

**Tesis doctoral**

**UNIVERSIDAD DE GRANADA**



**La sucesión universal en las modificaciones estructurales de  
las sociedades de capital**

**Segismundo Álvarez Royo-Villanova**

Granada, 2016



# LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Tesis presentada por **SEGISMUNDO ALVAREZ ROYO-VILLANOVA**

**DIRECTOR: D. JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS**

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales  
Autor: Segismundo Álvarez Royo-Villanova  
ISBN: 978-84-9163-577-2  
URI: <http://hdl.handle.net/10481/48465>

# Tabla de contenido

1	INTRODUCCIÓN .....	9
1.1	Justificación del estudio y objetivos .....	9
1.2	Delimitación del estudio: los distintos tipos de modificaciones estructurales y la sucesión universal .....	16
1.2.1	La modificación estructural en nuestra legislación: concepto general, concepto legal y numerus clausus .....	16
1.2.2	La sucesión universal y los distintos tipos de modificaciones estructurales. Terminología utilizada .....	17
1.2.3	El planteamiento del problema de la transmisión en función de la posición de la sociedad en la modificación estructural .....	21
1.3	Fundamento y función de la sucesión universal en las modificaciones estructurales .....	23
1.3.1	El fundamento de la regulación de las modificaciones estructurales: la función habilitadora .....	23
1.3.2	Los ámbitos de la simplificación: fiscal, corporativa, y transmisiva .....	27
1.3.3	Los caracteres de la regulación de las modificaciones estructurales como consecuencia de su función en el sistema .....	30
1.3.3.1	El carácter excepcional y ex lege de la regulación .....	31
1.3.3.2	La necesidad de un procedimiento específico e imperativo para proteger los derechos de socios y terceros .....	32
1.3.3.3	El carácter autónomo de la regulación .....	37
1.3.4	La función de la sucesión universal dentro del sistema: los intereses en juego .....	40
2	CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES .....	43
2.1	La sucesión universal en el derecho civil: concepto y caracteres .....	44
2.1.1	El concepto de sucesión universal en el derecho sucesorio .....	44
2.1.2	Origen del sistema: los sistemas de sucesión universal y de liquidación como alternativas en la sucesión mortis causa .....	45

2.1.3	El fundamento de la sucesión universal.....	47
2.1.4	Caracteres de la sucesión hereditaria: la transmisión uno ictu y sus consecuencias .....	49
2.1.5	El ámbito objetivo de la sucesión universal mortis causa: bienes y derechos excluidos .....	52
2.1.6	Las analogías y diferencias con la sucesión hereditaria.....	54
2.2	Reconocimiento legal del principio de sucesión universal.....	58
2.2.1	El reconocimiento legal de la sucesión universal en la ley española	58
2.2.2	La sucesión universal en el derecho comparado.....	59
2.2.2.1	Francia .....	59
2.2.2.2	Italia .....	60
2.2.2.3	Alemania.....	63
2.2.2.4	Reino Unido .....	64
2.2.2.5	Estados Unidos.....	65
2.2.2.6	Otros ordenamientos jurídicos.....	68
2.2.2.7	Conclusiones .....	70
2.2.3	Las directivas comunitarias y la sucesión universal .....	70
2.2.3.1	Ámbito de aplicación de las distintas directivas .....	71
2.2.3.2	La sucesión universal en las directivas sobre fusión y escisión .	73
2.2.3.3	La aplicación de las directivas a la transmisión universal: la STJUE de 5 de marzo de 2015 .....	76
2.3	Extensión y límites de la sucesión universal. Estudio general.....	79
2.3.1	El objeto de la sucesión: el patrimonio de la sociedad.....	80
2.3.2	El sistema de transmisión: la sucesión universal .....	85
2.3.2.1	Las posturas que niegan la transmisión.....	85
2.3.2.2	Las características de la sucesión universal como sistema especial de transmisión .....	86
2.3.2.2.1	El carácter ex lege y excepcional de la sucesión: ¿Interpretación estricta? .....	89

2.3.2.2.2	El carácter ipso iure y simultáneo con los demás efectos de la fusión	90
2.3.2.2.3	El efecto erga omnes de la sucesión universal: la no aplicación de las reglas de la transmisión particular sus consecuencias	92
2.3.2.2.3.1	La no necesidad del consentimiento de terceros	93
2.3.2.2.3.2	La no necesidad de cumplir las formalidades propias de la transmisión particular	96
2.3.2.2.3.3	La no modificación de las relaciones transmitidas	97
2.3.3	Los límites a los efectos de la sucesión universal	99
2.3.3.1	Límites al automatismo: la exigencia de formalidades	99
2.3.3.2	Límites a la transmisión: los derechos y obligaciones no transmisibles	99
2.3.3.3	Límites a la no modificación de las relaciones	102
2.3.4	El momento de la transmisión	106
2.3.4.1	¿Se puede modificar el momento de efectos por las sociedades?	108
2.3.4.2	La retroacción de efectos al asiento de presentación y los problemas en el periodo intermedio	109
2.4	Estudio de los problemas en la transmisión de los distintos elementos del patrimonio	114
2.4.1	La transmisión de la propiedad de bienes y derechos	114
2.4.1.1	Cambio del sistema general de título y modo	114
2.4.1.2	La necesidad de inscripción registral a nombre de la sociedad nueva o absorbente	116
2.4.1.3	El derecho de usufructo: ¿extinción o transmisión?	124
2.4.1.4	La sucesión de las licencias administrativas	125
2.4.1.5	La sucesión de las subvenciones	127
2.4.1.6	La transmisión de la Propiedad intelectual	129
2.4.2	Aplicación de los derechos de adquisición preferente a las transmisiones derivadas de una modificación estructural	130

2.4.2.1	Estudio general.....	130
2.4.2.2	Estudio de supuestos especiales.....	139
2.4.2.2.1	Los retractos del código civil .....	139
2.4.2.2.2	El retracto en los arrendamientos.....	141
2.4.2.2.3	Propiedades especiales .....	143
2.4.2.2.4	Las limitaciones legales a la transmisibilidad de las participaciones sociales .....	144
2.4.2.2.5	Las limitaciones convencionales a la transmisión de acciones o participaciones.....	149
2.4.3	La sucesión en los créditos.....	154
2.4.4	Las expectativas de derecho y los derechos <i>in statu nascendi</i> : .....	157
2.4.5	La sucesión en las obligaciones .....	160
2.4.5.1	Estudio general: la no necesidad del consentimiento del acreedor y el derecho de oposición.....	160
2.4.5.2	Un supuesto especial: la responsabilidad por sanciones y la STJUE de 5 de marzo de 2015 .....	167
2.4.6	La sucesión universal y los contratos .....	176
2.4.6.1	Importancia de la cuestión.....	176
2.4.6.2	Aplicación de la regla legal de la sucesión universal a los contratos.....	177
2.4.6.3	Derecho de oposición y notificación en el caso de los contratos 183	
2.4.6.3.1	El derecho de oposición en los contratos.....	183
2.4.6.3.2	La necesidad de notificación al contratante .....	184
2.4.6.4	Examen de supuestos concretos.....	185
2.4.6.4.1	Arrendamientos urbanos .....	185
2.4.6.4.1.1	Fusión del arrendatario.....	185
2.4.6.4.1.2	Fusión del arrendador .....	192
2.4.6.4.2	La fianza: examen de la jurisprudencia.....	196
2.4.6.4.2.1	Fusión del acreedor beneficiario de la fianza .....	196

2.4.6.4.2.2	Fusión del deudor garantizado con la fianza.....	197
2.4.6.4.2.3	Fusión del fiador .....	199
2.4.6.4.3	El contrato de obra.....	201
2.4.6.4.4	Sucesión en los contratos con el sector público y las concesiones .....	202
2.4.6.5	Los contratos intuitu personae.....	206
2.4.6.6	En busca de un criterio general para la solución de las modificaciones objetivas en los contratos pendientes de ejecución.....	214
2.4.6.6.1	La interpretación de los contratos como primera solución	215
2.4.6.6.2	La cláusula rebus sic stantibus y la doctrina de la alteración objetiva del contrato .....	216
2.4.6.6.3	Los efectos de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus: reforma o resolución.....	221
2.4.6.7	Los pactos sobre la transmisión de los contratos .....	222
2.4.6.7.1	Pactos limitativos de la transmisión en general.....	222
2.4.6.7.2	Pactos específicos relativos a la transmisión del contrato como consecuencia de una modificación estructural.....	226
2.4.7	La transmisión de las situaciones procesales .....	228
2.4.8	El problema de los poderes y de los cargos.....	230
2.5	Los problemas específicos de de la sucesión universal en la escisión y otros supuestos de sucesión universal parcial (cesión global plural) .....	233
2.5.1	Reconocimiento de la sucesión universal en la escisión y cesión global: evolución doctrinal y de la legislación .....	234
2.5.2	La determinación del perímetro de la sucesión universal: .....	241
2.5.2.1	El requisito de la unidad económica.....	242
2.5.2.1.1	Formulación y fundamento, .....	242
2.5.2.1.2	Concepto de unidad económica .....	243
2.5.2.1.3	¿En qué supuestos de escisión se aplica?.....	247
2.5.2.2	La determinación de lo transmitido: límites a la libertad de fragmentación.....	251
2.5.2.2.1	Se pueden transmitir solo activos, solo pasivos? .....	251

2.5.2.2.2	Libertad en cuanto a la atribución de deudas: ¿cual es el alcance del art. 70.2? .....	252
2.5.2.2.3	La necesidad de respetar la unidad económica.....	254
2.5.2.3	La determinación precisa de lo transmitido en el proyecto y sus límites	261
2.5.2.4	Las reglas legales en defecto de atribución. ....	263
2.5.2.4.1	El artículo 75 y su interpretación .....	263
2.5.2.4.2	La falta de una regla legal para la escisión parcial.....	265
2.5.2.5	Conclusiones .....	266
2.5.3	La necesidad de formalidades adicionales en el caso de la escisión: límites al automatismo de la sucesión universal en la escisión .....	268
2.5.4	La transmisión de las deudas y la responsabilidad de las demás sociedades participantes.....	271
2.5.5	Especialidades en materia de sucesión en contratos .....	272
2.5.5.1	La determinación de los contratos transmitidos .....	272
2.5.5.2	La transmisión fragmentada de los contratos .....	273
2.5.5.3	Las limitaciones a la transmisión de los contratos.....	273
2.6	DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SUCESIÓN UNIVERSAL.....	275
2.6.1	La ley (o leyes) aplicables en el caso de fusiones transfronterizas. ....	276
2.6.2	El conflicto entre la ley aplicable al bien o relación jurídica transferida y la ley aplicable a la modificación estructural.....	280
2.6.2.1	Planteamiento general de la cuestión .....	280
2.6.2.2	Los efectos de la sucesión universal en el ámbito intracomunitario	284
2.6.2.3	La normativa aplicable a las limitaciones a la transmisión .....	286
2.6.3	El momento de la transmisión .....	289
2.7	ACCIONES CONTRA LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN SUPUESTOS ILÍCITOS: EL FRAUDE DE LEY Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO .....	290
2.7.1	El fraude de ley en las modificaciones estructurales.....	290
2.7.1.1	¿Puede hacerse una modificación estructural en fraude de ley?.....	290
2.7.1.2	Los efectos del fraude de ley .....	298

2.7.2	La doctrina del levantamiento del velo.....	302
3	CONCLUSIONES:.....	306
4	BIBLIOGRAFÍA.....	318

## **ABREVIATURAS**

Cc: Código Civil

CCo: Código de Comercio

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

LAU: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

LH: Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LME: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TS: Tribunal Supremo

UmwG: UmwandlungstGesetz. Ley alemana de modificaciones estructurales

# 1 INTRODUCCIÓN

## ***1.1 Justificación del estudio y objetivos***

La regulación de las modificaciones estructurales tiene como finalidad favorecer las operaciones de reorganización empresarial, facilitando así el crecimiento de las empresas y la adaptación de estas a las cambiantes condiciones del mercado. Dentro de esta normativa, la sucesión universal es un instrumento básico para la eficiencia del sistema de modificaciones estructurales, pues elimina los obstáculos que supondría la aplicación de las reglas generales para la transmisión individualizada de derechos y obligaciones. Sin embargo, la alteración de las reglas tradicionales del derecho civil implica riesgos para los terceros, por lo que el objetivo de la simplificación tiene que tener como límite la suficiente protección de estos, de manera que no altere de tal manera el sistema de derecho patrimonial que termine generando una inseguridad jurídica o injusticias que en términos generales tengan un coste mayor que el de las ventajas obtenidas.

El objetivo de este trabajo es estudiar la sucesión universal en las modificaciones estructurales en que tiene lugar y hacer un juicio crítico de su funcionamiento en nuestro derecho, y son varios los motivos de realizar este estudio.

Por una parte, la gran importancia económica que tiene en la actualidad todo lo referente a las reorganizaciones empresariales. Si bien las modificaciones estructurales no son en absoluto una novedad en la legislación, es indudable la creciente importancia de las mismas. La globalización ha tenido como consecuencia por una parte la concentración empresarial, para la cual la fusión de empresas es, no el único, pero sí probablemente el más importante de los instrumentos jurídicos. Desde el año 1985, el valor de las operaciones de fusión y

adquisición se ha multiplicado por 15 a nivel mundial<sup>1</sup>. Pero más allá de la concentración, la complejidad de un mundo globalizado hace necesaria una continua adaptación de las empresas a nuevas necesidades. Esta adaptación se refleja por supuesto en el ámbito técnico y productivo, pero también en el organizativo. En este sentido, las operaciones de escisión o de segregación cumplen un papel fundamental para el abandono de ramas de producción que no se consideran estratégicas, o en otros casos son instrumentos de racionalización interna. La cesión global del activo y del pasivo ha sido una tercera vía alternativa a la fusión en cuanto no supone integración de los socios en la beneficiaria y que se ha extendido en todos los países de nuestro entorno. La necesidad de flexibilizar estas operaciones se debe hoy no solo a cuestiones puramente empresariales, sino a la importancia creciente del elemento financiero en la economía. Así, una gran parte de las fusiones y adquisiciones de los últimos años no se producen con ocasión de fusiones entre iguales o compras por sociedades dominantes, sino por la participación en el mercado de la propiedad de empresas de entidades de inversión como las sociedades de capital riesgo. La importancia de facilitar estas modificaciones ha sido destacada por el legislador comunitario de manera constante, persiguiendo siempre la reducción de las formalidades que impidan o dificulten las reorganizaciones. En el ámbito de la crisis, esta necesidad de reorganizar se ha acentuado aún más, insistiendo el legislador en la necesidad de la conservación de la empresa más allá de la supervivencia de la sociedad.

En el esquema clásico de las modificaciones estructurales, los elementos caracterizadores eran, la sucesión universal, la integración de los socios de la sociedad transmitente en la sociedad adquirente, y la extinción sin liquidación de las sociedades. Pero una vez admitidas la escisión parcial y la cesión global del activo y del pasivo, solo la sucesión universal queda como elemento caracterizador de estas, al margen de los

---

<sup>1</sup> [http://www.imaa-institute.org/statistics-mergers-acquisitions.html#TopMergersAcquisitions\\_Worldwide](http://www.imaa-institute.org/statistics-mergers-acquisitions.html#TopMergersAcquisitions_Worldwide). Visitado por última vez el 21 de septiembre de 2015

supuestos (transformación y traslado internacional del domicilio) que son supuestos de cambio de forma societaria.

Pero es que además, desde el punto de vista de la utilidad de estos procedimientos, el efecto de la transmisión a través de la sucesión universal es no solo característico sino fundamental. La razón primordial para que una sociedad se embarque en el complejo proceso de una modificación estructural y no opte por otros mecanismos posibles es que permite la continuación de la actividad sin requerir los consentimientos de todos los terceros que se relacionan con una empresa, por efecto justamente de esa sucesión universal. Por tanto, las modificaciones estructurales solo serán útiles si permiten en la práctica que este proceso sucesorio opere de manera sencilla, sin incertidumbres ni costes excesivos. Es revelador que este procedimiento, desconocido en los países de derecho anglo-sajón tanto en el ámbito sucesorio como en el mercantil, se haya impuesto a nivel comunitario y mundial.

Pero la trascendencia económica importancia de las reorganizaciones y la del proceso sucesorio dentro del sistema no son las únicas razones de la importancia del estudio. Es verdad que la crisis ha subrayado las necesidades de adaptación de las sociedades, pero también que ha puesto de relieve los excesos de la llamada ingeniería societaria, es decir de la utilización instrumental del derecho de sociedades para eludir obligaciones o controles. Como veremos, las escisiones se han utilizado para tratar de defraudar a acreedores<sup>2</sup>, y las fusiones apalancadas han podido ser utilizadas para evitar las prohibiciones de asistencia financiera (de ahí la peculiar regla del art 35 LME). No hay que olvidar que la sucesión universal implica una alteración de los principios generales de la transmisión de bienes y derechos del derecho civil. Es cierto que los procedimientos de las modificaciones estructurales persiguen justamente garantizar que los intereses de socios y terceros quedan adecuadamente protegidos a pesar de la derogación de las normas generales en el ámbito societario y de derecho patrimonial. Pero ¿Es eso realmente así? ¿Están

---

<sup>2</sup> En este sentido, basta ver el caso que resuelve la STS de 3 de enero de 2013, en la que a través de un complejo sistema de fusiones y escisiones se trata de defraudar a un acreedor concreto.

suficientemente protegidos los acreedores y contratantes en nuestro sistema? ¿Hasta dónde debe llegar la progresiva simplificación de formalidades en las que las directivas van profundizando? Esta preocupación justifica determinados límites que se van examinando y obliga a estudiar en la parte final la aplicación del fraude de ley y la doctrina del levantamiento del velo a estas operaciones.

Otro motivo del estudio es la escasa atención prestada en nuestro país al fenómeno sucesorio en las modificaciones estructurales. A la parquedad de la ley en la regulación de los efectos de la sucesión universal ha respondido la doctrina con una casi absoluta indiferencia. A diferencia de lo que sucede en la doctrina extranjera, son pocos los artículos que han tratado esta cuestión, y en los tratados sobre modificaciones estructurales suele ocupar muy poco espacio, con escasas excepciones<sup>3</sup>. Esto contrasta con la relativamente abundante jurisprudencia sobre estas cuestiones, lo que pone de relieve su carácter conflictivo y la necesidad de su estudio.

Finalmente el interés por esta cuestión deriva también de los problemas que plantea en la actividad profesional en relación con la ejecución pero sobre todo la preparación o planificación de las reestructuraciones: la opción entre segregación o aportación de rama de actividad, la determinación del concreto momento de la transmisión de las posiciones contractuales, la relevancia del concepto de unidad

---

<sup>3</sup>Es revelador que en la obra doctrinal más completa y extensa editada tras la publicación de la LME la cuestión no se tratara en ninguno de sus 36 capítulos AAVV.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Thomson Reuters, 2009. 869 pags. Existen sin embargo excepciones a este descuido doctrinal que es necesario resaltar y agradecer. Dentro de la doctrina nacional hay que resaltar el estudio de esta materia que hace MOTOS GUIRAO, ya en el año 1953. MOTOS GUIRAO, M. *Fusión de sociedades mercantiles*. Editorial Revista de Derecho Privado. MADRID. 1953. De este trabajo hay que destacar no solo la atención que presta a las cuestiones generales y a problemas particulares como el usufructo, el arrendamiento, etc... sino sobre todo la modernidad del planteamiento, al considerar la importancia de la función económica de la fusión. En la doctrina moderna habría que destacar como artículo que trata un tema crucial en la sucesión universal. PAZ-ARES, SAEZ LACAVE,. *Los contratos pendientes de ejecución en la fusión*. En *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 243, 2002. Y dentro de los tratados también sobresale el estudio muy completo sobre sucesión universal de en la obra de CONDE TEJON, Antonio. *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural : (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)* -- Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

económica, el grado de detalle del inventario en el proyecto de escisión, la elección de quién es la sociedad absorbente como consecuencia de los arrendamiento son algunas de las muchas cuestiones que se han planteado en mi actividad profesional, siendo escasa la doctrina a la que se puede acudir.

El objetivo expuesto al principio de emitir un juicio crítico sobre el funcionamiento de la sucesión universal condiciona el plan de este trabajo.

En primer lugar, es necesario estudiar la función de la regulación de las modificaciones estructurales, y qué papel cumple la sucesión universal dentro de esta regulación. Una vez determinado este papel en el conjunto del sistema, se examinará qué es y cómo opera en realidad la sucesión universal en las modificaciones estructurales. Para determinar su concepto, dado lo escaso de su regulación y que su origen se encuentra en la sucesión universal mortis causa, se hace necesario estudiar esta y sus caracteres, para después señalar las diferencias entre ambas y hasta qué punto estas justificarán soluciones distintas para algunos problemas.

Una vez visto el concepto y caracteres de la sucesión universal en el derecho civil - y los límites de su extensión al ámbito societario-, hay que ver qué aporta su regulación en la LME y en otras normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, dado que estas normas son escasas y sirven de poco para caracterizarla, se estudiará como aparece esta institución en el derecho comparado. Es imprescindible un estudio detenido de la institución en las directivas europeas, pues la interpretación conforme a las mismas puede determinar también su funcionamiento. Con todo lo anterior podremos ya definir mejor cómo opera en nuestro derecho esta institución y cuáles son sus caracteres.

Sin embargo, este estudio general no es suficiente para solucionar los problemas que se plantean en la práctica, pues la aplicación del sistema a los concretos elementos patrimoniales revela complejidades que la idea general de sucesión universal no resuelve. Por eso se estudian los problemas concretos que plantea este sistema en relación con cada uno

de los elementos que componen el patrimonio social (bienes, derechos, obligaciones y contratos). No es posible estudiar cada bien o contrato, por lo que el estudio se detendrá sobre todo en los supuestos que son objeto de una regulación específica y en aquellos que han planteado problemas en la jurisprudencia.

Las diferencias entre las diversas modificaciones estructurales obliga a hacer, aparte del examen general, otro específico de la aplicación de este sistema a los supuestos de escisión y cesión global parcial, ya que la fragmentación patrimonial que implican estas operaciones plantea problemas especiales. Por un lado, la misma admisibilidad del concepto de sucesión universal se ha puesto en duda cuando por definición la sucesión es sobre una parte del patrimonio de la sociedad; pero aún admitida en estos supuestos, estas operaciones plantean dificultades tanto desde el punto de vista del objeto de la transmisión (la delimitación de las masas patrimoniales que se separan) como de los efectos de la misma.

Por otra parte, los elementos internacionales cada vez más frecuentes en el mundo societario obligan a plantearse qué normas se han de aplicar a esta transmisión cuando se planteen conflictos de leyes, ya por el carácter transfronterizo de la modificación estructural, ya por la sujeción de los elementos transmitidos a una ley distinta de la que rige operación.

Por último, como he anunciado, el estudio termina con la posible aplicación a estas operaciones de remedios legales y jurisprudenciales para el caso de que se utilicen con la finalidad justamente de eludir las normas generales, como instituciones que suponen una última defensa frente al abuso de las formas societarias.

La utilidad de este estudio debería ser doble.

Por una parte, debe permitir alertar de las posibles dificultades en la transmisión, y en consecuencia servir para que los operadores jurídicos preparen las modificaciones estructurales con el objetivo de evitar demoras, incertidumbres y sorpresas en relación con las consecuencias de la modificación estructural. El estudio económico de la operación (la

llamada *due diligence*) debería incluir un examen de los problemas que pueden surgir en la transmisión derivada de las modificaciones estructurales, y esperamos que este trabajo pueda ser de ayuda en esa labor.

Pero el trabajo quiere también dar una opinión sobre el sistema a la luz de los intereses en juego. Habrá que ver si cumple por una parte el objetivo de facilitar un traspaso en bloque del patrimonio sin excesivos costes para las sociedades, de forma que la regulación de las modificaciones estructurales efectivamente permita la reestructuración de sociedades y su adaptación a las cambiantes coyunturas económicas; y por otra si los intereses de los diversos afectados quedan razonablemente salvaguardados con el sistema actual. Por ello en cada parte del estudio se hace un juicio valorativo tanto de la legislación vigente como de la interpretación jurisprudencial, para terminar dando una opinión general sobre cual debe ser la orientación general y la evolución de esta regulación.

El método seguido ha sido el estudio de la legislación vigente, con especial atención a la influencia en nuestro sistema jurídico de la normativa comunitaria. El estudio del derecho comparado de los países de nuestro entorno económico se considera necesario para comprender una institución que es conocida y utilizada de manera amplia, lo que permitirá comprobar si los caracteres que revela el estudio de nuestras normas se corresponden con los generalmente admitidos en otros lugares. Aunque se dedica un apartado a la regulación de los distintos países, también en el estudio de los problemas concretos se proponen soluciones doctrinales y jurisprudenciales de otras jurisdicciones cuando son relevantes para la interpretación de nuestro derecho. Para evaluar críticamente la norma se utilizan en determinados casos técnicas del análisis económico del derecho, en el sentido de tratar de evaluar los intereses de los distintos agentes desde un punto de vista de la utilidad del sistema para estos. Nunca nuestro análisis es esencialmente económico, ya que la valoración de estos intereses es en la mayoría de los casos demasiado compleja para ofrecer soluciones seguras, y por tanto

tiene mayores garantías de acertar un examen de los intereses a la luz de las reglas tradicionales que regulan los distintos derechos de las partes. La prevalencia de criterios apartados de los de mera eficiencia, como los de buena fe contractual o la prevención del fraude, se consideran de más valor para el conjunto del sistema que la supuesta medición de costes, que por la complejidad de su evaluación tienden a ser más bien pseudo-científica<sup>4</sup>. En todo caso, se ha intentado huir de discusiones meramente dogmáticas y de reproducir teorías ya conocidas sobre la sucesión o la transmisión, para abordar las cuestiones que tengan verdadera relevancia práctica. El examen, en todo caso, nunca podrá ser exhaustivo pues la sucesión universal derivada de las modificaciones estructurales plantea problemas en los que confluyen todas las complejidades del derecho societario, patrimonial y sucesorio, y también obliga al estudio del derecho comunitario y de complicadas cuestiones de derecho internacional privado. Creemos sin embargo que del estudio de una parte de los problemas que plantea esta institución se pueden sacar conclusiones que ayuden a resolver los que se omitan.

## ***1.2 Delimitación del estudio: los distintos tipos de modificaciones estructurales y la sucesión universal***

### **1.2.1 La modificación estructural en nuestra legislación: concepto general, concepto legal y *numerus clausus***

Hay que partir de la base de que la categoría de las modificaciones estructurales no está definida en la LME. El art. 1 de la LME hace una simple enumeración de las mismas, y el único lugar donde podemos encontrar un intento de definir las es el preámbulo de esa misma Ley que dice que son “alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o

---

<sup>4</sup> TENA ARREGUI, Rodrigo. Instinto jurídico contra análisis económico : (con un comentario sobre las modificaciones estructurales) / Rodrigo Tena Arregui. En: CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO. (54). diciembre 2010. -- p. 45-71

personal de la sociedad”. El problema es que nada en nuestro ordenamiento nos indica que es la “estructura”, por lo que tampoco nos sirve en la práctica para definir lo que son<sup>5</sup>.

En consecuencia solo son modificaciones estructurales las definidas en la ley, y así se deduce del propio preámbulo, que dice que lo son la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. Respecto del traslado internacional del domicilio social el propio legislador dice que “no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de las modificaciones estructurales” pero que se incluye por su trascendencia. Aunque nuestra ley, a diferencia de la UmwG alemana<sup>6</sup>, no tiene una norma que establezca el sistema de numerus clausus de manera expresa, se deduce claramente el mismo de la enumeración del artículo 1 LME. Por tanto, y a pesar del esfuerzo de generalización y síntesis que hace el preámbulo, lo cierto es que la LME pretende solo regular una serie de figuras y no establecer una categoría general en la que se puedan incluir operaciones distintas a las expresamente reguladas. Por ello no estudiaré ninguna otra modificación que pudiendo considerarse desde un punto de vista funcional como modificación estructural no esté regulada en la LME.

### **1.2.2 La sucesión universal y los distintos tipos de modificaciones estructurales. Terminología utilizada**

Nuestro estudio se limitará por lo expuesto en el punto anterior al estudio de las modificaciones estructurales reguladas legalmente, pero no a todas ellas, pues no en todas se produce una sucesión universal.

No hay sucesión universal en la transformación, pues en este caso lo que se produce es un cambio de forma social conservando su

---

<sup>5</sup> En el mismo sentido ALONSO UREBA, RONCERO SÁNCHEZ. Cit. Pag. 621 : “ En la LME el legislador ha renunciado, por tanto a dar un concepto general de modificación estructural”

<sup>6</sup> § 1 Abs. 2 UmwGG

personalidad jurídica, como señala el Art. 3 LME<sup>7</sup>. Por tanto el patrimonio no pasa de una sociedad a otra sino que permanece en la misma, sin que exista modificación en el titular de las relaciones jurídicas ni por tanto sea necesario el expediente de la transmisión patrimonial. Como veremos después, la finalidad de la regulación de las modificaciones estructurales es permitir a las sociedades determinadas modificaciones o reestructuraciones de manera simplificada. Así, una transformación podría realizarse mediante la disolución de una sociedad y su nueva constitución con una forma distinta aportando el patrimonio de la anterior por los mismos socios. La ley permite sin embargo el cambio de tipo sin este complicado y oneroso sistema sometándolo a determinados requisitos. Con el expediente de la permanencia de la personalidad se evita la necesidad de transmisión patrimonial y por tanto no se recurre a la sucesión universal. Es verdad que en algunos casos las normas consideran que la transformación puede producir los mismos efectos que el cambio de titular - a mi juicio de forma incorrecta- como veremos al examinar las normas de los arrendamientos. Pero a pesar de la desgraciada redacción del art. 32.3 LAU en ningún caso se considera que se ha cambiado la persona, como queda claro en ese artículo 3 que da el concepto de transformación.

Tampoco en el caso de traslado internacional del domicilio social regulado en el título V de la LME se produce la sucesión universal. Así se deduce de los arts. 93 y 94 LME que establecen como elemento esencial del traslado que la sociedad conserve su personalidad jurídica, por lo que se aplica lo mismo que antes dijimos en cuanto a la transformación. En realidad, la naturaleza del traslado internacional del domicilio es muy similar a la de la transformación. Lo que hace del traslado de domicilio una situación especial no es tanto que cambie el domicilio, sino que esa modificación va asociada a un cambio de la ley reguladora. Hay que destacar que en los sistemas en los que rige el sistema llamado de *incorporation*, como por ejemplo Reino Unido, en la que la sujeción a un

---

<sup>7</sup> Así, critica SCHMIDT la antigua figura de la transformación transmisiva que existía en derecho alemán, en la que sí se consideraba que existía transmisión. Y señala que superada esta figura “no se necesita construir una sucesión universal” solo por causa del cambio de forma jurídica. Pag. 214.

determinado régimen legal viene determinado solo por la ley bajo la cual se constituyó la sociedad, el traslado internacional del domicilio no tiene carácter cercano a la modificación estructural, pues la sociedad no modifica su ley nacional y por tanto su régimen legal sigue siendo el mismo. En el sistema continental, sin embargo, se sigue el sistema de sede real, es decir que la ley reguladora ha de ser la del domicilio social, como establece el art. 8 de la LSC. “Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.” En este sistema, el cambio de domicilio al extranjero implica el cambio a un tipo social distinto, pues aunque se trate de un tipo similar o que incluso pueda tener el mismo nombre (por ejemplo, de sociedad de responsabilidad limitada española a sociedad de responsabilidad limitada francesa), las normas que regulan el tipo y por tanto sus estatutos serán distintos. No obstante, dado que el art. 93 LME establece como requisito necesario para que se pueda producir este traslado internacional que la legislación de ambos países permita la conservación de la personalidad, no se pueden plantear en principio los problemas en relación con deudas y contratos que vamos a examinar para los demás supuestos.

Cabría plantearse si esto es razonable en el caso de traslado internacional del domicilio, ya que la trascendencia de este cambio para los socios y para los terceros puede ser tan grande o incluso mayor que en el caso de una fusión, como se refleja en que no solo hay derecho de oposición de los acreedores (inexistente en la transformación) sino también derecho de separación de los socios (Art. 99 LME ) que no existe en la fusión. Un acreedor o un contratante puede considerar más perturbador un cambio de domicilio al extranjero que la eventual alteración de la solvencia que implica una fusión. Por ello, aunque en realidad excede la materia de este estudio, en determinados casos es posible que determinados límites a la sucesión universal hayan también de considerarse límites a la continuación de la personalidad. O más bien habría que decir que estos dos mecanismos legales no pueden nunca servir de cobertura para la vulneración de los derechos de acreedores,

deudores y terceros en general. Pensemos por ejemplo en que el traslado internacional (entiendo que nunca la transformación) puede servir de fundamento para la modificación de las condiciones contractuales. Pero en cualquier caso no procede estudiar estas medidas aquí, pues el problema fundamental del cambio en la estructura patrimonial (cambio de titularidad, confusión de patrimonios) no existe en este supuesto.

En conclusión, la sucesión universal se limita por tanto a los supuestos de fusión, escisión y cesión global del activo y del pasivo. Este efecto está reconocido expresamente en los artículos que respectivamente dan los conceptos de estas operaciones (art. 23 LME para la fusión, 69 y 70 para la escisión y 81 para la cesión global)<sup>8</sup>. Pero dentro de estas operaciones podemos distinguir dos grupos que se diferencian por el hecho de que se produzca o no una fragmentación patrimonial. Así por un lado se encuentran la fusión o la cesión global total, en la que la totalidad del patrimonio de la sociedad se integra en la sociedad adquirente. Y por otro las escisión (tanto la total como la parcial) y la denominada cesión global plural, en la que el patrimonio de la cedente también se fracciona.

Desde el punto de vista de la terminología, dado que en principio el tratamiento será conjunto para todas las modificaciones estructurales y que lo que vamos a estudiar es el aspecto de la sucesión o transmisión patrimonial, hablaré genéricamente de sociedad transmitente, que puede ser la extinguida en la fusión o la que se escinde total o parcialmente, o la cedente en la cesión global. Por otro lado la adquirente será la sociedad

---

<sup>8</sup> CONDE TEJON. 2004. 378. Entiende este autor en contra de lo aquí defendido, que en beneficio de la unidad de la categoría de las modificaciones estructurales parece más adecuado sostener que en todas ellas existe una sucesión en la titularidad del patrimonio y que simplemente en la transformación se puede hacer de forma más sencilla. A mi juicio la separación de categorías no es estéril y tiene importantes repercusiones. El problema de la fusión escisión y cesión global no es tanto el de la transmisión sino el de la combinación del patrimonio de las sociedades transmitentes con el de la adquirente o adquirentes. Y esto es algo que no se da en absoluto en el caso de transformación, por lo que resulta erróneo incluir esas operaciones dentro de la misma categoría. Esto se refleja, como señala el mismo autor en la doctrina alemana, que distingue dos categorías de modificaciones estructurales, una de las cuales está solo integrada por la transformación, a la que en el caso español cabría añadir el traslado internacional del domicilio social, operación no regulada en la UmwG.

absorbente o la de nueva creación en la fusión, la beneficiaria en la escisión, y la cesionaria en la cesión global de activo o pasivo.

### **1.2.3 El planteamiento del problema de la transmisión en función de la posición de la sociedad en la modificación estructural.**

Como iremos viendo a lo largo de este estudio, el problema esencial de la sucesión universal es si en el caso de modificaciones estructurales se aplican a los derechos y obligaciones transmitidos las restricciones o condiciones que operarían en una transmisión ordinaria. O dicho de otro modo, si se puede entender producida la transmisión de cara al ejercicio de las limitaciones que se aplican a las transmisiones de bienes ordinarias como son las formalidades, la necesidad de consentimiento o notificación al tercero afectado, derechos de adquisición preferente, o derechos a la resolución del contrato por modificación del titular o alteración de la circunstancias.

Esto en principio debería dejar fuera del ámbito de discusión – y por tanto de nuestro estudio- todos los casos en que formalmente no haya un cambio de titular. Por tanto, sería fundamental, en principio, la posición de la sociedad en la modificación estructural, pues si un contrato ha sido firmado por la sociedad absorbente o escindida, no se produce cambio de titular y nada podrán reclamar los terceros. Eso significa también que en el caso de la escisión parcial, para nada hay que ocuparse de los bienes, derechos u obligaciones que permanecen en la escindida. Esta ha sido la posición defendida por la jurisprudencia tradicionalmente en materia de arrendamientos, como se estudia más adelante, y es también la tendencia general en la doctrina extranjera.

A mi juicio, sin embargo, esta es una visión formalista y errónea del problema que plantea la sucesión universal. No hay más que mirar la ley para ver que la trascendencia de la modificación estructural no deriva solo del cambio de titularidad. El derecho típico que la ley atribuye a los terceros con ocasión de las modificaciones estructurales, el derecho de oposición del art. 44 LME, se otorga a los acreedores de todas sociedades

participantes, es decir también a los de la sociedad absorbente. El fundamento es que la confusión de patrimonios que implica la sucesión universal puede perjudicar a la solvencia de la sociedad resultante, y en consecuencia a los acreedores de ambas sociedades. Basta pensar que puede ser la absorbida la que tenga una situación financiera peor, que por tanto empeore la de la absorbente y perjudique a sus acreedores. Lo mismo, como veremos, se plantea en relación con la transmisión de los contratos: la propia modificación estructural puede producir una modificación en el contenido de la relación, , y por tanto puede afectar tanto a las contrapartes de la absorbente como de la absorbida.

¿Significa esto que nos tenemos que plantear los problemas de transmisión siempre en relación con ambas sociedades? Creo que dependerá de los problemas. En cuanto a las cuestiones meramente formales es evidente que no: en los registros, por ejemplo, nada hay que hacer en relación con los bienes inscritos a nombre de la absorbente o escindida. Tampoco hace falta notificar a los deudores de estas pues en nada les afecta desde el punto de vista de la validez del pago. Sin embargo, cuando la razón de no aplicar las normas sea que la modificación estructural altera la situación material de los terceros, habrá que examinar si es necesario aplicarlo a todas las participantes en la fusión.

Como anunciaba en los objetivos del trabajo, una de las cuestiones esenciales de la sucesión universal es hasta qué punto la sucesión universal tiene que ser totalmente automática y sin obstáculos. O dicho de otro modo, cuando hay intereses protegibles que obligan a someter los efectos de la sucesión universal a limitaciones o formalidades en beneficio de terceros. Yo creo que hay que superar los formalismos para centrarse en los intereses de cada parte de manera que en principio la alteración de la titularidad no debe ser en sí un criterio para establecer límites a las modificaciones estructurales. De hecho, una buena manera de decidir sobre si se ha de aplicar una norma limitativa en el caso del cambio de titularidad es plantearse si tendría sentido hacer lo mismo para las contrapartes de la adquirente. Si analizamos los derechos de estos últimos

no parece necesario otorgarles derechos especiales, normalmente es que no está justificado conceder ese derecho a las contrapartes de la extinguida.

