no solo a la declaración del concurso, sino a la solicitud de declaración del mismo, así como los realizados desde la solicitud hasta su declaración. Asimismo, añade un nuevo apartado segundo sobre la rescindibilidad de los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de

anteriores de forma que, son rescindibles los actos que hubieran sido perjudiciales para la masa activa, realizados en dicho periodo, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

#### 6.2.1. Actos y negocios objeto de la acción rescisoria concursal

En cuanto a los actos objeto de rescisión, a pesar de que el artículo 230 TRLConc excluye determinados actos y operaciones que, en ningún caso, podrán ser objeto de rescisión, la jurisprudencia hace una interpretación en sentido amplio y considera rescindibles todo tipo de actos o negocios jurídicos que hayan causado una disminución del patrimonio del deudor, así como las omisiones que causen un perjuicio patrimonial contra la masa activa<sup>24</sup>.

#### 6.2.2. Requisito temporal y plazo para su ejercicio

En cuanto al requisito temporal, el artículo 226 TRLConc no plantea ninguna duda de interpretación y establece que, el ejercicio de la acción rescisoria concursal requiere como presupuesto necesario la declaración del concurso, es decir, se establece dicho momento como el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, y a partir de dicho momento, todos los actos que cumplan el resto de requisitos y hubieran sido realizados durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso son susceptibles de ser revocados.

Este plazo de dos años es un plazo material que se computa de fecha a fecha, es decir, no se trata de un plazo procesal o de prescripción o caducidad y, por tanto, no determina el plazo del

---

los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta, siempre que concurren las dos condiciones previstas en el Anteproyecto.

<sup>24</sup> Véase Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (en adelante, “SJM”) núm. 1 de Palma de Mallorca, núm. 237/2021, de 16 de abril, FJ 10, *El objeto de la rescisión son actos de naturaleza patrimonial, tanto unilaterales como bilaterales (pagos, reconocimiento de deudas, garantías, "omisiones", etc), realizados por el deudor, imputables incluso al órgano necesario de la sociedad (junta, consejo de administración) que cuente con competencia legal o convencional para obligar a la sociedad.*

que disponen las partes para ejercitar la acción. A pesar de que la doctrina se encuentra dividida en esta materia, la cuestión ha sido ampliamente resuelta por los Tribunales<sup>25</sup>.

Cuestión distinta es, qué ocurre con las acciones rescisorias instadas y que se encuentran en curso antes de la aprobación de un convenio una vez aprobado éste. El artículo 395 TRLCConc establece que desde la eficacia del convenio cesará la administración concursal pero que, no obstante el cese, la administración concursal conservará plena legitimación para continuar los incidentes en curso.

### 6.2.3. El requisito objetivo: El perjuicio

Uno de los requisitos necesarios para que la acción rescisoria concursal prospere es el elemento objetivo o *eventos damni*, es decir, el elemento perjudicial para la masa activa.

Aunque se trata de un concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar y matizar el mismo para concluir que, el concepto de perjuicio debe ser entendido en sentido amplio, y debemos considerar la existencia de perjuicio no solo sobre aquellos actos u omisiones que supongan una disminución patrimonial directa sobre el patrimonio del deudor, sino también los actos u omisiones que hubieran causado un perjuicio indirecto sobre el patrimonio por haber impedido un previsible aumento de la masa activa.

---

<sup>25</sup> Véase en este sentido, la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2006, FJ 3, *De este modo, debido a su naturaleza concursal, la acción rescisoria prevista en el art. 71 LC no está sujeta a plazo específico de caducidad o prescripción, ya que la seguridad jurídica queda garantizada por el periodo sospechoso de dos años fijado por la Ley, y porque sólo podrá hacerse valer dentro del concurso; la SAP de Madrid de 1 de marzo de 2013, FJ 1, que (...) la acción rescisoria concursal nace con el concurso y se extingue con él, por lo que podría ejercitarse durante todo el tiempo de duración del mismo*, es decir, la acción rescisoria concursal podrá ser ejercitada hasta la aprobación del convenio que ponga fin a los efectos del mismo; y el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 156/2010, de 26 de julio, FJ 2, establece que *No puede admitirse el criterio de la parte recurrente que entiende que el límite temporal de la presentación de su demanda en ejercicio de la acción rescisoria concursal sería la firmeza de la resolución que acuerda la conclusión del concurso por cualquiera de las causas previstas en el artículo 176 de la LC, puesto que estimamos que no cabe ejercitar dicha acción cuando existe ya un convenio judicialmente aprobado, lo que comporta que han cesado todos los efectos de la declaración del concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y que cesan en su cargo los administradores concursales.*

Así lo confirma el Tribunal Supremo que incluye, entre las causas de perjuicio, la infracción del principio de la *par conditio creditorum*, o incluso la comisión de actos que, sin afectar al patrimonio del deudor, perjudiquen a la masa activa y, todo ello, sin que sea necesario tener en cuenta la relación causal entre el acto perjudicial del deudor para la masa activa y la situación de insolvencia del deudor<sup>26</sup> y, tal y como indica el artículo 226 del TRLConc, *in fine, aunque no hubiera existido intención fraudulenta*<sup>27</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente en relación con el ejercicio de la acción rescisoria concursal aunque no exista intención fraudulenta, no podemos afirmar que la idea de fraude haya desaparecido, de hecho subsiste en el TRLConc en los supuestos de presunciones legales de perjuicio distinguiendo, además, entre las absolutas y las relativas.

*(i). Las presunciones de perjuicio absolutas (iure et de iure)*

Las presunciones de perjuicio absolutas se encuentran recogidas en el artículo 227 TRLConc, precepto en el que el legislador enumera de forma clara e inequívoca una serie de actos que, por su sola realización, se presume *iure et de iure* que causan un perjuicio a la masa activa del concurso y contra los cuales no se admite prueba en contrario. En este sentido, establece que se tratan de todos aquellos actos de disposición realizados a título gratuito, e introduce como excepción, *las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de*

---

<sup>26</sup> Véase, entre otras, la SJM núm. 1 de Murcia, núm. 198/2015, de 19 de junio, FJ 3: *De esta forma se puede concluir que no se exige que se acredite un nexo de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia sino que realmente se pruebe que existe un acto lesivo para la masa; y, la SJM núm. 1 de Alicante, núm. 198/2007, de 10 de octubre, incidente concursal 235/2007: El presupuesto objetivo de la acción de reintegración concursal es la existencia de un perjuicio para la masa activa producido por el acto que se pretende rescindir, sin que sea necesario que entre el acto del deudor y la situación de insolvencia que da lugar a la declaración de concurso hay una relación causal.*

<sup>27</sup> Esta última cuestión ha sido ampliamente analizada por el Tribunal Supremo, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, la “STS”), núm. 662/2010, de 27 de octubre, la cual establece que *la acción de reintegración, si bien requiere como presupuesto el perjuicio para la masa activa, no precisa que haya el ánimo o propósito de defraudar*, y añade la posterior STS núm. 100/2014, de 30 de abril de 2014, FJ 6, que, *De acuerdo con el régimen de las acciones de reintegración de la Ley Concursal (...) Para el ejercicio de estas acciones no es preciso probar la existencia de fraude.*

*obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*<sup>28</sup>, *excepto si contasen con garantía real.*

Podemos intuir que la intención del legislador es la de disuadir a los deudores que se encuentren en situación próxima de insolvencia, de realizar actos para vaciar todo o parte de su patrimonio, sin contraprestación alguna, de forma que no puedan responder de sus deudas en caso de declaración de concurso.

En estos casos, y conforme a lo dispuesto en el artículo 229 TRLConc, *el perjuicio patrimonial para la masa activa deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*

*(ii). Las presunciones de perjuicio relativas (iuris tantum)*

Por su parte, entre las presunciones de perjuicio relativas, que admiten prueba en contrario, el artículo 228 TRLConc establece que

*Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

*1º. Los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado*<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> La presunción para los actos de *extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso*, se fundamenta en la vulneración del ya mencionado principio de la *par conditio creditorum*, ya que, el pago de deudas no vencidas en el momento de la declaración de concurso supone una especie de adelanto, que debe considerarse injustificado, a favor de un acreedor determinado en perjuicio del resto de acreedores que verán disminuida la masa activa del concurso.