### ***1.3 Fundamento y función de la sucesión universal en las modificaciones estructurales***

Si como se dijo al principio el problema que se plantea es el conflicto de intereses entre distintos grupos de afectados en relación con el efecto de la sucesión universal, es esencial saber que papel cumple esta institución dentro del fenómeno de la modificación estructural. Pero para descubrir éste hay que dar un paso atrás e identificar la función y sentido de la regulación de las modificaciones estructurales dentro del sistema jurídico.

#### **1.3.1 El fundamento de la regulación de las modificaciones estructurales: la función habilitadora**

Las modificaciones estructurales, como ya se anunció en la introducción, son uno de los medios existentes en nuestro sistema jurídico para llevar a cabo reestructuraciones o reorganizaciones empresariales, pero no son desde luego el único. Las alternativas son muchas, y en general se pueden clasificar en dos grupos.

Por un lado estarán los procedimientos contractuales, que no inciden en la estructura de las sociedades implicadas<sup>9</sup>. Quizás la operación más típica de concentración empresarial sea la compra por una sociedad de las acciones o participaciones de otra (de la totalidad o de una parte de ellas que confiere el control de la sociedad). La alternativa a una concentración empresarial puede consistir también en la compra de los activos de otra empresa, lo que no requiere en principio ninguna

---

<sup>9</sup> MOTOS, M. La fusión de sociedades. Revista de Derecho Privado. 1953 pag. 7. En esta obra ya se analizan las diversas modalidades a través de las cuales se puede perseguir la concentración empresarial, y se distingue este fenómeno del más específico de la fusión.

actuación corporativa salvo que estos activos se puedan calificar de esenciales con arreglo al Art. 160. f de la LSC, en cuyo caso será necesario el acuerdo de junta general. Mientras que la primera puede cumplir el mismo fin que la fusión o cesión global total, mediante la compra de activos se pueden perseguir tanto los de las fusiones como los de las escisiones o de la cesión global. También se puede acudir a contratos atípicos como las joint ventures u otro tipo de acuerdos que permitan una acción concertada de varias sociedades.<sup>10</sup>

En segundo lugar, están los procedimientos corporativos, que implican un cambio en la estructura de la sociedad. Aunque tendemos a pensar siempre en las modificaciones estructurales reguladas, es importante recordar se puede llegar al mismo resultado por otros medios, también societarios y corporativos, sin necesidad de pasar por el procedimiento de una modificación estructural. Así, los socios de la sociedad que se va a integrar en otra podrían tomar un acuerdo de disolución y adjudicarse los activos y pasivos de la sociedad, y a continuación la absorbente tomar un acuerdo de aumento de capital por el que esos socios pasaran a formar parte de la sociedad absorbente. También podría pensarse que la sociedad aportara los bienes directamente a la sociedad absorbente en un aumento de capital ordinario, y a continuación se disolviera y liquidara la sociedad aportante con entrega a los socios las participaciones de la absorbente.

El resultado de utilizar este tipo de mecanismos sería exactamente el mismo pero el procedimiento sería distinto, y mucho más complejo en varios aspectos.

En primer lugar, desde el punto de vista corporativo. Por ejemplo, los acuerdos de disolución con adjudicación de bienes concretos requieren el acuerdo individual de cada socio, ya que en principio los socios tienen derecho a recibir la cuota de liquidación en dinero (art.

---

<sup>10</sup> PARRA, A. distingue de la fusión otros tipos de operaciones que llevan también a la adquisición o concentración empresarial: 1. Compraventa de todas las acciones de una sociedad. 2. Compra de todos los activos. 3. Venta-fusión. 4. Transmisión de paquete de control. 5. Arrendamiento de empresa. En Derecho Mercantil. Coord. JIMENEZ SÁNCHEZ, G. Ariel Derecho. 1995. pag. 521

393.1 LSC). Es cierto que por otro lado habría ciertas simplificaciones respecto del procedimiento de a modificaciones estructurales, que requieren una serie de documentos (informes de administradores y expertos), y normalmente están sujetas a unos plazos que alargan más el procedimiento.

En segundo lugar se complica el proceso desde el punto de vista de la transmisión de los derechos y obligaciones de la sociedad, pues habría que cumplir los requisitos de transmisión de cada uno de los elementos de la sociedad. En la doctrina alemana (KUBLER, SCHMIDT)<sup>11</sup> se habla de la necesidad de cumplir el principio de especialidad, es decir que cada elemento patrimonial siga el régimen establecido en la ley para su transmisión. Es decir que para los créditos transmitidos habría que notificar a los deudores (Art. 1527 Cc), para las deudas obtener el consentimiento de los acreedores (Art. 1205 Cc) , y para los contratos el de los contratantes (Art. 1257 Cc), y desaparecerían todas las relaciones jurídicas que se extinguen cuando se extingue una sociedad (posiciones procesales, derechos de usufructo, etc...).

En tercer lugar desde el punto de vista fiscal, las operaciones darían lugar a la generación de multitud de impuestos: operaciones societarias, IVA, impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos si hay inmuebles urbanos, impuesto de sociedades al ponerse de manifiesto ganancias en las sociedades transmitentes, impuesto sobre la renta si las participaciones de las sociedades que se extinguen generaran una ganancia patrimonial en los socios, etc...

De lo que trata la regulación de las modificaciones estructurales no es por tanto de permitir la reorganización empresarial sino de simplificarla<sup>12</sup>. Como señala GONZALEZ-MENESES<sup>13</sup>, se considera que es necesario facilitar la concentración empresarial en un contexto de

---

<sup>11</sup> SCHMIDT. Cit. Pag. 207.. KUBLER. Cit. 2001. pag. 558

<sup>12</sup> Así se entiende en la doctrina alemana. SCHMIDT dice que “tienen la finalidad de simplificar los procesos de fusión y transformación y no de posibilitarlos”, citando a otros autores. Cit. Pag. 208. en el mismo sentido KUBLER. Derecho de sociedades. 5º Edición. Fundación Cultural del Notariado. 2001. Pag. 559

<sup>13</sup> GONZALEZ-MENESES, ALVAREZ. 2013. p. 16

creciente competitividad internacional. Las empresas necesitan cada vez más alcanzar un tamaño crítico para poder competir a nivel regional o mundial, y es necesario que esa concentración se pueda realizar sin obstáculos insalvables en la práctica como podrían ser el consentimiento individual de los socios o los acreedores, o costes excesivos (como los fiscales). Por ello la Directiva 2011/35 de fusiones señala en su cuarto considerando que es “conveniente introducir en el derecho de todos los estados miembros la institución de la fusión”. Esto queda más claro aún en el primer considerando de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas que establece: “Las sociedades de capital de los diferentes Estados miembros tienen necesidad de cooperación y reagrupamiento. ... para garantizar la realización y el funcionamiento del mercado interior, resulta necesario establecer disposiciones comunitarias con el fin de facilitar la realización de fusiones transfronterizas entre sociedades de capital ...” En sentido semejante la directiva referente a la armonización fiscal en las fusiones (Directiva 2009/133) señala que “es importante establecer para dichas operaciones unas normas fiscales neutras, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado interior, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional”. La finalidad primordial de las directivas no es por tanto coordinar las garantías de socios, trabajadores y acreedores, como se dice en los considerandos siguientes, sino garantizar que el procedimiento simplificado de que implica la fusión es posible en toda la Unión Europea. En todo caso no hay que destacar sin embargo que las directivas comunitarias tienen distinta ambición y en ese sentido un ámbito de aplicación distinto, como veremos al examinar la regulación de la sucesión universal en las mismas.

Es importante señalar que esta finalidad ha sido reconocida por el TC en STC 50/2011 de 14 de abril que dice: “son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de “modificaciones estructurales”. Más relevante aún es el

reconocimiento del papel central que cumple para esa finalidad la sucesión universal, al señalar que esas operaciones e realizan “... conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes ... las entidades resultantes de esos procesos. De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas”. Más adelante insiste la sentencia en el interés público de la finalidad perseguida: “la distinta condición subjetiva del arrendatario persona natural o jurídica puede justificar la previsión de diversos esquemas o modelos normativos de “sucesión” o subrogación en la relación arrendaticia para facilitar el mantenimiento y continuidad de empresas o de actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de orden económico y social que encuentran apoyo en concretos mandatos de la Constitución (arts. 38, 40 y 130.1 CE).”.

### **1.3.2 Los ámbitos de la simplificación: fiscal, corporativa, y transmisiva**

De los tres ámbitos a los que la normativa de modificaciones estructurales pretende aportar simplificaciones, solo estudiamos aquí el último de ellos.

El fiscal queda fuera de nuestro estudio y también de la regulación específica de las modificaciones estructurales, la LME. En nuestra legislación se recoge en la normativa general del impuesto de sociedades<sup>14</sup> y de los demás impuestos afectados, y en el ámbito comunitario es objeto de una directiva específica<sup>15</sup>. Sin embargo es necesario destacar por un lado su importancia, y por otra la idea central de la misma. Esta normativa especial persigue lograr la llamada

---

<sup>14</sup> Capítulo VIII del título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>15</sup> DIRECTIVA 2009/133/CE DEL CONSEJO de 19 de octubre de 2009 relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

neutralidad fiscal, es decir que la operación de modificación estructural no produzca por sí ningún efecto, ni positivo ni negativo, en la tributación de la sociedad, en particular que no se graven en ese momento las ganancias de patrimonio ni las transmisiones. La neutralidad implica que igual que no se devengan impuestos en ese momento, tampoco la fusión puede beneficiar a la sociedad, de manera que la sociedad resultante debe tener la misma carga tributaria que hubiera tenido la extinguida. El mecanismo que se utiliza es el diferimiento de la tributación por ganancias o plusvalías al momento en que se produzca otra mutación patrimonial. Volveremos a ello después, pero esta idea de neutralidad es extremadamente interesante para el aspecto de la sucesión que aquí estudiamos. Igual que en este caso, se trata de no aplicar las normas generales de las transmisiones para favorecer las reestructuraciones, pero al mismo tiempo se trata de que a operación en sí mantenga la situación anterior, sin que suponga variación ni beneficio por la operación.

La existencia de dos regulaciones (mercantil y fiscal) plantea problemas de ajuste pues el ámbito de aplicación de las modificaciones estructurales no coincide exactamente con el ámbito de la normativa favorecedora fiscal. La relación es compleja, pues en algunos casos los requisitos para la aplicación de los beneficios fiscales son más estrictos que en la legislación mercantil, y en otras sin embargo estos beneficios se aplican a operaciones que no están incluidas en las operaciones reguladas por la LME (canje de valores, aportación de rama de actividad no sujeta al procedimiento de segregación). Pero al mismo tiempo esta normativa nos sirve de orientación en muchos aspectos, como se irá viendo.

En este estudio tampoco se tratarán las cuestiones corporativas o internas, en las que tiene especial interés el estudio de las simplificaciones en el procedimiento general admitidas por la ley en determinados casos especiales<sup>16</sup>.

Lo que nos interesa aquí es la simplificación en relación con la transmisión del patrimonio en las modificaciones estructurales en las que

---

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, el excelente trabajo de CABANAS TREJO, R.: *Procedimientos simplificados de fusión de sociedades*, Bosch, 2010.

esta se produce, es decir en la fusión, escisión y cesión global. La doctrina insiste en que de todos los efectos de la regulación especial, la función simplificadora de la sucesión universal es sin duda el más importante, llegándose a decir “el origen del derecho de fusiones y de transformación responde precisamente a la voluntad de sustituir la liquidación y la sucesión particular por reglas más sencillas”<sup>17</sup>. KUBLER señala como fundamento de la regulación – además de la neutralidad fiscal- el evitar que cada uno de los bienes tenga que transmitirse “por separado de conformidad con las reglas correspondientes (principio de especialidad)”<sup>18</sup>. En el mismo sentido la citada STC 50/2011 de 14 de abril destaca: “De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas”<sup>19</sup>.

La importancia de este fenómeno contrasta con la parquedad de la regulación, sobre todo si comparamos esta con la parte que en la LME se dedica a regular los derechos de los socios y el procedimiento interno societario al que nos hemos referido. La ley y las directivas regulan con detalle el procedimiento interno de la sociedad en todas sus fases: la aprobación del proyecto por los administradores, la publicidad del mismo, la elaboración de los documentos destinados no solo a la información sino hasta cierto punto al control de la racionalidad económica de la operación (informes), las especialidades de convocatoria y acuerdo de junta, etc... Sin embargo en relación con los terceros el

---

<sup>17</sup> SCHMIDT. Cit. Pag. 209. En el mismo sentido CONDE TEJON. cit. Pag. 3: “El elemento central en la regulación de las operaciones de modificación estructural es la creación de un modo especial de transmisión de los elementos patrimoniales, conocido como sucesión universal”.

<sup>18</sup> KUBLER. Cti. 2001. pag. 558

<sup>19</sup> La STC se refería a un supuesto de transmisión de arrendamiento con ocasión de una fusión. El Abogado del Estado, en su informe, se manifestaba también en el mismo sentido al comentar la reforma de la LAU que establecía que la fusión ya no implicaba traspaso in consentido: “la finalidad pretendida por el legislador se integra en un conjunto de medidas tendentes a suprimir las barreras que dificultaban los procesos voluntarios de fusión y escisión de sociedades; procesos que considera beneficiosos para la economía por sus efectos en el mercado y que se veían frenados por las consecuencias negativas que de ellos se pudieran derivar para las relaciones arrendaticias contraídas para la explotación de su negocio”

legislador parecen entender que basta con decir las palabras mágicas “sucesión universal” para que todo se produzca sin sobresaltos y con suavidad, y sin que haya que ocuparse en nada más de estos terceros, fuera de la regulación del derecho de oposición de los acreedores y alguna mención al derecho de información de los trabajadores.

Es cierto que la información a la que nos hemos referido y que es elaborada por la sociedad dentro del proceso interno no solo se dirige a los socios y acreedores sino que es accesible también por terceros que por tanto podrán tomar decisiones sobre sus relaciones con la sociedad en función de esa información. Además la mención de la sucesión universal no agota las referencias legales al efecto de la fusión: desde la normativa de concesiones al código penal, pasando por la Ley de Arrendamientos Urbanos, diversas normas reconocen, limitan o modalizan la sucesión universal.

Pero de lo que no cabe duda es que ni el efecto general de la sucesión universal ni esta normativa adicional –fragmentaria y a veces incoherente con el principio general- resuelven todos los problemas que se plantean en la práctica. Como veremos una gran parte de las sentencias que se refieren a las modificaciones estructurales están relacionadas con controversias sobre este fenómeno transmisivo.

Pero antes de tratar de describir como funciona la sucesión universal en las modificaciones estructurales, es necesario como paso previo ver cuales son los caracteres generales de la regulación de estas operaciones, pues van a ser de gran utilidad para interpretar ese funcionamiento.

### **1.3.3 Los caracteres de la regulación de las modificaciones estructurales como consecuencia de su función en el sistema**

### **1.3.3.1 El carácter excepcional y ex lege de la regulación**

La regulación supone como se ha visto una derogación de las normas generales societarias y civiles, por lo que su primera característica será que ha de ser reconocido por la ley expresamente y tiene carácter excepcional.

Por tanto, por una parte esas normas no se pueden aplicar a supuestos distintos de los expresamente previstos en la ley, ni siquiera por analogía. Esto tiene particular importancia en el caso de la sucesión universal, como decíamos el efecto simplificador más importante en el ámbito externo. En ningún caso puede aplicarse a alteraciones de las sociedades semejantes pero no reguladas en la ley, como tuvo ocasión de señalar la DGRN en las resoluciones de 10 de junio y 4 de octubre de 1994. Se trataba de un caso de aportación de rama de actividad en las que el registrador mercantil exigía la aplicación de las normas de la escisión. La DG entendió que la operación no podía llevar consigo la aplicación de la sucesión universal, y que por tanto tampoco procedía la aplicación analógica de los requisitos de la escisión. Este carácter expreso y excepcional explica la importancia que tiene, por ejemplo, la mención que la LME hace de este término en la definición de la escisión, a diferencia de lo que sucedía en la anterior regulación contenida en la Ley de Sociedades Anónimas.

El reverso de esta conclusión es que tampoco se deben aplicar los requisitos de las modificaciones estructurales a supuestos semejantes en los que no se van a aplicar esos efectos privilegiados. Esta era en realidad la cuestión de las resoluciones citadas, en las que el registrador exigía el cumplimiento de las normas de las escisiones dada la identidad funcional entre la aportación de rama de actividad y la escisión. Las resoluciones concluyen que no se aplican ni los requisitos ni los efectos de la escisión, si bien dejan abierta la puerta a la discusión sobre la necesidad de acuerdo de junta general de la sociedad aportante si se considera que la disposición de esa rama de actividad excedía de las facultades de los administradores.

Esta cuestión, que aparentemente había quedado resuelta por las resoluciones citadas, ha resurgido de otro modo tras la regulación de la segregación en el art. 71 LME, y de la filialización en el Art. 72 de la misma ley. En este caso no se trata ya de la aplicación analógica de esa norma, sino de la aplicación directa de la misma cuando se aporta una rama de actividad cuestión que se examina más adelante\*.

### ***1.3.3.2 La necesidad de un procedimiento específico e imperativo para proteger los derechos de socios y terceros***

Las simplificaciones tienen como contrapartida el establecimiento por la ley de una serie de requisitos destinados a proteger los derechos de las partes implicadas. Así, en relación con los socios se establecen unos requisitos de información que se articulan por una parte a través de la necesidad de elaboración de determinados documentos como son el proyecto de fusión (art. 30 y 31 LME) , los balances (Arts. 36 a 38) , y los informes de expertos (Art. 34 LME) y administradores (Art. 33 LME) . Esto se combina con la publicidad o puesta a disposición de los mismos por unos plazos mínimos. Y además se establecen unos requisitos respecto de las tomas de decisión a través de mayorías reforzadas (Art. 40 LME ) , o en el caso de derechos especiales de requisitos de consentimiento (Art. 41 LME ). Finalmente es necesaria la publicidad del acuerdo (Art. 43 LME),y su formalización e inscripción en el registro mercantil (Arts. 45 y 46) .

En relación con los terceros, la medida de protección característica es el de oposición de los acreedores regulado en el artículo 44 LME. Aunque la mayoría de la doctrina se ha manifestado en el sentido de entender que es excesiva la protección que otorga a los acreedores, también existen críticas hacia lo recudido de su ámbito subjetivo, pues los requisitos de que los créditos no estén vencidos deja fuera a una parte importante de los interesados.

Todos estos requisitos del procedimiento son imperativos y la falta de cumplimiento de los mismos puede en principio afectar a la validez de la fusión, de acuerdo con el art. 47 LME.

Sin embargo, en relación con esta materia, habría que destacar que la evolución de la legislación es a disminuir los trámites, que se consideran un obstáculo para la realización de esas operaciones. Esto se manifiesta no solo en la legislación nacional sino que viene impuesto por las sucesivas reformas de las directivas de fusiones y escisiones, que siempre avanzan en el sentido de reducir las obligaciones formales, en especial cuando por tratarse de reorganizaciones internas se consideran innecesarios determinados requisitos<sup>20</sup>. Sin embargo, esta tendencia parece ignorar que los requisitos, en particular los de publicidad, no se dirigen solo a la protección de los socios sino de los terceros, que no son solos los acreedores sino también los deudores y contratantes. Una cosa es que se sustituyan los mecanismos del derecho civil por otros para estas situaciones especiales, y otra es que no se sustituyan por nada<sup>21</sup>. Por ello, entiendo que no cabe dar por supuesto que los requisitos de publicidad exigidos por el procedimiento de modificación estructural impliquen que este sea siempre oponible a los terceros. Aunque el sentido general es que estos requisitos están dirigidos a la protección de socios y terceros, ninguna norma establece un efecto general de la publicidad de las modificaciones estructurales, ni desde luego que el cumplimiento del procedimiento establecido exima a las sociedades implicadas de su deber de actuar con buena fe en las relaciones contractuales.

#### 1.3.3.2.1.1.1 El carácter voluntario de las modificaciones estructurales

En los puntos anteriores hemos visto que los requisitos, articulados en un complejo procedimiento -que admite sin embargo diversas simplificaciones en función de los intereses en juego en cada fusión- son la contrapartida de las especiales simplificaciones que permiten las modificaciones estructurales en el aspecto interno y externo.

---

<sup>20</sup> En particular, 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. Dicha norma estaba dirigida a adaptar 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 82/891/CEE, del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE, en el sentido de disminuir los requisitos formales.

<sup>21</sup> Por ello GONZALEZ-MENESES habla de una progresiva ampliación del ámbito de las modificaciones estructurales y de un correlativo “retroceso del derecho civil”. Cit. 2010.

También que es posible obtener los mismos resultados a través de otros procedimientos.

La consecuencia de esto es que en principio los operadores jurídicos son libres de acudir a este procedimiento especial con sus privilegiados efectos, o de seguir las reglas generales. Por tanto, la normativa sobre modificaciones estructurales es imperativa en cuanto se opta por utilizarla, pero no se aplica si se prefiere acudir a las normas generales. Como señala GONZALEZ-MENESES<sup>22</sup> si renunciamos a los efectos privilegiados de la modificación estructural, no se deben imponer las garantías especiales, pues se cumplirán las generales del derecho común. En este sentido Conde Tejón<sup>23</sup> también entiende que no existe obligación de acudir a estos procedimientos señalando como la doctrina alemana dice que la finalidad del parafó 1,2 UmwG no es impedir nuevos tipos de operaciones sino impedir que estas operaciones se les aplique el régimen especial de las modificaciones estructurales reguladas y típicas, y en especial la sucesión universal. Además, que ya existen normas legales que prohíben los resultados no deseados y protegen los intereses en juego (socios y terceros).

Esta cuestión se ha planteado sobre todo en relación a la aportación de rama de actividad. Tras la admisión por Ley 3/2009 de modificaciones estructurales (la "LME") de la segregación y la filialización (Arts. 71 y 72 LME) se planteó si ese reconocimiento cerraba la posibilidad de realizar una aportación de rama de actividad como simple aportación no dineraria, sin aplicar ni los requisitos (acuerdos, procedimiento) ni los efectos (sucesión universal) de la escisión. La duda proviene de la identidad funcional de las dos figuras, es decir que el resultado económico final es exactamente el mismo: la unidad económica pasa a ser titularidad de una entidad distinta, y en contraprestación la sociedad aportante adquiere acciones o participaciones de esa sociedad adquirente. La doctrina se ha dividido en esta cuestión, aunque predomina la posición favorable a la admisibilidad de la aportación de

---

<sup>22</sup> GONZALEZ-MENESES ALVAREZ. 2013. Pag 37

<sup>23</sup> CONDE TEJON. 2004. Pag. 70

rama de actividad<sup>24</sup>, que es además la solución adoptada en otros ordenamientos que han regulado la segregación (en particular Alemania<sup>25</sup> y Francia). La razón es la ya vista: como la modificación estructural tiene una finalidad habilitante, si los interesados prefieren acudir a una vía que no supone ningún privilegio respecto de los derechos de los terceros, nada hay que objetar<sup>26</sup>. Esto entra dentro de lo que la jurisprudencia ha reconocido como economía de opción: así la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 May. 2011 (Rec. 128/2008) señala que no se puede admitir “la asimilación del concepto de fraude con la idea de que, si se hubiera empleado otra forma jurídica diferente, se habría tributado más”. Señala que esto es inaceptable pues como dice la STS de fecha 16 de febrero de 2011 "se viene, con tan insólita postura...a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración”. La sentencia de la Audiencia Nacional insiste que “esta tesis no resulta aceptable toda vez que extiende el concepto de fraude, situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción y, en este ámbito, afectando de plano al principio de autonomía

---

<sup>24</sup> A favor: ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. Diario La Ley. La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales., Nº 7253, 2009 ALONSO LEDESMA, C. La tutela del socio en la escisión. Thomson Aranzadi 2009. Tomo II. Pag. 503 ss. ALONSO UREBA, RONCERO SÁNCHEZ Aportación a una sociedad de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales. La Ley. \* . NAVARRO MARTINEZ AVIAL. Adquisición de negocio mediante segregación en los términos de la vigente ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales versus aportaciones no dinerarias de rama de actividad, importancia de la calificación de unidad económica de lo aportado e implicaciones de la existencia de sucesión universal. "Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Mayo 2010.LA LEY 13840/2011. En contra: RODRIGUEZ ARTIGAS, F. Escisión, segregación y aportación de rama de actividad. Notario del siglo XXI. Nº 32. 2010

<sup>25</sup> GANSKE, citado por CONDE TEJÓN. Cit. Pag. . 14.

<sup>26</sup> Como señala CAMACHO,J. 2005. Pag. 151. En relación con la cuestión hoy superada de la posibilidad de utilizar la cesión global como alternativa a la fusión: “la mera existencia de dos procedimientos sujetos a requisitos legales distintos pero aplicables al mismo supuesto de hecho para la obtención del mismo fin, no se deduce que una de las normas deba anular o prevalecer frente a las otras.. y es que del hecho de que el legislador recoja para dos operaciones equivalentes distintos requisitos no tiene porque llevar a seguir los más exigentes, lo que se corrobora asimismo por el principio ... de economía procesal”.

de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa.”. Esto es perfectamente trasladable al ámbito de otras exigencias distintas de las fiscales, como en el caso que nos ocupa.

Además, desde el punto de vista de la protección de los intereses en juego, en principio los intereses de los terceros quedaban suficientemente protegidos por las normas generales sobre transmisión de bienes. El argumento fundamental para defender que la vía de la escisión era obligatoria era la protección de los socios de la aportante, que en el caso de que una segregación se articulara como una aportación en un aumento de capital no tenían intervención en la operación<sup>27</sup>. Este argumento era débil porque dependía de que lo aportado constituyera una unidad económica, cuando como reconocían incluso los autores que defendían esta postura, lo que debía determinar la necesidad de acuerdo era el carácter esencial de esa unidad económica para la sociedad aportante<sup>28</sup>. Además, resultaba que aunque se aprobara por la junta de la sociedad aportante, se exigirían también la aplicación del resto de las normas de la escisión (publicaciones, depósito, etc..) encareciendo y alargando el procedimiento sin ninguna finalidad.

A mi juicio, la cuestión debe darse por definitivamente zanjada tras la reforma del 160.f de la LSC, que es aplicable a todo tipo de sociedades de capital y requiere la intervención de la Junta en el caso de aportaciones de “activos esenciales”. Es cierto que como señala CABANAS<sup>29</sup> los requisitos de mayoría e información son distintos a los de la escisión,

---

<sup>27</sup> En el mismo sentido ALONSO UREBA y RONCERO SÁNCHEZ. La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de modificaciones estructurales. *Revista de Derecho de Sociedades*, 2010; 1 : “ la cuestión se centra esencialmente por tanto en la protección de los socios de la sociedad aportante en la medida que los Arts. 66 y 300 LSC no exigen el acuerdo de la Junta General de dicha sociedad cuando se trata de transmitir una unidad económica a través del régimen de aportaciones no dinerarias”. P. 628. A favor de la aplicación en todo caso del procedimiento de escisión se ha pronunciado la sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga, Sentencia de 15 Sep. 2014, Rec. 736/2009 Ponente: Pilar Márquez, María Jesús del. N.º de Recurso: 736/2009. LA LEY 145662/2014.

<sup>28</sup> RODRIGUEZ ARTIGAS. Cit. Pag. 3. ALONSO UREBA RONCERO SÁNCHEZ. Cit. Pag. 630.

<sup>29</sup> Cabanas Trejo, R. Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿Un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad?. *Diario La Ley*. N.º 8512. Pag. 10

pues el legislador –con criterio quizás discutible- no ha exigido en el 160 f mayoría reforzada par este supuesto. Pero en cualquier caso el legislador está admitiendo que la aportación es posible, como revela la redacción del artículo 511.bis1.a, que regula la cuestión en relación a las cotizadas y que es el origen del 160. F. En este se habla de la aportación de “actividades esenciales”, por lo que es evidente que se está refiriendo a la aportación de ramas de actividad o unidades económicas, que en cualquier caso se incluyen en el concepto general de activos esenciales del 160. El requisito de que la actividad sea esencial supone también reconocer que la mera existencia de una unidad económica no implica que se trate de un activo esencial que justifique la intervención de la Junta, como habían reconocido los defensores de la exigencia de la escisión<sup>30</sup>. En realidad lo que hace el legislador es hacer explícitas las competencias implícitas de la Junta General, que la doctrina española y extranjera ya reconocía y que había tenido también reconocimiento jurisprudencial<sup>31</sup>.

### ***1.3.3.3 El carácter autónomo de la regulación***

Cuando nos enfrentemos a cuestiones problemáticas en la transmisión derivada de la sucesión universal, una cuestión trascendental es hasta qué punto la normativa de modificaciones estructurales ha de considerarse como una normativa autónoma que excluye la aplicación de las normas generales que en otro caso se aplicarían a ese supuesto.

La doctrina ha defendido la autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales porque son operaciones complejas que llevan consigo una multitud de cambios en el aspecto societario y patrimonial. En el primero, por ejemplo, una fusión implica generalmente aumentos de capital, modificaciones estatutarias, una o varias disoluciones, etc... Pero lo que la ley hace es establecer un

---

<sup>30</sup> “Hay que reconocer que para segregar y aportar una unidad económica insignificante o irrelevante en el conjunto del patrimonio de una sociedad, pero unidad económica al fin, puede resultar muy poco adecuado y muy perturbador por costes y por tiempo el procedimiento de escisión” Rodríguez Artigas. Ob Cit. 209/2010

<sup>31</sup> Para un estudio más extenso de la cuestión, SANCHEZ SANTIAGO, ALVAREZ ROYO-VILLANOVA. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el art. 160 f) LSC. Diario La Ley, N.º 8546, 25 de Mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial LA LEY.

procedimiento único que absorbe los requisitos y procedimientos de este conjunto de cambios. Así, por ejemplo, para los aumentos de capital, el informe de expertos trata de cubrir tanto la finalidad específica de la fusión (juicio sobre el tipo de canje) como el específico del control de suficiencia de capital. El informe de administradores sobre la fusión ampara también los otros cambios estatutarios que se produzcan.

Por tanto, como la ley establece un régimen especial para la fusión, se entiende en general que éste excluye la normativa aplicable a esas operaciones “incluidas” en la fusión. Esto parece ser la visión de la propia LME que en ningún momento se remite a la normativa general como supletoria, y esta autonomía parece reforzada por la propia autonomía formal de la ley tras la entrada en vigor en 2009 de la una norma específica de modificaciones estructurales, que además la mayoría de la doctrina venía reclamando - sin duda influida por el ejemplo y el prestigio de la UmwG alemana-. Así lo sostiene también la doctrina italiana señalando que la fusión se considera " como una transacción extraordinaria con su propia individualidad, valorada por el conjunto de sus efectos, y sujeta por ello a una disciplina" autosuficiente ", respecto de la cual el margen de aplicación por analogía de normas establecidas para otros supuestos y, en particular, para otras operaciones extraordinarias, decae terminantemente”<sup>32</sup>.

En relación con la sucesión universal, esto tiene especial importancia, pues la esencia de la sucesión universal se encuentra en evitar la aplicación del principio de especialidad, es decir de que cada derecho u obligación debe cumplir su normativa específica para ser transmitido. El reconocimiento de la transmisión en bloque por sucesión universal y la autonomía de este sistema, excluirían totalmente cualquier normativa concreta relativa a estas transmisiones. Como se estudiara con más detalle al examinar el efecto de la sucesión universal, esto es lo que parece derivarse tanto de la mención específica de este concepto en

---

<sup>32</sup> **G. FERRI JR – G. GUIZZI**, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. 4, Torino, 2007, p. 331 ss., p. 239

nuestra ley como del efecto frente a terceros que reconoce el art. 19 de la Directiva 2011/35 de fusiones.

Pero la autonomía de la regulación también está sujeta a límites. Por una parte, es evidente que una ley puede modificar este principio general. Así dentro de la propia LME, el art. 17 delimita el ámbito de las decisiones de la transformación al decir que “Cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social.”. En ese sentido, concreta que cuando las modificaciones que se hacen van más allá de lo que necesariamente implica la modificación estructural concreta, habrán de cumplirse las normas generales.

Estas limitaciones a la autonomía pueden proceder también de otras normas al margen de la LME. El principio general de que las leyes posteriores modifican las anteriores y la derogación “se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior” (art. 2. 2 Cc ) no tiene en nuestro ninguna excepción dentro de las leyes ordinarias, y por tanto el carácter especial o autónomo de una ley no impide que otra ley la modifique, incluso sin referirse a ella, pues quedará derogada en todo lo que se oponga a la nueva. Así lo ha hecho por ejemplo el código penal en la nueva redacción dada al art. 130.2 tras la reforma de 31 de marzo de 2015, que confirma la sucesión universal en la responsabilidad penal, pero permite una modalización por el tribunal de la pena por esta causa, y por tanto el mecanismo de sucesión universal deja de ser automático.

La relación entre estas reglas y la norma de sucesión universal no es únicamente temporal (lex posterior) sino de especialidad. Así nadie ha puesto en duda que las normas sobre el efecto de la fusión sobre los arrendamientos urbanos establecidas en las leyes de 1964 y 1994 siguen vigentes aunque la LME, posterior, consagrara expresamente el principio de la sucesión universal. Es cierto que bajo estas normas los contratos de arrendamiento subsisten, pero también que no lo hacen con el mismo

contenido que tenían antes de la transmisión pues se permite el aumento de la renta.

En conclusión la regla es la transmisión universal de todo tipo de bienes y derechos, pero si hay una norma especial que establece límites, requisitos o modalizaciones a esa transmisión para una determinada modificación estructural o en relación a alguna situación especial, ésta debe prevalecer.

Lo que ya plantea más problemas es si la sucesión universal puede verse limitada, no por normas específicas referidas a los efectos de las modificaciones estructurales, sino por normas que regulan las transmisiones en general. En principio la respuesta habrá de ser negativa pues de otro modo desaparecería el efecto de esta transmisión en bloque. Por una parte hemos visto que el efecto de la sucesión universal no es gratis, sino que se consigue pagando el peaje de un procedimiento complejo que el legislador nacional ( y comunitario) considera suficiente. Por otra parte, si como hemos visto esa ausencia de aplicación de las normas generales es esencial para realizar estas operaciones, estaríamos inutilizando en la práctica toda la regulación.

Una cuestión distinta es que la aplicación del sistema de la sucesión universal choque con los principios generales del derecho en una materia concreta. En ese caso, entiendo que habrá que examinar si la finalidad perseguida por la ley justifica la vulneración de ese principio. Así, si el efecto contrario al principio general excede de lo perseguido por la LME admitiendo la sucesión universal, habría que admitir la aplicación de la regla general. Por ello en la última parte de este estudio estudiamos en concreto la posibilidad de aplicar en los casos de modificación estructural el fraude de ley y la doctrina del levantamiento del velo.

#### **1.3.4 La función de la sucesión universal dentro del sistema: los intereses en juego**

Como se ha visto, la normativa de modificaciones estructurales tiene la misión de simplificar las reorganizaciones empresariales, facilitándolas. Pues bien la sucesión universal es el instrumento esencial

de la simplificación en el ámbito de las relaciones externas. Se trata de facilitar, como hemos dicho, la transmisión del patrimonio de unas sociedades a otras. Este externo que ofrece la normativa de las modificaciones estructurales. La necesidad de este excepcional “privilegio” es que si de lo que se trata es de favorecer la reorganización, y dada la multiplicidad de relaciones jurídicas que mantiene una empresa, es necesario que estas puedan continuar en el nuevo titular jurídico sin que el coste del mismo supere los beneficios que se van a obtener.

Los costes de la aplicación de las normas generales de transmisión serían de varios tipos.

Hay unos costes de formalización, derivados de la necesidad de identificar, escriturar y en su caso inscribir todos y cada uno de los derechos y obligaciones de la sociedad que transmite su patrimonio o parte de él. El problema de la identificación parece que se debería poder obviar en el caso de la transmisión de todo el patrimonio ( fusión o cesión global) , pero no en el caso de la escisión en el que al existir una fragmentación patrimonial va a ser necesaria la identificación de los elementos transmitidos. Respecto de la formalización, el sistema de la sucesión universal debería evitar la multiplicidad de formalidades unificando en un solo acto la transmisión.

Por otra parte el obstáculo puede venir de que las normas impongan en el caso de transmisión la notificación a los terceros, que en principio la publicidad de la fusión podría suplir.

Sin duda el mayor obstáculo a remover es la necesidad del consentimiento de las contrapartes, que en nuestro derecho se exigen, por ejemplo para la transmisión de deudas y de contratos, como veremos con más detalle. Es evidente que la necesidad de solicitar el consentimiento a cada acreedor o contratante resulta un trámite extraordinariamente complejo para una empresa en funcionamiento. A la complejidad de solicitar esos consentimientos se añade la incertidumbre de conseguirlos

y la posibilidad de que se utilice esa posición para exigir contraprestaciones que no siempre retribuyen un interés legítimo<sup>33</sup>.

En relación con esta cuestión hay que tener en cuenta que hay diversos intereses en juego, la composición de los cuales debe ser la base para decidir los casos menos claros.

Por una parte está el interés general en el favorecimiento de las reorganizaciones empresariales. La importancia de esta cuestión se ha subrayado ya anteriormente, y parece que la tendencia es a un incremento de esta necesidad de rápida adaptación a las cambiantes circunstancias económicas. A este interés general habría que añadir un interés particular de cada estado en tener una legislación competitiva. En el análisis económico del derecho se pone de relieve que la competencia hoy no se realiza solo en el ámbito económico estrictamente sino entre sistemas jurídicos. Por tanto un país con una legislación mercantil flexible atraerá empresas y sociedades, favoreciendo el crecimiento económico. Por el contrario, la dificultad de integrar jurídicamente una sociedad española por el coste o las incertidumbres de un proceso de fusión, por ejemplo, puede evitar la adquisición o la expansión de nuestras empresas.