<sup>29</sup> Para entender el concepto de personas especialmente relacionadas con el concurso debemos acudir a los artículos 282 y 283 TRLConc, para el caso de las personas físicas y jurídicas relativamente. Asimismo, véase la STS núm. 487/2013, de 10 de julio, FJ 4, *En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par conditio creditorum" [igual condición de los acreedores].*

*Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.*

2º. *Los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas*<sup>30</sup>.

3º. *Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso si contasen con garantía real*<sup>31</sup>.

#### 6.2.4. Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal.

La legitimación activa de la acción rescisoria concursal se encuentra regulada en los artículos 231 y 232 TRLConc y corresponde a la administración concursal que, a pesar de no ser propiamente el titular del derecho, es coherente ya que es la encargada de preservar la masa activa<sup>32</sup> y, de forma subsidiaria, a los acreedores cuando hubieran instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción rescisoria y la administración concursal no lo hubiera hecho dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.

Por su parte, el artículo 233 TRLConc establece que *las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el concursado y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado*. Es decir, la acción se debe ejercitar tanto contra el deudor demandado y contra todas personas que hubieran intervenido en dicho acto, produciéndose una situación de litisconsorcio pasivo

---

<sup>30</sup> De forma similar al supuesto de la extinción de obligaciones de vencimiento posterior a la declaración de concurso, esta presunción se fundamenta en la vulneración del principio de la *par conditio creditorum*, ya que supone una forma de favorecer a un acreedor frente al resto a través de la concesión de una garantía real que, en caso de que el deudor entre en concurso convierta su crédito, que era ordinario, en privilegiado. Véase, entre otras, la SAP de Valladolid núm. 130/2014, de 17 de junio, FJ 1: *Funda el juzgador la rescisión de dichos negocios jurídicos en reputarlos perjudiciales para la masa activa del concurso en aplicación de la presunción iuris tantum contemplada en el art. 71.3.2º LC, considerando se trata de la constitución de garantías reales a favor de obligaciones nuevas contraídas en sustitución de otras preexistentes. Considera que dichas garantías no disminuyeron el patrimonio de la concursada, mas si conculcaron el principio de la par conditio creditorum a favor de la entidad de crédito citada, dotando de garantía real sin contraprestación de entidad equivalente a unos créditos anteriores que no gozaban de la misma (...)*.

<sup>31</sup> Véase SAP de Sevilla núm. 442/2012, de 20 de septiembre, FJ 1, *La Ley contempla un supuesto que podríamos calificar de dudoso, cual es el que la deuda tuviese garantía real. Liberar el bien gravado puede en algunos casos suponer un beneficio para el patrimonio del concursado, de ahí que en este caso la Ley establezca la presunción como iuris tantum, permitiendo que se aporten pruebas que demuestren la ausencia de perjuicio patrimonial.*

<sup>32</sup> Véase Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 351/2008, de 24 de octubre, FJ 3, (...) *la administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos.*

necesario, aunque serán considerados como partes independientes sin necesidad de actuar unidos en el litigio bajo una misma defensa y representación procesal.

Además, en los supuestos en los que se pretenda reintegrar el bien o derecho de un tercero que hubiera sido válidamente adquirido por el mismo, la legitimación pasiva se extenderá al tercero de buena fe que, será demandado para que este pueda defender, como parte en el proceso, sus intereses y, en estos casos, a diferencia del supuesto anterior, se trataría de un litisconsorcio pasivo voluntario.

En virtud de todo lo expuesto, no cabe duda de que, existen mecanismos en ambas normas, LME y TRLConc, que ofrecen protección a los acreedores. No obstante, la cuestión que nos planteamos es si la acción rescisoria concursal puede ir más allá de la rescisión de los actos que hubieran causado un perjuicio al patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la declaración del concurso, sino si dicha acción se puede ejercitar contra la propia Operación, cuestión que analizamos a continuación.

## **7. La inimpugnabilidad de las Operaciones de modificación estructural.**

La resistencia de las Operaciones de Modificación Estructural frente al ejercicio de la acción rescisoria concursal, reside en el concepto que introducimos a continuación y no es otro que el de la “inimpugnabilidad” de las Operaciones de Modificación Estructural.

Este concepto hace referencia al ya comentado artículo 47.1 LME en relación con la fusión, y que conforme a los artículos 73 y 90 LME se aplica en los mismos términos a la escisión y a la cesión global y el cual establece que,

*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.*

Además, tal y como recalca la SAP de La Coruña, de 30 de diciembre de 2014, *la utilización del término impugnación, que se introduce en la LME, a diferencia de la regulación anterior, cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico (acciones de nulidad, anulabilidad, resolutorias, y rescisorias)*, y, la acción rescisoria concursal no es una excepción.

Por lo tanto, una vez inscrita la operación en el Registro Mercantil y transcurrido el plazo de caducidad de tres meses previsto en el apartado segundo del artículo 47 LME, dicha inscripción actúa con eficacia convalidante por evidentes razones de seguridad jurídica y no cabe la ineficacia de la Operación, ni siquiera, a pesar del perjuicio causado a los acreedores.

A pesar de la aparente claridad que deriva de la “inimpugnabilidad” de las Operaciones de Modificación Estructural según la LME, la cuestión relativa a la resistencia de las Operaciones de Modificación Estructural, lejos de ser un asunto trivial, ha sido ampliamente debatida, una vez más, como consecuencia de la colisión entre la existencia de dos regulaciones que resultan aplicables y cuya interpretación provoca algunos conflictos y, a pesar del pronunciamiento realizado por el Tribunal Supremo en la sentencia que posteriormente analizaremos, la realidad es que la doctrina sigue estando dividida y, aun a día de hoy, no es una cuestión pacífica o que se considere unánimemente resuelta.

### **7.1. Argumentos a favor de la inimpugnabilidad de las Operaciones de Modificación Estructural.**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 230 TRLConc, la acción rescisoria concursal no se puede ejercitar contra la propia Operación, sino que se trata de un mecanismo de defensa del cual disponen los acreedores y como parece dejar manifiestamente claro la propia LME *ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción.*

No obstante, esta cuestión no ha estado libre de debate y para entender la controversia jurídica de si cabe atacar una Operación de Modificación Estructural mediante el ejercicio de la acción rescisoria concursal al considerar que, dicha reestructuración societaria ha comportado un perjuicio para la masa activa de la sociedad concursada participante en la Operación, recurrimos a la primera sentencia que enjuició la resistencia de una modificación estructural societaria frente a la acción rescisoria concursal.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Las Palmas, de 12 de diciembre de 2011, recoge el supuesto de una sociedad constituida por dos socios que llevan a cabo una operación de escisión total, distribuyendo todo el patrimonio social en dos lotes de activos agrupados en torno a dos ramas de actividad, adjudicándose cada uno de los socios un lote, a elección de los mismos.

La escisión se llevó a cabo cumpliendo con todas las exigencias legales sin que ninguno de los acreedores, de la sociedad escindida o de las beneficiarias, ejercitara su derecho de oposición. La operación fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil y transcurridos unos meses, una de las sociedades beneficiarias fue declarada en concurso de acreedores. En su fundamentación jurídica, la administración concursal demandante alega que la escisión supuso una disposición patrimonial efectuada a título gratuito y en beneficio exclusivo de la otra sociedad beneficiaria (la codemandada), por la incorrecta y desigual valoración de los bienes atribuidos a cada sociedad beneficiaria, a pesar de que fuera aceptado por ambos socios, y que ello supone un acto de disposición gratuito, expreso y en perjuicio de los acreedores de la sociedad beneficiaria concursada, y como tal subsumible en la presunción *iuris et de iure* de perjuicio del entonces art. 71.2 LC, actual artículo 227 TRLConc. En este sentido y por los motivos expuestos, la administración concursal demandante pretendía la rescisión parcial de la escisión llevada a cabo antes de la declaración del concurso.

La propia sentencia del Juzgado de Las Palmas, en primera instancia, reproduce la opinión de Don Fernando Cerdá Alberó<sup>33</sup> y recoge claramente este pensamiento:

*En mi opinión, dos son los principales argumentos que se pueden aducir en contra de que pudiera prosperar esta acción rescisoria concursal con respecto a la fusión (o escisión). Uno es de carácter material: el derecho de oposición de acreedores (Art. 44 LME). El otro tiene una vertiente más sistemática o formal: la eficacia convalidante de la inscripción registral de la reestructuración societaria (Art. 47 LME).*

*En primer lugar, los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión (o escisión), no hubieran aún vencido en ese momento, y no se encontraran ya suficientemente garantizados, gozaron de un mecanismo específicamente establecido por el ordenamiento societario para la protección de sus créditos: el derecho de oponerse a la fusión o escisión, en los términos del art. 44 LME. **Si entonces, cuando pudieron obtener garantía suficiente de sus créditos, no ejercitaron este instrumento jurídico-societario, no parece razonable ofrecer ahora (en el lapso de dos años) la vía jurídico-concursal de la acción rescisoria para impugnar aquella fusión o escisión a aquellos acreedores que ya tuvieron su oportunidad de obtener garantías para sus créditos.***

*Del mismo modo, si en el marco de la fusión (o escisión) antecedente, algún acreedor debidamente legitimado se opuso a la reestructuración y consiguió una garantía real a favor de su crédito, tampoco parece consistente pretender (sobre la base del art. 71.3.2.º LC) que se rescinda la constitución de dicha garantía en el posterior*

---

<sup>33</sup>Artículo publicado en el libro homenaje a Don Santos, Madrid Editorial Marcial Pons 2010, pp 713-729 "Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal".

*concurso de la sociedad fusionada o escindida que la otorgó, salvo que la garantía resulte desproporcionada o agote los bienes de la compañía.*

Asimismo añade, citando al mismo autor

*Y en relación con los créditos nacidos después de la publicación del Proyecto de fusión (o escisión), sus titulares han podido conocer cuál es la situación jurídica y patrimonial de la sociedad absorbente, resultante de la fusión o escindida parcialmente, por lo que tampoco resulta apropiado acudir a la rescisión concursal para que la reestructuración anterior devenga ineficaz y se desmonte.*

Por lo tanto, dado que ninguno de los acreedores ejercitó su derecho de oposición a la fusión y como no procede la acción rescisoria concursal entablada por la administración concursal sobre la operación de escisión, el Juzgado de Las Palmas desestimó la demanda y consideró que, según expone en el Fundamento Jurídico tercero, la administración concursal debió recurrir la Operación por otras acciones de impugnación de actos del deudor, o bien por el derecho de oposición del artículo 44 LME.

## **7.2. Argumentos a favor de la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria concursal frente a las Operaciones de Modificación Estructural.**

Recurrida en apelación la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en su sentencia de 29 de octubre de 2013, tras una extensa fundamentación falló estimando el recurso presentado.

Antes de exponer el contenido del fallo, es conveniente hacer un breve recorrido sobre la argumentación expuesta ya que, a pesar de estimar el recurso, la propia Sala reconoce la imposibilidad de reintegrar la situación de la sociedad al momento en que se encontraba antes de la escisión y por lo tanto, admite la resistencia de la Operación frente al ejercicio de la acción rescisoria concursal.

Comienza la argumentación de la Audiencia Provincial estableciendo que,

*El punto de partida para resolver la cuestión no ha de buscarse en la Ley de Modificaciones Estructurales de Capital o en la legislación societaria (como se hace por la mayoría de la doctrina que se cita en la sentencia de instancia) sino en la propia ley concursal, desde que ninguna de las normas citadas por esa doctrina y por la sentencia excluye la aplicación del art. 71 de la Ley Concursal a las modificaciones estructurales de capital (...)*

Añade que lo relevante es determinar si en el acto objeto de impugnación aplican los requisitos del artículo 71 LC (actual artículo 226 TRLConc), es decir, determinar si el acuerdo puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso ya que,

*Lo relevante es si el acuerdo de escisión (o los concretos actos impugnados realizados para la realización de la escisión, que comportó la transmisión de dos partes del patrimonio de la sociedad escindida supuestamente de igual valor) puede considerarse o no un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración (haya existido o no intención fraudulenta), puesto que no habiéndose excluido el ejercicio de dicha acción, no puede sostenerse su exclusión por la solas previsiones en la legislación societaria de limitación de acciones de impugnación -y plazo para su ejercicio- establecida por el actual art. 47 de la LME (...) y de la posibilidad de oposición de acreedores a la escisión en un escenario no concursal prevista en el actual art. 44 de la LME.*

Adicionalmente, y en consonancia con los defensores de esta posición, la Sala no considera un obstáculo la prohibición de impugnación de la Operación en virtud del artículo 47.1 LME

en el marco concreto de la legislación societaria, no obstante, y de nuevo volvemos a la colisión entre las normas societarias y concursales, considerando que en un marco diferente, como el concurso posterior a la Operación, cabría la impugnación de la misma si se produce un perjuicio para la masa activa y, en este sentido apunta:

*Como se verá la argumentación sobre la "convalidación" del acuerdo por la inscripción en el Registro Mercantil o sobre la imposibilidad de restitución de la situación a la anterior a la existente antes de dictarse el acuerdo impugnado tendrá relevancia, en efecto, en cuanto a los efectos que hayan de derivarse de la estimación de la acción rescisoria pero **no permite excluir su posible ejercicio**.(...) En suma, las diferencias de finalidad, objeto, razón de reconocimiento de las acciones y legitimados para su ejercicio (para el de las acciones de reintegración sólo está legitimada la administración concursal, no los acreedores en particular, como para el ejercicio del derecho de oposición) hacen totalmente imposible, a nuestro juicio, pretender que la protección a los acreedores en que el derecho de oposición consiste pueda "sustituir" a la protección conferida por el reconocimiento de las acciones de reintegración concursal, **ni sea argumento para excluir su ejercicio**.*

A pesar de la argumentación defendida y expuesta hasta el momento, expone la Sala en el fundamento jurídico sexto de su sentencia que,

*En cuanto a los efectos de la estimación de la acción rescisoria, debe tenerse en cuenta en primer lugar que **resulta imposible jurídicamente en este momento la reintegración de la situación al momento en que se encontraba antes de la escisión**, cuando múltiples terceros han continuado concertando contratos con las dos sociedades beneficiarias de la escisión sobre los elementos comprendidos en las ramas de actividad adjudicadas a ambas sociedades beneficiarias, y consciente además de que carece de justificación la rescisión o reintegración total, "resucitando"*

*la sociedad ya extinguida y reintegrando los bienes recibidos por una y otra sociedad como consecuencia de la escisión.*

Finalmente, el fallo estima el recurso y consiguiente ineficacia, por ser perjudiciales para la masa activa de la concursada, de las valoraciones y atribuciones patrimoniales para los elementos comprendidos en cada una de las ramas de actividad transmitidas a las sociedades beneficiarias, sin que, en ningún caso, se admita la rescisión de la Operación. Es decir, pone de manifiesto que, la acción rescisoria concursal no está encaminada a impugnar la propia Operación en sí misma, sino a servir como mecanismo de defensa de los acreedores para reintegrar a la masa activa los bienes o derechos que se considere que han salido indebidamente del patrimonio del deudor por actos anteriores a la declaración del concurso.

### **7.3. Pronunciamiento del Tribunal Supremo: Sentencia de 21 de noviembre de 2016.**

No obstante, el Tribunal Supremo finalmente se pronunció el 21 de noviembre de 2016 resolviendo esta cuestión nunca resuelta por el legislador.

En esta ocasión, el supuesto de hecho consiste en una operación de escisión parcial debidamente inscrita en virtud de la cual, la sociedad parcialmente escindida transmite la rama de actividad de arrendamiento inmobiliario y es posteriormente declarada en concurso, calificado como fortuito.