En segundo lugar tenemos el interés particular de las sociedades participantes en que la reorganización se realice con el menor coste en tiempo y dinero posible, lo cual en principio debería llevarnos a defender la máxima reducción de trámites. Pero hay que tener en cuenta que además de este interés lícito puede existir otro ilícito, como por ejemplo eludir un derecho de retracto o defraudar los intereses de los acreedores a través de estas operaciones mercantiles. Justamente el carácter excepcional de la sucesión universal puede ser una manera para eludir los controles que a lo largo de los siglos de experiencia jurídica se crearon por el derecho civil<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Lo que en el derecho anglo sajón se denomina la posibilidad de “hold up” (que significativamente se traduce como retrasar o también.. atracar) a la que hace referencia PAZ ARES SAEZ. Pag. 46.

<sup>34</sup> Esta es la preocupación que expresa GONZALEZ-MENESES. Cit. 2010

En tercer lugar está el interés de los terceros en que se respeten sus derechos, y particularmente el de los acreedores de que se le pague el crédito, lo que se traduce en que no disminuya la solvencia del deudor. Pero estos a su vez pueden tener intereses ilícitos: el deudor cuyo pago no está en riesgo puede utilizar su derecho de oposición como chantaje para anticipar el pago o reforzar sus garantías. Un contratante para el que la fusión nada altera puede tratar de obtener un beneficio en el momento de la fusión.

La existencia de estos distintos intereses obliga a un complejo equilibrio en esta regulación, pues al inclinar la balanza hacia un lado haría que quedarán descubiertos otros intereses. Por eso no podemos confiar demasiado en principios dogmáticos que pueden llevar a resultados injustos o absurdos, y aunque en principio la sucesión universal debe operar de manera general, existirán excepciones. De ahí también la necesidad de aplicar los principios generales como la buena fe o el fraude de ley a los casos concretos.

## **2 CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO DE LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES**

La formulación en la ley del efecto de sucesión universal que se contiene en las definiciones de las tres modificaciones estructurales citadas y es muy escueta: dicen que se transmite en bloque el activo y el pasivo por sucesión universal. Por tanto define el objeto (el patrimonio) y la forma en la que se transmite (transmisión en bloque por sucesión universal), el problema es que ni patrimonio ni sucesión universal están definidos en la LME ni ninguna otra Ley.

La LME parece asumir que la sucesión universal es un concepto claro con un contenido definido en la ley, pero nada más lejos de la realidad: se trata de un concepto que proviene del derecho civil pero que tampoco está definido legalmente. De hecho ni siquiera se utiliza esa expresión en todo el código civil<sup>35</sup>. Por ello sorprende que la mayor parte de la doctrina, siguiendo al legislador, ni

---

<sup>35</sup> Cualquiera puede hacer la prueba con los medios informáticos actuales, con el resultado sorprendente de que la búsqueda en todo el texto del código civil es cero.

siquiera se plantee esta cuestión<sup>36</sup>, y se hace necesario su estudio, empezando por el repaso de lo que se entiende en la doctrina y la jurisprudencia por sucesión universal.

## **2.1 La sucesión universal en el derecho civil: concepto y caracteres**

### **2.1.1 El concepto de sucesión universal en el derecho sucesorio**

Convendría comenzar con el concepto general de sucesión que según LACRUZ es el fenómeno por el que una persona se coloca o subentra en el lugar de otra en una relación jurídica, que no obstante la transmisión, sigue siendo la misma, es decir que no se extingue y se constituye de nuevo (no existe novación<sup>37</sup>). Por tanto, aunque la parte relativa a la herencia de nuestro derecho se conoce como derecho de sucesiones, en realidad la sucesión es un concepto más amplio, que implica cualquier transmisión de una relación jurídica que se mantiene inalterada, quedando el adquirente en la misma posición que el transmitente.

Dentro de las sucesiones se distingue entre la sucesión particular, que se refiere a una sola relación, de la universal, en la que la sustitución de sujeto se produce en relación a un conjunto de relaciones de un sujeto. Pero lo que hay que destacar es que la particularidad de la sucesión universal frente a la particular no se encuentra en esta pluralidad de elementos sino en el carácter unitario de la transmisión. Lo que con arreglo a la doctrina verdaderamente caracteriza a la sucesión universal es que se produce *uno ictu*<sup>38</sup>, de un solo golpe, por un título único, sin modificación de las relaciones jurídicas y sin la aplicación de las formalidades y requisitos que de ordinario se exigen para esta. O CALLAGHAN la define así "(...) subentrar o colocarse una persona en el

---

<sup>36</sup> CONDE TEJON. 2004. Pag. 369. Dicho autor señala que la falta de preocupación de la doctrina española contrasta con la de la doctrina alemana, en la que sí se discutió el concepto y sus consecuencias.

<sup>37</sup> LACRUZ. Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones. Dykinson. 2009

<sup>38</sup> En la doctrina se utilizan de manera semejante dos expresiones en latín: uno acto, que significa en un solo acto, y uno ictu, que significa de un golpe. En ambos casos se trata de destacar que la transmisión se produce por un solo título, por ministerio de la ley, y simultáneamente para todas las relaciones incluidas

puesto de otra en una relación jurídica que permanece inalterada, produciéndose un cambio de la persona titular de la relación jurídica, pero ésta no se altera, es decir, no se extingue y se crea una nueva, sino que permanece con el cambio de la persona que entra o se coloca como nuevo titular adquirente. Dicho cambio opera en bloque, en un solo acto, comprendiendo un conjunto de relaciones jurídicas transmisibles - derechos y obligaciones- desde el patrimonio de su titular [...] al de otro titular [...] como adquirente en bloque, sin necesidad de un acto transmisivo de cada una de las relaciones jurídicas singulares"<sup>34</sup>. No cabe duda que la LME al hablar de la transmisión en bloque quiere hacer referencia a esta idea que ya está implícita en el concepto de sucesión universal e insistir sobre ella.

Por tanto, el carácter universal o la transmisión en bloque no deriva del carácter unitario que en sí tenga el conjunto de bienes, sino de que se realiza por un solo título y de un solo golpe. En este sentido, GONZALEZ-MENESES señala que lo importante no es que se transmitan una multiplicidad sino que se transmiten “*uno ictu*, que decían los juristas romanos. ¿Y qué tiene esta forma de adquirir posiciones jurídicas de especial? Pues que esa transmisión *uno ictu* no tiene por qué respetar las reglas generales sobre circulación o transmisión de los bienes, derechos y obligaciones”<sup>39</sup>.

La importancia y función de esta característica y el funcionamiento de la institución se entienden mejor si examinamos el origen, fundamento y alternativas de la sucesión universal hereditaria.

### **2.1.2 Origen del sistema: los sistemas de sucesión universal y de liquidación como alternativas en la sucesión mortis causa.**

Tanto la doctrina civilista como la mercantilista coincide en que la sucesión universal surge como respuesta al problema del fallecimiento de la persona física, y de ahí pasa al derecho de sociedades<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> GONZALEZ-MENESES. Cit. 2010

<sup>40</sup> Lacruz. 2009. Pag 15

El fallecimiento de una persona física plantea la cuestión del destino de sus derechos y obligaciones. La seguridad jurídica impone que las leyes ordenen de alguna forma lo que va a suceder con estas relaciones cuando una persona fallece. Como gráficamente señala Lacruz<sup>41</sup>, si nada hubiera previsto, al producirse la muerte de un causante, se produciría una lucha de hecho en relación con los bienes del causante (que devendrían *res nullius*), y desaparecerían todas las obligaciones y relaciones jurídicas, lo que obviamente reduciría al mínimo la posibilidad de obtener crédito y de cualquier relación jurídica dilatada en el tiempo (aparte de ser un grave problema para la paz social, obviamente).

Para responder a este problema existen diversas soluciones que han ido evolucionando con la estructura económica de cada pueblo. Pero para simplificar y dejando a un lado los sistemas en los que no existe la propiedad privada, en los derechos modernos básicamente se acude a dos sistemas.

Una primera opción es liquidar las relaciones jurídicas del causante cuando fallece, pasando a los adjudicatarios únicamente los bienes remanentes que suceden por tanto en un activo líquido. Este es en principio el sistema del *common law*, en el que ha de existir siempre un *executor*, que con el carácter de un fiduciario liquida la herencia y la entrega a los sucesores designados por ley o disposición testamentaria. En este caso, una vez terminada la liquidación, se entrega a los causahabientes un conjunto de bienes, pero no una posición particular en relación con las relaciones jurídicas del causante.

La solución del derecho común, en cambio, es la de sucesión de una persona –o varias– en el lugar del causante (*in locum defuncti*), subrogándose en sus derechos y obligaciones. Este es el supuesto de la sucesión universal propiamente dicha. Lo destacable es que a pesar de su denominación, no significa que una persona suceda en todos los bienes y derechos del causante: pueden ser varias personas y no se transmiten todos los derechos y obligaciones. Lo que la caracteriza es que el o los

---

<sup>41</sup> Lacruz. 2009. Pag 12

sucesores se colocan en la posición del mismo en cuanto a sus relaciones jurídicas, activas y pasivas.

Desde el punto de vista de las modificaciones estructurales, resulta interesante destacar que el sistema del common law es el equivalente a la disolución y liquidación de la sociedad y posterior aportación del patrimonio a una nueva sociedad. El sistema de la sucesión universal aplicada a las mismas es de alguna forma la adaptación del derecho sucesorio continental al derecho mercantil para evitar el sistema de la liquidación que se considera, como veremos, poco práctico y demasiado oneroso para la vida empresarial.

### **2.1.3 El fundamento de la sucesión universal**

Como se ha señalado ya, el fundamento del sistema sucesorio en general es la seguridad jurídica del derecho patrimonial, y en concreto determinar el destino de las relaciones jurídicas del difunto.

En cuanto al fundamento de optar concretamente por el sistema de sucesión universal frente al de liquidación del patrimonio, no es una cuestión de la que se haya ocupado la doctrina. Es una de las opciones elegidas por los diversos sistemas jurídicos, cuya ventaja radicaría en una transmisión sin fases intermedias.

En el caso de las reorganizaciones empresariales parecen evidentes las ventajas de optar por este sistema. En el caso de una persona física la realidad de la persona física desaparece. En el ámbito societario, la personalidad jurídica no deja de ser una ficción creada por el derecho para permitir la unificación de relaciones jurídicas que corresponden a una empresa. Como de lo que se trata es que la empresa subsista, ya unida a otras en el caso de la fusión, en otras manos en el caso de la cesión global, o separada de un conjunto anterior en el caso de la escisión, tiene mucho más sentido que se traten de mantener las relaciones jurídicas de la misma. Uno de los principios que con más fuerza han irrumpido en nuestro derecho en los últimos tiempos es el de la conservación de la empresa, que ha guiado, por ejemplo, las últimas reformas del derecho concursal. Pues bien, es evidente que para la

empresa continúe cuando la sociedad no es viable desde el punto de vista financiero, es necesario que de una forma unitaria pueda ser adquirida o integrarse con todos sus elementos activos y pasivos, y muy especialmente con su red de contratos, como veremos.

Pero quizás se pueda ir algo más lejos en la justificación de este sistema en el caso de las modificaciones estructurales. En el párrafo anterior seguimos considerando la sucesión universal como una forma de solucionar la extinción de una sociedad. Pero como ha destacado la doctrina italiana y se estudia más adelante, las modificaciones estructurales no se deben considerar como un fenómeno extintivo sino modificativo. La teoría modificativa entiende que la esencia de la fusión no se encuentra en la extinción societaria, sino en la reorganización empresarial. Los autores se fijan no en la sociedad como institución sino en la empresa como organización: desde este punto de vista lo que se produce no es una extinción sino una modificación de los contratos de sociedad que se modifican integrándose en uno solo<sup>42</sup>. Al margen de que como veremos estos autores llegan a negar la existencia de transmisión, no cabe duda que desde la óptica funcional y empresarial no tiene ningún sentido acudir a sistemas de liquidación.

Esta es la razón por la que este sistema se ha impuesto de manera general en todos los ordenamientos, aunque no sin dificultades. En concreto, en el Reino Unido no se admitía la sucesión universal hasta las reformas introducidas como consecuencia de la adaptación a las directivas.

---

<sup>42</sup> C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, Napoli, 1964, p. 64. E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*. Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 2501.

#### **2.1.4 Caracteres de la sucesión hereditaria: la transmisión uno actu y sus consecuencias**

Un primer carácter es que se produce *ex lege*, es decir que tiene lugar cuando lo determina la ley, y que las partes no pueden optar libremente por provocar una sucesión de este tipo<sup>43</sup>.

En la doctrina que estudia el derecho sucesorio, algunos autores señalan que otro carácter es la sucesión de la totalidad de un patrimonio, recibiendo el sucesor un patrimonio que forma una unidad jurídica, una *universitas iuris*. Ya hemos visto que eso no es así: el patrimonio del causante no tiene coherencia interna alguna, y de hecho algunas de las relaciones, como veremos, no se transmiten. Además es posible que ni siquiera exista un patrimonio positivo y exista herencia y sucesión universal<sup>44</sup>.

Otros entienden que lo característico es que el heredero es continuador de la personalidad jurídica del causante, siguiendo la tradición del antiguo derecho romano. La consecuencia de esta óptica es que se unifican los dos patrimonios en uno solo. Sin que se tenga que admitir la ficción de la continuación de la personalidad, entiendo que esta última postura se acerca más al sentido de la sucesión universal, pues su fundamento no se encuentra en que el patrimonio forme una unidad sino en que la predispone la ley como medio de garantizar la permanencia de las relaciones.

En todo caso lo verdaderamente característico de la sucesión universal, y lo que desde luego es esencial en el caso de las modificaciones estructurales, es que se produce *uno actu*, es decir que por un solo título y mediante en su caso una única serie de formalidades se transmiten todos

---

<sup>43</sup> Lo que no está reñido con el hecho de que las modificaciones estructurales tengan un carácter voluntario, es decir que las partes puedan elegir para una misma finalidad no acudir a un procedimiento de modificación estructural.

<sup>44</sup> Pero eso no quiere decir que la herencia no tenga una cierta autonomía patrimonial como conjunto al menos hasta el momento de la aceptación, o para otros hasta el momento de la aceptación de todas las deudas. En ese sentido, la máxima “antes pagar que heredar” supone reconocer una cierta autonomía de la masa patrimonial a la herencia, para asegurar que no se perjudican los acreedores, de lo que es una manifestación el Art. 1082 del Código civil, que permite a los acreedores del causante oponerse a la partición hasta que se haya hecho el pago de las deudas.

los derechos y obligaciones, sin tener que seguir las normas particulares para la transmisión de cada uno de ellos. En esto consiste el efecto facilitador que como veremos es lo que se ha buscado por las modificaciones estructurales en este sistema.

Lo crucial a nuestros efectos es que esta sucesión se aparta de la reglas generales de las transferencias inter vivos. Por ejemplo, las deudas no se pueden transmitir inter vivos sin el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), cosa que aquí no se produce. Obviamente un deudor no puede someter su fallecimiento al consentimiento de todos sus acreedores, y por eso la ley opta por la transmisión de las deudas a los herederos. No existe un proceso liquidatorio, y por tanto el heredero se coloca en la posición del causante y pasa a ser él mismo deudor de las deudas del causante<sup>45</sup>. En el caso general la responsabilidad es ilimitada<sup>46</sup>, y solidaria de todos los herederos (art. 1084), de manera que el reparto de deudas que hiciere el testador o los propios herederos en la partición tienen efectos entre ellos pero no frente al acreedor (art. 1084.2). La justificación de esta responsabilidad solidaria e ilimitada sería evitar que el heredero tenga que entablar tantos procedimientos como herederos existen. Pero desde un punto de vista valorativo puede discutirse su justificación, pues en realidad mejora la situación del acreedor sin razón al ampliar los patrimonios contra los que se puede dirigir. Como veremos, en el caso de las escisión, cuando existen varios beneficiarios se produce una limitación semejante al beneficio de inventario (art. 80 LME).

Pero esa sucesión solo cumple su objetivo si además de suponer una simplificación de formalidades supone que no se alteran los elementos de la relación. De ahí que como vimos LACRUZ prefiera hablar de subrogación que de transmisión: el concepto de subrogación remite a la idea de colocarse en el lugar de (*in locum defuncti*), sin alteración alguna de la relación.

---

<sup>45</sup> Lacruz. 2009. p 109

<sup>46</sup> En principio parece que lo sería también respecto de los legados, lo cual es criticado por ROCA SASTRE Y CARDENAS, como señala Lacruz. En cualquier caso, en relación con la sucesión universal en las modificaciones estructurales solo nos interesa la sucesión en las deudas. Lacruz. 2009. p 110.

Este sistema, distinto del anglo sajón, plantea varios problemas que veremos tienen su reflejo en el sistema y procedimiento de la fusión. Por una parte, el perjuicio que se puede producir al patrimonio del heredero como consecuencia de la aceptación de herencia, en el caso de que el pasivo sea superior al activo. Para defender su patrimonio el heredero pueda aceptar a beneficio de inventario, iniciando así un proceso de liquidación de deudas que justifica la no confusión de patrimonios (Arts. 1010 y ss. Cc ). Esto no se produce en el ámbito de las modificaciones estructurales pero un reflejo de esa limitación de la responsabilidad a lo recibido aparece también para las beneficiarias de la escisión en el art. 80 LME.

Por otra parte se plantea también el problema del perjuicio del acreedor del causante en el caso de que el heredero tenga un patrimonio negativo, de manera que el acreedor haya de concurrir con los anteriores acreedores del heredero y no pueda ya cobrar todo su crédito. La doctrina considera en general que se produce la confusión de patrimonios, de manera que todos los acreedores se pueden dirigir contra todos los bienes del deudor, sin que ninguno tenga preferencia sobre la masa sobre la que recaía su crédito con anterioridad. No obstante esta posición no es unánime, y Lacruz y Peña entienden que los acreedores del testador tienen derecho a cobrar con preferencia a los del heredero sobre los bienes procedentes de la herencia. Así se deduce del principio general del Art. 1911 CC, y de que sería absurdo que los legatarios de cosa cierta tuvieran derecho preferente sobre los acreedores del heredero y que no lo tuvieran los acreedores del causante. Además lo mismo parece deducirse del Art. 1082 CC. Para solucionar este problema se crea en las modificaciones estructurales el sistema del derecho de oposición de los acreedores al que tendremos ocasión de referirnos (Art. 44 LME).

En cuanto a los derechos de crédito, la regla es que se pueden transmitir inter vivos pero es necesaria para su oponibilidad el cumplimiento de ciertas formalidades (1526) y la notificación para que produzca efecto frente al deudor (art. 1527 CCc). Nada de esto se requiere en el caso de la transmisión mortis causa, transfiriéndose de manera

automática. Pero como veremos al tratar la transmisión de créditos en la escisión, hay que destacar que la no aplicación del 1527 no deriva tanto del carácter automático de la sucesión universal sino de que no es posible pagar al acreedor fallecido.

### **2.1.5 El ámbito objetivo de la sucesión universal mortis causa: bienes y derechos excluidos**

En cualquier caso, como señalaban autores clásicos como Binder<sup>47</sup>, nunca la situación es exactamente la misma. La sucesión por una parte se limita al ámbito patrimonial (sin que se transfieran las relaciones personales, familiares etc...) y existen relaciones patrimoniales, que tampoco se transmiten, que son las llamadas personalísimas.

El Art. 659 Cc establece que “la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”. Por tanto, se reconoce que lo que se transmite no son todas las relaciones jurídicas o patrimoniales pero no dice cuales son las que se extinguen por su muerte. En algunos casos las normas establecen esta intransmisibilidad a través del carácter vitalicio de determinadas relaciones o derechos ( 512, 1595, 1732, 1742 del Cc y la comisión mercantil en el 280 CCo, la condición de socio en las sociedades personalistas es art. 1680 del Cc y 100.3, 221 CCo ).

Estos supuestos no agotan los derechos y obligaciones intransmisibles y han sido la jurisprudencia y la doctrina<sup>48</sup> las que han ido delimitando otros casos. La STS de 11 de octubre de 1943 señalaba que se presumía la transmisibilidad, lo que parece deducirse del propio artículo 659 para el cual la excepción es que las relaciones no se transmitan. Añadía la sentencia que son intransmisibles “en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público, los personalísimos o de tal suerte legados a determinada persona por sus

---

<sup>47</sup> VALLET, J. Panorama de derecho civil. Bosch. 1973

<sup>48</sup> La doctrina incluye: derechos de tipo familiar, como la patria potestad o la tutela; derechos políticos o relacionados con la función pública, ni los derivados de la condición de vecino si no la tiene el heredero (STS 1 febrero 1947 en relación al aprovechamiento de montes comunales).

cualidades, parentesco o confianza , etc... que tiene razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular (*ossibus inhaerent*). Y también los derechos patrimoniales de duración limitada legal o convencionalmente a la vida de una persona”. En el mismo sentido se pronuncia la STS 17 febrero 1981, al referirse a los derechos de usufructo o uso o habitación (estos últimos además son personalísimos, es decir que pertenecerían por ley a la primera categoría). Para el resto de relaciones jurídicas la regla general es la transmisibilidad. Así lo ha señalado la jurisprudencia para el retracto (STS de 25 noviembre 1967), la posición procesal en juicio de desahucio (STS 25 enero 1969), sumisión jurisdiccional (STS 28 febrero 1955), notificación hecha al arrendatario para dejar sin efecto la prórroga (STS 19 marzo 1978).

Para los derechos de crédito y las deudas también puede haber excepciones la transmisión. El criterio para determinar cuando tienen el carácter de personalísimo, según Lacruz, no es su patrimonialidad ni la transmisibilidad inter vivos , sino “si la necesidad económica o social que está destinada a satisfacer la relación de deuda se puede considerar- juzgando con arreglo a la estructura económica y las concepciones sociales de nuestro tiempo, ligada a la persona individual de un determinado acreedor, o bien sirve a objetivos reales de cualquier vida humana, y por otra, si la actividad exigible del deudor para la satisfacción de esas necesidades está vinculada a la persona de un concreto obligado o puede ser realizada por cualquier otro, o sea, si para los objetivos reales perseguidos por una relación de deuda, sigue siendo o no posible una continuación de la actividad debida de manera que tenga cumplimiento el fin perseguido por los contratantes (Art. 1161 CC)”. Para ello habrán de tenerse en cuenta y contrapesar los intereses de cada una de las partes con el interés del tráfico<sup>49</sup>.

La idea de que la transmisibilidad es la regla general ha de aplicarse sin duda también en el caso de las modificaciones estructurales, quizás con más intensidad por las necesidades de la continuación de la

---

<sup>49</sup> Lacruz. Pag. 2009. Pag. 39

empresa. Sin embargo algunas otras propuestas no son fácilmente trasladables. En relación con los créditos, no parece fácil que un acreedor pueda alegar el carácter personalísimo de un crédito. Menos aún que la sociedad adquirente en una fusión pueda alegar el carácter personalísimo de una prestación de la sociedad extinguida: no solo porque será difícil de justificar este carácter, sino sobre todo porque al ser una extinción voluntaria (la deciden los órganos sociales de esa persona jurídica), sería una manera de librarse de determinadas obligaciones. Todo lo cual nos obliga a detenernos en las diferencias de estos dos ámbitos de la sucesión universal.

### **2.1.6 Las analogías y diferencias con la sucesión hereditaria**

No cabe duda, y así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia, que el sistema de la sucesión universal mortis causa es el origen y la referencia del las modificaciones estructurales. Lo que el legislador hace es acudir a una institución existente que soluciona el mismo problema de la subsistencia de las relaciones jurídicas tras la extinción de una persona, evitando tener que realizar en ese momento la liquidación de todo su patrimonio (es decir el cobro de créditos, pago de deudas y terminación de todos los contratos). La disolución sin liquidación de la que habla el art. 3.1 de la directiva de fusiones solo es posible acudiendo a este sistema de subrogación de una nueva persona en el lugar de la otra. Por tanto, las conclusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la sucesión universal son en principio útiles para resolver los problemas en materia de modificaciones estructurales.

Sin embargo esto no significa que la analogía sea perfecta pues existen diferencias importantes entre ambos procesos, que es importante no olvidar. Como se ha señalado, se trata de una institución que el derecho mercantil toma prestada, y su trasposición desde el fenómeno sucesorio ha de hacerse con cautela<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> GONZALEZ-MENESES describe este proceso: “Lo que ha sucedido es que esta noción de sucesión universal, que pertenece al *sancta sanctorum* conceptual del derecho civil, ha sido tomada en préstamo por los mercantilistas para definir la eficacia de algunas de las operaciones societarias que ahora la ley llama “modificaciones estructurales”. Y si en un primer momento el uso que se hacía de este concepto prestado

La primera es que en el ámbito societario la extinción tiene su origen una decisión de las sociedades participantes y no en un suceso involuntario e inevitable<sup>51</sup>. El que la modificación estructural se produzca por la voluntad de las sociedades participantes hace que la sucesión no se pueda calificar propiamente como *mortis causa*, pues la causa es la voluntad y no la muerte. Esto es independiente de las discusiones sobre la naturaleza corporativa o contractual de las modificaciones estructurales que tanto se ha discutido: de lo que no cabe duda es que los órganos de las sociedades (el de administración en su inicio y la Junta General en la aprobación final) son los que con sus decisiones provocan la modificación estructural, y por tanto la sucesión. La extinción de la personalidad de una o varias de las sociedades es una consecuencia de los acuerdos y no su causa, por lo que se trata de una sucesión *inter vivos*, que tiene como efecto la integración patrimonial que lleva consigo la extinción de la sociedad (cuando esta se produce que como veremos no es siempre)<sup>52</sup>. Es revelador por ejemplo que en los artículos correspondientes de las directivas de fusiones el efecto de extinción sin liquidación es el último que se menciona (19 Directiva 2011/35 de fusiones y 14 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas). Este carácter *inter vivos* voluntario es lo que explica que en el caso de la escisión parcial existe sucesión universal aunque no se extingue ninguna sociedad. Es cierto que este supuesto plantea problemas propios, pero más bien derivados de la fragmentación patrimonial y de la delimitación de las masas patrimoniales que de la subsistencia de la sociedad transmitente.

---

era un tanto timorato, hace tiempo que el legislador mercantil se ha ido familiarizando con el mismo, ha ido ganando confianza, y lo trata como algo propio, y en esta última ley ya con auténtico desparpajo.” Cit. 2010

<sup>51</sup> En este sentido CONDE TEJON. 2004. Pag. 372. ALONSO LEDESMA. 2002. PAG. 4944.

<sup>52</sup> Es esta una discusión clásica que recoge ya MOTOS en su importante estudio de esta cuestión. Señala este autor la discusión que existía en la doctrina italiana, y la posición de ASCARELLI y RUPERTO a favor del carácter *inter vivos*. Este último, en la línea que defiende y a la que se adscribe también MOTOS, dice que el traspaso patrimonial es un *prius* y la extinción social su *posterius* desde el punto de vista lógico, aunque en la fusión los efectos son simultáneos. MOTOS. 1953. Pag. 178. Dice este autor que lo que ha desorientado a la doctrina ha sido que la sucesión *inter vivos* es desconocida en derecho civil, pero que la similitud está el carácter de sucesión universal y no *mortis causa*.

Al ser la consecuencia de un hecho voluntario y no inevitable, la ley puede exigir a las sociedades determinadas actuaciones o garantías previas a la fusión, o condicionar la misma a que se cumplan determinadas formalidades o incluso a que se obtengan consentimientos distintos de los de las juntas de las sociedades implicadas, si se considera conveniente para la protección de los terceros. Esto es lo que en general significa el procedimiento de fusión exigido por la ley: una serie de trámites que facilitan a los socios y a los terceros el ejercicio de ciertos derechos. La falta de cumplimiento del procedimiento impedirá que se produzca la sucesión. Además, el carácter voluntario implica que los intereses de las sociedades que provocan las modificaciones estructurales han de ser contrapuestos con los de los terceros afectados. Podría pensarse que en ese sentido estarían más justificadas las restricciones al automatismo de la sucesión, pues las sociedades siempre pueden abstenerse de realizar la operación si lo exigido por esos terceros es demasiado oneroso.

Una segunda y fundamental diferencia es que el fundamento de acudir a este procedimiento es hasta cierto punto distinto. En la sucesión mortis causa, el fenómeno subrogatorio tiene una finalidad meramente instrumental para conseguir una transmisión ordenada y evitar situaciones de inseguridad jurídica por un hecho inevitable como es la muerte, pero no persigue mantener la unidad del patrimonio del difunto. En el caso de una modificación estructural, lo que la ley pretende con su regulación es en general facilitar las reestructuraciones, favoreciendo así el mantenimiento de las empresas y del empleo, y en concreto eso requiere mantener cohesionado un patrimonio productivo. Esto es fácil de comprender si comparamos los sistemas sucesorios de los que hemos hablado: optar por un sistema de sucesión universal o de liquidación en el ámbito de la persona física parece una simple cuestión de oportunidad. En el ámbito de las modificaciones estructurales, sin embargo, el segundo no es una opción porque supone un coste inasumible para las reorganizaciones empresariales, razón por la cual se ha impuesto en toda Europa y para todos los estados el sistema de la sucesión universal en las modificaciones estructurales y no en la sucesión mortis causa. En

consecuencia la sucesión universal en el caso de las sociedades cumple el objetivo de mantener el patrimonio empresarial unido. Esta finalidad puede operar justo al contrario que la primera especialidad, al justificar que haya que dar a la sucesión universal un ámbito más amplio que del derecho sucesorio, pues determinadas relaciones no deben extinguirse para permitir esa continuación de la empresa.

Finalmente, una diferencia esencial es que en un caso se trata de personas físicas y en el que nos ocupa de personas jurídicas, lo que supone una importante diferencia a la hora de entender, por ejemplo, que se deben considerar derechos personalísimos o intransmisibles, como veremos más adelante. En general, esa diferencia irá en la dirección de reducir los supuestos de intransmisibilidad porque el carácter personal es más difícil de aplicar a una persona jurídica. Pero la diferencia deriva sobre todo de que en el caso de las modificaciones estructurales, el fenómeno que se produce no es realmente extintivo. Cuando muere una persona física, no cabe duda de que esta desaparece; sin embargo, cuando una persona jurídica se extingue como consecuencia de una modificación estructural, desde el punto de vista funcional no desaparece, sino que se modifica la estructura empresarial, que continúa dentro de otra persona jurídica. La doctrina italiana entiende que incluso desde el punto de vista contractual, lo que se produce no es una extinción del contrato de sociedad original sino la integración en un nuevo marco contractual que incluye a los socios de las fusionadas: la fusión no es un proceso de extinción seguido de una transmisión (como en la sucesión hereditaria), sino una integración de sociedades. Por tanto la continuación de la personalidad y la colocación del sucesor *“in locum defuncti”*, que en el caso de la persona física tiene un carácter de ficción legal, aquí tiene un sustrato real al continuar el elemento funcional, la empresa, dentro de la sociedad adquirente. Esto hace que el elemento de continuidad de las relaciones jurídicas deba tener mayor fuerza aún que en la sucesión hereditaria.

La conclusión es que no nos encontramos con la aplicación directa ni analógica de la sucesión hereditaria sino con una sucesión universal

inter vivos con unos presupuestos y finalidades propios, por lo que los efectos de ambos procesos serán también hasta cierto punto diferentes.

## **2.2 Reconocimiento legal del principio de sucesión universal**

Aunque como hemos visto la ley mercantil parece despreocuparse del contenido de la sucesión universal remitiendo a un concepto ajena, debemos examinar como se define en la ley mercantil para determinar su alcance y funcionamiento. Dada la regulación tan escasa que tiene este fenómeno en la LME y en las demás normas legales, tiene particular interés ver si en las legislaciones de nuestro entorno se aplica ese principio y en qué términos. Más importante aún es examinar la existencia y en su caso el alcance de este efecto se reconoce en las directivas dado que por los principios de efecto directo y sobre todo de interpretación conforme, estas pueden condicionar en su caso la interpretación de las normas nacionales.

Una vez examinadas estos distintos aspectos podremos tratar de definir el contenido de esa sucesión, y en particular el ámbito objetivo del mismo y sus efectos.

### **2.2.1 El reconocimiento legal de la sucesión universal en la ley española**

En el artículo 22 de la LME que define el concepto de fusión dice: “En virtud de la fusión 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 extinguidas de participaciones de la sociedad resultante”. El artículo 23.1 LME, que define la fusión por creación de nueva sociedad, habla de “la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones”. Para la absorción el 23.2 es algo más sintético pues dice que la absorbente “adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas”. La misma referencia a la “transmisión en bloque del

patrimonio por sucesión universal” se recoge en los artículos 69 y 70 LME que regulan la escisión total y parcial respectivamente, y en la definición de la cesión global del activo y del pasivo en el artículo 81 LME.

Y no hay más: en el resto de la ley no se vuelve a hablar de la sucesión universal. Hasta las directivas, mucho más breves que la LME, prestan más atención a este fenómeno pues además de hacer referencia a él al definir la fusión (Art. 3 Directiva 2011/35 de fusiones y Art. 2 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas), vuelven a la cuestión al definir los efectos de la misma (art. 19 Directiva 2011/35 de fusiones y 14 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas), dando bastante más luz sobre su extensión y límites.

La LME no agota las referencias de la ley a los efectos de la fusión pues también en otras normas se prevén los efectos de las modificaciones estructurales. Así la LAU, el TRLCSP, La Ley de Propiedad Intelectual, la normativa de seguros, y otras que veremos contienen normas que prevén los efectos de estas operaciones, pero no aportan más luz sobre el contenido o efectos del proceso.

Esta falta de referencias justifica haber dedicado la parte anterior a examinar esta institución. Lo único que añaden las referencias a la transmisión en bloque y al conjunto de derechos y obligaciones es la confirmación de que lo que pretende el legislador es la transmisión *uno actu* de todo el patrimonio social, pero poco más.

La pregunta es si las legislaciones de nuestro entorno son algo más precisas y nos pueden aclarar algo de cómo funciona esta institución en el ámbito societario que nos interesa.

## **2.2.2 La sucesión universal en el derecho comparado**

### **2.2.2.1 Francia**

El art. 236.3 del *Code de Commerce* establece que “la fusión o la escisión implican la disolución sin liquidación de las sociedades que

desaparecen y la transferencia universal de su patrimonio a las empresas beneficiarias en el estado del mismo a la fecha efectos de la operación”.

Como vemos, tampoco es muy extensa ni detallada la regulación francesa. Por una parte sí recoge, a diferencia de la española y en paralelo con las directivas, la particularidad de la disolución sin liquidación, que es lo que hace necesaria la sucesión universal. Pero en cambio es menos clara en cuanto al mecanismo transmisivo pues no hace referencia expresa que esta se produce por sucesión universal.

No obstante la doctrina y la jurisprudencia del país vecino admiten de manera unánime que se trata del reconocimiento de un fenómeno de sucesión universal, que incluye entre otros la transmisión de los contratos en curso<sup>53</sup>, y la transmisión de la posición procesal<sup>54</sup>. La doctrina se ha ocupado de manera frecuente y extensa de los efectos sobre los contratos y de los límites de esta transmisión en el caso de contratos intuitu personae, como veremos de manera más detallada en la parte dedicada a los contratos.

#### **2.2.2.2 Italia**

La norma italiana (art. 2504.bis.1 del *Codice Civile*) dice: “La compañía resultante de la fusión asume los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan, continuando en todas sus relaciones, también de procesales, anteriores a la fusión.”

La doctrina Italiana en general habla de la aplicación de la sucesión universal, pero no sin matices, pues en este país la discusión no se limita a distinguir esta sucesión de la sucesión mortis causa sino que afecta a la esencia de la institución, enfrentándose la tesis tradicional o traslativa a la tesis modificativa, en la que me detengo por su interés en el ámbito concreto de la sucesión universal.

La tesis tradicional se fija en la sociedad desde el punto de vista institucional. Así, si lo que se observa son las sociedades, la fusión se ve

---

<sup>53</sup> Casación Civil, 1º, 4 marzo 1981: Bull. Civ. Nº 79, p. 65

<sup>54</sup> Cass. Crim 25 mayo 1987: bull. Crim p. 580. Citado por LE CANNU, P. Droit des sociétés. Montchrestien. 2003. P. 948

como un proceso de extinción de una sociedad que tiene como consecuencia la transmisión a título universal de todo su patrimonio a otra, que se constituye o que ya existe. Desde el punto de vista patrimonial supone “la subrogación de un sujeto en otro en la titularidad de todas (se entiende, de aquellas transmisibles por ley y por naturaleza) las situaciones jurídicas de aquel, con unidad del título de adquisición e identidad en la posición del titular y del sucesor”<sup>55</sup>. No obstante, entre los autores hay algunos que consideran que se asemeja a la sucesión mortis causa pues tiene su origen en la extinción de la sociedad, mientras que otros la consideran inter vivos por tener su origen en el acuerdo de fusión. Así algunos autores disienten de “la idea tradicional de que la fusión realiza un fenómeno sucesorio y en particular una sucesión a título universal” , en concreto a los efectos de determinar cuales son las relaciones transmisibles por la fusión<sup>56</sup>.

La admisión de la escisión en la legislación italiana a partir de 1991 plantea el problema de que la extinción ya solo se produciría en la escisión total, lo que plantea la disyuntiva o bien de replantear la teoría o de considerar la escisión parcial de naturaleza distinta. En general la doctrina considera que esto no afecta a la naturaleza traslativa de la fusión y la escisión, si bien esa sucesión solo eventualmente tiene un origen en la extinción de una sociedad, pues como se dijo antes para algunos autores el origen de la transmisión no es la extinción sino el acuerdo de fusión. Señalándose además que esa naturaleza es la que se deriva de la Directiva 2011/35 de fusiones y Directiva 1982/891 de escisiones<sup>57</sup>.

La teoría modificativa surge a partir de los años 60, y parte de que la esencia de la fusión no se encuentra en la extinción societaria, sino en

---

<sup>55</sup> C. RUPERTO, La succescisiónione universale tra vivi nel nostro diritto, in Riv. dir. comm., 1950, I, p. 129.

<sup>56</sup> F. GALGANO, Il nuovo diritto societario, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, p. 529.

<sup>57</sup> U. BELVISO, La fattispecie della scissione, in Giur. Comm., 1993, I, p. 538; M. MAUGERI, L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI direttiva CEE, in Giur. comm., 1991, I, p. 746.; G. OPPO, G. OPPO, Fusione e scissione delle società secondo il d.lgs. 1991 n. 22: profili generali, in Riv. dir. civ., 1991, II, p. 507, A. PICCIAU, Scissione di società e trasferimento d'azienda, in Riv. soc., II, 1995, p. 1021.

la reorganización empresarial. El de la operación pasa de ser la sociedad como institución, a la empresa como organización. Por tanto, lo que se produce es una modificación de los contratos de sociedad que pasan a integrarse en un nuevo y único contrato, subsistiendo la organización empresarial<sup>58</sup>. Desde el punto de vista patrimonial esto supone que no todo cambio de titularidad implica una transmisión, sino que deriva de una reorganización de la empresa y dentro del respeto al vínculo del patrimonio con la empresa. Estas teorías han ido influyendo en alguna sentencia y según sus defensores también en el legislador, pues en las sucesivas reformas del código civil italiano se ha sustituido la expresión “transferimento” por “assegnazione”, lo cual implicaría negar la existencia de transmisión<sup>59</sup>. La jurisprudencia mayoritaria sigue la teoría traslativa<sup>60</sup>, si bien se han multiplicado las sentencias que acogen la teoría modificativa<sup>61</sup>.

En todo caso esta teoría ha sido objeto de crítica por sus insuficiencias desde el punto de vista patrimonial. Sostener que no existe cambio en el sujeto pone de relieve la continuidad de la empresa, pero ignora los principios básicos del derecho patrimonial y el concepto de titularidad<sup>62</sup>.

En la doctrina más moderna se tiende a entender que la teoría de continuación de la empresa y de modificación del contrato es compatible con la transmisión patrimonial y por tanto con la sucesión universal.

---

<sup>58</sup> C. SANTAGATA, *La fusione fra società*, Napoli, 1964, p. 64. E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione delle società*. Commentario del codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 2501. Y también

<sup>59</sup> Estas teorías no son exclusivas de Italia. En particular en Francia Coulombel hablaba ya con anterioridad de que no debe hablarse de extinción de sociedades sino de su transformación o modificación. Coulombel. *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*- Tesis. Nancy, 1949. Citado por Adamou Albortchire. *Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales*. 2005 - 878 . Pag. 84

<sup>60</sup> Ver Mantovani, A. *Fusione, scissione e limiti alla circolazione dei beni*. 2008. Pag. 49 a 59

file:///C:/Users/Public/Documents/tesis/tesi\_dottorato\_andrea\_mantovani.pdf

<sup>61</sup> Cass. Cvi. Sez Lav. 22 marzo 2010: “ la fusión se convierte en una mera modificación que deja sobrevivir todas las sociedades participantes en la fusión, aunque con un nuevo diseño organizativo... y sin ningún efecto sucesorio y extintivo”. También en Cass, Sez U. 28 diciembre 2007 y otras. Ver CENDON. *Commentario al Codice Civile*. Giuffré Editore. 2010

<sup>62</sup> Mantovani. Ct. Pag. 100 y ss.

Como señala Mantovani <sup>63</sup>, “los dos elementos característicos de la fusión (la transferencia del patrimonio y la integración de los socios) cuando se observan en su interacción, permiten ver por una parte el aspecto de modificación, cuando la sociedad se entiende como contrato o relación entre socios: en este aspecto la relación social continúa a pesar de la operación, sumado a diferentes estructuras organizativas. Si se considera a la sociedad como ente o institución no se produce esa continuidad, y desde ese punto de vista lo que es importante es la transferencia de activos, estén o no acompañados de la extinción de la empresa”.

En todo caso las teorías modificativas sí que pueden servir para subrayar la importancia de la continuidad, y por tanto de que existan los mínimos obstáculos posibles a la transmisión del conjunto patrimonial.

#### **2.2.2.3 Alemania**

El artículo 2 de la UmwG que define la fusión señala que se trata de la operación mediante la cual una entidad se disuelve sin liquidación y en la que el patrimonio en su conjunto de las entidades que se extinguen se transfiere a la absorbente o resultante. En el artículo 20 UmwG que regula los efectos de la inscripción establece en el punto 1.1 que “el patrimonio de la transferente, incluido su pasivo pasarán a la entidad adquirente”.

Como vemos no se recoge ninguna referencia a la sucesión universal, pero se deduce ese efecto de la transmisión automática de todo el patrimonio. No obstante, es interesante que en relación con la transferencia del pasivo el artículo 25.2 UmwG, que establece que “la entidad transferente se entenderá existente en relación con las reclamaciones que se hagan por los acreedores de la misma. A estos efectos, las deudas y responsabilidades no se entenderán fusionadas por efecto de la fusión.” Aunque volveremos a ello al hablar de la transferencia de las deudas, está claro que se establece una separación de

---

<sup>63</sup> Mantovani. Cit. Pag. 106

patrimonios a los efectos de las responsabilidades anteriores, como veremos que sucede también en Francia.

El Art. 123 UmwG, relativo a la escisión, también prevé la disolución sin liquidación en caso de escisión total, y la transmisión patrimonial a favor de entidades nuevas o preexistentes, y en ambos casos se habla la transferencia del patrimonio “en todo caso como una totalidad<sup>64</sup>”. Esta expresión se repite en el número (2) del artículo para el caso de escisiones parciales, y en el número (3) para el supuesto de segregación.

En el Art. 174 se regula la cesión global y se establece también el efecto de disolución sin liquidación y de la transmisión del patrimonio en su conjunto, por tanto, en términos absolutamente semejantes al supuesto de fusión.

#### **2.2.2.4 Reino Unido**

El artículo 904 de la Companies Act de 2006 establece que en la fusión “la empresa, los activos y pasivos de una o más empresas se transfieren a la absorbente o resultante.”

Como vemos no se hace ninguna referencia a la transmisión universal, lo que parece lógico teniendo en cuenta que esa institución no existe en derecho inglés. Es significativo que además de los activos y pasivos la norma haga referencia a la transmisión del “*undertaking*” - que ha de traducirse en este caso no como compromiso sino como empresa-. Esto implica otorgar un carácter unitario y total al patrimonio que se transmite. La misma expresión se recoge en el artículo 919 relativo a la escisión. Sin embargo, el precedente que supone la sentencia Nokes v Doncaster implica que se siga manteniendo que estas disposiciones legales no podían transferir los activos y pasivos en los casos en los que la transferencia de otro modo requeriría el consentimiento de un tercero. La conclusión de la mayor parte de la doctrina es que no es posible la transferencia de los contratos no transferibles en el caso de fusiones

---

<sup>64</sup> “*jeweil am gesamtheit*”.

nacionales. Por otra parte en los casos *National Bank of Greece and Athens SA v Metliss* [1958] A.C. 509 y *THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ*<sup>65</sup>, que se estudian en el apartado 2.6 de este estudio, los tribunales ingleses sí admitieron la sucesión universal como un título de transmisión, incluso para contratos o derechos sujetos a derecho británico.

#### **2.2.2.5 Estados Unidos**

La normativa de sociedades en EE.UU. es una competencia de los estados federados, y obviamente no nos podemos detener en un estudio pormenorizado de la legislación de cada uno de ellos. Sin embargo la American Bar Association elaboró y actualiza un modelo tipo de ley de sociedades, el Model Business Corporation Act (en adelante MBCA), que es seguido aproximadamente por la mitad de los estados, por lo que es una buena guía de por donde se mueve la legislación de ese país.

Las reglas que regulan los efectos de la fusión se encuentran en los números 3 y 4 del artículo 11.07.a MBCA, que establecen:

“(3) todos los bienes propiedad de, y cada contrato de derecho poseídos por, cada sociedad o entidad que se fusiona es adquirido-por/investido-en la sociedad adquirente sin reversión o menoscabo<sup>66</sup>.

(4) todos los pasivos de cada sociedad o entidad que se fusionen son investidos en el la sociedad adquirente<sup>67</sup>” .

Respecto de esta norma hay que hacer alguna precisión en relación con la terminología. La palabra utilizada para reflejar la adquisición es “vested” que se puede traducir como “investido”. Es importante destacar que la norma evita hablar de adquisición y transmisión, lo que es

---

<sup>65</sup> THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ AG COURT OF APPEAL 15 to 17 July and 22 October 2008. [2008] EWCA 1161, [2009] R.P.C. 3

<sup>66</sup> Los terminos utilizados literalmente en este ultimo inciso son “*without reversion or impairment*”

<sup>67</sup> (3) all property owned by, and every contract right possessed by, each corporation or eligible entity that merges into the survivor is vested in the survivor without reversion or impairment; (4) all liabilities of each corporation or eligible entity that is merged into the survivor are vested in the survivor;

intencionado pues pretende evitar la aplicación de las normas legales y contractuales que se pondrían en marcha en caso de una transmisión. Por tanto el “vested” está más cerca de la subrogación que de la adquisición.

En segundo lugar, en cuanto a la reversión, se está refiriendo al concepto de “*reversion of property*”, que es el derecho que puede tener alguna persona, y en particular el anterior titular a readquirir el bien en el caso de fallecimiento del titular. En ambos casos la intención evidente del legislador es mantener las relaciones jurídicas en la misma situación anterior. Este es el sentido también del comentario oficial a la MBCA que señala: “la fusión no es una enajenación, transmisión o asignación. No puede dar lugar a reclamaciones basados en que un contrato con una de los participantes en la fusión ya no tiene efecto como consecuencia de la no transferibilidad, salvo que el contrato específicamente establezca que no sobrevive a la fusión”.<sup>68</sup>. En el mismo sentido se pronuncian los comentarios oficiales de leyes de otros estados<sup>69</sup>. Sin embargo, la interpretación del concepto “*vested*” en la jurisprudencia no siempre ha seguido esa interpretación en la transmisión de determinados contratos, como veremos. También existen algunas normas sobre el efecto de la fusión en la responsabilidad de los socios como propietarios en las letras c) y e) del mismo artículo, pero no nos detenemos en ellas pues no afectan directamente a la transmisión del patrimonio social<sup>70</sup>.

Dado que aproximadamente la mitad de las grandes sociedades de EE.UU. (cotizadas o incluidas en la lista de Fortune 500) están sujetas a

---

<sup>68</sup> Un interesante estudio sobre la jurisprudencia en esta materia y sobre la distinta redacción de la norma sobre transmisión de derechos en las fusiones se encuentra en HAINES, P. *The efficient merger: when and why the courts interpret Business* *scisión transactions to trigger anti assignment and antitransfer provisions*. Pennsylvania State University, 2006; candidate, J.D., Baylor Law School, 2009. <http://www.baylor.edu/content/services/document.php/116810.pdf> Visto el 10 de octubre de 2015

<sup>69</sup> En los comentarios oficiales de la ley de Georgia y Texas se señala que la palabra “*vested*” no implica transferencia o cesión de propiedad: “*while a merger vests the rights [and] privileges . . . this is accomplished without a transfer or assignment having occurred*”<sup>l</sup>).

<sup>70</sup> (c) A person who becomes subject to owner liability for some or all of the debts, obligations or liabilities of any entity as a result of a merger or share exchange shall have owner liability only to the extent provided in the organic law of the entity and only for those debts, obligations and liabilities that arise after the effective time of the articles of merger or share exchange.

la Ley de Delaware<sup>71</sup>, tiene especial interés estudiar la legislación de este estado.

El párrafo 259 de la Delaware general Corporation Law<sup>72</sup> establece que la sociedad adquirente “ poseerá todos los derechos, privilegios, facultades y franquicias, de carácter público o privado, y estará sujeta a todas las restricciones, discapacidades y deberes de cada una de esas empresas extinguidas; y todos los derechos, privilegios, facultades y franquicias de cada una de dichas corporaciones, y todos los bienes, reales, personales y mixtos, y todas las deudas debidas a cualquiera de dichas sociedades extinguidas por cualquier razón, así como los dividendos pasivos y cualquier crédito o acción o que pertenecen a cada una de esas empresas será ejercido por la sociedad absorbente o resultante de dicha fusión; y todos los bienes, derechos, privilegios, facultades y franquicias, serán de la sociedad resultante en la misma forma que lo eran de las extinguidas, y el título de cualquier propiedad inmobiliaria investida por escritura o de otra manera, bajo las leyes de este Estado, en cualquiera de tales sociedades extinguidas, no revertirá ni será afectada de otro modo por causa de la fusión; pero todos los

---

<sup>71</sup> Lewis S. Black, Jr.. Why Corporations Choose Delaware. Delaware Department of State 2007. [https://corp.delaware.gov/pdfs/whycorporations\\_english.pdf](https://corp.delaware.gov/pdfs/whycorporations_english.pdf) consultado por última vez el 22 de septiembre 2015.

<sup>72</sup> El texto en inglés es el siguiente: “*When any merger or consolidation shall have become effective under this chapter, for all purposes of the laws of this State the separate existence of all the constituent corporations, or of all such constituent corporations except the one into which the other or others of such constituent corporations have been merged, as the case may be, shall cease and the constituent corporations shall become a new corporation, or be merged into 1 of such corporations, as the case may be, possessioning all the rights, privileges, powers and franchises as well of a public as of a private nature, and being subject to all the restrictions, disabilities and duties of each of such corporations so merged or consolidated; and all and singular, the rights, privileges, powers and franchises of each of said corporations, and all property, real, personal and mixed, and all debts due to any of said constituent corporations on whatever account, as well for stock subscriptions as all other things in action or belonging to each of such corporations shall be vested in the corporation surviving or resulting from such merger or consolidation; and all property, rights, privileges, powers and franchises, and all and every other interest shall be thereafter as effectually the property of the surviving or resulting corporation as they were of the several and respective constituent corporations, and the title to any real estate vested by deed or otherwise, under the laws of this State, in any of such constituent corporations, shall not revert or be in any way impaired by reason of this chapter; but all rights of creditors and all liens upon any property of any of said constituent corporations shall be preserved unimpaired, and all debts, liabilities and duties of the respective constituent corporations shall thenceforth attach to said surviving or resulting corporation, and may be enforced against it to the same extent as if said debts, liabilities and duties had been incurred or contracted by it.*”

derechos de los acreedores y todos los gravámenes sobre los bienes de cualquiera de dichas sociedades extinguidas se mantendrán inalterados, y todas las deudas, responsabilidades y deberes de las respectivas sociedades extinguidas corresponderán a la sociedad adquirente, y pueden ser reclamadas contra ella como si dichas deudas, responsabilidades y deberes hubieran sido incurridos o contratados por ella.”

Como vemos se reproduce el principio de sucesión universal en todo el patrimonio, pero de manera mucho más detallada. Se clarifica el ámbito objetivo que incluye propiedad, derechos de crédito, contratos y deudas y responsabilidades de la manera más amplia. Y también se insiste en la inmutabilidad del contenido de esas relaciones, tanto activas como pasivas, de manera que se ejerzan sin que por razón de la fusión se pueda oponer ninguna excepción ni modificación.

La letra b del artículo establece una norma especial para el caso de bancos o sociedades fiduciarias, permitiendo a los depositantes acudir a los tribunales para solicitar un cambio de fiduciario si consideran que la fusión les perjudica. Esta norma, interpretada *a sensu contrario*, no hace más que reforzar el principio de que la regla general es la transmisión automática y con plenos efectos frente a terceros de todas las relaciones jurídicas de la fusionadas, a salvo esa excepción u otras que se pudieran establecer legalmente.

#### **2.2.2.6 Otros ordenamientos jurídicos**

En Bélgica el art. 682. 3 establece como efecto que “el conjunto del patrimonio activo y pasivo de cada sociedad disuelta se transfiere a las sociedades beneficiarias, en su caso conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión”. Sin embargo el art. 683 señala que la oponibilidad estará sujeta a la formalización de los acuerdos y las inscripciones requeridas en las normas hipotecarias y en además se remite a la legislación especial de la propiedad intelectual e industrial para la oponibilidad de la transferencia de estos derechos.

En un estudio encargado por la Unión Europea para evaluar los obstáculos a las fusiones transfronterizas intracomunitarias<sup>73</sup> se hace referencia a las distintas soluciones en los miembros de la Unión, poniendo en relación la regulación de cada país con el Art. 14 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas que como veremos es el que regula los efectos de la fusión.

Respecto de Hungría, señala que el artículo 70(1) de la ley de sociedades prevé la transmisión de todos los derechos y obligaciones, incluyendo los compromisos derivados de los convenios colectivos con empleados, y que no se establecen formalidades especiales para que esta transmisión tenga efecto frente a terceros.

En la legislación de Liechtenstein la fusión produce la sucesión en todos los activos y pasivos de las empresas extinguidas a la absorbente o resultante, *ex lege* y sin liquidación de las empresas participantes (Prinzip der Universalsukzession).

En Holanda el artículo 2309 del código civil<sup>74</sup> se titula: “ Definición de «fusión»; transmisión de la propiedad a título universal” lo que de por sí resulta suficientemente expresivo. El artículo dice: “Una fusión es un acto jurídico de dos más personas jurídicas a través del cual uno de ellos adquiere, a título universal, la propiedad (activos y pasivos) de la otra, o por el cual una nueva persona jurídica, que se ha formado (incorporado) por ese acto, adquiere sus bienes (activos y pasivos) a título universal.

En Eslovenia la ley se refiere concretamente a los contratos en curso de ejecución, estableciendo su transmisión por la fusión pero previendo que si las obligaciones de adquisición, suministro u otras similares, implican una carga no equitativa para la sociedad adquirente, las obligaciones serán modificadas teniendo en cuenta los intereses de ambas partes (Artículos 591(3)(1) y 622.b(3) de la ley de sociedades.

---

<sup>73</sup> *Study on the application of the cross-border mergers directive*, Lexidale, september 2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/mergers/131007\\_study-cross-border-merger-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf) consultado por última vez el 1 de noviembre de 2015.

<sup>74</sup> <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dctitle2277.htm> (visitado por última vez el 6 SEPTIEMBRE 2015).

### **2.2.2.7 Conclusiones**

La conclusión inicial que podemos sacar de este examen es, en primer lugar, que en todas las legislaciones de nuestro entorno se recoge actualmente el principio de la transmisión de todo el patrimonio social.

En segundo lugar, hay que señalar que en casi todas ellas o bien la ley directamente o la doctrina en otro caso, señalan que esa transmisión tiene el carácter de una sucesión universal, automática y ex lege. En esto, por tanto coinciden con nuestra legislación lo que es trascendente primero, porque esa coincidencia en principio hará posible las fusiones transfronterizas. En segundo lugar, porque siendo instituciones similares, las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales pueden servir para interpretar nuestra propia ley.

Finalmente, en algunos de ellos se detecta una cierta evolución tanto legislativa como doctrinal en la dirección de un mayor automatismo de la transmisión, y en el caso de Italia y más limitadamente Bélgica, teorías que niegan la existencia de una verdadera transmisión. En EE.UU., con una tradición totalmente distinta, vemos que la preocupación es la misma, y que las normas tratan de reducir en lo posible los obstáculos a la transmisión: en la mayoría de los estados esto se realiza siguiendo la orientación del MBCA, es decir modificando la terminología que se refiere a la transmisión, un poco como en Italia. En Delaware, en cambio, se opta por tratar de relacionar de la manera más exhaustiva posible el objeto de la transmisión y de precisar que eso se hace sin variación alguna de su contenido.

Por tanto, podemos destacar como se trata de garantizar el carácter completo, automático, y sin limitaciones de la transmisión patrimonial (incluso llegando a negar el término de transmisión, como vemos...).

### **2.2.3 Las directivas comunitarias y la sucesión universal**

La Directiva 2011/35 de fusiones, la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas y la Directiva 1982/891 de escisiones hacen todas ellas referencia a la transmisión del conjunto del patrimonio como uno de los elementos definitorios de la fusión o la escisión. Pero antes de entrar en su examen, y para determinar hasta qué punto este nos interesa, hay que plantearse la cuestión de qué efecto tiene sobre nuestro ordenamiento.

La importancia de estudiar el derecho comunitario es totalmente distinta de la que tiene el estudio del derecho comparado. En primer lugar porque es necesario hacer una interpretación de nuestra normativa conforme a las directivas, como ha determinado la jurisprudencia reiterada del TJUE<sup>75</sup>. Para determinar hasta qué punto influyen en nuestro ordenamiento debemos en primer lugar ver cual es el ámbito de aplicación de cada una de las directivas.

Posteriormente habrá que examinar en concreto si en relación a la transmisión del patrimonio social, las directivas imponen una orientación concreta o dejan a los estados nacionales libertad de configuración en cuanto a los efectos de las modificaciones estructurales. Para ello, examinaremos la literalidad de las mismas y la jurisprudencia del TJUE, que ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta materia.

### ***2.2.3.1 Ámbito de aplicación de las distintas directivas***

Al examinar las directivas hay que tener en cuenta las tres directivas citadas tienen unas finalidades y un ámbito de aplicación distinto.

La Directiva 2011/35 de fusiones y Directiva 1982/891 de escisiones persiguen la armonización de las regulaciones nacionales en materia de fusión y escisión, pero solo para las sociedades para las cuales la regulación está armonizada a nivel comunitario (en el caso de España las sociedades anónimas). La Directiva 2011/35 de fusiones establece la

---

<sup>75</sup> El principio de interpretación conforme está consagrado entre otras, en la famosa sentencia Marleasing. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.11.1990, asunto n<sup>o</sup> C-106/89, Rec. I, 4135 y ss

necesidad de regular la fusión tanto por absorción como por creación de nuevas sociedades en el artículo 2. Sin embargo, la Directiva 1982/891 de escisiones no impone la regulación de la escisión sino solo establece que si el estado la regula, tiene que hacerlo conforme a esa directiva.

La Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas, y como un segundo paso dirigido a garantizar la libertad de establecimiento, regula la fusión transfronteriza, y obliga a los estados a que permitan la fusión entre todo tipo de sociedades de capital de distintas nacionalidades. Respecto de las sociedades anónimas la Directiva 2011/35 de fusiones impone la necesidad de que la legislación permita la fusión entre ellas, y la STJUE conocida como SEVIC ya estableció antes de la aprobación de la directiva de 2005 que la libertad de establecimiento obligaba a los estados a admitir una fusión transfronteriza. En relación con las demás sociedades, sin embargo, nada impide que un estado no regule la fusión de otro tipo de sociedad, y por ello el Art. 4.1.a establece que “las fusiones transfronterizas sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades, que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros de que se trate”.

En cualquier caso, como el derecho español regula la escisión y permite la fusión y la escisión entre todo tipo de sociedades mercantiles, está claro que lo que la regulación contenida en las directivas sobre sucesión universal ha de ser traspuesta por nuestro legislador.

La diferencia de ámbito de aplicación de la Directiva 2011/35 de fusiones y Directiva 1982/891 de escisiones respecto de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas a mi juicio tampoco es relevante. Dado que nuestra LME regula la cuestión de la sucesión universal sin establecer ninguna diferencia entre las distintas sociedades de capital, no parece coherente que se interprete de manera distinta la ley en cuanto se refiere a esta institución para las SA y para el resto de sociedades, aplicando solo a las primeras la interpretación conforme a las directivas. Además, dado que la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas se aplica a todas las sociedades de capital, se llegaría a la situación absurda de aplicar normas distintas a una SL según la fusión fuera transfronteriza o interna, lo que evidentemente no es la intención del legislador, pues

entre las especialidades reguladas en el capítulo correspondiente a las fusiones transfronteriza no introduce ninguna relativa a los efectos y en particular a la sucesión universal.

Por último hay que recordar que existe un caso en que la fusión está regulada no por una directiva sino directamente por un reglamento, el REGLAMENTO (CE) No 2157/2001 DEL CONSEJO de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). Este reglamento contiene unas normas básicamente idénticas a la de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas, lo que es un argumento más para entender que si las directivas se han de aplicar, habrá de ser de la misma forma para todo tipo de sociedades.

La conclusión es que a pesar del distinto ámbito de aplicación de las directivas, si de estas se deduce un concepto único de sucesión universal, la normativa española debe interpretarse de acuerdo con él tanto en el caso de las fusiones, transfronterizas o no, como en el de las escisiones.

### ***2.2.3.2 La sucesión universal en las directivas sobre fusión y escisión***

El artículo 3 de la Directiva 2011/35 de fusiones que describe la fusión por absorción dice: “Se considerará fusión por absorción la operación por la cual una o varias sociedades transfieren a otra, como consecuencia de una disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente”. Y el art. 4 de la misma relativo a la fusión por creación de nueva sociedad en términos prácticamente idénticos señala que “se considerará fusión por constitución de una nueva sociedad la operación por la que varias sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, como consecuencia de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente”.

Estas definiciones ponen de relieve la importancia que para el legislador comunitario tiene la transmisión patrimonial en bloque, pues

éste y la integración de los socios de la extinguida en la nueva sociedad son los únicos elementos recogidos en las mismas.

A diferencia del legislador español, el comunitario vuelve a referirse a la transmisión del activo y del pasivo al regular los efectos en el art. 19 de la Directiva de fusiones y concreta qué es lo que debe entenderse por tal. En concreto establece “1. La fusión produce *ipso iure* y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente”. Y en el número tres reitera el efecto de disolución sin liquidación.

Las menciones a la disolución sin liquidación y a la transmisión *ipso iure* se reproducen literalmente en la Directiva 1982/891 de escisiones en los artículos 2 (definición) y 17 (efectos de la escisión). En consecuencia, parece que las conclusiones que se saquen acerca del concepto de sucesión universal en la escisión servirán también para la escisión. En todo caso hay que tener en cuenta que la directiva, casi de tapadillo, regula también la escisión parcial. Así en Artículo 25 dice: “Cuando la legislación de un Estado miembro permita una de las operaciones mencionadas en el artículo, sin que la sociedad escindida deje de existir, los Capítulos I , II y III , con excepción de la letra c) del apartado 1 del artículo 17, serán aplicables”. La letra c se refiere a la disolución sin liquidación de la escindida, y por tanto se aplica la letra a) del mismo, cuyo contenido es idéntico al del 19.1.a) antes transcrito.

Eso significa que la directiva entiende que el sistema de transmisión universal se aplica de la misma forma a la fusión que a la escisión, sea parcial o total, admitiendo que es por tanto independiente de que vaya acompañada de la extinción de la sociedad. Esto es así sin perjuicio de la especialidad de la fragmentación patrimonial que la directiva también reconoce en el segundo inciso del 17.1-a que establece: “esta transmisión se efectuará por partes conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión o en el apartado 3 del artículo 3”.

La cuestión de las especialidades que implica la escisión se estudia en el apartado 2.5 de este trabajo, pero como vemos las directivas, como nuestra LME, no establecen diferencias en torno a aplicación a la sucesión universal.

La Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas en las letras a, b y c del artículo 2.2 recoge para la fusión por absorción, por creación de nueva sociedad, y para la cesión global de activo y pasivo al socio único el efecto de la transmisión “la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo” como consecuencia de la disolución sin liquidación. Sin embargo, es algo menos descriptiva al regular los efectos señalando tan solo como efecto en el art. 14.1.a que “la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las sociedades que se fusionen se transferirá a la nueva”. Es decir que omite las referencias a que se produce “*ipso iure* y simultáneamente” y también que se hace “tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros”.

No parece que tenga mucho sentido que se regulen de manera distinta los efectos de la fusión transfronteriza que los de la nacional, por lo que entendemos que se ha de hacer una interpretación armonizadora de ambos preceptos salvo en los puntos en que claramente se haya querido establecer una diferencia. Y en este ámbito de los efectos transmisivos de la fusión no parece existir una voluntad clara de diferenciar, ni tampoco se alcanza a ver una razón para esa diferencia. Esa es la opinión del abogado general en su informe en la sentencia (sala quinta) del TJUE de 5 de marzo de 2015, as. 3-343/13 Modelo Continente Hipermercados SA Y Autoridad para as Condições de TRABALHO – Centro Local do Lis (CT) que después se estudia en detalle. En la nota 7 señala: “En mi opinión, la omisión de la expresión *ipso iure* no debe llevar a una interpretación distinta a la de la Directiva 2011/35. También en el caso de las sociedades de capital, la fusión lleva aparejada de pleno derecho la transmisión de todo el patrimonio activo y pasivo, sin más condiciones que las previstas en la Directiva 2005/56”. Cabría añadir que el reglamento 2157/2001 también se refiere a que el efecto es *ipso iure* y simultáneo para el caso de las

fusiones que dan lugar a la creación de una SE, que normalmente serán transfronterizas. Además de esa referencia concreta, tanto el informe en su conjunto como la sentencia dan por sentado que el concepto de pasivo (que es lo que en concreto se discute) como de transmisión universal ha de ser el mismo en las dos directivas. De hecho, una de las razones que da el abogado general para considerar que la directiva impone una interpretación única del concepto de pasivo que se transmite es que de otro modo se podría crear un conflicto en las sucesiones transfronterizas.

La conclusión es que el concepto de sucesión universal y sus caracteres serán los mismos tanto para las fusiones (transfronterizas o no) como para la escisión (incluida la parcial) y para la cesión global del activo y del pasivo.

#### *2.2.3.3 La aplicación de las directivas a la transmisión universal: la STJUE de 5 de marzo de 2015*

Ya hemos visto, por una parte que las directivas han de aplicarse a todas las sociedades de capital, y para todas las modificaciones estructurales que estudiamos. También hemos visto que todas ellas contemplan el efecto de transmisión patrimonial, y que a pesar de pequeñas divergencias en la redacción parece que la interpretación de todas ellas ha de ser única.

Lo que se plantea ahora es si esa escueta regulación implica un concepto unívoco de la sucesión o si esta corresponde definirla a cada legislación nacional.

La sentencia (sala quinta) del TJUE de 5 de marzo de 2015, as. 3-343/13 Modelo Continente Hipermercados SA Y Autoridad para as Condições de TRABALHO – Centro Local do Lis (CT) (en adelante STJUE 3-343/13) ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el ámbito objetivo de la sucesión universal. Se trata de un caso en que antes del inicio del proceso de absorción las autoridades portuguesas realizan una inspección laboral, que se notifica a la sociedad absorbida, pero en el momento en que se impone la sanción derivada de ese procedimiento ya se había

inscrito la fusión, y la autoridad impone la sanción a la sociedad absorbente. Esta última se opone a la imposición de la multa porque considera que es contrario al Art. 19 de la directiva y porque perjudicaría a los socios y acreedores de la absorbente, que desconocían esa situación al tiempo de hacer la valoración de las sociedades.

Más adelante se estudiará la transmisión de las responsabilidades civiles, penales y sancionatorias. Lo que interesa en este epígrafe únicamente es ver hasta qué punto las directivas afectan al ámbito objetivo de la sucesión universal. Es decir si los estados son libres de dar una mayor o menor amplitud al concepto de “transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo” o este viene determinado por las directivas (y en consecuencia por la interpretación de las mismas que haga el TJUE).

El tribunal portugués plantea cuatro cuestiones prejudiciales, de las que el TJUE rechaza la cuarta por referirse a una cuestión de derecho interno<sup>76</sup>, y refunde las tres primeras en la siguiente: “si el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que una «fusión por absorción», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante una resolución firme posterior a dicha fusión”.

Lo que el tribunal portugués preguntaba realmente era si la interpretación que había hecho de la norma portuguesa en el sentido de permitir esa transmisión era contraria a las directivas. El estado austriaco

---

<sup>76</sup> Concretamente la cuestión es: “¿Constituye la anterior interpretación una violación del principio de que no pueden existir infracciones laborales sin que la entidad absorbente haya incurrido en responsabilidad objetiva (atenuada) o en responsabilidad por culpa?” Es efectivamente una cuestión de derecho interno pero también quizás la más interesante de todas. Se trata de dilucidar si la norma de fusiones puede imponerse a un principio general de la normativa estatal, cuestión que ya se suscitó en relación a la autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales. En realidad la pregunta no está bien planteada. La respuesta en principio sería que la normativa de modificaciones estructurales no puede ser contraria a principios generales como este, que a mi juicio es de orden público. Lo que sucede es que el tribunal parte de una concepción formalista de transmisión en la sucesión universal, sin tener en cuenta que las modificaciones estructurales no son procesos de extinción seguidos de una transmisión (como en la sucesión hereditaria), sino de integración de sociedades, por lo que la culpa no nace en la sociedad adquirente, sino que queda integrada en ella porque es la continuadora de la persona culpable.

consideraba que no se debía haber admitido la cuestión porque la directiva se limita a las relaciones de tipo patrimonial (responsabilidad civil) y no contempla la transmisión de esas responsabilidades derivadas de sanciones, dejándolas a los estados particulares. Sin embargo, el tribunal le da la vuelta a la cuestión para plantear la pregunta de si la directiva impone la transmisión de esas responsabilidades, lo que le permite llegar a conclusiones que resultan muy interesantes para el punto que estamos estudiando.

El TJUE considera que “al no contener la directiva una definición de «patrimonio activo y pasivo» ni contener ninguna remisión al Derecho de los Estados miembros por lo que respecta a esa definición, el tenor de esa disposición - como consecuencia de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad- debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, en particular, las sentencias *Fish Legal* y *Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, apartado 42, y *Deckmyn* y *Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartado 14)”.

Esto es extraordinariamente importante porque implica que no solo ese concepto de patrimonio sino otros contenidos en el art. 19 de la Directiva 2011/35 de fusiones (habrán de ser objeto de esa interpretación uniforme, a la luz de la finalidad de la Directiva. Entiendo que todas las demás cuestiones como el concepto de universal, o el efecto *ipso iure* o frente a terceros de la transmisión, habrán de ser objeto de una interpretación única. Esta necesidad de unidad se puede deducir también de otras normas, *a sensu contrario*. Por ejemplo, en los considerandos 9, 10 y 11 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas, se dejan a salvo las normativas especiales relativas al derecho de la competencia, regulación de las entidades financieras y normas sobre domicilio y sede efectiva de las sociedades. De esto se deduce que las demás normas nacionales no deben incidir sobre la uniformidad de la fusión. Del mismo modo, el propio art. 19 Directiva 2011/35 de fusiones y el 14 Directiva

2005/56 de fusiones transfronterizas dejan a salvo la regulación de las formalidades de la transmisión de cada país, por lo que fuera de estas cuestiones parece que no cabe establecer particularidades nacionales ni restricciones a la sucesión universal.

La conclusión de este estudio de las directivas y sus efectos es que para estudiar el ámbito, efectos y funcionamiento de la sucesión universal en las modificaciones estructurales, tendremos que tener en cuenta ese concepto unitario al que hace referencia el TJUE. Por ello no vamos a tratar de manera aislada el contenido de las directivas sino que en relación a cada punto iremos haciendo referencia a los artículos ya vistos y en su caso a la interpretación del TJUE.

### ***2.3 Extensión y límites de la sucesión universal. Estudio general***

Como hemos visto, la regulación de la sucesión universal tanto en nuestro derecho como en el derecho comunitario es bastante reducida, contrastando la escasa regulación de los efectos de las modificaciones estructurales frente la cantidad de artículos dedicados al procedimiento interno. Sin embargo, un examen de la jurisprudencia nacional y extranjera demuestra que son muchos más los litigios planteados en relación a los efectos de la fusión que respecto del cumplimiento del procedimiento o de cuestiones aparentemente más relevantes como el cálculo de tipo de canje.

Antes de entrar en el examen de los problemas relativos a transmisiones de bienes, derechos y contratos concretos, debemos tratar de comprender cual es el sentido general de la sucesión universal a la que se refiere nuestra ley, pues solo eso nos permitirá resolver los casos puntuales.

### **2.3.1 El objeto de la sucesión: el patrimonio de la sociedad.**

Desde el punto de vista del objeto de la norma, el concepto clave es el de patrimonio como se deduce de la normativa examinada. Por una parte el artículo 22 LME que da el concepto general de fusión habla de transmisión de “patrimonios”, y el artículo 23. 1 (relativo a la fusión por creación de nueva sociedad) de transmisión de patrimonio, equiparando este a “derechos y obligaciones” de la sociedad. En el 23.2 (que define la fusión por absorción) se habla solo de transmisión y de sucesión universal en el patrimonio. Está claro que no hay una intención de distinguir entre ambos tipos de fusión y por tanto que el legislador en ambos casos entiende que hay una equivalencia entre patrimonio y conjunto de derechos y obligaciones.

En consecuencia, es evidente que la transmisión se extiende a todos los bienes y también a los créditos y a las obligaciones. Llama la atención la ausencia de toda referencia a los contratos, tanto en la legislación nacional como comunitaria y comparada - excepción hecha de la de EE.UU-, cuestión que tendremos ocasión de examinar con más detalle en el apartado 2.4.6 de este estudio, aunque podemos adelantar que las relaciones contractuales se incluyen con carácter general dentro del concepto de patrimonio.

La STJUE 3-343/13 ya citada se plantea justamente la cuestión que debe incluirse en el patrimonio de la sociedad, pues para determinar si la sociedad absorbente ha de considerarse responsable de una multa por una infracción laboral impuesta tras la fusión en virtud de un procedimiento iniciado antes de la misma contra la absorbida, el tribunal centra el problema en “si debe considerarse que la responsabilidad por infracciones de una sociedad...forma parte del patrimonio pasivo de esa misma sociedad” (punto 24 de la sentencia) .

Como veremos en el punto 2.4.5.2 llega a la conclusión de que sí se incluyen, pero lo que aquí interesa es ver si de la argumentación del

tribunal se pueden sacar conclusiones generales sobre lo que se incluye en la sucesión universal.

La sentencia en primer lugar señala que si la multa hubiese sido impuesta antes de la fecha de efectividad de la fusión no cabría ninguna duda de la inclusión en el pasivo, cosa por otra parte evidente. Pero no resuelve la cuestión en la forma anunciada, es decir determinando que la multa no impuesta puede considerarse pasivo, sino que concluye que la absorbente es responsable con otros argumentos. En primer lugar, dice (punto 29) que si no se admitiera la transmisión, la responsabilidad se extinguiría, y que “como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, esa extinción contradice la propia naturaleza de una fusión por absorción, como se define en el artículo 3, apartado 1” de la Directiva de fusiones. Lo curioso es que el tribunal no dice porque es contrario a esa naturaleza; y más curioso aún es que en ese punto 61 el abogado general ni siquiera habla de la naturaleza de la fusión. Lo que dice es que la fusión supone que la resultante adquiere “la sociedad absorbida en su integridad, incluido su pasado”, y que “la «*disolución sin liquidación*» de las sociedades que se fusionan... supone la transmisión de la sociedad absorbida en su conjunto”. Esto es extraordinariamente interesante pues conecta con cuestiones que hemos ido anunciando. La referencia a la adquisición de la sociedad y su pasado implica una idea de subrogación, semejante a la idea de sucesión *in locum defuncti* (*extincti* en este caso). Esta idea de adquisición de la sociedad en su integridad se puede relacionar también con la naturaleza modificativa o integradora de la fusión, pues parece que más que desaparecer la sociedad se integra dentro de la nueva sociedad.

En la argumentación que sigue el tribunal dice que la finalidad de la transmisión es la protección de terceros, y que entre estos terceros debe incluirse al Estado con su derecho a hacer efectiva la multa, aunque se hubiera impuesto con posterioridad. Añade que de otra forma, la fusión sería una forma de liberarse de responsabilidades.