#### **7.3.1. Primera y segunda instancia**

La administración concursal alegó en primera instancia que el perjuicio patrimonial causado por la escisión parcial se concretaba en la salida del patrimonio escindido de la concursada a título gratuito pues, en el caso de la escisión, la contraprestación por el patrimonio escindido no la percibe la sociedad escindida sino los propios socios y, que por ese motivo, existiría una presunción *iruis et de iure* de perjuicio patrimonial, y solicitaba como petición principal, la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles, con las cargas que los gravaban

y, como petición subsidiaria, la declaración de la ineficacia de la escisión parcial alegando la existencia de una presunción *iruis et de iure* de perjuicio patrimonial.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña en su sentencia del 6 de marzo de 2014, desestimó la demanda en relación con la inviabilidad de la petición principal ya que, como indica en el FJ 2,

*(...) si se pretende que se declare la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles -y la propiedad se transmite en nuestro derecho por la conjunción de título y modo, artículo 609 del CC - será preciso atacar y rescindir el negocio que la justifica, es decir, impugnar la modificación estructural -escisión parcial en este caso- por ser perjudicial para la masa activa del concurso (art. 71 de la LC).*

*Por eso sólo es coherente el planteamiento de la petición subsidiaria de la demanda que, para lograr la finalidad reintegradora, ataca la modificación estructural misma, identificándola como el acto dispositivo perjudicial para la masa activa del concurso.*

En relación con la referencia al acto dispositivo perjudicial para la masa activa, añade la sentencia que no puede considerarse que el traspaso patrimonial sea gratuito cuando,

*(...) son los socios los que, asumiendo las razones organizativas y económicas que en el parecer de los administradores justificaban la operación, deciden llevarla a cabo, reubican en otra sociedad la porción patrimonial escindida (que conforma un unidad económica), sin oposición de los acreedores, y reciben las acciones, cuotas sociales o participaciones sociales que les corresponden en la sociedad beneficiaria, reduciendo simultáneamente la sociedad escindida su capital en la cuantía necesaria. La operación tiene causa onerosa propia del negocio o contrato social, (...)*

Por lo tanto, al no tratarse de un acto de disposición a título gratuito, queda salvada la cuestión de la presunción *iuris et de iure*. No obstante, cabría preguntarnos si se podría tratar

de un supuesto de presunción relativa, cuestión que se plantea igualmente el Juzgado de lo Mercantil y que resuelve de la siguiente forma,

*(...) por otra parte, cuando la beneficiaria de la escisión parcial sea una sociedad ya existente, la operación generará vínculos -si es que ya no existían con anterioridad- entre las dos compañías que en muchos casos convertirán a la beneficiaria en sociedad del mismo grupo y, por ello, en persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica (artículo 92 2 3º LC) ; pero, dejando al margen el hecho de que lo relevante a efectos del artículo 71 3 1º es que el beneficiario tenga la condición de persona especialmente relacionado con el concursado al tiempo de realizarse el acto dispositivo y no como consecuencia de él, la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial no puede operar porque tampoco existe en puridad un acto dispositivo a título oneroso que la sociedad escindida haya realizado a favor de la beneficiaria. La onerosidad debemos encontrarla en las relaciones entre la sociedad escindida y sus socios, y entre la sociedad beneficiaria y los nuevos socios.*

A pesar de la acertada fundamentación jurídica del Juzgado expuesta en su sentencia, la misma fue recurrida en apelación y resuelta el 30 de diciembre de 2014 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de La Coruña. Desestimado nuevamente el recurso, la Audiencia Provincial se muestra conforme con el criterio del Juzgado de lo Mercantil, y a pesar de reconocer que existe una fuerte polémica sobre la cuestión, considera que las modificaciones estructurales traslativas, inscritas en el Registro Mercantil antes de la declaración de concurso, no pueden ser objeto de las acciones de reintegración previstas en el artículo 71 LC, en referencia a la actual acción rescisoria concursal del artículo 226 TRLConc, como consecuencia de la eficacia convalidante de la inscripción, por evidentes razones de seguridad jurídica.

### 7.3.2. La decisión del Alto Tribunal

Presentado el recurso de casación por el recurrente, en el que reitera los motivos anteriormente alegados en otras instancias este pretende que, atendiendo a la naturaleza funcional de la rescisión concursal, sea posible la rescisión de los efectos de la escisión, sin necesidad de dejar sin efecto la modificación estructural, de modo que afecte únicamente al negocio en la medida necesaria para evitar el perjuicio a los acreedores que como consecuencia de la Operación han visto cómo ha disminuido la masa activa patrimonial sobre la que hacer efectivos sus créditos.

La STS insiste en la necesidad de identificar claramente el acto que es objeto de impugnación a través de la acción rescisoria concursal que, en este caso consiste en la intención de averiguar si es posible deslindar la escisión, por un lado, y la transmisión de los activos que dicha escisión conlleva desde la sociedad escindida a la beneficiaria, por otro, profundizando en un elemento configurador de la misma: el perjuicio para la masa activa que haya podido provocar el acto cuya revocación se pretende.

En este sentido, la petición principal de la administración concursal relativa a la impugnación de la transmisión de los inmuebles es inadmisibles ya que, conforme se indicaba en primera instancia, en virtud de la teoría del título y del modo, para que sea válida la adquisición de la propiedad han de concurrir dos actos, el contrato o acuerdo de voluntades (título) y el acto formal de entrega de la cosa (modo), es decir, si lo que pretende es que se declare la ineficacia de la transmisión de la propiedad de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida y que forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, no puede disociar e impugnar aisladamente la Operación de la transmisión, sino que es necesario impugnar la propia escisión, tal y como expone el propio Tribunal

*Conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el art. 73 LME, que se remite a las normas de la fusión, (...) la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 46 LME). En consecuencia, dejando a un lado la cuestión de la resistencia de las modificaciones estructurales traslativas a la rescisión concursal, no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. La transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede dissociarse para su impugnación.*

Por lo tanto, para el TS, la imposibilidad de impugnar las modificaciones estructurales inscritas en el Registro Mercantil se deriva, pues, de la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil conforme al artículo 46.1 LME y la exclusión legal contenida en el artículo 47.1 LME la cual afecta a todas las acciones de impugnación que impliquen la ineficacia de la Operación.

En conclusión, la única excepción admisible para conseguir la nulidad de una Operación de Modificación Estructural sería mediante el ejercicio de la acción de impugnación (artículo 47.2 LME) basada exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos legales y que sólo podría ser ejercitada en el plazo de tres meses conforme a lo previsto en la LME.

## **8. Otras acciones frente al fraude de acreedores.**

### **8.1. Régimen general previsto en el Código Civil.**

Complementariamente a los supuestos expuestos en la LME y el TRLConc, el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, el “CC”) contempla, con carácter general, determinadas acciones o regímenes de responsabilidad que permiten dar

cobertura al acreedor frente a las operaciones del deudor que persigan dificultar el cobro de su crédito.

En primer lugar, ex artículo 1.902 CC, se prevé un régimen general de responsabilidad civil por daños cuando hubiere intervenido dolo o culpa grave del deudor. Por su parte, aunque en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de responsabilidad universal consagrado en el artículo 1.911 CC para la protección de los créditos, estableciendo que *Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*, cuando un deudor incumple su obligación de pago, el acreedor corre el riesgo de que al dirigirse contra el mismo, se encuentre con que éste no disponga de bienes para hacer frente al crédito existente entre ellos, siendo declarado insolvente.

Sin embargo, también podemos encontrarnos con el supuesto de que este estado de insolvencia, total o parcial, sea provocado por la actuación del propio deudor como consecuencia de la enajenación de sus bienes en aras a eludir la deuda contraída. Ante esta situación, el Código Civil pone a disposición del acreedor una serie de acciones conservativas del patrimonio del deudor: la acción directa, la acción indirecta o subrogatoria, y la acción pauliana o revocatoria.

Todas estas acciones tienen como finalidad que el patrimonio del deudor no se vea perjudicado ni disminuido por la actitud fraudulenta o pasiva de este, actitudes que conllevarían una depreciación o disminución de su patrimonio perjudicando con ello a sus acreedores.