Por tanto, aunque anuncia una discusión sobre la naturaleza de pasivo de la responsabilidad por una sanción aún no impuesta, la

solución va por una vía distinta. Parece que lo que importa realmente es que la disolución sin liquidación de una sociedad implica que todas las relaciones jurídicas han de pasar a la sociedad resultante. En ese sentido el tribunal parece entender que la sucesión universal cumple una finalidad semejante a la sucesión universal mortis causa, evitando que tras la extinción de la persona se extingan las deudas o responsabilidades de la extinguida, y que en cuanto a la transmisión del pasivo la sucesión universal tiene una finalidad de protección de los terceros. La consecuencia práctica en cuanto al objeto de la transmisión es que se ha de entender de la forma más amplia posible.

En cualquier caso lo que parece deducirse de la sentencia es que el concepto de patrimonio no es suficiente para determinar con precisión los efectos de la sucesión universal en la fusión. Efectivamente es posible que por la vía exclusivamente patrimonial probablemente la solución hubiera debido ser distinta, pues si a diferencia de la responsabilidad civil, que nace con el daño, la derivada de la sanción nace cuando esta se impone, y por tanto no se encontraba en el patrimonio de la absorbida. Por ello el tribunal termina apoyándose en la naturaleza de la fusión y el abogado general habla de que se adquiere “la sociedad” y no el patrimonio de la misma. Esto, como decía, se acerca a la teoría modificativa italiana y coloca a este mecanismo más cerca de la subrogación que de la transmisión. La idea es que las relaciones jurídicas se han integrado en la adquirente que se coloca en la misma posición de la anterior. Es a esto a lo que se refiere el tribunal cuando habla de la naturaleza de de la fusión: renuncia a entrar en las disquisiciones sobre el momento de nacimiento de la responsabilidad sancionatoria porque en cualquier caso la fusión exige por naturaleza esa colocación en el lugar de la anterior a todos los efectos. Esto en este caso se aplica a lo que perjudica a la sociedad y se aduce la protección de terceros. Pero el efecto de esa naturaleza de la fusión se debe proyectar en general, de manera que las relaciones no se alteren, ni a favor ni en contra de las sociedades por efecto de la fusión. Como iremos viendo después, la naturaleza de la

fusión implica que ha de ser neutral en las relaciones de las sociedades, siempre que eso sea posible.

La sentencia también revela que las soluciones a los problemas de la transmisión no van a venir solo tanto por la determinación del ámbito objetivo (el concepto de patrimonio o de activo y pasivo) como por la mejor comprensión del fenómeno de la sucesión. Es decir que no se trata tanto de determinar qué se transfiere sino cómo se transfiere, pues esto condiciona el contenido de esa transmisión. La referencia a la naturaleza de la fusión como criterio para determinar los efectos de la sucesión universal es a mi juicio totalmente acertada. Es la finalidad de la regulación de las modificaciones estructurales en combinación con la defensa de los intereses de los implicados lo que en cada caso ha de definir el ámbito y el funcionamiento de la sucesión. Por eso, igual que el TJUE rechaza quedarse en el análisis formal del concepto de patrimonio (aunque plantea así el problema inicialmente), no tendrá sentido interpretar en un sentido estricto la existencia de transmisión a la hora de examinar las consecuencias de la sucesión universal.

Una cuestión interesante, y que se plantea también en la sentencia citada, es si la falta de reflejo de elementos patrimoniales en la contabilidad elaborada con ocasión de la fusión puede afectar al contenido de la transmisión. La sociedad resultante de la fusión argumenta que dado que esa deuda no figuraba en la contabilidad y era desconocida por los socios y acreedores de la absorbente, admitir esa responsabilidad sería contrario a sus derechos. Por ejemplo, un acreedor puede no haber hecho uso de su derecho de oposición confiando en la aparente solvencia derivada de ese balance que no incluía la deuda, o el tipo de canje puede resultar erróneo como consecuencia de la aparición de deudas desconocidas. Sin embargo, el informe del abogado general y posteriormente la sentencia rechazan estos argumentos. Señalan por una parte que el aspecto contable no influye en lo que se transmite, pues de otra forma quedarían desprotegidos los derechos de los terceros, señalando el punto 59 del informe que “En caso contrario, la fusión constituiría una causa de extinción de obligaciones y podría incluso

realizarse exclusivamente con ese fin”<sup>77</sup>. La consecuencia de estas conclusiones es que la contabilidad de las sociedades tiene un mero carácter informativo en la fusión y no limita los efectos de la sucesión universal. Esto es absolutamente lógico, pues la contabilidad nunca se impone a la realidad jurídica y económica sino que trata de reflejarla fielmente. Por supuesto los errores o los desfases temporales entre la contabilidad y la realidad nunca pueden afectar a la realidad patrimonial.

Pero este examen de la contabilidad nos puede llevar a conclusiones algo más generales. En este sentido es muy interesante lo señalado en el punto 34 de la citada STJUE: “Por otro lado, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad.” Lo que se deduce en general de esta norma es que las sociedades participantes en una fusión no pueden atacar la misma como consecuencia de una falta de información sobre la verdadera situación

---

<sup>77</sup> “En el informe del abogado general se dice literalmente: “56. En sus observaciones escritas, la Comisión sostiene la tesis según la cual la deuda controvertida en el litigio principal formaba parte del pasivo de la sociedad absorbente en el sentido de la Directiva 78/660, si bien debía dotar una provisión al respecto en sus cuentas anuales... 57. Sin embargo, en la vista, la Comisión adujo que las normas aplicables a la formulación de las cuentas anuales no eran pertinentes en el presente asunto. Estoy de acuerdo con esta última tesis porque, en caso contrario, una deuda cuya existencia haya sido constatada por primera vez por el acreedor después de la formulación de las cuentas utilizadas para la fusión no podría transmitirse a la sociedad absorbente, ya que las cuentas anuales únicamente pueden reflejar deudas previsibles y cuantificables. 58. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que una deuda *in statu nascendi* no esté comprendida en el concepto de pasivo en el sentido de la Directiva 78/660 y, por consiguiente, no figure en el balance que acompaña al proyecto de fusión no basta para excluirla del concepto de patrimonio pasivo a efectos de la Directiva 2011/35.” Visto el 27 octubre 2015 en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159505&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=259820>

patrimonial de las otras, incluso en caso de dolo. Las leyes establecen la obligación de elaboración de una serie de documentos, pero las sociedades pueden exigir otros, y al final la responsabilidad del examen de la situación real es exclusivamente suya. Esto ha de aplicarse a todas las sociedades, no solo a la absorbente, y aunque la sentencia solo habla de los socios, parece que se extiende a los acreedores por lo visto anteriormente. Tampoco estos podrán alegar errores en la contabilidad para impugnar la fusión o limitar sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores por esos errores. El tribunal señala que las obligaciones de buena fe obligarían a poner en conocimiento estas contingencias, pero que la falta de conocimiento no puede afectar a los terceros.

### **2.3.2 El sistema de transmisión: la sucesión universal**

#### ***2.3.2.1 Las posturas que niegan la transmisión***

Ya hemos visto que las teorías modificativas partían de negar el carácter extintivo del fenómeno de la fusión. Si el contrato social no se extinguía sino que se modificaba o se integraba, no tenía ningún sentido hablar de transmisión, sino de integración patrimonial, ni por tanto se debían aplicar las normas de la transmisión de bienes (ni las de la transmisión inter vivos ni tampoco las de la transmisión mortis causa). Pero en realidad esto no dejaba de ser una visión parcial del fenómeno, pues nuestro sistema jurídico se basa en la atribución de la personalidad jurídica como centro de imputación de derechos y obligaciones, y el efecto de la fusión es la desaparición de una de esas personas, por lo que se produce, indefectiblemente, un cambio de titularidad que en nuestro derecho se comprende dentro de un término amplio de transmisión. Además, ese es precisamente el término que utiliza la ley las directivas. La versión inglesa de las directivas también utiliza el término “transfer”. Es

cierto que como hemos visto se trata de evitar ese término en gran parte de la normativa de EE.UU., pero esto se debe a una particularidad de ese sistema que estudiaremos en relación con los contratos: como estos son en principio libremente transmisibles, la mayoría de ellos contienen “*anti-transfer clauses*” o cláusulas que prohíben la transmisión. La necesidad de que no se apliquen esas cláusulas a las modificaciones estructurales es lo que provoca el rechazo del término transfer. Entiendo que eso no es relevante. La terminología no tiene que llevarnos a soluciones automáticas. El que reconozcamos que existe transmisión no tiene porqué llevar a la aplicación de las normas generales sobre transmisión de derechos y obligaciones, porque nos encontramos ante una transmisión particular.

### ***2.3.2.2 Las características de la sucesión universal como sistema especial de transmisión***

La razón principal de la adopción de las teorías modificativas es evitar que se apliquen las normas generales de la transmisión. Así las sentencias en las que los tribunales italianos han acogido esta postura<sup>78</sup> la utilizan para evitar el cumplimiento de requisitos formales de la transmisión. Esto a mi juicio no es necesario pues justamente la legislación acude a la institución universal es porque en él el cambio de titularidad se realiza de forma distinta que en las transmisiones inter vivos. Lo característico de la sucesión universal en el sistema romano es que la transmisión se produce “*uno actu*”, es decir de un solo golpe y por un solo título, y que el sucesor se colocaba “*in locum defuncti*”, en el lugar del fallecido. Como se vio esto no significa tanto que se transmitan todas las relaciones, como que las que son transmisibles continúan sin modificación.

En la jurisprudencia italiana se ha subrayado el efecto subrogatorio, y también la semejanza con la sucesión universal mortis

---

<sup>78</sup> Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599. Citada por Mantonvani. Cit. Pag. 49

causa<sup>79</sup>. Eso es lo que sin duda pretende también nuestro legislador al remitir a la sucesión universal, aunque cabe plantearse si es acertada la fórmula legal. Si de lo que se trata es de que la sucesión universal al mismo tiempo simplifique la transmisión y garantice la seguridad de las relaciones jurídicas, quizás lo lógico es que la ley hablara directamente de la sustitución de la transmitente por la adquirente en todas las relaciones jurídicas. La referencia a la transmisión en bloque de los derechos y las obligaciones quizás sea poco expresivo y requiera una extensión de su ámbito, como iremos viendo. En su comentario a la STJUE 3-343/13, ARENAS señala que “la directiva no ha optado por establecer una regla que prescribiera la sustitución de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente sino que ha preferido canalizar los efectos de la fusión mediante la previsión de la extinción de la sociedad absorbida y la transmisión de su patrimonio a la absorbente” <sup>80</sup>. A la vista de la propia sentencia, no está claro que esta sea la interpretación correcta, pues como se ha visto el informe del abogado general hace referencia a la subrogación, y la sentencia misma dice que la no transmisión de una responsabilidad sería contraria a la naturaleza de la fusión, resaltando que lo decisivo es ese fenómeno de subrogación o sustitución.

La misma preocupación que inspira las teorías modificativas ha llevado a la evolución terminológica de determinados ordenamientos. Se trata de clarificar la naturaleza del fenómeno transmisivo, para alejarlo de los términos que se refieren a la transmisión ordinaria. En Italia mucho se ha escrito sobre la sustitución que tuvo lugar con la reforma de 2003, el término "trasferimento" (transmisión o cesión) por "assegnazione" en el Art. 2506 del Código Civil, que regula las formas de escisión. Aunque Mantovani en general cree que no hay que otorgar a esos cambios un carácter sustancial <sup>81</sup>, la jurisprudencia ha tenido en cuenta estas modificaciones para denegar la aplicación de las reglas generales de la

---

<sup>79</sup> Cass., sez. unite, 28 luglio 1986, n. 4812, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1275. <sup>116</sup> Cass., 2 aprile 2002, n. 4679 . citadas por Manotvani, pag. 50. «la società risultante dalla fusione subentra alle società che si sono estinte, quale successione a titolo universale [...]» «corrispondente alla successione *mortis causa*»<sup>116</sup>.

<sup>80</sup> ARENAS. Cit. Pag. 5

<sup>81</sup> MANTOVANI. Cit. Pag. 87-98

transmisión. En la legislación de EE.UU., se vio que la MBCA habla de que los derechos y obligaciones quedan atribuidos (“vested”) y no transmitidos, y en la ley de Delaware se habla de que esos derechos corresponderán a la adquirente. Los comentarios oficiales de estas normas, como vimos, tratan de aclarar que se trata de evitar que la sucesión derivada de la fusión se considere como transmisión a los efectos de las prohibiciones de transmisión de los contratos. También la jurisprudencia ha dado relevancia a esa terminología en algunos casos (TXO), si bien no ha sido siempre consistente, llegando a conclusiones contrarias en otros casos (PPG), como se estudia más adelante.

Creo que el uso de una u otra palabra no es esencial y que es del conjunto del sistema de donde hay que sacar conclusiones respecto del funcionamiento de la institución. Las diferencias terminológicas no significan que en esas legislaciones haya que atribuir un sentido distinto a la sucesión universal que en aquellas en que se habla de transmisión. Esto queda claro en el párrafo 14 de la exposición de motivos de la reforma de la normativa italiana, que señala que se hace con “el fin de aclarar, como lo reconoce la jurisprudencia, que en el caso de la división que no se aplican las reglas propias de las transferencias de activos individuales”. Es decir, que con el cambio de términos no se modifica el sistema anterior, sino que se aclara. Por tanto, no se trata de que no exista una transmisión sino de subrayar que a pesar de ser una transmisión voluntaria, y de que probablemente no pueda denominarse propiamente como transmisión *mortis causa*, no se aplican las normas de las transmisiones individuales.

Por ello la referencia a la sucesión universal (en la ley en nuestro caso, doctrinal y jurisprudencial en otros países), es esencial para comprender el funcionamiento de la transmisión y por eso se han examinado las características de la sucesión hereditaria en la parte anterior. Lo esencial del sistema es que el sucesor se coloca en la posición del transmitente, lo que implica que no se modifican las relaciones ni se tienen que aplicar las previsiones de las transmisiones particulares. Veamos como las normas legales y las directivas permiten confirmar el

concepto y concretar los caracteres del funcionamiento de esta transmisión.

### ***2.3.2.2.1 El carácter ex lege y excepcional de la sucesión: ¿Interpretación estricta?***

En la parte introductoria vimos como una de las características esenciales de la regulación de las modificaciones estructurales es su carácter tasado por ley. La razón fundamental de ese requisito es que el procedimiento supone una simplificación de los requisitos internos de toma de decisión, y externos de circulación de bienes y derechos –esto último a través de la sucesión universal-. Por tanto, solo en las modificaciones estructurales reguladas en la ley se puede producir la sucesión universal (aunque también vimos que no es necesaria en la transformación ni en el traslado internacional del domicilio social). Para que tenga lugar en las mismas es necesaria la expresa previsión legal, que en nuestro derecho solo se da en los casos de fusión, escisión y cesión global.

Este carácter legal y excepcional de la regulación de las modificaciones estructurales y en concreto de la aplicación de la sucesión universal plantea el problema de si ha de llevar a una interpretación estricta de la misma.

El carácter excepcional sí debe llevar a la interpretación estricta de la aplicación de la sucesión universal en cuanto a las modificaciones estructurales a las que es aplicable, en la línea de lo determinado por las resoluciones de la DGRN de 1994 antes citadas. Esta cuestión se planteó también en relación con la sucesión universal en la cesión global antes de la LME, pronunciándose la mayoría de la doctrina en contra de la aplicación analógica de la sucesión universal, incluso en ese caso en que la norma hablaba de cesión global de activo y pasivo<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> CAMACHO DE LOS RIOS, J. 2002. Pag. 52. En el mismo sentido cita a VICENT CHULIA, MUÑOZ PEREZ Y VAÑO VAÑO, y en contra a DE LA CAMARA.

Sin embargo, en ningún caso se debe sostener una interpretación estricta del mecanismo de la sucesión universal que limite los efectos de la misma en los casos en que sí se reconoce. Al contrario, dentro de su ámbito propio debe jugar con toda la amplitud por varios motivos.

En primer lugar, porque la finalidad de la regulación no es posibilitar determinadas operaciones, que ya eran posibles a través de otros procedimientos, sino facilitarlas<sup>83</sup>. Ese ha sido el sentido de la evolución de su regulación, y el objetivo de la regulación de la Unión Europea sobre la materia tanto en el aspecto mercantil, (3ª y 6ª Directivas de Sociedades), como en el fiscal (Directiva 90/343/CEE sobre tratamiento fiscal de estas operaciones). El instrumento más importante de facilitación de las operaciones es justamente la sucesión universal (y la neutralidad fiscal, obviamente, pero ya fuera del ámbito mercantil y patrimonial). Si esta se interpreta restrictivamente se está yendo contra el espíritu de toda la regulación y contra la utilidad de la normativ.

Pero es que además como hemos visto en este caso la finalidad de la sucesión universal no es solo - como en a sucesión hereditaria- la seguridad jurídica y la protección de los terceros, sino garantizar la continuidad de la empresa. Por tanto, lo que se debe perseguir no es solo la transmisión de las relaciones jurídicas sino que se mantenga la unidad de las mismas, lo que en determinados casos implicará que el ámbito de de esta sucesión universal deba ser más amplio incluso que en la sucesión universal ordinaria. Esto no es óbice para que se establezcan requisitos que no se aplican en esta última por su naturaleza de sucesión universal de origen voluntario.

#### **2.3.2.2.2 El carácter *ipso iure* y simultáneo con los demás efectos de la fusión**

El carácter *ex lege* va íntimamente unido a otra característica de la sucesión universal, que es su carácter automático o *ipso iure*. La sucesión

---

<sup>83</sup> Conde Tejon. 2004 Pag. 320.

universal solo se produce cuando lo reconoce la ley, pero en ese caso se produce automáticamente y por efecto de la misma.

La LME no lo declara así expresamente, pero se deduce de la dicción de los artículos que definen la fusión y la escisión (Art. 22, 69 y 70) y también del art. 46 LME que habla de que los efectos de la fusión se producen con la inscripción.

La Directiva 2011/35 de fusiones sí hace expresa referencia a que los efectos de la fusión se producen *ipso iure* y simultáneamente en su Art. 19<sup>84</sup>. Teniendo en cuenta que la STJUE 3-343/13<sup>85</sup> establece que el concepto de transmisión universal ha de ser único en todas las legislaciones sujetas a la directiva e informar por tanto su interpretación, no cabe duda que ésta es la única forma de interpretar la nuestra. Hay que destacar que si bien el art. 17 de la Directiva 2011/35 de fusiones deja a los estados la fijación de la fecha de efectos, los efectos en sí mismos tendrán que ser los del art. 19 y no otros.

Pero, ¿Cuáles son las consecuencias de ese efecto *ipso iure*?

Literalmente la expresión significa “por virtud del derecho” o “de pleno derecho”, es decir que es un efecto automático que la ley impone en un determinado supuesto, que aquí será la realización de la modificación estructural conforme a lo previsto en la ley.

En el caso de las modificaciones estructurales eso supone que para la sucesión universal no es necesario que se realice una solicitud ni declaración específica en ese sentido, ni que quede supeditado a ninguna autorización. Esto no significa que en determinados casos no se exijan autorizaciones para la fusión, pero en principio estas tendrán que ser obtenidas previamente a la ejecución final de la fusión, y en ningún caso pueden afectar a algunos de los efectos de la fusión y no a otros pues han de producirse todos simultáneamente.

La razón de este funcionamiento es la seguridad jurídica del sistema, que las directivas tratan de salvaguardar. Dada la trascendencia de las

---

<sup>84</sup> Ya vimos que el informe del abogado general dice que lo mismo ha de predicarse en relación con la fusión transfronteriza.

<sup>85</sup> Los conceptos que la directiva no define y respecto de los que no remite a una legislación nacional han de ser objeto de una interpretación uniforme, es decir que el sentido en que los entienda la directiva es el único en que pueden ser admitidos en las legislaciones nacionales. Punto 27 de la sentencia.

modificaciones estructurales, el legislador comunitario quiere que una vez realizadas sean firmes y sus efectos se produzcan de manera automática, total e irreversible, ya que la rescisión o nulidad de las mismas plantea problemas de difícil solución. Esto se refleja por una parte en la exigencia en las directivas de la necesidad de que una autoridad nacional controle la correcta ejecución de todo el proceso <sup>86</sup>, y en la restricción de las posibilidades de impugnación una vez realizada la modificación estructural (Art. 22 Directiva 2011/35 de fusiones) , negando totalmente la posibilidad de la misma en el caso de la fusión transfronteriza<sup>87</sup>.

Por tanto, el efecto ipso iure y simultáneo debería excluir las restricciones a la transmisión universal posteriores a la fusión. Esto es necesario para evitar la incertidumbre pues nos podríamos encontrar con relaciones jurídicas cuya transmisión se discute, mientras que la sociedad a la que pertenecían ha desaparecido de la vida jurídica y además no se la puede “resucitar” mediante la nulidad de la operación.

### ***2.3.2.2.3 El efecto erga omnes de la sucesión universal: la no aplicación de las reglas de la transmisión particular sus consecuencias***

Nuestra ley nada dice más allá de la transmisión “por sucesión universal”, pero este efecto puede quizás concretarse si lo interpretamos a la luz de la Directiva 2011/35 de fusiones que precisa que el efecto es tanto entre la sociedad absorbida y absorbente como con respecto a terceros.

Esto significa que el efecto subrogatorio de la sucesión universal se produce entre causante y causahabiente, pero también respecto de

---

<sup>86</sup> Es interesante señalar que el art. 16 Directiva 2011/35 de fusiones exige que haya una autoridad de control, que en defecto de señalamiento expreso será el notario, pues exige escritura pública si no hay otra autoridad designada. En la fusión transfronteriza se establece un sistema de control sucesivo en el país de origen y en el país de la absorbente o resultante (arts. 11 y 13 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas).

<sup>87</sup> Artículo 17 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas dice: “. Validez. No podrá declararse la nulidad de una fusión transfronteriza que se realice de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.”

tercero, lo que es esencial para la eficacia del procedimiento. Hay que recordar que esto procede directamente de la sucesión hereditaria y es fundamental para la utilidad del sistema. Si no es necesaria la liquidación del patrimonio es justamente porque los acreedores no pueden objetar a esta transmisión como se deduce de los artículos 1082 y siguientes del CC, pero también porque afecta a los demás contratantes, como se deduce del Art. 1257 CC. Lo característico de la sucesión universal sería por tanto que no se aplican las normas generales de la transmisión particular. Sin embargo este carácter no es del todo pacífico. Algunos autores niegan este efecto, limitando el efecto de la sucesión universal a la existencia de un único título, que no exime de la necesidad del consentimiento de terceros o de otros requisitos<sup>88</sup>. Sin embargo, una interpretación teleológica de la norma obliga a no restringir ese efecto pues la limitación de los efectos de la sucesión universal al título hace prácticamente imposible la fusión. La interpretación sistemática también avala los efectos que defiende: de otra forma no tendrían sentido los requisitos exigidos en la fusión, y muy especialmente el derecho de oposición. La interpretación conforme a las directivas nos lleva a la misma conclusión, e impide admitir las tesis intermedias que aceptan la transmisión pero exigen los requisitos para la producción de efectos frente a terceros, pues estos efectos están expresamente reconocidos en las directivas de fusiones y en la relativa a escisión.

#### **2.3.2.2.3.1 La no necesidad del consentimiento de terceros**

La primera consecuencia de la combinación del efecto ipso iure de la sucesión universal con el del efecto “frente a terceros” sería que la transmisión no puede quedar supeditada al consentimiento de un tercero.

Que no se puede requerir el consentimiento lo confirma el punto 3 del artículo 19 que dice que los estados podrán requerir “formalidades

---

<sup>88</sup> En este sentido CERDA ALBERO y ALONSO LEDESMA esta última solo para el caso de la escisión parcial. CERDA ALBERO, F. Escisión de Sociedad Anónima. Valencia. 1993. Pag. 374. ALONSO. 2002. Pag. 4955. Y en una posición intermedia GUASCH. 1993. PAG. 98

particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados por la sociedad absorbida”. Esto, a sensu contrario, significa que no se pueden requerir otra cosa que formalidades, que en todo caso han de poder ser realizadas por la sociedad adquirente, como señala el propio artículo. Todo ello con la finalidad de evitar la paralización de la fusión pero también que la sucesión universal se produzca de una forma parcial o incompleta.

Esto no significa que los terceros no tengan derechos con ocasión de la modificación estructural. La propia directiva no solo permite sino que en determinados casos impone limitaciones a la transmisión derivadas estos derechos: en los artículos 13 a 15 se regulan los derechos de acreedores, obligacionistas y titulares de derechos especiales. En el artículo 13 se establece la obligación de que los estados prevean “un sistema de protección adecuado a los intereses de los acreedores”, pero no establece ella misma el sistema. Se limita en el punto 2 a exigir un sistema mínimo que incluya el “derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionen” lo haga necesario, y ha de garantizar que pueden dirigirse a una autoridad administrativa o judicial competente para obtenerlas.

Nada impide que los estados establezcan sistemas por encima de ese mínimo, como ha sucedido de hecho. Por tanto, el derecho de obtener una garantía suficiente puede no solo implicar el recurso a una autoridad sino la posibilidad de paralizar la fusión. Si bien en nuestro derecho actualmente se duda si el derecho de oposición hace honor a su nombre e implica esa paralización<sup>89</sup>, este sistema subsiste en prácticamente la mitad de los miembros de la Unión Europea <sup>90</sup>.

Por tanto, cabe que se prevea la posibilidad de exigir garantías con carácter previo, y en este caso que ese derecho impida que se ejecute la fusión. También es posible que la legislación permita la exigencia de

---

<sup>89</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. El derecho de oposición en las modificaciones estructurales. Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014. Diario La Ley, N° 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014, Año XXXV, LA LEY 7891/2014

<sup>90</sup> Ver el estudio *Study on the application of the cross-border mergers directive*, Lexidale, september 2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/mergers/131007\\_study-cross-border-merger-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf)

garantías tras la ejecución de la fusión, pero en ese caso en ningún caso afectarán a la validez de la misma ni a los efectos de la sucesión universal. El límite de cualquier requisito es por tanto el mantenimiento de la fusión: los acreedores y terceros en ningún caso pueden provocar la nulidad de la fusión por el ejercicio de sus derechos, como resulta del art. 47 LME, del art. 22.1.b de la Directiva 2011/35 de fusiones y del 17 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas. El primero señala que “Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley”. Por tanto, a salvo lo que diremos en relación con la posibilidad de que la infracción del derecho de oposición de lugar a la nulidad, ninguna reclamación de terceros puede conllevar la nulidad de la modificación estructural. En el mismo sentido la Directiva 2011/35 de fusiones establece que la nulidad no “podrá declararse si no es por defecto bien sea de control preventivo judicial o administrativo de legalidad, o bien de acta autenticada, o bien se estableciese que la decisión de la junta general era nula o anulable en virtud del Derecho nacional”; es decir que tiene que ser un defecto del procedimiento y nunca una reclamación de tercero. La Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas es mucho más radical pues señala directamente que una fusión transformación ya efectiva nunca puede ser anulada. Por supuesto esas reclamaciones de terceros sí podrán dar lugar a otro tipo de efectos, como la indemnización de daños de la que habla el art. 47 LME y también, como veremos al estudiar los contratos, la alteración o incluso a la resolución de los mismos.

Pero el efecto frente a terceros implica no solo que estos no pueden impugnar la fusión y que se le impone sin su consentimiento sino que tampoco, en principio, se extingue la relación jurídica transmitida. La modificación estructural no es en sí un motivo para la resolución, pues en eso consiste el efecto transmisivo. Si entendiéramos que la relación subsiste pero puede ser resuelta por la otra parte, poco habríamos avanzado. Lo que sucede es que mientras el efecto anterior es absoluto, este puede tener alguna excepción, como veremos al tratar la transmisión de los contratos, aunque podemos adelantar que en este caso la excepción

no provendrá del cambio de titular en sí sino de las modificaciones a la relación que se produzcan como consecuencia de la misma.

#### **2.3.2.2.3.2 La no necesidad de cumplir las formalidades propias de la transmisión particular**

El citado art. 19.3 de la Directiva 2011/35 de fusiones (y el 14.3 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas con una redacción semejante) señala que el efecto de la sucesión universal se entiende “sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que requieran formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados por la sociedad absorbida”<sup>91</sup>. Del mismo entiendo que se puede deducir que la regla general es que las formalidades exigidas para la transmisión individual de activos y pasivos no se exigen en ese caso.

En realidad se podrían sacar dos conclusiones: primero, que si nada dicen las legislaciones nacionales no es necesaria ninguna formalidad; segundo, que estas no pueden imponer formalidades a la transmisión misma sino para la oponibilidad frente a terceros.

La LME nada dice sobre esta cuestión, pero parece que la lógica de la sucesión universal del derecho civil –unida a la interpretación conforme con las Directivas- debe llevar a esta conclusión: la unidad del título y el carácter *ipso iure* y frente a terceros implica que la transmisión produce efectos no solo sin el consentimiento sino también sin la notificación a terceros, ni la realización de otros mecanismos transmisivos como puede ser el modo respecto de la transmisión de la propiedad. Esto es coherente también con la existencia de una publicidad reforzada del procedimiento

---

<sup>91</sup> Respecto de estas formalidades, la Directiva 2011/35 de fusiones también se ocupa de precisar quién puede realizarlas: en todo caso la sociedad absorbente podrá realizarlas, si bien los estados podrán autorizar a que sean realizados por la absorbida, lo cual resulta extraño porque en principio se ha extinguido. La Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas sin embargo, prescinde de este último párrafo, de manera que será siempre la absorbente, lo que resulta más lógico y operativo.

de fusión, a través de publicaciones en registros públicos y medios de comunicación<sup>92</sup>.

Sin embargo, esto no deja de plantear dudas en algunos casos. La primera es si esa necesidad de formalidades se extiende a las formalidades necesarias en general para la oponibilidad frente a terceros de los derechos a que hace referencia la norma, y en particular la de inscripción en los registros. En principio las directivas parecen exigir que estas formalidades se exijan específicamente para los supuestos de modificaciones estructurales, por lo que si no se exigen podría pensarse que es que no son necesarias y que la sociedad adquirente podrá beneficiarse de todos los efectos de la inscripción, aunque figure a nombre de la extinguida. Esto sin embargo estará sometido a lo que prevea la ley en concreto<sup>93</sup> y será examinado para el caso español en el apartado 2.4.1.2 de este trabajo.

### **2.3.2.2.3.3 La no modificación de las relaciones transmitidas**

La idea de sucesión universal implica no solo que los terceros no pueden oponerse a que se produzca la transmisión, sino que con ocasión de la transmisión se mantienen inalteradas las relaciones jurídicas. Esto no está expresamente recogido en la ley pero está implícito en el concepto de sucesión, y además también es necesario para que esta sucesión universal cumpla su finalidad. Sí recoge esta inmutabilidad la normativa de EE.UU.: en el art. 11.07 de la MBCA se establece que los bienes y derechos se transmiten “*without reversion or impairment*”, es decir sin reversión ni menoscabo. Con más detalle la ley del estado de Delaware

---

<sup>92</sup> En este sentido se ha manifestado la doctrina francesa. JEANTIN. *Droit de Sociétés*, 3 ed. Montchrestien, 1994, p. 388. N° 765. Y ADAMOU ALBORTCHIRE. 2005. Pag. 21

<sup>93</sup> Esta era la cuestión que se planteaba en el caso Inglés THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ, al que antes se ha hecho referencia. En este se discutían los efectos de la falta de inscripción de una patente a favor de la absorbente. El tribunal concluyó que la redacción de la ley de patentes pretendía que cualquier tipo de cambio de titularidad, incluso las producidas por ministerio de la ley, debían inscribirse en el registro para poder ejercer los derechos derivados de la misma. Sin embargo, no llega a esa conclusión simplemente porque se había producido una transmisión sino porque había una voluntad de la ley expresa de exigir la inscripción de cualquier cambio de titularidad, que era tan omnicompreensivo que incluía las modificaciones estructurales.

dice que los bienes y derechos “serán de la sociedad resultante en la misma forma que lo eran de las extinguidas” y que “todos los derechos de los acreedores y todos los gravámenes sobre los bienes de cualquiera de dichas sociedades extinguidas se mantendrán inalterados, y todas las deudas... pueden ser reclamadas contra ella como si dichas deudas, responsabilidades y deberes hubieran sido incurridos o contratados por ella”.

Esa regla general es plenamente coherente con el principio de sucesión universal. En relación con la sucesión mortis causa vimos que el fundamento era garantizar la seguridad jurídica, lo que requiere que la relación no se modifique. En el caso de una modificación estructural, que tiene un origen voluntario, con más razón habrá que mantener la identidad de la relación, al menos en beneficio de ese tercero que no debe ver alterada su posición por una voluntad ajena.

Pero es que también existen razones para que en general no se modifiquen las relaciones en perjuicio de las sociedades participantes. En el caso de las modificaciones estructurales, a la finalidad de protección de terceros se añade el fundamento de su regulación, que es el mantenimiento de la empresa. Si de lo que se trata es de que la unidad productiva se adapte al entorno integrándose en otra empresa o separando dos unidades, es necesario que las relaciones se mantengan tal y como existían anteriormente. Por eso es más ilustrativo hablar de subrogación que de transmisión, pues se trata de colocarse en el lugar del anterior titular. Esta idea de subrogación, además de en la STJUE 3-343/13 se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 14 Ene. 2010, Rec. 2725/2003, que habla literalmente de la responsabilidad de la absorbente en un procedimiento de inspección fiscal “consecuencia de la subrogación que el proceso de fusión por absorción produce”.

No obstante, las reglas que acabamos de ver no dejan de ser la regla general, que pueden estar sujetas a excepciones. Algunas de ellas se recogen en la propia directiva, y otras en leyes especiales. Otras pueden derivar de pactos, y finalmente habrá que estudiar si hay otras que han de deducirse de los principios generales. Así lo entiende nuestra

jurisprudencia que señala en la STS de 22 Nov. 2011, (Sala Tercera LA LEY 239692/2011) que tras referirse al efecto de sucesión universal del Art. 23 LME dice que “ Esta regla responde al principio general de transmisibilidad de los derechos del artículo 1112 del Código Civil (LA LEY 1/1889) y tiene su más natural aplicación en el ámbito de las obligaciones de Derecho privado. Encuentra sus excepciones en los supuestos de derechos intransmisibles y cuando el ordenamiento jurídico somete la transmisión a unas reglas especiales”. A esos límites dedicamos la parte siguiente del trabajo.

### **2.3.3 Los límites a los efectos de la sucesión universal**

#### ***2.3.3.1 Límites al automatismo: la exigencia de formalidades***

En primer lugar, ya se ha visto que las directivas expresamente prevén que se exijan trámites o formalidades para la oponibilidad frente a terceros, por tanto no para la transmisión inter partes. El problema es qué se puede entender por formalidades. Parece claro que se puede incluir tanto la inscripción en registros –cuestión que se examinará posteriormente- como posiblemente la realización de publicaciones o notificaciones, cosa que veremos entiendo necesaria en determinados supuestos en la escisión. El límite se encontrará, en todo caso, en que los trámites o requisitos que imponga la legislación implique la sumisión de la transmisión o de sus efectos al consentimiento de un tercero o en general a una actuación que no dependa solo de la sociedad adquirente. En otro caso no tendría sentido hablar de efecto frente a terceros, ni de producción automática del efecto transmisivo.

#### ***2.3.3.2 Límites a la transmisión: los derechos y obligaciones no transmisibles***

Cuando examinamos las normas de la sucesión mortis causa vimos como no se prevé la transmisión de todas las relaciones jurídicas. El Art. 659 Cc establece que “la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”, lo que supone que por tanto existen derechos y obligaciones que se extinguen cuando se extingue la persona, pero sin que la ley especifique cuales son.

Algunas de ellas son objeto de una regulación especial (usufructo, etc...), pero en los demás supuestos la categoría de los derechos y obligaciones intransmisibles ha sido objeto de una elaboración por la jurisprudencia y por la doctrina, examinada en la parte dedicada al concepto de sucesión universal hereditaria (apartado 2.1). Recordemos que la regla general es que se presume la transmisibilidad pero no se transmiten los derechos considerados personales, carácter que se determina caso por caso. En principio esta jurisprudencia dictada para la sucesión hereditaria podría entenderse extensible a las modificaciones estructurales, pero lo cierto es que no es tan útil como podría parecer, por las diferencias entre ambas regulaciones y su ámbito de aplicación.

Algunos autores llegan a sostener que la transmisión en estos casos no está sometida a esa limitación porque la LME reconoce este efecto sin limitaciones, a diferencia de lo establecido en el art. 659<sup>94</sup>. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjeras sostiene que existen derechos y obligaciones de tipo personal que no se pueden transmitir. A mi juicio, la falta de mención a los derechos intransmisibles en la norma de la LME no revela una voluntad de diferenciarla: al contrario, la remisión al concepto general de sucesión universal debe entenderse al fenómeno en su conjunto tal y como está regulado en nuestras leyes, y por tanto con las limitaciones que la ley reconoce.

---

<sup>94</sup> MARDONES, M. División de sociedades y sucesión universal. Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 2, 2014, pp. 307 - 356 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/arto9.pdf>

Sin embargo, entendemos que lo determinado por la ley y la jurisprudencia para la sucesión hereditaria no puede trasladarse sin más a esta modalidad de sucesión universal.

En primer lugar, muchos de los derechos intransmisibles de la persona (familiares, políticos, etc...) no pueden ser ostentados por las sociedades.

En segundo lugar porque el concepto de carácter personal o *intuitu personae* sobre el que gira la intransmisibilidad en derecho sucesorio, tiene un carácter claramente distinto para las personas jurídicas, pues como ficciones del derecho difícilmente cabe hablar de cualidades “personales”. En la doctrina italiana, FERRI señala que hay que distinguir aquellos supuestos en que la no transmisión deriva de la extinción como organismo humano, que no serían asimilables, de las que derivan de la extinción de la persona como sujeto de derecho sí, que sí lo serían. En ese sentido, los contratos intransmisibles por considerarse que están relacionados con la confianza se extinguen por la muerte de la persona, pero por su desaparición como organismo, no como sujeto de derecho. Eso se pone de manifiesto porque la confianza y la relación puede desaparecer también sin desaparición de la persona, por ejemplo en caso de incapacidad de la misma. Estos casos, entiende el autor, no pueden extenderse a las personas jurídicas. Es cierto que como consecuencia de la fusión puede modificarse una cualidad personal relevante de la persona jurídica, como la solvencia, pero el autor señala que en ese caso la causa no es la fusión misma sino esa modificación, por lo que habrá que atenerse a lo previsto por las partes y en su defecto a las reglas generales de los contratos.

Pero quizás la razón más importante es la diferencia de trascendencia del fenómeno extintivo en un caso y en otro. Cuando la persona física muere, no cabe duda de que termina todo carácter personal. Sin embargo una modificación estructural puede implicar la extinción de la persona jurídica en el aspecto institucional, pero no la de la empresa en sentido funcional. Si la actividad se sigue desarrollando por las mismas personas y con la misma organización, es evidente que las cualidades personales permanecen en la sociedad adquirente. Volveremos a estas cuestiones al

tratar la posible extinción del usufructo (apartado 2.4.1.3) y la transmisión de los contratos (2.4.6.4).

### ***2.3.3.3 Límites a la no modificación de las relaciones***

Por otra parte, y a pesar de la regla general de transmisión de la posición jurídica sin modificación alguna, es evidente que no siempre es así.

Como resulta del estudio de las propias normas de fusiones y escisiones, la sucesión universal no implica una simple transmisión entre dos personas jurídicas sino que da lugar a situaciones más complejas.

Así sucede, paradigmáticamente, en el caso de la escisión. La LME y la Directiva 1982/891 de escisiones ley prevén, como examinaré en la parte dedicada a las especialidades de esta figura, la sucesión universal también en este caso. Pero al mismo tiempo la Directiva 1982/891 de escisiones admite en el Art. 12.6 que la responsabilidad por las deudas no corresponda solo a aquella a la que se han atribuido sino también a las demás beneficiarias, que es la solución adoptada por el Art. 80 LME. Aunque esto ha sido criticado por la doctrina –y utilizado por otros como argumento de la inexistencia de una verdadera sucesión universal-, no hay que verlo como un cuerpo extraño dentro del sistema de sucesión universal. Si miramos al origen de este sistema, la sucesión hereditaria, en realidad este sistema no deja de ser algo semejante al sistema de responsabilidad solidaria de los herederos que establece el Art. 1084 de nuestro código civil. El fundamento de esa responsabilidad es también sin duda el mismo: la solidaridad del art 1084, que puede parecer una garantía excesiva, tiene como razón de ser la facilidad que tendrían los herederos para defraudar a los acreedores haciendo una distribución estratégica de los bienes y las obligaciones. Este es el mismo riesgo que existen en las escisiones y que se trata de evitar aquí. La responsabilidad de la escindida por las deudas impagadas de las beneficiarias que prevé el mismo artículo también es una manifestación de esa responsabilidad solidaria de todos los beneficiarios de la sucesión universal: como en este caso la transmitente no se extingue, parece lógico que en beneficio de los

acreedores originales sea también responsable, cuestión a la que volveremos al estudiar las particularidades de la escisión.

En otros sistemas, existen otras modalizaciones al sistema de la sucesión universal. Así en el derecho alemán se establece un sistema de inoponibilidad de la confusión de patrimonios a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados o garantizados (parágrafo 25 de la *UmwG*)<sup>95</sup>. Este efecto de inoponibilidad se recoge asimismo en la legislación francesa en caso de no prestación de garantías (art. 236.14 Code de Commerce dice: “*A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier*”). Es decir, que en defecto de pago o de constitución de las garantías ordenadas, la fusión es inoponible a ese tercero<sup>96</sup>. Estas normas se limitan a evitar la confusión de patrimonios solo a ese efecto de responsabilidad y de preferencia entre acreedores anteriores de la resultante y antiguos acreedores de la extinguida. Por tanto son contrarias al fenómeno de confusión de patrimonios derivado de la sucesión, pero no impiden la transmisión ni alteran las relaciones jurídicas. De hecho, tampoco se separan del régimen de la sucesión mortis causa pues como se vio hay autores que entienden que se produce esa separación en nuestro derecho.

Estas no son las únicas limitaciones que pueden existir a la transmisión universal del patrimonio en nuestro derecho si tenemos en cuenta las que existen para las transmisiones de bienes y derechos inter vivos.

Podemos pensar en cuatro grupos de restricciones, que pueden venir impuestas por la ley o por la voluntad de las partes. En primer lugar puede preverse en la ley o el contrato que un derecho o relación se extinga por el hecho de la modificación estructural; en segundo lugar que la contraparte pueda pedir la resolución de la relación jurídica, en su caso con indemnización de daños y perjuicios; también la restricción puede

---

<sup>95</sup> En el derecho de oposición alemán el acreedor solo puede ejercitar su derecho a obtener una garantía después de inscrita la fusión y demostrando el riesgo que la misma supone para el cobro, pero esa posición aparentemente débil viene reforzada por una parte por la responsabilidad personal de los administradores por las deudas que no se puedan pagar, y por otra por esta inoponibilidad de la confusión de patrimonios frente al mismo.

<sup>96</sup> Polonia también tiene este sistema: Artículo 495y 496 CPCC .

consistir en que la contraparte pueda solicitar la modificación de esa relación jurídica; finalmente otro tipo de restricción es que un tercero pueda ejercitar derechos de adquisición como consecuencia de la transmisión.

En torno a estas limitaciones se plantea la duda de si el concepto de sucesión universal derivado de nuestro derecho interpretado a la luz de las directivas impide estas modificaciones. ¿Podemos concluir que las normas o pactos que impliquen la modificación de una relación jurídica con ocasión de la fusión son también contrarios a la directiva?

A favor de esta tesis podría argumentarse que la finalidad de las modificaciones estructurales de facilitar las reestructuraciones impone que la unidad empresarial que se transmite mantenga todos sus elementos que le permitan funcionar, y además que estos se transmitan sin modificación alguna. En este sentido parece inclinarse la tan citada STJUE 3-343/13, pues concluye que una norma de un estado que impidiera la transmisión de responsabilidades derivadas de infracciones serían contrarias a la directiva porque ha de entenderse incluida en el pasivo y ser “contraria a la naturaleza” de la fusión. Añade que en el caso de divergencia entre una y otra legislación en cuanto a los efectos se harían imposibles las fusiones transfronterizas.

No creo sin embargo que esta postura sea defendible. Como vimos al principio, no solo la propia LME sino otras leyes pueden establecer modalizaciones a este principio general, porque el concepto de sucesión universal no supone la inmutabilidad de las relaciones en todo caso. En primer lugar, porque ya en la sucesión mortis causa la ley reconoce la existencia de bienes y derechos intransmisibles o que se extinguen por la muerte de una persona. En segundo lugar, porque en algunos casos, también en caso de muerte existen limitaciones como las señaladas. En relación con los arrendamientos urbanos la muerte del arrendatario no permite siempre la subrogación del heredero (Art. 16 LAU). La ley permite también excepcionalmente el ejercicio de derechos de adquisición preferente en caso de fallecimiento, como veremos en el caso de transmisión de participaciones sociales (Art. 110 LSC).

En cuanto a la finalidad de la regulación de las modificaciones estructurales, ya hemos visto que el interés en facilitar las reestructuraciones no tiene carácter absoluto y tiene que equilibrarse con otros intereses que hay que defender. Aunque en principio esta defensa se realiza a través del procedimiento de fusión, parece lógico que determinadas relaciones especiales justifiquen que las leyes establezcan requisitos distintos, y así lo hace nuestra legislación y la de todos los países de nuestro entorno<sup>97</sup>.

Finalmente, el argumento del TJUE de que el distinto alcance del principio puede impedir las fusiones transfronterizas carece de fuerza. Como se examina en la parte correspondiente de este trabajo, las normas que han de aplicarse a la transmisión del patrimonio serán en principio las de la sociedad titular, si bien para la efectividad de las mismas será necesario que la fusión sea reconocida como forma de transmisión por la ley a la que esté sometida la concreta relación jurídica. Por tanto, ni siquiera la coincidencia de las normas de las sociedades participantes en la modificación estructural garantiza la ausencia de conflictos de leyes.

Cabría añadir que además se impone la realidad: en nuestra legislación y en todas las de nuestro entorno existen normas especiales para determinados contratos o relaciones que limitan o modulan la sucesión universal en las modificaciones estructurales.

También parece que hay que admitir la posibilidad de establecer modificaciones a la sucesión universal por pacto. Sería el caso, por ejemplo, que en un contrato u obligación se pacte que la misma se resuelva en el caso de que se produzca una modificación estructural. Entiendo que dada la libertad contractual que rige nuestro derecho de contratos (art. 1255 CC) las partes pueden prever la modificación de las mismas en distintas circunstancias, y también en el caso de modificaciones estructurales. El principio de sucesión universal no puede alcanzar la categoría de norma orden público que impediría la aplicación

---

<sup>97</sup> Una reciente resolución de la Cour d' appel francesa reconoce la eficacia de la regulación especial, en concreto para la transmisión de marcas: VCA Paris, 13 octubre de 2001, RJDA nº 266. Citada por ADAMOUBORTCHIRE. 2005. Pag. 20.

de estos pactos: así resulta entre otras cosas de las muchas modificaciones legales del sistema a las que nos referíamos. No parece desde luego que pueda imponerse al principio de libertad contractual y al derecho constitucional a la libertad de empresa, por el que las partes son libres de establecer o no una relación, y por tanto son libres de pactar las circunstancias en las que esta debe terminar o modificarse. Curiosamente en el ámbito del derecho inglés, que es en el que existen más dudas acerca del efecto de la sucesión universal, es donde se ha sostenido que las normas debían prever la no aplicación de los pactos que prevean la resolución de la relación<sup>98</sup>. Pero entiendo que esto carece de base, y adicionalmente se puede argumentar que en el ámbito de la sucesión universal hereditaria nadie ha dudado de la posibilidad de que las partes pacten la extinción de cualquier derecho o relación en el caso de fallecimiento de una de las partes. Otra cuestión distinta es cómo han de interpretarse las cláusulas de modificación contractual cuando no se refieran expresamente al supuesto de la modificación estructural de que se trate, lo que se tratará detenidamente en relación con los contratos<sup>99</sup>.

#### **2.3.4 El momento de la transmisión.**

Una cuestión que plantea importantes problemas es el la de la determinación del momento en que se produce la transmisión. Está claro que la transmisión se produce por efecto de la ley, pero ¿Cuándo exactamente? Las directivas sobre fusiones y escisiones se remiten a la legislación nacional para la determinación de la fecha de efectos y la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas establece que será la

---

<sup>98</sup>*“Our view is that to give effect to contractual provisions that prohibit transfer would defeat the purpose and intent of the directive and the regulations and that third parties affected by the transfer would be limited to suing for damages for breach of contract if they could prove losses from the transfer,”* McLean says. LAW TIMES, 24 de enero 2010. <http://www.lawtimesnews.com/20100125711/headline-news/new-uk-rules-make-pure-mergers-possible>. Visto el 12 de septiembre de 2015 .

<sup>99</sup> Esta es la cuestión más discutida en el derecho de EE.UU. en relación con la fusión, pues al aplicarse en la mayoría de los estados la regla de la libertad de transmisión de los contratos, estos suelen contener diversas cláusulas de limitación de transmisibilidad, que han planteado muchos problemas a la hora de su aplicación a las modificaciones estructurales. Ver por todos HAINES. 2008

legislación de la absorbente o resultante (Artículo 12) la que determine el momento, que será ha de ser posterior al control de legalidad que ha de hacer una autoridad nacional de cada una de las que se extinguen.

Se podrían distinguir tres momentos de eficacia progresiva de la modificación estructural.

En primer lugar la doctrina se ha planteado cuando quedan las sociedades vinculadas entre sí por la modificación estructural. Se puede defender que esta se produce con el otorgamiento de la escritura pública, pero la mayoría de la doctrina entiende que se produce la vinculación desde que se toman los acuerdos en todas las sociedades<sup>100</sup>.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de cuando se produce la transmisión de derechos inter partes. En este caso parece que el otorgamiento de la escritura por la que se formaliza la modificación estructural sería el momento en que cristalizan tanto las voluntades como el conjunto de requisitos de la fusión, y que esta escritura serviría asimismo de modo para las transmisiones de propiedad. En ese sentido se pronuncia buena parte de la doctrina<sup>101</sup>.

Sin embargo, entiendo que en cuanto al efecto de la sucesión universal como fenómeno oponible frente a terceros hay que remitirse no al momento en que los acuerdos o la escritura produzcan efectos sino cuando se producen los efectos típicos de la fusión a los que se refiere el Art. 19 de la Directiva 2011/35 de fusiones. Dado que conforme a este artículo estos efectos se tienen que producir de forma simultánea, es indudable que la sucesión universal, con sus características de unidad y efecto frente a terceros, ha de producirse en el momento de efectos reconocido con carácter general por la LME. Y en relación con la eficacia general la regla de nuestra ley es el art. 46 de la LME que dice “La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su

---

<sup>100</sup> En este sentido: ARA, RAMIREZ. De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros. Revista de Derecho Mercantil, nº 285/2012. VICENT CHULIA. Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La Notaría. Nº 1/2010

<sup>101</sup> GARRIDO, V. 2012. Pag. 144 citando a LARGO GIL, CABANAS TREJO.

caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.”<sup>102</sup>

En el caso se la fusión transfronteriza hay que estar a la regulación de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas que establece que será el momento que de efectos de la fusión determinado por la legislación nacional de la absorbente o resultante.

Sin embargo, esta regla aparentemente clara plantea varios problemas.

#### ***2.3.4.1 ¿Se puede modificar el momento de efectos por las sociedades?***

La primera cuestión es si el efecto de la sucesión universal se puede modificar por voluntad de las partes. Entiendo que la retroacción de efectos no es posible: las partes pueden retrotraer la fecha de participación en las ganancias y los efectos contables con los límites impuestos por el Plan General de Contabilidad (art. 31 LME); pero no se pueden retrotraer en absoluto los efectos jurídicos, y en particular los que afectan a terceros a una fecha anterior a la de la inscripción (sin perjuicio de lo que después se dice en relación con el art. 55.1 RRM).

En cuanto a la posibilidad de posponer los efectos de la sucesión universal a una fecha posterior a la inscripción, es una posibilidad que admite el código civil italiano, pero nada dice nuestra LME. Tradicionalmente se han admitido las condiciones de obtención de autorizaciones administrativas, y entendemos que es posible que se condicione la eficacia de la fusión a un determinado hecho. Por ejemplo, puede ser interesante, en el caso de fusión de una sociedad en concurso, que se condicione su eficacia a la aprobación del convenio de acreedores.

---

<sup>102</sup> Ya antes del reconocimiento de ese momento por la ley, la doctrina entendía que el momento era el de la inscripción en el caso de la fusión por creación de nueva sociedad, planteando más problemas en el caso de la absorción, pero optando también por el momento de la inscripción. MOTOS. 1953. Pag. 404. CONDE TEJON . 2004. Pag. 403 señala también como momento del de la inscripción porque la sucesión universal es un efecto excepcional que se debe producir solo cuando se ha cumplido el procedimiento completo exigido por la ley para la protección de los derechos de terceros.

No obstante, dada la mecánica registral y la cancelación de las sociedades que se fusionan, creemos dudoso que se pueda realizar la inscripción de la fusión sometida a condición. En cualquier caso, lo que está claro es que el efecto transmisivo de la sucesión universal tendrá que coincidir con la fecha de efectos de la fusión general, y tiene que ser única para todas las transmisiones.

#### ***2.3.4.2 La retroacción de efectos al asiento de presentación y los problemas en el periodo intermedio.***

El otro problema que se ha planteado es el del intervalo entre la presentación en el registro y su efectiva inscripción en el mismo. La regla general (art. 55.1 RRM) es que los efectos de toda inscripción registral se retrotraen a la fecha del asiento de presentación en el Registro del título que la motiva. Esto viene a ser un reflejo del Art. 24 LH que establece: “se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma”. Pero dada la redacción del artículo 46 se plantea la cuestión de si en este caso se aplica la regla general o la eficacia se produce solo con la inscripción. Este ha sido el motivo de discusión de las resoluciones de la DGRN de 20 de septiembre y 13 de Octubre de 2011 y también de las STS de 21 de mayo de 2012, que critica las citadas resoluciones.

En las dos resoluciones, la DGRN entiende que “lo específico de la remisión a la fecha de la inscripción de la fusión lleva a entender que es la inscripción misma y no la fecha del asiento de presentación el momento determinante de la extinción”.

La sentencia, en cambio, señala que el art. 55.1 es claro y que la fecha de presentación es la que ha de considerarse a todos los efectos. Rechaza que suponga una retroacción en el tiempo, y también que la eficacia desde ese momento tenga como único ámbito de aplicación garantizar la prioridad de los asientos por el orden en que llegaron los títulos al Registro. Señala que la finalidad es la de dar seguridad jurídica, ya que de

no aplicarse así “los efectos frente a terceros ... dependerían de la mayor o menor diligencia con la que fueran calificados por el registrador”.

Por una parte no hay duda de que acierta en la solución el Tribunal Supremo, pues todas las normas que otorgan efectos concretos a la inscripción hacen referencia a la misma, sin hacer salvedades sobre la retroacción a la fecha de presentación. Esto era especialmente importante en el caso resuelto pues de ello dependía la aplicación del régimen fiscal (que también es razón por la cual la resolución citada había causado perplejidad y preocupación en los operadores jurídicos). Como acertadamente señala la sentencia, la finalidad del Art. 55 no es solo respetar la prioridad registral –que como veremos, tiene poco sentido en este ámbito-, sino también y sobre todo evitar la inseguridad jurídica ofreciendo a las sociedades presentantes una fecha cierta de efectos. Sin embargo, no acierta en su crítica a las resoluciones, que como veremos, son acertadas también, pero en el ámbito al que se refieren que es el del funcionamiento del registro de la propiedad. Tampoco acierta a mi juicio en negar la existencia de la retroacción, pues aunque la fecha de efectos haya de ser la del asiento de presentación no cabe negar la existencia de un periodo intermedio en el que no se sabe si la fusión efectivamente se inscribirá, y por tanto si tendrá efectos<sup>103</sup>. Lo que sucede es que esa retroacción tiene desde luego efectos frente a la administración tributaria. Es curioso (y preocupante para los contribuyentes) que en otra sentencia sobre materia tributaria (STS 16 de julio de 2009 [RJ 2010\509] que después se examina) justamente tomando como fecha de efectos la de presentación: la administración pretendía negar los beneficios fiscales argumentando que la comunicación de los mismos se había hecho en ese periodo intermedio, y que por tanto al retrotraerse los efectos la comunicación era extemporánea.

---

<sup>103</sup> . Como señala la doctrina, la finalidad de la retroacción es combinar los principios de prioridad con el de legalidad, es decir el de la calificación registral. Como no pueden coincidir presentación y calificación, este periodo intermedio siempre existirá. ARA, RAMIREZ. Cit. Pag. 12.  
[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/de\\_nuevo\\_a\\_vueltas\\_con\\_la\\_fecha\\_de\\_la\\_eficacia\\_de\\_la\\_fusion\\_frente\\_a\\_terceros.\\_revista\\_de\\_derecho\\_mercantil\\_n\\_285\\_2012\\_394.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/de_nuevo_a_vueltas_con_la_fecha_de_la_eficacia_de_la_fusion_frente_a_terceros._revista_de_derecho_mercantil_n_285_2012_394.pdf)

La existencia de esos dos momentos plantea la necesidad de determinar qué sucede con las relaciones jurídicas en ese tiempo que debe ser breve pero que como dice la propia sentencia se puede alargar<sup>104</sup>, tiempo durante el cual las empresas siguen actuando. Esta es una cuestión que en la práctica plantea muchos problemas.

Esto supone por una parte el problema de determinar qué persona jurídica actúa durante ese periodo. No cabe duda que una vez inscrita la modificación estructural las actuaciones se entenderán hechas por la sociedad absorbente por efecto justamente de la retroacción, pero eso no resuelve el problema de saber quién ha de realizar las actuaciones durante esa fase. ¿Es la sociedad transmitente o la adquirente? Este tema es el que se discute en las dos resoluciones citadas. Se trataba de una venta de un inmueble otorgada en ese periodo intermedio, cuya inscripción el registrador denegaba por entender que debía haber sido otorgada por la sociedad absorbente. La DGRN entiende que en ese periodo no se ha producido aún la sucesión universal, y que la venta se puede otorgar por la sociedad que se extinguirá tras la inscripción, y por tanto la venta se debe inscribir sin necesidad de que previamente se inscriba la fusión y la finca a nombre de la absorbente<sup>105</sup>. Entiendo que aunque en el momento de la presentación de la venta en el registro de la propiedad se hubiera inscrito la fusión en el registro mercantil (y por tanto ya no exista la sociedad transmitente), de la resolución se deriva que se debería inscribir igualmente. Sería un supuesto semejante a que la

---

<sup>104</sup> “se ha de subrayar que esa previsión legal, estableciendo como tiempo de acceso al Registro el del asiento de presentación, datando en esta fecha la posterior inscripción, responde al principio de seguridad jurídica que debe ofrecer el sistema registral. De no ser así, los efectos frente a terceros de los negocios que tienen acceso al Registro dependerían de la mayor o menor diligencia con la que fueran calificados por el registrador los instrumentos en que se documentan. La calificación es un procedimiento previo y habilitante de la posterior inscripción, que tiene unos márgenes temporales, como indica el artículo 39 del Reglamento Mercantil, por remisión de su artículo 61; cabe, pues, que se produzcan unas demoras que pueden alcanzar, no sin la responsabilidad del registrador, el plazo de caducidad del asiento de presentación, es decir los dos meses recogidos en el artículo 43 del Reglamento”.

<sup>105</sup> Es cierto que tampoco acierta la DGRN en la argumentación. La razón para admitir la actuación en ese periodo intermedio son los principios registrales y el particular efecto de la retroacción, no “lo específico de la remisión a la fecha de la inscripción de la fusión”, como señala. En general en todas las normas que se remiten a la fecha de inscripción se hace en esos términos, siendo la retroacción un sistema para garantizar el principio de prioridad, y en este caso, la seguridad.

escritura se hubiera otorgado por una persona que hubiera fallecido posteriormente pero antes del momento de la presentación del título (lo cual obviamente es irrelevante y no debe impedir la inscripción).

Una cuestión que se plantean ARA y GONZALEZ<sup>106</sup> es qué sucedería si otorgada la escritura de venta antes de la inscripción de la fusión, ésta se presentara en el registro con posterioridad a la inscripción de la fusión en el registro mercantil y en el de la propiedad. Concluyen que en ese caso la sociedad absorbente adquiriría la finca por sucesión universal, aplicándose la retroactividad y en particular el segundo párrafo del Art. 1473 del CC. analógicamente pues se trata un supuesto semejante a la doble venta, en el que la absorbente actúa como tercero que inscribe en el registro de buena fe. Entiendo sin embargo que esto no es así pues como se examina con más detalle posteriormente, la absorbente no puede considerarse tercero de buena fe respecto de los actos realizados por la absorbida, por lo que el que tiene que ser protegido es el primer adquirente aunque no haya inscrito.

Más dudas plantea la cuestión de si los administradores de la sociedad absorbida pueden actuar en ese periodo. Entiendo que desde el punto de vista externo, al figurar aún inscritos, es válida su actuación y por tanto es correcta la postura de la DGRN en ese punto. Lo que sucede es que desde el punto de vista interno lo lógico parece que los administradores dejen de actuar como tales al menos desde el otorgamiento de la escritura de fusión: quizás lo más operativo sea que en la escritura de formalización de la fusión o escisión total, que es la que determina desde el punto de vista interno el cambio en la administración, se otorgaran los poderes que se consideren necesarios para la fase intermedia, sometidos al término final de la inscripción de la fusión. A mi juicio los apoderados de la absorbida pueden actuar salvo que se les hayan revocado los poderes, ya que como veremos más adelante esos poderes no se modifican por la modificación estructural y siguen subsistentes -a diferencia de lo que sucede con los administradores-. A

---

<sup>106</sup> ARA, GONZALEZ. Cit. Pag. 16

pesar de ello, quizás lo más conveniente sea prever en la propia escritura de fusión, o incluso en el proyecto, la subsistencia o no de los poderes otorgados por la absorbida, solicitando en su caso su traslado a la hoja registral de la absorbente. Si en el proyecto se previera la revocación de poderes, habrá que establecer como término suspensivo de la misma la inscripción en el registro.

La retroacción tiene en todo caso como límite general los derechos de terceros adquiridos en el periodo intermedio confiando en las situaciones registrales vigentes, que es lo que sucede en las resoluciones de la DGRN citadas.

Parece también lo más correcto entender que la retroacción no produce efectos cuando suponga la lesión de cualquier tercero que pueda tener en cuenta la fecha de la inscripción, como por ejemplo de cara al cómputo del plazo de impugnación o el de prescripción de los arts. 47 y 48 de la LME <sup>107</sup>. En este sentido de restringir en lo necesario los efectos de la retroacción podemos citar la STS 16 de julio de 2009 [RJ 2010\509], y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de junio de 2011 (JUR 2011\326326) que la cita. En ese momento la comunicación del acogimiento al régimen especial de neutralidad fiscal debía comunicarse antes de la producción de efectos, y la administración tributaria pretendía que por efecto de la retroacción la comunicación hecha en el periodo intermedio no era válida, cosa que rechaza la sentencia<sup>108</sup>. Resulta lógico que la retroacción no pueda perjudicar al

---

<sup>107</sup> En este sentido. GONZALEZ MENESES, ALVAREZ. Cit. 2013. Pag. 237.

<sup>108</sup> *“en tal sentido, recoge la STS de 16 de julio de 2009 el criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional que confirma de que el sentido y finalidad del artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil es un precepto ampliatorio de los derechos y facultades del titular inscrito que no pueden volverse en su contra, siendo la retroacción de los efectos de la inscripción lógicamente un efecto posterior a la presentación misma, toda vez que se trata de una eficacia retroactiva de la inscripción supeditada al buen fin de la calificación. A los efectos enjuiciados por tal STS, señala ésta que en el intervalo que transcurre entre la presentación en el registro del título que se pretende inscribir y la práctica de la inscripción, ésta no se ha producido todavía, y sólo cuando ya se ha efectuado la inscripción, previa actividad calificadora del registrador, cabe hablar de la aplicación directa del art. 55 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, mediante el cual se entiende como fecha de inscripción la del asiento de presentación, no cabiendo extender los efectos del citado art. 55 (que establece el mecanismo de la retroacción de la inscripción al momento de la presentación, y cuya finalidad es la*

plazo de ejercicio de los derechos, entre otras cosas porque ese acortamiento del plazo dependería otra vez de la diligencia del registrador en su calificación, como veíamos anteriormente, pudiendo llevar a resultados verdaderamente absurdos.

## **2.4 Estudio de los problemas en la transmisión de los distintos elementos del patrimonio**

En la sección anterior he tratado de mostrar cual es la función de la sucesión universal, su aplicación a las modificaciones estructurales, y cual debe ser su forma de funcionamiento para que cumpla sus objetivos dentro del sistema. Sin embargo, esa transmisión global del patrimonio social tiene ciertas limitaciones, que pueden derivar de la ley o de las particularidades de determinadas relaciones.

En esta parte se examinan los problemas que se plantean en la transmisión de bienes, derechos, obligaciones y contratos. Sin perjuicio de la validez de las normas generales vistas, unas veces por expresa determinación de la ley, otras por la naturaleza especial de esos elementos, y otras por los pactos o contratos que los rodean, se plantean cuestiones que modifican la transmisión y la apartan en algunos casos de los caracteres típicos de esta transmisión a los que nos hemos ido refiriendo.

### **2.4.1 La transmisión de la propiedad de bienes y derechos**

#### **2.4.1.1 Cambio del sistema general de título y modo**

---

*protección del presentador del documento amparada en la aplicación del principio de prioridad, que es uno de los que rigen la institución del Registro Mercantil), al ámbito fiscal para denegar la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la Ley 29/1991 en aquellos supuestos en los que la comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda se produce antes de que el registrador efectúe la calificación definitiva”.*

Uno de los caracteres de la sucesión universal es que se produce *ipso iure* y *ex lege*. La transmisión es por efecto de la ley y con carácter automático, lo cual supone la derogación del principio de especialidad circulatoria por el que cada bien ha de ser transmitido de manera individual y siguiendo las reglas especiales establecidas en su caso. En concreto en la transmisión de la propiedad de los bienes supone la no aplicación del sistema del título y el modo. Esto queda claro en el Art. 609 en relación con la sucesión universal mortis causa: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.” Al establecer la sucesión hereditaria como modo de adquirir, evita que el modo sea necesario en este caso. Pero aunque el artículo no recoja otros modos de sucesión universal es evidente que si interpretamos el Art. 23 de la LME en conjunción con el Art. 46 que dice que los efectos de la fusión se producen con la inscripción, está claro que la transmisión de la propiedad se produce en el momento de efectos de la fusión sin necesidad de que exista ni contrato específico ni tradición. Esto se deduce también de la remisión al concepto de sucesión universal en general. El 609 debe interpretarse en el sentido de que incluye la sucesión universal hereditaria y no hereditaria. Para este tipo de cosas justamente es para las que la ley no se refiere solo a la transmisión en bloque del patrimonio sino que añade la mención “por sucesión universal”, dejando claro cual es el tipo de transmisión que se produce.

En consecuencia, en este caso existe un único título que es la modificación estructural de que se trate, y no es necesario un modo específico. Podría entenderse que el modo lo constituye la escritura por la cual se elevan a público los acuerdos y que es necesaria conforme al art. 45 LME, puesto que al otorgarse la misma se estaría produciendo la tradición instrumental que consagra el Art. 1462 del código civil. Sin embargo, ya hemos visto que esto puede quizás considerarse eficaz inter partes pero el efecto definitivo y frente a terceros solo se produce con ocasión de la inscripción de la fusión en el registro mercantil. Lo que está claro también es que en ningún caso los efectos de la transmisión

dependen de la inscripción en el registro de la propiedad, sin perjuicio de los derechos de terceros que deban quedar protegidos conforme a la normas generales del mismo.

#### ***2.4.1.2 La necesidad de inscripción registral a nombre de la sociedad nueva o absorbente***

A diferencia de lo que sucede en la escisión, en las fusiones no es necesario que se relacionen en el proyecto los bienes y derechos que se transmiten. Así resulta de la redacción de la ley pues en ningún momento habla de determinar los bienes, siendo la única referencia al contenido patrimonial la necesidad de aportar un balance (Arts. 36 a 38 LME), que como es sabido es un documento no detalla los bienes transmitidos sino una agregación de los valores de distintas categorías de estos. Esto es lógico pues en caso de fusión su determinación no aporta ninguna información, ya que la totalidad de los bienes pasan a la resultante o absorbente, a diferencia de lo que sucede en la escisión. Así se deduce a contrario del art. 74.2 de la LME que prevé la necesidad de detallar los bienes en el proyecto solo para el caso de escisión.

Cuestión distinta es si es necesario o conveniente modificar el registro de la propiedad para inscribir los bienes a nombre del nuevo titular tras la sucesión universal. Esta es una cuestión que las directivas dejan a la normativa de cada estado, pues está claro que la inscripción registral es una de las formalidades a las que se refieren los Arts. 19 de la Directiva 2011/35 de fusiones y 14 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas. En concreto el 19.3, de la Directiva 2011/35 de fusiones (muy semejante al 14.3 citado) señala que el efecto de la sucesión universal se entiende “sin perjuicio de las legislaciones de los Estados miembros que requieran formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados por la sociedad absorbida”<sup>109</sup>. En Francia, la jurisprudencia reconoce que para el efecto de oponibilidad frente a terceros es necesaria

---

<sup>109</sup> Respecto de estas formalidades, la Directiva 2011/35 de fusiones también se ocupa de precisar quién puede realizarlas: en todo caso la sociedad absorbente podrá realizarlas, si bien los estados podrán autorizar a que sean realizados por la absorbida, lo cual resulta extraño porque en principio se ha extinguido. La Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas sin embargo, prescinde de este último párrafo, de manera que será siempre la absorbente, lo que resulta más lógico y operativo.

la inscripción<sup>110</sup>, y en Italia está específicamente previsto que los inmuebles han de inscribirse a nombre de la nueva sociedad y pagar una tasa fija no dependiente del valor del inmueble <sup>111</sup>.

En España se plantea el problema de cómo interpretar el silencio de la ley sobre este punto. De los citados artículos de las directivas parece deducirse que si nada dicen las legislaciones nacionales no es necesaria ninguna formalidad, tampoco para la oponibilidad frente a terceros, salvo que esas normas nacionales lo exijan expresamente. Se podría plantear efectivamente que esa nueva inscripción no fuera necesaria en el caso de la fusión, pues la titularidad registral viene determinada de forma indirecta pero cierta por la combinación de la inscripción a nombre de la extinguida en el registro de la propiedad y de la fusión en el registro mercantil. Desde el punto de vista práctico esto no supondría un problema especial porque la absorbente o nueva sociedad podría disponer directamente de los bienes sin necesidad de inscripción intermedia, ni siquiera por el sistema de tracto abreviado a favor de la nueva sociedad, bastando acreditar la inscripción de la fusión y el título por el que se transmite al tercero.

Sin embargo esta no es la posición de la doctrina, que tiende a asumir sin analizar la cuestión que se aplica el principio de tracto sucesivo y que por tanto será necesaria la inscripción a nombre de la nueva sociedad. Por ejemplo RUBIO destaca el carácter excepcional que las directivas dan a la necesidad de formalidades –en línea de lo que antes he indicado-, y critica que la ley no lo prevea, pero da por sentado que subsiste el régimen general de necesidad de inscripción a favor de la beneficiaria o resultante<sup>112</sup>. También FERNANDEZ DEL POZO se manifiesta en ese sentido, señalando que “a efectos de la oponibilidad a terceros de la situación jurídica real de los bienes y derechos que se

---

<sup>110</sup> Cass. Com. 23 marzo 1999. Citado por LE CANNU. Cit. Pag. 949

<sup>111</sup> BUFFELLI, G. SIRTOLI, M. Le operazioni straordinarie dell società. Giffre editorie. 2004. Pg 128

<sup>112</sup> RUBIO. 2009. 388 citando además a otros autores.

transmiten por sucesión universal, habrá que estar a lo que se establece en materia de publicidad registral en los distintos registros jurídicos...”<sup>113</sup>.

En la jurisprudencia se han mantenido posiciones diversas, dentro de una abundante jurisprudencia dictada en su mayor parte en relación con la cuestión de si para la ejecución hipotecaria era necesario o no que el crédito hipotecario se hubiera hecho constar a nombre de la entidad absorbente, titular del crédito por sucesión universal.

Una primera cuestión que se plantea en esas sentencias es si es exigible la cesión individual del crédito y su notificación al deudor en el caso de fusión. Esto es lo que sostiene el auto de la Sección 3ª de la Audiencia de Castellón de 12 de julio de 2012 (seguido por otros: auto de la Sección 19ª de la AP de Madrid de 18 de enero de 2013, auto de la la AP de Valencia de 4 de febrero de 2013, el auto de la AP de Madrid de 13 de febrero de 2013 y el auto de la AP de Madrid de 25 de febrero de 2013). El fundamento sería el art. 149 de la Ley Hipotecaria, que exige que se formalice en escritura conforme al art. 1526 Cc y se notifique. Esto supone ignorar totalmente el sistema de sucesión universal en las modificaciones estructurales, y no responde a la defensa de ningún interés legítimo, aparte de que es evidente que estos artículos se refieren al supuesto de cesión individual del crédito. En sentido contrario a todos esos autos se puede señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989 dice que «la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de cesión de créditos hipotecarios» (en el mismo sentido la STS de 4 de junio de 2007). La posición de la DGRN, en la que nos detenemos más adelante, es exigir la inscripción pero en ningún caso un

---

<sup>113</sup> FERNANDEZ DEL POZO. 2009. Pag. 664. El autor entiende que esto resulta del art. 19.3 de la Directiva 2011/35 de fusiones, pero esto es cuando menos interpretable. Lo que hace dicho artículo es permitir a los estados establecer esas formalidades, no excluir directamente el régimen de los registros del efecto general de la sucesión universal. De hecho resulta sorprendente que el autor diga que no deberían ser necesarias las notificaciones de la modificación estructural a las administraciones “habida cuenta de que también el registro es un servicio público”, y no se plantee que lo mismo debía producirse, o al menos sería lo deseable en el ámbito del registro de la propiedad en relación con el registro mercantil. Como insistiré después, una vez inscrita en el registro mercantil la fusión, el cambio de titularidad en los de la propiedad es un mero trámite no sujeto a calificación alguna.

negocio jurídico de transmisión individual con su consiguiente notificación.

La segunda cuestión es si, no siendo necesaria la transmisión individual, sí lo es que se haga constar en el registro la nueva titularidad.

Una nutrida jurisprudencia, que predomina en las Audiencias, ha entendido que no es necesaria la inscripción a nombre del ejecutante (auto de la AP de Barcelona de 15 de septiembre de 2011, auto de la AP de Alicante de 27 de febrero de 2012, auto de la AP de Madrid de 11 de enero de 2013, auto de la AP de Cáceres de 5 de febrero de 2013, auto de la AP de Alicante de 27 de febrero de 2012, y otro de la AP de Sevilla de 3 de junio de 2013). Esta fue también la posición mayoritaria adoptada en la Audiencia Provincial de Madrid, en la jornada de unificación de criterios de los Magistrados de las Secciones Civiles de 27 de septiembre de 2013. Pero hay que destacar que en algunos Juzgados de 1ª Instancia inadmiten las demandas de ejecución hipotecaria por no estar inscrito en el registro el crédito a nombre del ejecutante.

La DGRN se ha manifestado en diversas resoluciones exigiendo que conste la transmisión del crédito a favor de la absorbente para que sea posible la inscripción de la adjudicación derivada de la ejecución, aunque sea por el medio del tracto abreviado y bastando con que en la escritura se testimonie suficientemente la fusión (resoluciones de 28 de septiembre y 31 de octubre de 2001 y 12 de enero de 2002, de 2 de octubre de 2013, 10 de octubre de 2013, 17 de octubre de 2013) : esta última señala «la inscripción (en este caso en su modalidad de cesión global de activos) en el Registro Mercantil provoca *«ope legis»* el efecto del traspaso en bloque y por sucesión universal del patrimonio de la sociedad cedente a favor de la sociedad cesionaria (cfr. artículo 89, número 2, de la citada Ley 3/2009). [...]». Pero también señala que “resulta aplicable el artículo 16 de la Ley Hipotecaria. [...]». »<sup>114</sup>. Este artículo dice: “ Los dueños de bienes

---

**1** <sup>114</sup> Necesidad de la inscripción de la hipoteca por parte del ejecutante de la acción hipotecaria. Web de Ausbanc. [http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Necesidad\\_de\\_la\\_inscripcion\\_de\\_la\\_hipoteca\\_por\\_par\\_2015914172217.asp](http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Necesidad_de_la_inscripcion_de_la_hipoteca_por_par_2015914172217.asp). Visitado el 10 de octubre de 2015

inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripción, presentando dicho título con el documento, en su caso, que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir.” En el mismo sentido de las resoluciones se manifiesta Fernández del Pozo cuando estudia los efectos de la fusión, es decir exigiendo no solo la acreditación de la fusión sino la aportación de documentación complementaria en la que se describan los bienes<sup>115</sup>. En el caso de las resoluciones esto implica que aunque el juzgado despache ejecución, es necesario inscribir en el Registro la transmisión derivada de la modificación estructural antes de la adjudicación y como requisito previo. Creemos que esta doctrina es incorrecta en el caso de la fusión, fundándose en una interpretación rígida y dogmática del principio de tracto sucesivo registral.