#### 8.1.1. La acción subrogatoria

La acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 CC, y que ha sido configurada en términos muy amplios por la jurisprudencia permite al acreedor ejercitar la acción en nombre e interés propio para la defensa de un derecho ajeno, esto es, un derecho de su deudor. Es decir,

no se trata de una acción directa que se dirige contra el deudor, sino que es ejercitada por el acreedor contra el deudor de su deudor.

Esta acción, como bien indica el legislador es una acción subsidiaria que debe ser ejercitada *después de haber perseguido los bienes en que esté en posesión el deudor* y, en ese sentido, faculta a los acreedores, a (i) ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el fin de cobrar su crédito; e (ii) impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho. No obstante, como bien perfila la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2011, la finalidad reintegradora no implica que, producido este efecto, el acreedor tenga preferencia alguna sobre los bienes reintegrados para la satisfacción de su crédito sino que se aplicarán las normas generales sobre prelación de créditos, no obstante, el acreedor tendrá más garantías del cobro del mismo tras la restitución de los bienes al patrimonio del deudor.

Una situación particular en relación con el ejercicio de esta acción, y relacionada con la doctrina del levantamiento del velo que posteriormente analizaremos, fue resuelta por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de marzo de 2011. En este caso, la intención del demandante es demostrar la existencia de un negocio jurídico fiduciario en virtud del cual, un matrimonio (deudor del demandante) procede a la venta de unos inmuebles a una sociedad, de la que sus hijas eran las titulares meramente formales y que era gestionada por los cónyuges. El demandante, entiende que las hijas de sus deudores actuaban como *un puro titular aparente siendo clarísima la simulación urdida* y, en este sentido, pretende el ejercicio de la acción subrogatoria tal y como se expone en el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia y en los fundamentos de derecho de la misma demanda

*(...) porque las maquinaciones fraudulentas se habían venido perfeccionando cada vez más y lo que se pretendía por el actor era la declaración judicial de que los bienes inmuebles eran propiedad de sus deudores y no de las hijas de estos, así como evitar que mediante la constitución de sociedades mercantiles haciendo figurar como socias*

*únicamente a las hijas se burlaran los derechos del demandante en contra de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de las personas jurídicas.*

El demandante, como fundamento principal para el ejercicio de la acción subrogatoria alegaba que *la titularidad de bienes y la participación en beneficios de las hijas eran puramente aparentes por pertenecer dichos bienes y haber percibido tales beneficios en realidad sus padres, es decir, los deudores del demandante.* En definitiva, el demandante no está impugnando las transmisiones, sino tratando de reintegrar los bienes en el patrimonio de sus deudores al considerar que el fraude había consistido en la creación de apariencias de titularidad formal de las hijas sobre bienes o dinero que en realidad pertenecían a sus padres y en la creación de sociedades ficticias para eludir su responsabilidad patrimonial universal frente al demandante.

Deduce el Tribunal que la verdadera intención del demandante era interponer una acción de impugnación de un contrato de compraventa de un inmueble, por considerarlo simulado en el sentido de que su verdadero comprador había sido el padre que administraba las sociedades de las hijas y se plantea si la acción subrogatoria permite la pretendida impugnación. Conforme a lo expuesto, resuelve la Sala que esta cuestión debía ser entendida en sentido afirmativo *dados los amplios términos del art. 1.111 CC, a lo que se unía la amplia legitimación reconocida por la jurisprudencia a los terceros perjudicados por una simulación contractual para impugnarla.*

No obstante, esta acción es considerada por la doctrina *de escasa operatividad* ya que el crédito que se obtenga por el acreedor se reintegra en el patrimonio del deudor y no en el del acreedor que ha ejercitado la operación.

#### 8.1.2. La acción revocatoria o acción pauliana.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, el remedio por antonomasia para el fraude de acreedores es la acción revocatoria o pauliana. Esta acción está prevista para los supuestos contemplados en el artículo 1.291 CC y, en particular, para la rescisión de los actos, negocios

o contratos celebrados por el deudor en fraude de sus acreedores<sup>34</sup>, cuando éstos no puedan cobrar lo que se les debe de otro modo. Así, mediante el ejercicio de esta acción, el acreedor solicita de los órganos judiciales la anulación de los actos de disposición que el deudor hubiese realizado sobre sus bienes en fraude de acreedores.

Asimismo, se configura en nuestro derecho como una acción de tipo rescisorio, ya que tiene por finalidad dejar sin efecto actos o contratos que originariamente fueron válidos, es decir, no es una acción de nulidad, si no que opera sobre un contrato válido y conforme al artículo 1.291 CC *son rescindibles los (contratos) celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.*

A diferencia de la acción rescisoria concursal analizada, en la que hemos expuesto que, conforme al artículo 226 TRLC Conc *son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa (...), aunque no hubiere existido intención fraudulenta*, la acción pauliana en sede civil o contractual, sí exige una intención fraudulenta por parte del deudor el cual es consciente del perjuicio que su actuación conlleva sobre el acreedor.

El ejercicio de esta acción, a diferencia de la acción rescisoria concursal que es directa, se ejercita de modo subsidiario<sup>35</sup>, se concibe como un remedio *in extremis*, debiendo primero los acreedores perseguir los bienes en posesión del deudor.

En cuanto al régimen de esta acción por fraude de acreedores se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de noviembre de 2015, FJ 9, y expone la progresiva objetivación que ha sufrido la misma desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar (*consilium fraudis*) al elemento objetivo del perjuicio para el acreedor.

---

<sup>34</sup> Se presumen celebrados en fraude de acreedores (ex. artículo 1297 CC) la enajenación de bienes a título gratuito, así como las realizadas a título oneroso realizadas por personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria o expedido mandamiento de embargo de bienes.

<sup>35</sup> Artículo 1.294 CC, *La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.*

Es decir, partiendo de la base de la existencia del perjuicio causado al acreedor que queda sin posibilidad de percibir su crédito (*eventos damni*), se abandona la exigencia de que concurra un "*animus docendi*", intencional o doloso, de perjudicar a los acreedores bastando para el éxito de la acción rescisoria que el deudor al disponer de sus bienes cause un perjuicio de sus acreedores<sup>36</sup>, y tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2011, FJ 2, *el perjuicio al acreedor implica que el acto fraudulento provoque tal disminución en el patrimonio del deudor, que el acreedor quede sin posibilidad de ver satisfecho su derecho de crédito; no es preciso que pruebe la insolvencia del deudor.*

En cuanto a la necesidad de probar la insolvencia del deudor, la jurisprudencia califica a la misma como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, en tanto que *la imposibilidad de cobrar viene determinada normalmente por la insolvencia del deudor, de ahí la estrecha relación entre perjuicio e insolvencia*<sup>37</sup>.

No obstante, este requisito también ha sido flexibilizado y ya no es necesaria la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y permite su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 2012, FJ 3, señala que *la insolvencia debe representar una alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una significativa merma o disminución de su garantía patrimonial en relación con el importe derivado de la reclamación de las deudas (...) y que dicha merma debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito.*

---

<sup>36</sup> STS núm. 657/2005, de 19 de julio, FJ 2.

<sup>37</sup> PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, (2001) *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español*. Sevilla, España. Universidad de Sevilla.

## 8.2. Acciones penales frente al fraude de acreedores.

Podríamos definir la insolvencia del deudor como el estado o situación en la cual éste no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, conforme expone el artículo 2 TRLConc. Ante este tipo de situaciones, el deudor se ve obligado a declarar el concurso de acreedores. Esta situación de insolvencia adquiere relevancia Penal, desde el momento en que el deudor, o la persona que actúe en su nombre, haya actuado o actúe de forma voluntaria y consciente en contra de sus acreedores.

En este sentido, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, “CP”) regula la insolvencia punible en los artículos 259 y ss CP. Estos delitos se dan cuando el empresario o administrador deudor, causa o agrava la situación de insolvencia mediante el ejercicio de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es más, estos delitos pueden ser cometidos, tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración de concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento.