En primer lugar resulta absurdo el requisito de la identificación o relación de bienes mediante documento fehaciente<sup>116</sup>. El artículo 16 está pensando en la adjudicación hereditaria, en las que las circunstancias son totalmente distintas. Además, mientras que para acreedores y contratantes de la fusionada es suficiente la publicidad legal para que la modificación estructural produzca todos sus efectos, resulta que para inscribir los bienes de la sociedad extinguida a nombre de la nueva titular en el Registro de la Propiedad es necesario no solo acreditar la fusión sino además identificar los bienes.

Por otra parte, mientras que la legislación comunitaria y nacional se afanan en disminuir las publicaciones y los trámites para simplificar y abaratar los procedimientos de reestructuración (a veces restringiendo los derechos de terceros), resulta que se exigen trámites, documentos y se generan costes por una modificación de titular que se produce de manera automática y por ministerio de la ley.

---

<sup>115</sup> FERNANDEZ DEL POZO. 2009. Pag. 664

<sup>116</sup> Aparte que no tiene sentido que se interprete que el documento fehaciente pueda ser una simple instancia privada. Cuando es necesario identificar los bienes porque hay incertidumbre, lo que se requiere es un documento fehaciente de verdad, es decir una escritura pública. Y cuando no es necesario, como en la fusión, resulta inútil y absurdo que sea necesario aportar una relación.

El absurdo del sistema actual se pone de manifiesto en el sistema seguido en el caso de las cancelaciones de hipoteca. En las resoluciones de 28 de septiembre y 31 de octubre de 2001 y 12 de enero de 2002 se produce la situación aberrante que para cancelar una hipoteca es necesaria a veces la práctica de hasta 4 o 5 inscripciones (pensemos en las cadenas de fusiones que han dado lugar a los pocos bancos que quedan). Todo ello sin ningún beneficio (estamos hablando del momento de cancelar la obligación!) <sup>117</sup>, pero encareciendo la operación. Pantaleón entiende que esto es absurdo<sup>118</sup>, señalando que en una sucesión universal, el principio de accesoriedad del derecho de hipoteca implica que basta con acreditar el pago del crédito y la titularidad del mismo a través del testimonio de la fusión para poder cancelar. El poner el principio de tracto sucesivo por encima de la lógica no tiene sentido en nuestro derecho y supone insertar eslabones transitorios y un gravamen a una operación en la que hasta la legislación fiscal (por imperativo de las normativa comunitaria) trata de manera especial. Y no aporta nada, pues el registrador no califica la regularidad de la fusión que ya ha sido calificada por el Registrador Mercantil al inscribir la fusión. De hecho, como señala el autor, es un problema ya resuelto en una resolución nada menos que de 20 de junio de 1924, que se aplica al caso de una cancelación realizada por los herederos del acreedor hipotecario: “ como dice la Exposición de motivos del Real decreto de 24 de Febrero de 1908, autorizando la presentación a las Cortes del Proyecto de ley de reforma de la ley Hipotecaria: "Destinado el Registro de la Propiedad a consignar las alteraciones que se produzcan en el dominio de los inmuebles y de los derechos reales que sobre ellos pueden imponerse, preciso, es que en él conste el tracto sucesivo de los mismos sin solución de continuidad, obedeciendo a este principio lo dispuesto en el artículo 20 de la vigente ley; pero el estricto cumplimiento de éste produce verdaderas perturbaciones cuando se trata de inscripciones que por ser solamente transitorias y formularías no tienen finalidad práctica, dando lugar a

---

<sup>117</sup> En la resolución de 31 de octubre de 2001 el Notario sostenía esta postura, que no fue acogida por la D.G.R.N..

<sup>118</sup> PANTALEON PRIETO, Fernando. Fusión de entidades bancarias y cancelación de hipotecas. Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2003. p. 453-467.

múltiples e inútiles operaciones y gastos"; y esto precisamente es lo que acontece en el caso que se discute, pues si fuera necesario practicar en el Registro la previa inscripción a favor del *heredero Sr. D. Jaime*, sobre no obedecer a ninguna necesidad práctica hipotecaria, se haría más costosa la operación en el Registro, al extender dos inscripciones en lugar de sólo la cancelatoria del derecho hipotecario, lo cual debe evitarse a todo trance con el fin de abaratar, en lo posible, los actos del ,Registro que es el móvil a que deben dirigirse siempre las interpretaciones y reformas que se hagan en la legislaciones y reformas que se hagan en la legislación hipotecaria". Como dice Pantaleón, basta sustituir "heredero Sr. Jaime", por el más genérico sucesor a título universal para que se aplique sin más al caso que contemplamos<sup>119</sup>.

Si el propósito de toda la legislación comunitaria, y en consecuencia la nacional, tanto en las Leyes mercantiles como en las fiscales, es simplificar la fusión y abaratar los costes, no tiene sentido que haya que incurrir en los trámites y el coste de modificar todas las inscripciones de las sociedades que se extinguen, cuando ello es innecesario para determinar el verdadero titular de los bienes y derechos.

Quizás la solución más lógica es que sea abandonado el principio de tracto sucesivo en caso de la fusión, por ser innecesario dado el automatismo de la transmisión. Pero para mayor claridad del registro, se podría defender otro sistema que evitara los inconvenientes del actual manteniendo la ventaja de la actualización del registro. De lege ferenda, se podría clarificar esta situación, en el sentido de aportar una verdadera simplificación procedimental. En el caso de las fusiones, y en el estado de la técnica actual, no tiene sentido que sea necesario para cada bien

---

<sup>119</sup> En el mismo sentido se ha manifestado recientemente VALENZUELA FERNANDEZ, B. Tantos requisitos para una cancelación de hipoteca? El Notario del siglo XXI. Revista 61. 25 Mayo 2015. "La necesidad de exhibir al Registro las escrituras que documentan toda la cadena de fusiones por absorción, debidamente inscritas en el Registro Mercantil correspondiente y que, además, en muchos casos son notorias o de conocimiento público, es otro impedimento a la inscripción que ocurre con frecuencia. Las entidades absorbidas desaparecen y la absorbente sucede a la absorbida en todos sus derechos y obligaciones, sucesión universal, por lo que no hay que probar con las escrituras de fusión que una determinada hipoteca estaba comprendida en el proceso; eso sin contar con lo que encarece la inscripción el hecho de reflejar la fusión del acreedor para cancelar la hipoteca!"

inscrita a nombre de una sociedad, que se tenga que acreditar en cada registro la inscripción de la fusión en el registro mercantil y que se exija además una innecesaria identificación de los bienes<sup>120</sup> . no tiene sentido aplicar este caso el principio del tracto sucesivo, pues no tiene utilidad alguna. Si se quisiera evitar la publicidad registral de situaciones ya modificadas una solución razonable desde el punto de vista económico, y alineada con los objetivos de las directivas sería que como consecuencia de la fusión el registro mercantil remitiera a los registros de la propiedad los datos del nuevo titular, y se realizara la nueva inscripción de manera automática, ya que no procede realizar ninguna calificación en el registro de la propiedad puesto que una vez inscrita la fusión, que ha sido calificada ya por el registrador mercantil, la transmisión se produce *ope legis*<sup>121</sup> .

Todo lo anterior, obviamente solo es aplicable al caso de la fusión o la cesión global total, en las que no existe incertidumbre acerca de la transmisión ni del destinatario de los bienes o derechos. En el caso de la escisión o de la cesión global plural la titularidad del bien no queda acreditada por el simple hecho de la inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil. Como veremos en ese caso lo que indica el art. 74 LME es que se deben relacionar en el proyecto de fusión. Para su inscripción, entiendo que será necesario por tanto presentar copia autorizada de la escritura de fusión en el registro de la propiedad, dentro de la cual deberá figurar la descripción de la finca. Parece también que sería posible acudir a un documento complementario con arreglo al art. 16 LH, pero la cuestión me parece dudosa. A mi juicio no cabe presentar una instancia pues sería necesario en todo caso el consentimiento de todas las sociedades beneficiarias en el caso de una escisión total, y de la escindida y de las beneficiarias en el caso de la parcial. En realidad, si los bienes no estuvieran relacionados en el proyecto, sería necesaria una escritura complementaria. En ningún caso cabría solicitar la inscripción a falta de determinación en el documento

---

<sup>120</sup> FERNANDEZ DEL POZO. 2009. Pag. 664

<sup>121</sup> Y cabría añadir que esto se debería realizar con un mínimo coste para el titular, adecuado al automatismo de la operación, ya que una vez calificada la fusión por el registrador, ninguna actuación de calificación realiza el registrador de la propiedad.

público conforme a las reglas del art. 75 LME, pues como veremos más adelante la regla de la proporcionalidad solo se aplica tras la interpretación del proyecto, y esta corresponde a las partes o en su defecto al juez, pero nunca al registrador.

#### ***2.4.1.3 El derecho de usufructo: ¿extinción o transmisión?***

Se plantea la cuestión de si los derechos que se extinguen por la muerte de la persona física han de extinguirse en el caso de que la modificación estructural lleva consigo la extinción de la persona jurídica.

Un supuesto especial de este problema se plantea en relación con el usufructo. En el caso de las personas físicas, la muerte conlleva su extinción (513.1 Cc). Del art. 515 se deduce por una parte la posibilidad de que se constituya a favor de personas jurídicas, y también que ha de fijarse siempre por un plazo, con el máximo legal de 30 años. Pero además este artículo señala que se extingue el usufructo por la disolución de la sociedad, lo que en principio, siguiendo la doctrina de que la fusión supone una disolución sin liquidación (expresión de los artículos 19 Directiva 2011/35 de fusiones y 14 Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas), implicaría la extinción del mismo en este caso, así como también en los casos de escisión total o cesión global.

Si tenemos en cuenta la finalidad reorganizativa de la fusión, tiene poco sentido que este derecho se extinga en el momento de la fusión del titular, entre otras cosas porque el precio del mismo se habrá fijado normalmente con referencia al plazo por el que se establece. La subsistencia del usufructo en este caso es mucho más conforme con la finalidad de toda la regulación de modificaciones estructurales, que quiere que la empresa pueda seguir con sus mismos medios. Además, esta interpretación no es contraria a la literalidad de la ley pues si bien nuestra LME habla de extinción de las sociedades, no hace referencia a la disolución: propiamente no existe acuerdo de disolución, ni ninguno de los efectos típicos de la misma (liquidación, formalidades...). La voluntad del legislador desde luego no era que se extendiera este caso a las modificaciones estructurales, pues estas ni siquiera existían en el

momento de redactarse el CC, y si ajustamos esa voluntad a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada, parece más lógico admitir la transmisión, teniendo en cuenta que el derecho de usufructo es transmisible de acuerdo con el art. 480. La postura contraria llevaría al absurdo de que la usufructuaria pudiera transmitir por precio el usufructo a la futura absorbente, aplazándolo, para a continuación ser absorbida por la compradora, produciéndose la confusión en la deuda derivada de la compra. Por supuesto también cabría modificar la dirección de la fusión y hacer que la usufructuaria fuera la absorbente para que no se produjera ese efecto, lo que también demuestra lo absurdo de defender la extinción. Y finalmente desde el punto de vista de los intereses en juego, no tiene sentido beneficiar al nudo propietario cuando la empresa va a continuar. En ese sentido se manifestó ya MOTOS, argumentando que el supuesto contemplado por el artículo era el de la disolución ordinaria, y que la fusión debía encajar en el marco de una sucesión inter vivos de origen voluntario, de manera que el artículo que hay que aplicar en ese caso no es el art. 515 sino el 480 citado. Y esto sin perjuicio de que en el momento de la constitución del usufructo se hubiera pactado otro efecto de la modificación estructural, que en su caso deberá prevalecer. Entiendo que estos argumentos que el autor da para la fusión son igualmente válidos para las demás modificaciones estructurales, pues esa transmisión no está sujeta por el Cc a que se haga con la totalidad del patrimonio social<sup>122</sup>.

Aunque tiene mucho menor interés por su escasa aplicación práctica, los mismos argumentos se podrían aplicar a las servidumbres personales, y en general a todos los derechos que sean transmisibles.

#### ***2.4.1.4 La sucesión de las licencias administrativas***

La sucesión en las licencias administrativas no debería ser una excepción al sistema de sucesión universal ni por tanto ser objeto de un

---

<sup>122</sup> MOTOS. 1953. Pags 415-416.

estudio especial, pero la existencia de diversos conflictos resueltos judicialmente nos obliga a detenernos en este punto.

La STS de 17 de julio de 1998 ( Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Rec. 6132/1992) examina un caso en que el Ayuntamiento de La Coruña pretendía que la absorbente solicitara (y pagara tasas) por una licencia de la que era titular la absorbida. El tribunal resolvió que no procedía obtener nueva licencia ni el pago de tasa alguna pues la absorbente “había adquirido por virtud de la sucesión universal la licencia que tenía concedida Petroliber”. De la sentencia se deducen sin embargo determinadas limitaciones al automatismo de la transmisión. En primer lugar, se exige que la modificación estructural no signifique un cambio en la actividad ya que señala que “es claro que en el supuesto de autos, la fusión por absorción no significó en absoluto la modificación de las condiciones de ejercicio de la actividad” y que “se trató puramente de operaciones puramente de reordenación financiera y jurídica de las diversas participaciones accionariales del Estado que no afectaron en absoluto a uno solo de los tornillos de la moderna factoría de FCC.” El Ayuntamiento de La Coruña citaba una serie de sentencias en las que se solicitaban nuevas licencias de apertura tras fusiones bancarias, pero concluye que en ese caso sí que era necesario que los Ayuntamientos afectados realizaran una actuación de inspección, por lo que estaba justificada la liquidación de la correspondiente Tasa de Licencia de Apertura de Establecimiento.

La conclusión es clara: a las licencias y derechos de tipo administrativo se les aplica la sucesión universal, y por tanto en ningún caso podrá exigirse ni la nueva obtención de la licencia, ni a mi juicio, formalidad alguna por el simple hecho del cambio formal de la titularidad. Sin embargo, si por efecto de la fusión se modificara la actividad y esta modificación justificara la revocación o la inspección, sería posible la exigencia. En realidad, esto última sobra y puede confundir: la modificación estructural nunca podrá ser una causa de esa modificación, la causa es el cambio en la actividad y esa misma alteración sin fusión daría lugar a la misma actuación administrativa y justificaría el pago de la tasa. De la lectura de

la sentencia no parece que los supuestos de las otras sentencias citadas estuvieran muy justificados, pues no se entiende bien porque es necesaria una inspección ni nueva licencia si lo que cambia en una sucursal bancaria son los rótulos y la titularidad pero no la actividad comercial.

#### **2.4.1.5 La sucesión de las subvenciones**

Esta cuestión, distinta de la anterior, ha dado lugar a una jurisprudencia aún más abundante.

El TS (STS de 13 de junio de 2006, 18 de julio de 2006, 29 de diciembre de 2007, 23 junio 2009 y 22 de noviembre de 2011) ha entendido que para la transmisión de los derechos de una subvención con ocasión de la fusión es necesario el consentimiento de la administración, por varias razones.

Por una parte, señala que “las características de las subvenciones y su naturaleza de institución de Derecho Público, justifican la sujeción de su transmisión a unas normas específicas”. Pero sobre todo entiende que las “las condiciones del beneficiario son decisivas en el otorgamiento de ayudas económicas de esta clase” y citan la Ley General Presupuestaria, cuyo art. 81.4 establece que *“tendrán la consideración de beneficiario de la subvención el destinatario de los fondos públicos que ha de realizar la actividad que fundamenta su otorgamiento o que se encuentra en la situación que legitima su concesión”*. Esta argumentación puede ser discutible pues como hemos visto en las modificaciones estructurales no hay verdadera desaparición del ente originario sino integración en otra organización, por lo que normalmente permanecen en la adquirente los caracteres “personales” de la extinguida. Sin embargo, la sentencia de 18 de julio de 2006 da un paso más en la justificación de la especialidad de este supuesto: señala que *“la materia de subvenciones, aunque pueda ser asimilado a la contractual, mantiene cierta especialidad derivada del otorgamiento a fondo perdido, que no se da en los contratos en los que existen relaciones onerosas sinalagmáticas.”* Se apoyan también en los artículos 31 y 41.1 del nuevo Reglamento de incentivos regionales, aprobado por Real Decreto 899/2007 (LA LEY 7809/2007), que claramente someten la validez del cambio de titularidad a la aprobación

por la Administración. Por tanto es el carácter gratuito de la subvenciones lo que otorga el agravamiento de ese carácter personal que justifica la autorización.

Es importante subrayar que esta doctrina no implica la extinción del derecho a la subvención, sino la necesidad de solicitar el cambio de titular. Y lo más importante es advertir que la denegación de ese cambio, siendo un acto administrativo, no es discrecional, sino que tiene que basarse en el incumplimiento de los requisitos personales necesarios para seguir siendo beneficiario de esa subvención. Por ello, la STS de 22 de noviembre de 2011 termina revocando la decisión del órgano administrativo de denegación de autorización, y por tanto permitiendo la transmisión en un caso en que la razón dada por la porque la razón dada era la existencia de una deuda tributaria por una cantidad ínfima, que además había sido pagada en cuanto se le notificó a la empresa su existencia. Más clara aún es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 Oct. 2014, Rec. 1094/2013, LA LEY 180045/2014, que entiende que al no haber provocado la fusión la modificación de las condiciones del beneficiario, y que el proyecto subvencionado se había finalizado antes de que se produjera la fusión por absorción, la sucesión universal implica que la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida.

Desde un punto de vista valorativo parece razonable la posición jurisprudencial. No niega la sucesión universal pero dado el carácter gratuito de ésta, somete a la posibilidad de revisión que supone la autorización. Dado que la denegación tiene que basarse en razones objetivas, en realidad la solución no está lejos de lo que se defiende para otro tipo de relaciones jurídicas: que debe admitirse su subsistencia sin modificación salvo que hayan cambiado las circunstancias por efecto de la fusión. La particularidad de este caso sería que el control es previo por una de las partes, y es la sociedad resultante la que en su caso tendrá que acudir a los tribunales para defender su derecho. Pero lo cierto es que lo

especial del supuesto (atribución gratuita por una administración pública) parece justificar la necesidad de autorización.

#### ***2.4.1.6 La transmisión de la Propiedad intelectual***

El Artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) establece como regla general que el cambio de titularidad debe solicitarse y se deben pagar las tasas por la transmisión, regulándose en su número 2 la documentación que hay que aportar.

Sin embargo, en el número 3 establece: “Si el cambio en la titularidad se produce por una fusión, por imperativo de la ley, por resolución administrativa o por decisión judicial, deberá acompañarse a la instancia testimonio emanado de la autoridad pública que emita el documento, o bien copia del documento que pruebe el cambio, autenticada o legitimada por notario o por otra autoridad pública competente. De la misma manera se solicitará la inscripción de embargos y demás medidas judiciales.”

Aplicando esta norma al supuesto de la fusión, implica a mi juicio la necesidad de presentación de copia autorizada o testimonio de la escritura de fusión, sin que sea necesario ningún otro requisito o formalidad.

El caso de la escisión y cesión global no están contempladas en la ley. Sin embargo, entiendo que a la cesión global total ha de aplicarse las reglas de la fusión.

En el caso de la escisión y cesión global parcial, el art. 49.3 citado también es aplicable, pues también existe sucesión universal y transmisión por imperativo de la ley. La única particularidad será la necesidad de que en el proyecto de fusión figure la identificación de ese derecho en el proyecto de escisión.

## **2.4.2 Aplicación de los derechos de adquisición preferente a las transmisiones derivadas de una modificación estructural**

Una restricción típica a la transmisión de bienes la constituyen los derechos de adquisición preferente, en sus manifestaciones de tanteo y retracto, que pueden tener su origen en la ley, en pactos contractuales o en cláusulas estatutarias -en este caso en relación a la transmisión de participaciones o acciones-. La cuestión es si la transmisión producida por efecto de una modificación estructural da lugar al ejercicio de esos derechos. Vamos a estudiar esta cuestión en general, para después examinar los supuestos legales y voluntarios.

### **2.4.2.1 Estudio general**

Ya hemos visto que el carácter *ipso iure* de la sucesión universal no impide que la ley o los pactos impongan en algunos supuestos restricciones al automatismo de la misma (apartado 2.3.3. del estudio). Por tanto, en principio parece posible que la sucesión universal de lugar a la aplicación de estos derechos de adquisición preferente. Lo que hay que examinar es si las especialidades de este fenómeno sucesorio hacen que no se produzca el supuesto de hecho que la ley o el contrato establecen para el ejercicio del derecho.

Cabe en primer lugar sostener que no hay posibilidad de ejercicio de estos derechos porque en las modificaciones estructurales no existe transmisión. Las teorías modificativas, como se vio, entienden que no existe extinción de la sociedad sino modificación del contrato societario mediante la integración del mismo en el otro contrato societario, y por lo tanto no existe tampoco transmisión. La terminología de la legislación italiana reformada en el año 2003 y también la de las normas de EE.UU. evitan la denominación de transmisión o sucesión (“*transfer or*

*assignment* en EE.UU., o *trasferimento* en Italia), sustituyéndola por la “*investidura*” o asignación (*vested y assegnazione*). Sin embargo, el hecho de que formalmente se produce un cambio de titularidad es indudable, razón por la cual incluso en Italia hoy predominan las tesis de carácter mixto, que entienden que, si bien desde el punto de vista empresarial e interno existe una continuidad, desde el punto de vista de las titularidades existe una sucesión. Por tanto, la naturaleza de las modificaciones estructurales no permite excluir con seguridad la existencia de transmisión. Esto no hace irrelevante esta tendencia doctrinal y legislativa en relación con el punto que tratamos, pues la especial naturaleza modificativa de las modificaciones estructurales debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar estos derechos e interpretar el ámbito del supuesto de hecho que da lugar a su ejercicio.

Una segunda razón para sostener que una modificación estructural no da lugar al ejercicio de un derecho de adquisición preferente es que en estos casos no se produce el tipo de enajenación que típicamente da lugar al ejercicio de estos derechos, que son transmisiones inter vivos onerosas. Este tipo de transmisiones son las que típicamente permiten a un tercero colocarse en la posición del adquirente, entregando la misma contraprestación que el primero dio. En la sucesión universal, por el contrario, la transmisión es un efecto necesario de la extinción de la sociedad, y no existe contraprestación en cuya obligación de pago pueda subrogarse en nuevo adquirente. Sin embargo, ya vimos al definir los caracteres de la sucesión universal en las modificaciones estructurales, que no estamos ante una transmisión mortis causa, ni tampoco que estrictamente sea gratuita. El hecho de que el origen de la transmisión esté en la voluntad concorde de los órganos soberanos de transmitente y adquirente (las juntas de las mismas) indica que se no se trata de un acto por causa de muerte sino inter vivos y voluntario. Y en cuanto al carácter oneroso, si bien no hay propiamente una contraprestación entre las partes, no es desde luego un acto gratuito. Los socios de las extinguidas reciben acciones de la adquirente, que aunque no pueda considerarse como contraprestación sí determina que no hay atribución gratuita. Como señala Mantovani, la inclusión de estas operaciones en la doctrina

anglosajona dentro de la categoría más amplia de las adquisiciones de empresa (*Mergers & Acquisitions* o M&A) revela también este carácter<sup>123</sup>. Sin embargo, aunque admitamos que se produce una transmisión onerosa inter vivos, sí es relevante que no exista contraprestación entre la transmitente y la adquirente. El ejercicio del derecho no puede realizarse mediante la entrega de un bien fungible al transmitente, y eso obviamente limita el ejercicio del derecho a los supuestos en que el mismo prevea un sistema de valoración del bien transmitido.

Algunos autores entienden que la característica antes examinada de que el sucesor se subroga en el lugar del causante sin alteración del derecho revela que en realidad no existe un nuevo título de adquisición del sucesor, sino una continuación en el mismo título. Esto tiene su manifestación más clara en el hecho de que el tiempo de usucapión del causante continúa en el sucesor, lo que no tiene lugar en el caso de las transmisiones a título particular<sup>124</sup>. A mi juicio esto es demasiado lejos pues dado el origen voluntario de la fusión sí se puede considerar que el título de adquisición es la propia modificación estructural. Sin embargo, sí es cierto que la finalidad de reorganización sí que aleja esta forma de sucesión del concepto de enajenación, como veremos.

Es contra de la aplicación de estas limitaciones se puede argumentar también que lo impide el hecho de transmitirse un conjunto de bienes como universalidad. Al transmitirse los bienes en conjunto no hay identidad entre el objeto de la transmisión y aquel sobre el que se quiere ejercitar el derecho. Podemos encontrar alguna analogía con el artículo 25.7 de la LAY, que establece: “7. No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del

---

<sup>123</sup> Mantovani. Cit. Pag. 168

<sup>124</sup> SANTAGATA. *La fattispecie della fusione*, in AA. VV., *Fusioni e scissioni di società*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano, 1995, p. 11 entiende que la función de la sucesión universal es ser neutral, por lo que el sucesor se hace cargo, en la misma situación jurídica subjetiva en la que se encontraba el decedente. Por el contrario, en caso de una transmisión a título particular en que se realiza una simple "enajenación" de los bienes, la regulación de la situación jurídica adquirida también se ve afectada por las normas (y las vicisitudes) del título de la transmisión; en una fusión "el que adquiere es inmune a este efecto ya que las relaciones "reales" se mantienen ancladas al título del transmitente".

arrendador que formen parte de un mismo inmueble, ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un único comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble”<sup>125</sup>. Por tanto, si el hecho de que se transmitan varios inmuebles implica que no se puede ejercitar derechos respecto de uno de ellos, con más razón debería aplicarse este principio en este caso en el que no es que se transmitan varios inmuebles, sino un conjunto de elementos absolutamente heterogéneos, aunque relacionados entre sí por formar una empresa o unidad económica. En el mismo sentido podríamos citar el art 108.2 LSC que prohíbe las cláusulas de limitación de transmisión de participaciones en las que el socio “quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas”. En el mismo sentido la STC 50/2011 de 14 de abril da a entender que las normas que restringen las transmisiones a título particular no necesariamente han de aplicarse a transmisiones de conjuntos patrimoniales: “no es objeto de cesión o transmisión aislada con separación de la relación jurídica del que fuera hasta ese momento el arrendatario ... sino que ... en los casos de fusión o escisión la modificación subjetiva que experimenta la relación arrendaticia se produce como consecuencia de la ejecución de procesos globales de integración y sucesión patrimonial en el marco de operaciones de modificación estructural de la entidad arrendataria (como organización jurídica), alejados de los genuinos esquemas de los contratos de “cesión mediante precio” de los locales en los que se inscribe (art. 29 LAU) el traspaso de local de negocio a que se refiere el precepto cuestionado.”

A lo anterior cabría añadir que la diferencia entre la transmisión global o individual no es meramente formal, porque los intereses involucrados son distintos. En el caso de una transmisión individual solo se contraponen el interés del retrayente al interés del vendedor en vender a quién elija y al interés en adquirir ese bien de un tercero que no ha sido titular con anterioridad y que con arreglo al funcionamiento normal de estos derechos debe quedar indemne de lo que hubiere pagado. Sin

---

<sup>125</sup> Curiosamente, sin norma legal específica, el tribunal supremo italiano llega a esta misma conclusión para el caso de la venta de un edificio. Cass., 25 maggio 1956, n. 1956, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1297

embargo en el caso de transmisión de una universalidad, existe además un interés en el mantenimiento de una unidad, y un interés de la economía en general en que esas operaciones se hagan sin costes excesivos, que es el que justifica la existencia de esa regulación.

Haciendo un análisis económico de la cuestión, hay que tener en cuenta que el coste de admitir el ejercicio de estos derechos es potencialmente muy alto. La incertidumbre que implicaría para las operaciones de modificación estructural el ejercicio de estos derechos sería muy grande, pues el adquirente no podría saber si va a poder continuar con la empresa en su integridad. La necesidad de pactar con antelación con los titulares la renuncia a los mismos sería por una parte, incompatible con la reserva necesaria en algunas operaciones de adquisición, y en todo caso costosa en términos de tiempo y recursos. Desde el punto de vista económico sería además ineficiente, pues permitiría a terceros que no están perjudicados por la operación obtener ventajas en esa negociación. Esto supone o bien que si no se llega a un acuerdo se frustre la operación, o si se llega que - por decirlo en términos de análisis económico del derecho- estos terceros capturan parte del valor generado por la reestructuración. Se crea una situación denominada de *hold up*, es decir que permite a unos terceros no interesados directamente en la operación paralizarla y condicionar su consentimiento a la obtención de ventajas económicas<sup>126</sup>.

Por otra parte, el que la transmisión no sea gratuita no quiere decir que permita el ejercicio del derecho, pues se mantiene el problema de que no hay contraprestación de esa transmisión. La entrega de las acciones o participaciones no se hace a la transmitente sino a los socios, que no las reciben en contraprestación de los bienes aportados sino en sustitución de su participación en la sociedad extinguida. En consecuencia, no hay contraprestación fijada ni manera de saber qué valor le hubieran dado las partes. Por supuesto se puede fijar, por la ley o por un juzgado, un método para la determinación objetiva del precio. Pero hay que tener en

---

<sup>126</sup> A semejanza de lo se señalan PAZ ARES SAEZ. Pag. 46. En ese caso en relación a la necesidad de consentimiento de los terceros contratantes de la sociedad fusionada

cuenta que acudir a cualquier procedimiento distinto al del precio entre las partes implica en principio, una ineficiencia desde el punto de vista económico. En principio el precio que se fija entre dos partes independientes en un mercado libre supone que ambas partes obtienen la mayor utilidad marginal posible en el intercambio. Cuando el precio lo fija un tercero nunca podrá tener en cuenta los intereses de las partes ni la posibilidad de adquirir ese bien por otra persona. Por todo ello el sistema de fijación del precio es subóptimo: como los derechos de tanteo y retracto tienen el carácter de potestativos, el perjudicado será siempre la parte frente a la cual se ejercita el retracto, es decir en este caso la sociedad resultante. Con lo cual a la ineficiencia de la ruptura de la unidad y de la inseguridad y del aumento de costes de transacción se unirá la de la fijación de un precio no de mercado. Esa tendencia contraria a la aplicación de los derechos de adquisición en caso de modificación estructural es la que resulta de la LAU que examinaremos más adelante, que dicen que por las mismas no se entenderá producido el traspaso o cesión en los casos de modificación estructural.

La conclusión de estas consideraciones es que no se puede dar una respuesta única sino que habrá que considerar el tipo de derecho y su redacción, aunque las peculiaridades de la naturaleza de las modificaciones estructurales hace que se deba tender a restringir la aplicación de estos derechos.

Hay dos casos claros y otros en los que la decisión puede plantear algunas dudas.

En primer lugar, hay que partir de que es posible que la ley, un contrato o un pacto prevea la posibilidad del ejercicio del derecho de tanteo y retracto para el caso específico de una modificación estructural o de todas ellas. En ese caso, la ley o el pacto deberá prever no solo las condiciones y plazos para el ejercicio, sino la forma de determinación del precio a pagar por el adquirente pues del procedimiento de modificación estructural no será posible deducir el valor de la contraprestación. En este caso no hay duda que será posible y lícito el ejercicio del derecho.

En sentido contrario, hay supuestos en los que claramente no cabrá el ejercicio de estos derechos. Este será el caso en que el derecho de adquisición o la restricción esté prevista para el supuesto específico de la compraventa u otros de transmisión en la que intervenga contraprestación monetaria determinada (dación en pago, por ejemplo). No han de poder ejercerse en los supuestos de una modificación estructural, primero porque este tipo de derechos han de considerarse de interpretación restrictiva pues la propiedad se presume libre y por tanto los límites a su transmisión han de ser los expresamente previstos por la ley<sup>127</sup>, pero sobre todo porque sería imposible aplicarlos al no derivarse de la operación la contraprestación que habría que pagar. Ya hemos visto que además es antieconómico que sea el juez el que determine ese valor objetivo, pero es que en este caso no hace falta recurrir a ese argumento pues no existiría base legal o contractual para que se aplique este sistema.

Entre los casos dudosos está el supuesto de que el pacto o la norma establezca como supuesto de hecho de ejercicio del derecho las enajenaciones o transmisiones onerosas en general. Si la norma o el título de creación del derecho no establezcan un procedimiento objetivo para la determinación del precio a pagar por el que ejerce el derecho, no debe poderse ejercer el derecho, porque hay que presumir que el legislador o los contratantes estaban pensando en una contraprestación dineraria. Se aplica por tanto lo mismo que en el párrafo anterior.

Aún en el caso en que este sistema de fijación del valor del bien retraído se hubiera previsto en la ley o el contrato, entendemos que en principio la respuesta ha de ser negativa. Por una parte, porque el objeto de la transmisión es distinto y más amplio que el previsto, y en consecuencia están en juego intereses distintos que hacen decaer el interés prevalente del adquirente. También por el carácter anti económico tanto de las restricciones a la transmisión como de la fijación de precios al margen del mercado, y por las demás razones antes expuestas. Por todo

---

<sup>127</sup> PARRA LUCAN, M.A. Derechos de adquisición preferente en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad. Visto en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=683> . visto el 26 de octubre de 2015

ello hay que presumir que la ley o la norma están pensando en el caso ordinario de transmisión, ya que podrían haber previsto el supuesto concreto de la modificación estructural y no lo han hecho.

Sin embargo en algunos casos la conclusión general puede tener excepciones, sobre todo en el caso de las cláusula contractuales y estatutarias, que deberán ser examinadas teniendo en cuenta lo querido por las partes con arreglo a las normas generales de la interpretación de los contratos (arts 1281 y ss. Cc). Es posible que se pueda sostener su aplicación cuando de la configuración del derecho resulte claramente que existe una identidad de razón con el supuesto previsto. Por ejemplo, en el caso de que una cláusula estatutaria en materia de adquisición preferente de participaciones sociales fuera acompañada de un pacto de socios que permitiera ejercer un derecho (configurado como opción o de otra forma) en el supuesto de cambio de control accionarial en uno de los socios. En ese supuesto, si el socio titular de las participaciones es absorbido por otra sociedad de manera que el control ya no corresponde al socio de referencia previsto, parece que sí se debería poder ejercer el derecho. Pero en realidad, aquí no se estaría ejercitando el derecho por la transmisión sino por el cambio de control: de hecho debería poder ejercitarse igual en el caso de que el socio fuera el absorbente, si la entrega de participaciones en los nuevos socios produce el mismo cambio de control sin modificación del titular.<sup>128</sup>

Un caso especial se plantea cuando el ejercicio del derecho esté previsto para el caso de sucesión universal mortis causa, pero sin especificar nada para las modificaciones estructurales es problemático. Uno de los argumentos para restringir el ámbito del derecho -la no coincidencia del objeto de la transmisión- desaparece cuando específicamente la ley o el pacto prevé que pueda afectar a la sucesión universal. Lógicamente en este caso la norma o pacto regulará también la

---

<sup>128</sup> La doctrina está dividida en esta cuestión. CONDE TEJON 2004. Pag. 425 mantiene que los derechos de adquisición son normas de transmisión particular de bienes que no se han de aplicar a las modificaciones estructurales. En contra se pronuncia OLIVENCIA RUIZ, M. fusión, escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones. En Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons. Tomo II. Valencia 1995. Pag. 2639

forma de determinación del precio también, lo que facilitará el funcionamiento del derecho. Sin embargo, esto no permite extender automáticamente el derecho a la sucesión derivada de una modificación estructural, porque como hemos visto existen importantes diferencias entre la sucesión mortis causa y las modificaciones estructurales. Por una parte, la cualidad personal del titular persona física es mucho más evidente que en el caso de las persona jurídicas. Si los socios de una sociedad cerrada permiten que ingrese como socio una sociedad, son conscientes de que no controlan el accionariado de esta y que, en consecuencia, tanto su administrador o representante en las juntas como los socios pueden cambiar sin que eso les permita ejercer ningún derecho. En esas condiciones la cualidad personal queda tan debilitada que no se parece en nada al cambio en la persona física para el que está previsto el ejercicio. Además, en la sucesión hereditaria no concurre el interés de mantener unidos los elementos de una empresa que sí se da en principio en una reestructuración empresarial. Finalmente, desde el punto de vista de la interpretación de la voluntad (del legislador o los contratantes), el hecho de que se haya previsto la sucesión hereditaria y no la derivada de las modificaciones estructurales es otro argumento para no extender el derecho a estas últimas.

Es interesante destacar la cuestión planteada en los párrafos anteriores sobre el cambio de control en la sociedad. La conclusión a la que llegamos es que la razón de la aplicación de la limitación (del derecho de retracto en este caso) no es la transmisión (el cambio de titular) sino el efecto de la modificación estructural en la relación. Esta modificación de la relación es lo que hace que tenga sentido aplicar el derecho de adquisición. En consecuencia, si lo determinante no es el cambio de titular sino el cambio en la relación por efecto de la fusión, se debería aplicar también cuando hay fusión sin cambio de titular, es decir cuando la relación permanece formalmente en el mismo titular (la absorbente).

El estudio de esta cuestión nos permite ir formando un criterio general sobre las cuestiones problemáticas en materia de transmisión por sucesión universal. Como vemos, lo importante es superar la visión

formalista de la transmisión. El cambio de titularidad derivado de una modificación estructural no puede en general equipararse a una transmisión individual de los bienes comprendidos. Sin embargo, no se puede negar que la modificación estructural puede producir modificaciones en la relación jurídica que deberán ser tenidas en cuenta si afectan sustancialmente a la relación. En principio hay que presumir que la fusión es neutra desde el punto de vista de la relación, y que por tanto el fenómeno de la sucesión universal no la debe modificar la relación ni requerir los consentimientos o formalidades que requerirían las transmisiones individuales ordinarias se producirían. Pero si se comprueba que en efecto no es neutra desde el punto de vista real o sustantivo porque de hecho queda modificada la relación, tampoco debe serlo en cuanto a la carencia de efectos o limitaciones a la transmisión y se deben aplicar las normas legales o pactadas que limitan esa transmisión. Finalmente, en estos casos hay que superar el formalismo pero con el efecto contrario: no para restringir las modificaciones derivadas de la sucesión, sino para aplicarlas también a las relaciones de la sociedad absorbente, es decir incluso cuando no hay cambio formal de titularidad.

Esta última conclusión nos permite utilizar este criterio en sentido inverso, es decir para determinar si esa neutralidad ha de entenderse vulnerada o no. En el caso que nos ocupa, si el ejercicio del derecho de adquisición preferente no nos parece justificado respecto de ese tipo de bienes en la absorbente, no debería aplicarse tampoco para los bienes de la absorbida.

Con esta orientación general, se estudian a continuación los supuestos especiales regulados en la ley, y la aplicación de estas normas a determinados retractos convencionales.

#### ***2.4.2.2 Estudio de supuestos especiales***

##### ***2.4.2.2.1 Los retractos del código civil***

El art. 1521 define con carácter general este derecho : *“El retracto legal es el dº de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.”*

Dentro del capítulo correspondiente, el Cc solo regula el retracto entre comuneros cuando otro enajena su cuota (art. 1522), y el de colindantes (art. 1523) *“cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea”*.

La finalidad en el primer caso es evitar las situaciones de comunidad, consideradas antieconómicas desde el derecho romano, y en el segundo evitar las situaciones de minifundio, también por razones de eficiencia económica.

A mi juicio en ambos casos está claro que no se aplica el derecho en el supuesto de sucesión universal pues, aunque en los artículos específicos se hable de enajenación en general, la definición del retracto en el 1521 limita el supuesto de aplicación a los negocios de compraventa y dación en pago, lo que confirma la regulación del funcionamiento del mismo (Arts. 1511 a 1518) en los que se habla de reembolsar el precio.

Lo mismo se puede sostener respecto del resto de los retractos del Cc pues en todos ellos se habla del supuesto de venta exclusivamente: tanto en los de censos (art. 1636. 1º y 1656.6º CC), de coherederos (Art. 1067), o de consocios, al remitirse para la partición entre socios a las reglas de las herencias (art. 1708). Lo mismo cabe defender para todos aquellos derechos de retracto legales contenidos en otras leyes que no especifiquen su régimen, pues este será el general del art. 1521 Cc ya examinado. Este es el caso por ejemplo del derecho de colindantes de explotaciones prioritarias del art. 27 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agraria de 4 de julio de 1995. También el de todos aquellos que incluyendo tanteo y retracto establezcan un procedimiento pero se ejerciten mediante reembolso del precio (por ejemplo el urbanístico del art. 126 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo). Esta

parece ser la opinión también en la doctrina italiana y en la jurisprudencia y doctrina francesas <sup>129</sup>.

En el caso de la cesión de créditos litigiosos (art. 1535 y 1536) se plantea el problema de qué es lo que se debe considerar un crédito litigioso<sup>130</sup>, pero en cualquier caso no sería aplicable al caso de modificación estructural pues el artículo 1535 habla claramente de la venta del crédito. En relación con este caso habría que tener en cuenta la disposición Adicional de la LEY 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética del Parlamento de Cataluña que establece que en el caso de cesión de créditos garantizados con la vivienda del deudor si este es un consumidor “si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que este ha pagado más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda”. Se trata por tanto de un efecto muy semejante al del art. 1535, que siempre se ha considerado por la doctrina como un supuesto de retracto, pero en este caso no sujeto al carácter litigioso del crédito. En una modificación estructural existe título oneroso, pero entiendo que al hablar de precio, tampoco es aplicable. Además, lo que persigue la ley en ese caso es permitir que los deudores se aprovechen de la cesión a bajo precio que hace el acreedor a compradores de la deuda (fondos de “*distressed debt*” más conocidos como fondos buitres), lo que no se produce en el caso de una fusión. Solo si se produjese una segregación y venta posterior con la finalidad de evitar este derecho podría admitirse su aplicación, pero en ese caso entraríamos ya en el ámbito del fraude de ley.

#### **2.4.2.2.2 El retracto en los arrendamientos**

En cuanto a los arrendamientos urbanos, claramente no se aplica el derecho de tanteo y retracto del arrendatario en caso de fusión del arrendador puesto que el Art. 25.1 de la vigente ley habla del supuesto de venta. A mayor abundamiento, el art. 21.7 de la LAU establece que no se

---

<sup>129</sup> COZIAN. Cit. Pag. 737

<sup>130</sup> GOMÁ, F. Ventas de hipotecas a “fondos buitres” y retracto del deudor. 7 mayo, 2014. <http://hayderecho.com/2014/05/07/ventas-de-hipotecas-a-fondos-buitres-y-retracto-del-deudor/>. Visitado 2 de octubre 2015

dará el derecho cuando se venda todo el inmueble, por lo que si el inmueble se transmite dentro de un conjunto empresarial (aunque este no comprenda la totalidad del inmueble) con más razón no debe desencadenarse este derecho.

Para los arrendamientos sujetos a la ley de 1964, el art. 35 reconoce también un derecho de tanteo al arrendador para el caso de traspaso -en este caso lo que se retrae es el contrato y no la propiedad- pero ya vimos que el Art. 31 dice específicamente que en caso de transformación, fusión o escisión no se considera realizado el traspaso aunque exista derecho a la elevación de la renta como si este se hubiera producido. Por tanto, en las modificaciones estructurales no existe traspaso ni derecho de retracto. Entendemos que ha de aplicarse analógicamente esta norma al supuesto de cesión global, figura que no se regulaba dentro de las modificaciones estructurales cuando se redactaron esas leyes.

En relación con los arrendamientos rústicos, la cuestión puede plantear más dudas. El art. 22 de la Ley 49/2003 de 26 de noviembre de Arrendamientos Rústicos establece el derecho de tanteo y retracto del arrendatario que sea agricultor profesional no solo en el caso de compraventa sino en “toda transmisión ínter vivos de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquiera otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas”, estableciendo los criterios de fijación del precio en caso de que en el propio negocio propuesto no este fijado este. Como vemos, el legislador considera el interés del agricultor arrendatario mucho más digno de protección que el del simple arrendatario de inmuebles, aplicándolo incluso a las donaciones y haciendo por tanto prevalecer este interés sobre el del propietario interesado en obtener una contraprestación distinta, por ejemplo, a través de una permuta. En contra de la aplicación en el caso de fusión podríamos argumentar que se limita a las transmisiones inter vivos, pero hemos visto que en realidad las modificaciones estructurales no pueden clasificarse dentro de las transmisiones mortis causa por su origen voluntario.

No obstante, creo que la ausencia de referencia a las transmisiones mortis causa es reveladora en tanto que son el supuesto típico de transmisiones a título universal. En relación con los criterios vistos anteriormente, está claro que en principio la fusión en nada va a afectar al arrendatario en el sentido que justifique otorgarle un derecho por esa variación. Además, para evitar el derecho de tanteo y retracto bastaría convertir la absorbente en absorbida, lo cual carece de lógica. Por otra parte, el procedimiento previsto en la ley claramente parece estar pensando en transmisiones a título particular: así, la referencia a la necesidad de notificar la escritura de transmisión y de acreditar esta notificación para la inscripción. El hecho de que se exceptúe en el caso de transmisiones a título gratuito entre parientes cercanos permitiría una cierta analogía con la transmisión entre sociedades vinculadas, o la integración que implica la fusión. Por todo ello entiendo que no nace el derecho en este caso, aunque desde el punto de vista práctico será uno de los supuestos que claramente hay que tener en cuenta en la preparación de la fusión, y que podrá aconsejar que se opte por hacer que la absorbente sea la arrendadora<sup>131</sup>.

#### **2.4.2.2.3 Propiedades especiales**

El Art. 25 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003 establece un derecho de tanteo y retracto en el caso de transmisiones onerosas. Se puede plantear alguna duda sobre su aplicación puesto que no habla de precio sino de importe (art. 25.4) y además el 25.3 establece “ No habrá derecho de adquisición preferente cuando se trate de aportación de capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo”. En la aportación en especie se trata claramente de un supuesto en que no hay precio propiamente dicho, y además tiene ciertas semejanzas con la transmisión derivada de una fusión, pues se trata de

---

<sup>131</sup>A la misma conclusión llega Mantovani en el derecho italiano, si bien en el mismo la exclusión de la permuta hace más fácil la conclusión. MANTONVANI. Cit. Pag. 206 ss.

otro supuesto en que se aportan bienes y se entregan participaciones o acciones de la adquirente. No obstante, entiendo que no es aplicable, primero porque claramente está pensando para transmisiones a título particular, que además son las únicas en las que existe un importe determinado para el bien, como exige el art. 25.4. La falta de método fijado por la ley para determinar ese importe refuerza esta postura.

En la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad también se prevé en términos muy generales un derecho de tanteo y retracto en el art. 39. "en los actos o negocios jurídicos de carácter oneroso y celebrados *inter vivos* que comporten la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles" (art. 39). En los mismos términos se establece un derecho de retracto en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques nacionales. A pesar de la extensión del derecho no solo a transmisiones onerosas sino a la constitución de derechos reales, creo que no es aplicable a las modificaciones estructurales por las razones generales vistas y en concreto por la falta de fijación de un sistema para la determinación del precio<sup>132</sup>.

No cabe duda de que no operan estos derechos en los retractos previstos en la Ley de Costas de 28 –julio- 1988, , Ley de Puertos de 26 -noviembre- 2003, ni la ley de patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985<sup>133</sup> pues en todas ellas se hace referencia a la existencia de un precio.

#### ***2.4.2.2.4 Las limitaciones legales a la transmisibilidad de las participaciones sociales***

---

<sup>132</sup> Curiosamente este es un supuesto que no trata un estudio referido a este concreto derecho. PARRA. Cit.

<sup>133</sup> El art. 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, que incluye también las enajenaciones a través de subastas públicas. Pero la mejor doctrina ha entendido que ha de hacerse una interpretación estricta excluyendo las transmisiones onerosas sin contraprestación que permita la subrogación del adquirente. En este sentido Álvarez Álvarez, J. L., *Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, ed. Civitas, Madrid, 1989. pags 285 y ss

El Art. 123 LSC proclama la libertad de transmisión de las acciones salvo disposición estatutaria en contrario por lo que nos basta con examinar los Arts. 107 a 112 de la LSC para determinar si las limitaciones que establecen para el supuesto de que no se prevea nada en estatutos se aplican o no a los supuestos de modificación estructural.

El supuesto de aplicación que establece el art. 107 LSC es “la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos”, lo cual no permite en principio excluir el supuesto de modificación estructural, que ha de considerarse desde luego voluntaria y en una categoría distinta a la clasificación Inter vivos/mortis causa, que solo es posible aplicar directamente a las personas físicas. Además no se limita al supuesto de transmisión por precio pues aunque el es supuesto típico que se regula en la letra a) del artículo la letra d) párrafo segundo establece : “En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.”. Por tanto, la ley establece un procedimiento para la determinación del precio que permitiría su aplicación a un supuesto de transmisión sin contraprestación como es el de una modificación estructural.

A favor de la aplicación de esta norma se podría argumentar el carácter personalista de estas sociedades, y que conforme al art. 108 los estatutos podrían establecer excluir la aplicación de esta regla siempre que la transmisión no se convierta en prácticamente libre, y evidentemente excluir su aplicación en el supuesto de las modificaciones estructurales no incurre en esta prohibición. Además, podría añadirse que la ley no excluye su aplicación en el caso de transmisión universal pues permite establecer límites a la transmisión en la sucesión hereditaria (art. 110 LSC). En la doctrina francesa, LE CANNU señala que en el caso de no admitirse la aplicación en los supuestos de modificaciones

estructurales, estas constituirían un mecanismo sencillo para eludir las cláusulas de limitación de la transmisión<sup>134</sup>.

Sin embargo, entendemos que también –y especialmente- en este supuesto hay que defender la no aplicabilidad de la norma supletoria sobre la adquisición preferente. En primer lugar, son de aplicación los argumentos que se han esgrimido en la parte general: la autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales, los intereses generales presentes en este tipo de operaciones, la peculiaridad de la sucesión universal, etc..., a los que nos remitimos. Por otra parte, el argumento de la elusión es débil: nada impide a los estatutos incluir expresamente este supuesto, y además si la finalidad de la operación fuera eludir este derecho, será posible acudir a reclamar el ejercicio de este derecho alegando que se realizó en fraude de ley, de acuerdo con el art. 6.4 y tal y como se examinará al final del estudio (apartado 2.7.1).

Pero es que además en este caso existen razones derivadas de la regulación que claramente indican que no debe admitirse su aplicación. En cuanto a la interpretación literal, la ley no se refiere en ningún momento a la transmisión por una modificación estructural. Además, resulta de la redacción del artículo 107 que se está refiriendo a un proyecto de transmisión concreto y a un número determinado de participaciones. Los artículos 107 y 110 hablan de la transmisión inter vivos y mortis causa, es decir que contemplan los medios típicos de transmisión y no se plantean la transmisión universal entre sociedades. Es particularmente revelador que el Art. 110 establece que salvo previsión estatutaria en contrario la norma no se aplica al otro supuesto de sucesión universal, por lo que lo mismo debe sostenerse para las modificaciones estructurales. Hay que fijarse también en el art. 108.2 LSC que establece que son nulas las cláusulas que obliguen al socio a transmitir un número distinto de participaciones de las ofrecidas: por tanto, a pesar de que la ley permite fijar un precio distinto del ofrecido, pone como límite al derecho, incluso por pacto en estatutos, que el transmitente no tenga que transmitir algo distinto de lo que quiere.

---

<sup>134</sup> LE CANNU. Cit. Pag. 950.

Teniendo en cuenta que en este caso se trata de una transmisión de un conjunto de bienes, de una unidad, no tiene sentido que este derecho obligue al fraccionamiento de la transmisión.

Desde el punto de vista lógico la aplicación resulta totalmente absurda, pues el procedimiento establecido en el Art. 107 resulta absolutamente inapropiado a una modificación estructural. La sociedad fusionada tendría que notificar el proyecto de fusión, cuya confidencialidad puede ser necesaria, y se tendría que esperar a la celebración de una Junta General que opinaría sobre el consentimiento para la misma. Si no se presta el consentimiento se presentan ofertas, es necesario hacer una valoración, etc... Esto es también incoherente desde un punto de vista sistemático: significaría que la fusión se impone a todo tipo de contratantes con un elemento personal mucho más pronunciado que el del contrato de sociedad de responsabilidad limitada. Y justo en este caso el proceso habría de demorarse quizás durante meses para pedir el consentimiento de la sociedad. La misma incoherencia se plantea en relación con los derechos de los acreedores: en este caso la fusión supone una modificación sustancial pues les priva del derecho a impedir la transmisión del crédito, dándoles a cambio un derecho de oposición -que las últimas reformas han ido restringiendo y que la mayoría de la doctrina considera que aún les otorga un poder excesivo-. Si comparamos esta situación con el derecho de veto que daría de hecho a cualquier con-socio de la absorbida, resulta evidente el absurdo. También el resultado de la aplicación de este derecho plantea un problema al conjunto del sistema: en la doctrina francesa LE CANNU ha defendido la aplicación de las cláusulas en la sucesión universal pero señala que lleva a una “situación original que los textos actuales no permiten tratar fácilmente”<sup>135</sup>, y propone varias soluciones de extrema complejidad, señalando al final que si se realiza sin consentimiento sería necesaria la recompra por los demás socios.

A la misma conclusión nos lleva que en el primer punto del artículo se establezcan como libres las transmisiones, aún a título singular “en favor

---

<sup>135</sup> LE CANNU. Cit. Pag. 950.

de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente”. Si admitimos la limitación en toda fusión, se aplicaría también cuando la misma no implica un cambio de control, y por tanto operaciones equivalentes a transmisiones intragrupo. Por tanto, la modificación estructural, que está regulada para facilitar la reestructuración de empresas, se convertiría en un procedimiento peor y más complejo que la simple aportación a otra sociedad del grupo.

En cuanto a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, nada sería más contrario a esa realidad que la aplicación de esta norma. Hoy en día es absolutamente común que la sociedad participe en otras sociedades con otros socios. La sociedad limitada es el tipo social utilizado de forma general, de manera que no se caracteriza en la práctica por tener rasgos personalistas pronunciados, sino que es el tipo para toda clase de sociedades, grandes y pequeñas, abiertas y cerradas. Y las reorganizaciones, como se dijo en la parte introductoria, son más frecuentes y necesarias que nunca.

Desde el punto de vista de los intereses en juego la solución es igualmente clara en sentido de no admitir el ejercicio de estos derechos. Por una parte, está el interés de los socios a mantener la sociedad cerrada, es decir de poder restringir la entrada de socios no deseados. Este interés es protegido por la ley, pero no de manera intensa pues el Art. 107 es una norma dispositiva. No se considera de suficiente entidad como para que los interesados, a priori y en estatutos, no puedan renunciar a ella con el único límite de hacer la transmisión totalmente libre (108 LSC). Además, este interés se protegería solo formalmente pues desde el punto de vista sustantivo la misma alteración estructural se produce en la absorbida que en la absorbente. El cambio para los socios obviamente es mayor en la estructura de capital de la sociedad más pequeña, pero esta puede perfectamente ser la absorbente. El interés de los socios es además distinto y más débil que en una transmisión normal, pues como hemos visto con las teorías modificativas en la doctrina italiana, las modificaciones estructurales son más alteraciones del contrato de sociedad que verdaderas transmisiones. También podemos añadir que

este interés queda diluido en cuanto uno de los socios es una sociedad, pues el carácter personal de estas no es el mismo que en una persona física (cuestión que se estudia más detalladamente en el apartado 2.4.6.4 relativo al *intuitu personae* en los contratos).

En el otro lado se encuentra el interés de las sociedades en reestructurarse: dado el procedimiento legal, la modificación estructural se convierte en poco menos que impracticable para cualquier sociedad que tenga algún socio en alguna de sus participadas, lo que va en contra del fundamento de toda la regulación de modificaciones estructurales. La consecuencia de esta desproporción es también una ineficiencia económica: unas personas que tienen un interés de muy poca entidad, pero extraordinariamente protegido, tienen la inevitable tentación de sacar partido al mismo, apropiándose de parte de los beneficios que a la sociedad le proporciona la fusión (posibilidad de *hold up*), produciendo en consecuencia o el bloqueo de la fusión o la captura de unos beneficios que debían quedarse en las empresas que realizan la operación.

#### **2.4.2.2.5 Las limitaciones convencionales a la transmisión de acciones o participaciones**

En el estudio general de las limitaciones a la sucesión universal he defendido que en principio es posible admitir limitaciones voluntarias al efecto de la sucesión universal. Estas limitaciones pueden proceder de pactos en contratos de cláusulas contenidas en los estatutos sociales.

En consecuencia, si la cláusula estatutaria prevé específicamente la aplicación de una limitación o derecho de adquisición preferente en caso de modificación estructural, deberá admitirse, siempre y cuando establezca un procedimiento de adquisición que sea compatible con el de las modificaciones estructurales.

El problema se plantea cuando existe una cláusula limitativa de la transmisión que no hace referencia específica a las modificaciones estructurales. De manera semejante a lo que se ha visto en materia de

tanteos o retractos convencionales, entiendo que se tratará de una cuestión de interpretación de la cláusula concreta.

En el caso de que en la misma se limite a la compraventa o a otros negocios concretos, entiendo que no existirá la limitación en la modificación estructural. Lo mismo cabe decir si se habla de enajenación, y desde luego siempre en el caso de que se prevea la existencia de una contraprestación. Si se trata de una cláusula que se remite de manera genérica a la transmisión y prevé el cálculo de un precio objetivo en el caso de falta de precio, entiendo que no sería aplicable por las mismas razones que se han examinado en relación con la cláusula legal subsidiaria.

Por tanto, en principio solo deben aplicarse las limitaciones, prohibiciones, y derechos de adquisición preferente en caso de modificación estructural en el caso de que expresamente se hubiera hecho referencia a estas operaciones en los estatutos. Las razones expuestas en el punto anterior se podrían reproducir en su mayoría: la naturaleza limitativa de estas restricciones, el respeto a la autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales, la ponderación de los intereses en juego, etc... Así lo entiende Mantovani en su extenso estudio dedicado a los derechos de adquisición preferente en la fusión, al decir que “es posible sostener la, en vía de principio, la no aplicación a las modificaciones estructurales a las cláusulas limitativas de la circulación de las participaciones sociales, y la necesidad de interpretar las cláusulas amplias o ambiguas en sentido de excluir su aplicación a estas operaciones extraordinarias”<sup>136</sup>. En la jurisprudencia italiana se ha señalado que han de excluirse en general en los casos en los que la contraprestación no es fungible<sup>137</sup>.

Sin embargo, en el caso de la cláusula estatutaria el rechazo no debe ser automático como en el caso de la cláusula legal supletorio, pues

---

<sup>136</sup> Mantovani. Cit. Pag. 216, que cita asimismo la sentencia Trib. Milano, 12 noviembre 1970,

<sup>137</sup> V., ad es., App. Mescisiónina, 11 luglio 1957, in *Mass. Giust. civ.*, 1957, p. 29 ss. En los tribunales franceses ha habido pronunciamientos distintos. Una primera sentencia y los tribunales franceses también han excluido la aplicación de las normas convencionales limitativas de la transmisión en los casos de fusión (cass. Com 19 de abril de 1972) pero otra de 13 de junio de 1986 admite la cláusula teniendo en cuenta la interpretación hecha por el tribunal de instancia de la cláusula estatutaria.

habrá que determinar si por su concreta redacción se debe aplicar, en particular cuando de la configuración del derecho resulte claramente que existe una identidad de razón con el supuesto previsto.

En nuestra jurisprudencia una SAP Madrid de 14 de febrero de 2008 (un. 51/2008), entendió que sí era aplicable en un caso de fusión una cláusula limitativa que se refería a toda transmisión inter vivos y en el que se establecía un sistema para fijación del precio. Dice que “la interpretación restrictiva que se predica de este tipo de estipulaciones no significa que una operación de escisión o de fusión deba estar expresamente citada... bastará que los estatutos sociales mencionen ... todas las transmisiones inter vivos”. El argumento que da es que de la cláusula derivaba la voluntad de convertir la sociedad en cerrada. La sentencia sin embargo no otorga a los socios o la sociedad la posibilidad de ejercer el derecho de retracto pues carece de apoyo estatutario, y simplemente establece que la sociedad que es la nueva titular no puede ejercer sus derechos frente a la sociedad. Por otra parte reconoce que la situación es anómala, señalando que la conclusión del tribunal “no puede proporcionar una solución idónea para la anómala situación creada”.

Creo que la solución es errónea tanto en la interpretación de la voluntad como en la consecuencia de la misma. El argumento de mantener el carácter cerrado de la sociedad es muy débil cuando uno de los socios es una sociedad: si ya se ha admitido como socio a una sociedad, es evidente que el carácter personal del socio es ya muy relativo. Todo el mundo sabe que los socios de una sociedad pueden cambiar, así como puede cambiar su administración y por tanto los interlocutores de los demás socios. Y todo esto por supuesto, sin que dé lugar al ejercicio del derecho de adquisición o a la denegación de derechos del socio. Si el cambio de los socios de la sociedad no desencadena ninguna consecuencia, parece absurdo que lo haga la participación en una modificación estructural, que en general supondrá una modificación de menor intensidad por quedar al menos una parte de los socios anteriores. Y si ese carácter personal se tenía en cuenta también en las sociedades, lo lógico es que se hubiera previsto en los estatutos el efecto de la

participación en una modificación estructural o de un cambio accionarial. Esta es la solución que da la SAP Guadalajara de 14 de marzo de 2008: aunque inicialmente rechaza los argumentos de que no podía aplicarse la cláusula por tratarse de la transmisión de una universalidad y del carácter no transmisivo de las modificaciones estructurales, al final termina resolviendo que no procede ese derecho por la particularidad de tener socios que son sociedades: “ desde el momento en que los accionistas son sociedades se está posibilitando que cualquiera de ellas extienda el círculo social a terceras personas con la simple operación de transmitir sus propias participaciones o acciones”. Y rechaza por tanto que en la sociedad tengan “relevancia las circunstancias personales de los socios”.

Siguiendo el razonamiento anterior, un caso problemático sería un pacto de derecho de adquisición o una prohibición de transmitir no solo para el caso de venta de la participación sino también para el caso de cambio de control en el socio. Este tipo de pactos no se suelen establecer en estatutos, pero son relativamente frecuentes en pactos parasociales, que se suelen acompañar de opciones de compra para su efectividad. En ese supuesto, si el socio titular de las acciones es absorbido por otra sociedad de manera que el control en la sociedad resultante ya no corresponde al socio de referencia previsto, parece que sí se debería poder ejercer el derecho. En este caso el derecho en realidad no se estaría ejercitando por la transmisión producto de la modificación estructural sino por el cambio de control: de hecho, debería poder ejercitarse igual en el caso de que el socio fuera el absorbente, si la entrega de participaciones en los nuevos socios produce el mismo cambio de control, esta vez sin modificación del titular. Este es el supuesto que examinó la STS de 10 de enero de 2011 (re. 786/2007), si bien la discusión no era sobre la aplicación de la cláusula sino sobre su inscripción.

En cualquier caso, la postura restrictiva que defiende no debe llevarse al extremo y debe tener en cuenta las reglas generales de interpretación de los contratos y la buena fe: si en unos estatutos anteriores a la LME se incluyen la fusión y la escisión pero no la cesión global, obviamente esta deberá considerarse equivalente a las anteriores. De lo que se trata es de

evitar el formalismo y de limitar los efectos de la sucesión universal únicamente cuando se trata de defender intereses legítimos, y no pretensiones oportunistas de terceros.

Otro problema es si existe algún límite a las cláusulas que se pueden establecer -aparte de los límites legales previstos en la LSC-. Para las participaciones, el Art. 108 LSC no admite “las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas” y establece limitaciones a las cláusulas que prohíben la transmisión. En cuanto a las acciones, para que se puedan establecer restricciones a su transmisión se exige que sean nominativas, y que las cláusulas que se establezcan hagan “prácticamente intransmisible la acción”; además, solo pueden “condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.”

Dentro de los límites legales no cabe duda que son válidas las cláusulas que establezcan un derecho de adquisición preferente a favor de los socios o de la sociedad, siempre que regulen la forma de determinación del valor de las acciones o participaciones transmitidas a través de un sistema que cumpla también el requisito legal de permitir obtener a los socios el valor real de las mismas.

La duda se puede plantear en relación con las cláusulas prohibitivas, que se admiten para las sociedades limitadas o anónimas, si bien sometidas a límites en ambos casos. En el caso de las participaciones solo se admite con carácter incondicional durante 5 años, y en otro caso ha de concederse un derecho de separación al socio (art. 107 LSC). En el de las sociedades anónimas es necesario que se establezca una causa para denegar la autorización de la sociedad (art. 123 LSC). Cabe preguntarse si la aplicación de este tipo de restricciones a las modificaciones estructurales es compatible con el régimen general de estas. En el caso de la prohibición absoluta, puede implicar que ninguna sociedad que tenga participaciones sujetas a este límite pueda fusionarse durante ese periodo. Se podrá argumentar que siempre podrá vender las acciones a

otro socio, pero esto puede no ser posible en sociedades cerradas. A mi juicio esto es una limitación exorbitante a las modificaciones estructurales, y en el caso en que se produjera y no se consiguiera el consentimiento de los demás socios, la sociedad no podría denegar la transmisión salvo si se previera un sistema por el que se adquirieran y abonaran a la sociedad resultante por su valor real.

La STS de 10 de enero de 2011 (re. 786/2007) examinó una cláusula limitativa de la transmisión que se aplicaba en el caso de cambio de control en el socio, y también en el caso de modificaciones estructurales. La cuestión en este caso no era la aplicación de la cláusula sino la posibilidad de su inscripción en el Registro Mercantil. El tribunal entendió (con un voto particular en contra) que el dar relevancia a los socios de los socios y la posibilidad de ejercerlo en casos de fusión era contrario al carácter capitalista de las sociedades anónimas. En consecuencia parece que la ampliación de los supuestos de aplicación de las limitaciones a la transmisión de acciones más allá de la transmisión de acciones concretas va más allá de lo que se puede pactar estatutariamente. La sentencia no se refiere concretamente al supuesto de las modificaciones estructurales, pero parece que sería posible extender el razonamiento de la sentencia a este supuesto, sobre todo si defendemos la naturaleza fundamentalmente modificativa de estas operaciones.

En cambio, de la sentencia se deduce que este tipo de cláusulas sí serían admisibles en el caso de sociedades limitadas. No obstante creo que en este caso deberían tener como límite el no imposibilitar la modificación estructural, es decir prever que en caso de denegación de la autorización fuera necesario reconocer el derecho de separación de los socios.

### **2.4.3 La sucesión en los créditos**

No cabe duda que los créditos forman parte del patrimonio, y en consecuencia se transmiten por efecto de la sucesión universal, incluidos dentro de los derechos que expresamente menciona el art 23 LME.

En cuanto a la forma, no parece aplicable la regla general que exige fecha cierta del documento de cesión para la producción de efectos frente a terceros (art. 1526 del CC). La razón de esa exigencia es evitar el perjuicio de terceros, pero teniendo en cuenta y las formalidades de que se rodean las modificaciones estructurales, la publicidad que acompaña al procedimiento, y que sus efectos se producen desde la inscripción, la mayoría de la doctrina entiende que para la producción de los plenos efectos de la transmisión basta el cumplimiento de la normativa propia de la modificación estructural en cuestión<sup>138</sup>. En este sentido se pronuncia la SAP Orense de 7 de octubre de 1997, num. 446/1997, rec. 0105/1997, negando la necesidad de notificar al deudor en un caso de fusión, tanto por el sistema de sucesión universal como porque la publicidad que implica el procedimiento de fusión “impiden que la parte ejecutada pueda alegar el desconocimiento de la fusión operada”<sup>139</sup>. Esto está en relación con la necesidad o no de la inscripción de la transmisión del crédito que se examina en el apartado correspondiente<sup>140</sup>. También avala esta postura la jurisprudencia en materia de arrendamientos. En una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 18 de enero de 1999 (rec. 725/1998), aunque reconoce al arrendador el derecho a elevar la renta en caso de fusión, señala que solo será efectivo desde que lo solicite el mismo, sin que haya ninguna obligación de notificar al arrendador el hecho de la fusión (curiosamente al contrario de lo que sucede en los casos de subrogación por fallecimiento).

---

<sup>138</sup> Así sucede también en Francia como lo ha declarado expresamente la Cour de Cassation V. Cvi. 1re. 7 marzo 1972 citada por ADAMOU ALBORTCHIRE. 2005.. Pag. 73 y otras sentencias citadas en Pag. 21.

<sup>139</sup> Recordemos que el procedimiento de fusión implica una intensa publicidad: - complejo y costoso régimen de publicidad: depósito del proyecto en el RM o publicación en la web corporativa con remisión al RM, convocatoria con plazo especial, publicación del acuerdo repetida en BORME y diario, e inscripción.

<sup>140</sup> Necesidad de la inscripción de la hipoteca por parte del ejecutante de la acción hipotecaria. Web de Ausbanc.  
[http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Necesidad\\_de\\_la\\_inscripcion\\_de\\_la\\_hipoteca\\_por\\_par\\_2015914172217.asp](http://justiciayderecho.ausbanc.es/web/Necesidad_de_la_inscripcion_de_la_hipoteca_por_par_2015914172217.asp). Visitado el 10 de octubre de 2015

En relación con los títulos valores se puede plantear si sería necesaria alguna formalidad dado el carácter literal de los mismos. Es decir, por ejemplo, si para cobrar un pagaré de la sociedad escindida sería necesario el endoso o alguna otra formalidad. En Francia se planteó la cuestión y la jurisprudencia ha resuelto que no es necesario el endoso<sup>141</sup>. Creo que lo mismo se deriva de nuestro sistema de sucesión universal: la aplicación de las formalidades típicas de las transmisiones particulares no se han de exigir salvo que sean necesarias para salvaguardar el derecho de un tercero<sup>142</sup>. En este caso, bastará acreditar al obligado la fusión para que tenga que pagar al tenedor del título que es titular en virtud de la fusión, pues una vez acreditada esta no es posible que haya ningún perjuicio para el deudor, ya que la sociedad extinguida en ningún caso le podrá reclamar la deuda.

La solución, sin embargo, ha de ser necesariamente distinta en el caso de una escisión. Dado que como consecuencia de la fragmentación patrimonial el titular no se puede determinar de manera indirecta indubitadamente, será necesario cumplir con el carácter literal de los títulos valores y por tanto realizar el endoso. Podría plantearse si basta la inclusión en el proyecto para acreditar al tercero el cambio de titularidad, pero entiendo que dado por una parte el carácter formal de los títulos valores, y el valor muy relativo de las publicaciones que se realizan con ocasión de las fusiones, lo más correcto es cumplir con las formalidades de estos títulos.

También se puede plantear si se aplica el 1527 en el sentido de que el pago hecho al anterior titular es liberatorio antes de tener conocimiento de la transmisión. Podría pensarse que la publicidad que implica todo procedimiento de fusión hace innecesaria la notificación, como una forma más de la autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales<sup>143</sup>. Sin embargo, entiendo que en todo caso

---

<sup>141</sup> Com. 4 de Mayo 1981, D. 1982 citado en ADAMOU ALBORTCHIRE. 2005. pab 73.

<sup>142</sup> En este sentido también CONDE TEJON. Pag. 409.

<sup>143</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa. LE CANNU. Cit. Pag. 949

debe prevalecer el principio de buena fe, de manera que esto puede tener sus excepciones.

En primer lugar, en el caso de escisión esto no es aplicable, pues aún conociendo el hecho de la fusión, el deudor, como veremos no puede saber si su crédito ha sido o no transmitido, en el caso de la escisión parcial, ni a quién, en el de escisión-total o parcial- en el caso de varias beneficiarias. CONDE TEJON rechaza esta distinción y entiende que ha de aplicarse la regla general pero reconoce que la buena fe impone la notificación. En el caso del pago, sin embargo, sostiene que no se extingue la obligación (no se aplica el Art. 1527) sino que el deudor podrá reclamar la cantidad pagada indebidamente al cedente. A mi juicio esto es una solución compleja e injusta, y dado que la nueva acreedora es la responsable de no haber notificado el cambio de acreedor, debe ser ella la encargada de reclamar la cantidad a la escindida y no puede dirigirse contra el deudor.<sup>144</sup>

En principio en la fusión el pago al anterior titular es imposible pues se ha extinguido, pero la buena fe en las relaciones contractuales implica facilitar al deudor su cumplimiento, de manera que si el deudor hace el pago a la cuenta o en el lugar inicialmente pactado entiendo que debe quedar liberado, y si eso ya no es posible, corre a cargo del acreedor notificar la nueva forma en la que se ha de hacer el pago.

#### **2.4.4 Las expectativas de derecho y los derechos *in statu nacendi*:**

Las situaciones jurídicas de una sociedad pueden ser muy complejas y en algunos casos pueden incluir derechos que se encuentra en formación. Esta cuestión está relacionada con la de las obligaciones aún no nacidas que estudia la STJUE 3-343/13. El tribunal no se pronuncia concretamente sobre esta cuestión pero sí la plantea el informe del abogado general, que utiliza las categorías del derecho de obligaciones y el de sucesiones en general para tratar de determinar qué derechos son

---

<sup>144</sup> CONDE TEJON. 2004. Pag. 410

transmisibles en una sucesión universal, y por tanto se está admitiendo que no cualquier relación jurídica constituye un derecho.

El abogado general, para defender la inclusión en la sucesión universal de estas situaciones, alega en primer lugar (punto 55) que nada en la directiva se opone a ello, lo que desde luego no parece un argumento definitivo. Además señala que otra interpretación haría imposible que se ejercitaran acciones del estado o de terceros para reclamar daños producidos por la sociedad extinguida, y se remite a la jurisprudencia de EE.UU. en materia de daños medioambientales. En este punto entiendo que el argumento no es correcto, pues es evidente que la responsabilidad civil por el daño causado genera una deuda en el momento de producción de ese daño, aunque no sea líquido el importe hasta un momento posterior. Por el contrario, en el supuesto que contempla la sentencia, que es el de la imposición de una sanción, la doctrina parece estar de acuerdo en que la deuda no nace hasta que el procedimiento llega a la fase de imposición de la sanción.

Los argumentos más decisivos a favor de incluir las expectativas de derechos no nacidos aún en la sucesión universal derivada de una fusión son a nuestro juicio dos, que se pueden aplicar en general a las expectativas de derecho. Por una parte, considera el informe del abogado general que estas son transmisibles apoyándose en la doctrina del derecho romano sobre la transmisibilidad de derechos *in statu nascendi*. Señala en la nota 19 del informe: “Desde muy antiguo se ha considerado que la expectativa de un crédito futuro forma parte del patrimonio de una persona. En este sentido, cabe citar el libro III.15.4 de las Instituciones de Justiniano («La estipulación condicional sólo genera la esperanza de una obligación, y esta esperanza se transmite a los herederos si se produce el fallecimiento antes de cumplirse la condición»): Hulot, H.: *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Behmer y Lamort editores, Metz, 1806), y el pasaje del Libro L.16.54 del Digesto del mismo Emperador, atribuido al jurista romano Ulpiano («Son acreedores condicionales quienes aún no disponen de acción, pero dispondrán de ella, o aquellos que tienen la esperanza de adquirirla cuando concurra la condición a la que está

supeditado su crédito»: Hulot, H., y Berthelot, J.-F.: *Les Cinquantes Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Behmer y Lamort editores, Metz, 1803).”

En segundo lugar, señala que el efecto de la sucesión universal supone en general la subrogación de la sociedad resultante en el lugar de la extinguida. El punto 61 del informe señala que “una fusión por absorción entraña que la sociedad absorbente adquiera a la sociedad absorbida en su integridad, incluido su pasado”. El fundamento de esta sustitución sería la «disolución sin liquidación» (art. 19.3 Directiva 2011/35 de fusiones) de la sociedad que se extingue “lo cual supone la transmisión de la sociedad absorbida en su conjunto, sin que se produzca la extinción de obligaciones que habría ocasionado la liquidación”. En el punto 62 del informe habla asimismo de subrogación. Como vimos al estudiar los caracteres de la sucesión universal que se derivan de las directivas, esto es un cambio en la argumentación de la sentencia. Aunque en principio se dirige a solucionar la cuestión determinando cual es el contenido que ha de darse a los conceptos de activo o pasivo, el