Asimismo, el artículo 260 CP contiene dos modalidades delictivas destinadas a ampliar la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados, llevadas a cabo antes de la declaración del concurso pero cuando el deudor se encontraba ya en situación de insolvencia actual o inminente. En ambos casos se trata de conductas contrarias a la *par conditio creditorum* y en consecuencia al principio de igualdad de trato entre los acreedores.

Por último, el legislador tipifica en el artículo 257 CP el delito de alzamiento de bienes, el cual aunque no se encuentra regulado en el seno de los delitos de insolvencia punible, está relacionado con el mismo, sin embargo, en estos casos, la actuación sobre los bienes no es de

disposición como en la insolvencia punible sino que el empresario o deudor realiza una actuación sobre los propios bienes destinada a ocultación de los mismos para *mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes*<sup>38</sup>.

Uno de los elementos de este delito es la producción de

*(...) un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo*<sup>39</sup>.

### **8.3. La teoría del levantamiento del velo.**

#### **8.3.1. El levantamiento del velo frente al fraude de acreedores.**

Como ya hemos mencionado, a menudo, se utiliza la personalidad jurídica independiente de la sociedad para instrumentar un fraude de acreedores o, en general, para evitar el cumplimiento de obligaciones frente a terceros interponiendo entre los deudores y el acreedor a una persona jurídica.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia, la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores. No obstante, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de

---

<sup>38</sup> STS, núm. 1347/2003, de 15 de octubre, FJ 2.

<sup>39</sup> STS núm. 129/2003, de 31 de enero, FJ 1.

relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, no impide que,

*(...) excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias - son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso - sea procedente el "levantamiento del velo" a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros<sup>40</sup>.*

En cuanto al carácter excepcional de este remedio, la jurisprudencia hace especial hincapié en que debe aplicarse de forma restrictiva y exige que se acrediten aquellas circunstancias que pongan en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. En tales casos, el juez puede aplicar el levantamiento del velo para desproveer a la sociedad de personalidad jurídica y extender a sus socios la responsabilidad por las deudas contraídas por la sociedad con terceros.

No obstante, gran parte de la dificultad de determinar la aplicación de esta doctrina reside en que no existe un *numerus clausus* de circunstancias y la realidad es que, en la práctica, estas pueden ser muy variadas lo que justifica una aplicación prudente y ponderada de esta doctrina que obliga a valorar las circunstancias particulares del caso y su aplicación subsidiaria<sup>41</sup>, a falta de otros remedios legales para la defensa del derecho de crédito lesionado.

---

<sup>40</sup> STS núm. 3610/2021, de 5 de octubre, FJ 9. Véase en el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo, núm. 670/2010, de 4 de noviembre; STS núm. 718/2011, de 13 de octubre; STS núm. 326/2012, de 30 de mayo, y STS núm. 47/2018, de 30 de enero.

<sup>41</sup> Véase la STS, núm. 673/2021, de 5 de octubre, FJ 9, "En este sentido, declaramos la en la sentencia 101/2015, de 9 de marzo (reiterada por la núm. 74/2016, de 18 de febrero): [...] En efecto, en estos casos, en donde la doctrina del levantamiento del velo opera con una finalidad concorde a los remedios tendentes a facilitar la efectividad o cobro del derecho de crédito, interesa señalar que las anteriores notas de excepcionalidad y aplicación restrictiva, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas, refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura. De forma que la excepcionalidad así entendida resulta observada, en estos supuestos, cuando la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo responda, a su vez, al carácter subsidiario con que operan estos remedios tendentes a facilitar el cobro del derecho de crédito, esto es, cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito (STS de 7 de septiembre de 2012, núm.

Entre otros supuestos, la doctrina ha identificado una serie de supuestos representativos del abuso de la personalidad jurídica de una sociedad, entre los que se encuentran la confusión patrimonial y la despatrimonialización de la sociedad. En el primer supuesto, se produce una situación en la que no se permite realizar una distinción *de facto* entre el patrimonio personal del socio y el de la sociedad y consiste en que el socio se vale de la sociedad para atender, no solo a las actividades propias de la misma, sino también para sus propios asuntos personales quedando de este modo limitada cualquier eventual responsabilidad personal por deudas contraídas en la gestión de sus propios asuntos de índole privado por la que, conforme al artículo 1.911 CC debería responder de forma ilimitada.

Por su parte, el supuesto de despatrimonialización de la sociedad suele ser consecuencia de una operación de escisión parcial que, como ya hemos visto, se trata de situaciones en la cual se transfieren de una a otra sociedad una parte sustancial de los activos, generando deliberadamente, una situación de insolvencia perjudicial para los acreedores de la sociedad escindida.

### 8.3.2. El levantamiento del velo en los grupos de sociedades

Uno de los temas de mayor interés en esta materia es la posible responsabilidad del Grupo por deudas de cualquiera de las sociedades que lo integran. Entiende la jurisprudencia que para que se atribuya responsabilidad a la Sociedad dominante del grupo por deudas o por insolvencia de cualquiera de las sociedades dependientes, no basta con que aquella tenga el carácter de dominante sino que, es preciso que la situación de dominio se haya ejercido de forma abusiva, en fraude a la ley o en fraude de acreedores.

Es decir, la organización del grupo debe reflejar que verdaderamente la sociedad dominante se utiliza como medio de cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones y provocar un

---

510/2012). *Todo ello, como más adelante se expone, sin perjuicio de los propios presupuestos de aplicación de esta figura [...]*".

resultado contrario al ordenamiento o perjudicial o dañoso para terceros y así lo entiende la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 23 de enero 2003 , FJ 4, que

*(...) no cabe establecer como norma la responsabilidad de los miembros del grupo por débitos - en sentido genérico- contractuales o extracontractuales de algún otro de sus integrantes por la mera constatación de la existencia del grupo de empresas, en cuanto se exige, a los efectos de apreciar dicha comunicabilidad, y en el marco del establecimiento de una adecuada tensión o equilibrio entre el principio de seguridad jurídica - de una parte- y de justicia y equidad- por otra- la existencia de elementos adicionales de abuso de derecho, abuso de personalidad jurídica en perjuicio de tercero, ejercicio antisocial de derecho o actuación en fraude de acreedores, habilitadores de la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo.<sup>42</sup>*

La aplicación de esta doctrina del levantamiento del velo atiende a las circunstancias concretas de cada caso, ahora bien, hay sentencias que, atendidas las circunstancias individuales de cada caso, reconocen dicha responsabilidad, y así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002, FJ 2, en virtud de la cual

*En lo relativo a los acreedores, doctrinalmente se propugna la imputación de responsabilidad a la sociedad dominante, entre otros supuestos, en aquellos en que pueda entenderse que ha existido una vinculación más o menos explícita de la misma como garante, o bien cuando con sus propios actos ha creado una apariencia generadora de confianza para los terceros que contratan con las sociedades filiales.*

---

<sup>42</sup> Véase en el mismo sentido la STS núm. 628/2005, de 29 de julio, FJ 2, *los grupos de sociedades no son por sí solos constitutivos de fraude*; STS núm. 448/2020, de 20 de julio, FJ 4, *es evidente que las razones de tipo económico y jurídico por las que se crean los grupos de empresas para diversificar funciones entre sociedades domiciliadas en diferentes países impiden apreciar abuso o fraude por la mera existencia del grupo.*

Otro supuesto frecuente de levantamiento del velo en grupos de sociedades es cuando se produce un riesgo de abuso en la personificación. Esta situación la analiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de diciembre de 2017, la cual establece que

*(...) no es la simple existencia del grupo la que justifica que esté justificado el levantamiento del velo, porque los grupos no son un fenómeno contrario al derecho societario o al ordenamiento jurídico. Lo que se produce en el ámbito de los grupos societarios es una situación de riesgo de abuso de la personificación, esto es, una situación en la que se pueda pretender la utilización de una pluralidad de sociedades con una finalidad que el ordenamiento no tutela, como es la de excluir la responsabilidad patrimonial disminuir o incluso destruir la protección de los derechos de los acreedores.*

En conclusión, la utilización de esta doctrina del levantamiento del velo y especialmente en grupos de sociedades, puede causar graves perjuicios a los acreedores en tanto que generalmente la deuda se traslada a las mercantiles insolventes, en perjuicio de los derechos de los acreedores.

## **9. Conclusiones**

Las Modificaciones Estructurales son operaciones frecuentes y complejas en el tráfico jurídico de nuestro sistema empresarial y como consecuencia del carácter traslativo del patrimonio de las sociedades que participan en las mismas, encontrar un equilibrio entre un régimen que favorezca la viabilidad de las modificaciones estructurales y la adecuada tutela de la posición de los socios y acreedores es fundamental para el éxito de la Operación.

A pesar de que el legislador, en la LME, ha configurado un sistema de tutela de los acreedores sociales en el seno de estas Operaciones, cuando las sociedades participantes en la Operación son posteriormente declaradas en concurso de acreedores, éste régimen parece

insuficiente de cara a la protección de las garantías de los mismos. En este sentido, la doctrina ha estado y continúa estando dividida en cuanto a los mecanismos de protección de los que disponen los acreedores como consecuencia de la colisión entre la normativa societaria y concursal.

Como consecuencia de este amplio debate doctrinal, y tras analizar numerosas sentencias y, en concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2016, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- (i) El hecho de que un acreedor legítimo no hubiera ejercitado, en el plazo legalmente previsto, el derecho de oposición frente a la Operación al considerar que en ese momento la misma le resultaba beneficiosa vista desde su posición individual, no implica que, examinada dicha Operación en un momento posterior, y a la luz de los artículos 226 y ss. TRLC, este pueda determinar que objetivamente la Operación le causó un perjuicio para la masa activa.

No obstante, la jurisprudencia ha determinado que el hecho de que los acreedores no hubieran ejercitado el reconocido derecho de oposición frente a la Operación, sirve de argumento para sostener que, si en el marco de la Modificación Estructural no se ejercitó por un acreedor legitimado para ello, no tiene sentido que, tras la Operación y alegando un perjuicio a la masa activa, se les reconozca una nueva posibilidad ya que, semejante actuación podría constituir un intento de utilizar indebidamente la acción rescisoria concursal para activar el derecho de oposición de forma extemporánea y a la vista de hechos posteriores.

- (ii) Por otro lado, la eficacia convalidante de la inscripción en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en los artículos 46 y 47 LME hace que las Operaciones de Modificación Estructural sean inimpugnables. La intención del Tribunal Supremo es restringir al máximo, por evidentes razones de seguridad jurídica, la posibilidad

de que, una vez inscrita la Operación en el Registro Mercantil, pueda instarse la ineficacia de la misma y excluye, por tanto, la posibilidad de que se ejerciten acciones de impugnación que impliquen la ineficacia de la Operación, con la única excepción de la acción de nulidad basada exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos legales, que sólo podrá ser ejercitada en el plazo legalmente establecido de tres meses.

Esta matización es clave ya que, no por el simple hecho de que la Operación de Modificación Estructural esté inscrita esta no puede ser impugnada, es decir, la inscripción no produce un efecto “sanatorio” si se ha llevado a cabo incumpliendo las previsiones legales, en cuyo caso sí cabría el ejercicio de la acción de nulidad, cuestión distinta, y en relación con la siguiente conclusión, es que se pueda impugnar la misma mediante el ejercicio por un acreedor legítimo de la acción rescisoria concursal alegando que se le hubiera causado un perjuicio.

- (iii) Por último, una de las principales causas por las que no cabe la impugnación de una Operación de Modificación Estructural mediante el ejercicio de una acción rescisoria concursal y, en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, es porque resulta imposible jurídicamente retrotraer la situación de las sociedades participantes en la Operación a la situación en la que se encontraban antes de la Operación.

La propia LME cuando prevé la acción de nulidad establece el plazo de su ejercicio durante tres meses desde la inscripción, e incluso con el ejercicio del derecho de oposición prevé el plazo de un mes desde la publicación del anuncio de fusión o escisión de la Operación, es decir, son plazos acotados y breves, por lo que no tiene sentido que declarado el concurso de una sociedad participante en una Operación se pueda impugnar la propia Operación si se realizó en un periodo tan amplio, como es

el plazo de los dos años que establece la acción rescisoria concursal para entender que la Operación causó un perjuicio a la masa activa.

A pesar de todo lo expuesto, y de la claridad con la que el Tribunal Supremo resuelve esta cuestión y aparentemente zanja el debate doctrinal existente entre la aplicación de ambas normas, en el sentido de excluir la acción rescisoria concursal como causa de impugnación de una Operación de Modificación Estructural en aras a la seguridad jurídica, la realidad es que el debate sigue estando presente y la cuestión dista de estar zanjada.

En cuanto al ejercicio del resto de acciones frente al fraude de acreedores, como ha sido puesto de manifiesto, tanto el abanico de acciones como la jurisprudencia asentada sobre esta materia es muy amplio. Ciertamente, es una materia totalmente casuística y que depende en todo momento de las circunstancias del caso concreto. No obstante, la intención del legislador y de los Tribunales es unánime en este sentido y coinciden en que lo fundamental es dotar al ordenamiento, y a los acreedores, de mecanismos de protección frente al abuso, la pasividad o cualquier acción u omisión llevada a cabo por el deudor que dificulte el cumplimiento de su obligación y por lo tanto, el cobro del crédito.

## **10. Bibliografía citada**

### **10.1 Legislación europea**

- 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.
- Directiva 2009/109 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones.
- Directiva 2011/35/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de sociedades anónimas.

### **10.2 Legislación española**

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.
- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
- Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la 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 sobre reestructuración e insolvencia).

### **10.3 Jurisprudencia de Tribunales españoles**

#### *10.2.1. Tribunal Supremo*

- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 530/2002, de 4 de junio, recurso núm. 3896/1996.
- STS Sala 2ª de lo Penal, núm. 129/2003, de 31 de enero, recurso núm. 2284/2001.
- STS Sala 2ª de lo Penal, núm. 1347/2003, de 15 de octubre, recurso núm. 1566/2002.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 657/2005, de 19 de julio, recurso núm. 757/1999.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 628/2005, de 29 de julio, recurso núm. 606/1999.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 662/2010, de 27 de octubre, recurso núm. 10/2007.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 562/2011, de 12 de julio, recurso núm. 688/2007.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 591/2011, de 19 de julio, recurso núm. 1267/2007.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 171/2011, de 25 de marzo, recurso núm. 1981/2007.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 510/2012, de 7 de septiembre, recurso núm. 560/2010.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 487/2013, de 10 de julio, recurso núm. 220/2011.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 100/2014, de 30 de abril, recurso núm. 745/2012.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 575/2015, de 15 de noviembre, recurso núm. 2328/2013.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 682/2016, de 21 de noviembre, recurso núm. 570/2015.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 448/2020, de 20 de julio, recurso núm. 3099/2017.
- STS Sala 1ª de lo Civil, núm. 673/2021, de 5 de octubre, recurso núm. 5903/2018.

#### *10.2.2. Audiencia Provincial*

- SAP de Alicante, Sección 4ª, núm. 67/2003, de 23 de enero, recurso núm. 640/2002.

- SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm.\*/2006, de 2 de mayo, recurso núm. 47/2006.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, núm. 351/2008, de 24 de octubre, recurso núm. 301/2008.
- Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, núm. 156/2010, de 26 de julio, recurso núm. 254/2010.
- SAP de Las Palmas, Sección 4ª, núm. 389/2013, de 29 de octubre recurso núm. 379/2012.
- SAP de Valladolid, Sección 3ª, núm. 130/2014, de 17 de junio, recurso núm. 76/2014.
- SAP de Sevilla, Sección 5ª, núm. 442/2012, de 20 de septiembre, recurso núm. 3667/2012.
- SAP de La Coruña, Sección 4ª, núm. 414/2014, de 30 de diciembre, recurso núm. 236/2014.
- SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 572/2017, de 22 de diciembre, recurso núm. 241/2017.

### *10.2.3. Juzgados de lo Mercantil*

- SJM núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2ª, núm. 234/2011, de 12 de diciembre, recurso núm. 155/2010.
- SJM núm. 1 de La Coruña, Sección 1ª, núm. \*/2014, de 6 de marzo, recurso núm. 4/2013.
- SJM núm. 1 de Murcia, Sección 1ª, núm. 198/2015, de 19 de junio, recurso núm. 227/2013.
- SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, Sección 1ª, núm. 237/2021, de 16 de abril, recurso núm. 264/2016.

#### 10.4 Libros y publicaciones

- HUELMO REGUEIRO, J. (2016). *La acción rescisoria concursal*. Barcelona, España. José María Bosch Editor.
- PLATA HERNÁNDEZ, E. (2018). *La posición de socios y acreedores ante las modificaciones estructurales societarias*. Recuperado de: <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/14884>
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (2009). La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Vol, 1, pp. 73.
- PRADES CUTILLAS, D. (2015). *Derecho de Sociedades y de crisis empresariales*. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/14788/DERECHO%20de%20Sociedades%20y%20Crisis%202015%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. E IGLESIAS PRADA, J.L. (2014). Lección 25. Las modificaciones estructurales de las Sociedades. *Lecciones de Derecho Mercantil*. Navarra, España. Civitas-Thomson Reuters.
- ESTEBAN RAMOS, L.M. (2017). *Los acreedores sociales ante los proceso de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*. Navarra, España. Aranzadi.
- ESCRIBANO GÁMIR, R.C (2009). Derecho de oposición de los acreedores sociales. *Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles*. Navarra, España. Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, S.A.
- ESCRIBANO GAMIR, R.C. (2005) La reintegración de la masa activa del concurso. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid, España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A.

- LARGO GIL, R. (2009) La fase previa y el proyecto de fusión. *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Navarra, España. Aranzadi.
- GONZÁLEZ-MENESES, M y ÁLVAREZ, S. (2014) *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Madrid, España.
- ESCRIBANO GÁMIR, M.C. (2010) La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida, *DT del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 36. Recuperado de: disponible en [www.eprints.ucm.es/9601/](http://www.eprints.ucm.es/9601/).
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. y ESTEBAN RAMOS, M.L. (2009) Tutela de los acreedores: la responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión. *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Navarra, España. Aranzadi.

#### 10.5 Artículos en revistas online

- BOTELLO HERMOSA, P. (2017). Facultades del acreedor para velar por la conservación del patrimonio del deudor. *Revista crítica de derecho inmobiliario* (número 762), pp. 2037-2052. Recuperado de: <https://vlex.es/vid/facultades-acreedor-velar-conservacion-694934849>
- VIVES RUIZ, F. (2011). Mecanismos de protección de accionistas y acreedores en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales. *Revista Comillas: Especial aniversario ICADE* (número 83-84), pp. 439-475. Recuperado de: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/133>
- REBOLLO RODRÍGUEZ, M. (2018). La rescindibilidad en el concurso de las operaciones de escisión de sociedades. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (número 37), pp. 441-463. Recuperado de: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/10228>

- CERDÁ ALBERA, F. (2012) Rescisión concursal y modificaciones estructurales traslativas (SJM 2 Las Palmas de Gran Canaria 12.12.2011). Anuario de derecho concursal (número 27), pp. 387-428. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4028229>
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J. (2016) El derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1.

### 10.6 Publicaciones en páginas web

- Gomez-Acebo & Pombo. CORDÓN MORENO, F (31 de marzo de 2021). *Precisiones de la acción subrogatoria*. Recuperado de: <https://www.gap.com/publicaciones/precisiones-sobre-la-accion-subrogatoria/>
- Tarso Eficacia Jurídica (Septiembre de 2020). *Escisión de sociedades*. Recuperado de: <https://www.tarso.com/wp-content/uploads/2020/05/20200330-NOTA-INFORMATIVA-Escisi%C3%B3n-de-sociedades.pdf>
- Wolters Kluwer. *Acción de rescisión concursal*. Recuperado de: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTIKFWllpUnJmfZ2tkYGBhYG5gARLITKt0yU8OqSxItU1LzCIOBQBM\\_hIWNQAAAA==WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTIKFWllpUnJmfZ2tkYGBhYG5gARLITKt0yU8OqSxItU1LzCIOBQBM_hIWNQAAAA==WKE)

### 10.6. Blogs

- Notaría Fuenlabrada Protocolar. Cabanas Trejo, R. (2021) *Inscripción convalidante de la fusión y acción rescisoria concursal (una reflexión sobre la impugnación de la fusión inscrita a propósito de la STS 21/11/2016)*. Recuperado de: <https://notariosfuenlabradaprotocolar.es/inscripcion-convalidante-de-la-fusion-y-accion-rescisoria-concursal/>

- Lean Abogados (2020). *Levantamiento del velo en grupos societarios: responsabilidad por deudas sociales y abuso de la personificación*. Recuperado de: <https://www.leanabogados.com/mercantil/levantamiento-del-velo-en-grupos-societarios-responsabilidad-por-deudas-sociales/>
- GASCÓN INCHAUSTI, F (2002). *Régimen de la acción civil en los procesos penales por delito de alzamiento de bienes*. Tribunales de Justicia, 2002 (2). pp. 1-19.  
Recuperado de: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/15891/1/2002\\_R%C3%A9gimen\\_de\\_la\\_acci%C3%B3n\\_civil\\_en\\_los\\_procesos\\_penales\\_por\\_el\\_delito\\_de\\_alzamiento\\_de\\_bienes.pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/15891/1/2002_R%C3%A9gimen_de_la_acci%C3%B3n_civil_en_los_procesos_penales_por_el_delito_de_alzamiento_de_bienes.pdf)
- PUIG SANFIZ, A (2013). *Algunas consideraciones sobre la doctrina del levantamiento del velo*. Recuperado de: <https://elderecho.com/algunas-consideraciones-sobre-la-doctrina-del-levantamiento-del-velo>
- Burguera Abogados (2015). *Qué es el fraude de acreedores*. Recuperado de: <https://www.burgueraabogados.com/que-es-el-fraude-de-acreedores/>

## 11. Acrónimos y siglas

<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial.
<b>SJM</b>	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
<b>CC</b>	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil.
<b>LC</b>	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
<b>TRLConc</b>	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
<b>CP</b>	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
<b>LME</b>	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

## 12. Anexos

**EXO I. COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD****COMPROMISO DE CONFIDENCIALIDAD Y DE EXPLOTACIÓN DE TRABAJOS Y DATOS DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER**

Por el presente documento, yo Cristina Rocío Vallejo Ríos con DNI 77818513Z, mayor de edad y consciente de la responsabilidad que asumo,

ME COMPROMETO A:

- 1) Respetar la confidencialidad de todos los datos que por cualquier medio (escritos, recogidos, registrados mediante medios electrónicos o informáticos, presenciados o relatados) lleguen a mi conocimiento durante la realización de mi Trabajo Fin de Máster (en adelante TFM), no desvelando ni reproduciendo en modo alguno dichos datos fuera del grupo de investigación correspondiente. Asumo que los datos anteriormente citados pueden referirse tanto a los observados por mí o relatados por cualquier otro investigador del equipo.
- 2) No hacer uso o explotación de los trabajos realizados, así como los protocolos desarrollados para el análisis de los mismos, más allá de lo estrictamente necesario para el desarrollo de mi labor y siempre contando con la autorización de mi tutor/a de TFM, cuyo nombre aparece al final de este documento. Cualquier otro posible uso del trabajo realizado deberá ser expresamente autorizado asimismo por el/la tutor/a responsable.
- 3) Seguir aquellas normativas legales y éticas que sean de aplicación para mi trabajo. Estas normativas han sido convenientemente expuestas por el/la tutor/a responsable y en el caso de que surja cualquier duda podrán ser consultadas con el Comité de Ética de la Universidad Loyola Andalucía.

SI

NO

Como prueba de las responsabilidades que asumo, firmo el presente documento en presencia del/ de la tutor/a del TFM.

En Sevilla, a 13 de enero de 2022

Fdo:	Fdo:
Nombre del/de la estudiante:	<u>SANTIAGO FUERTES CEBALLOS</u> Nombre del/de la Tutor/a del TFM:

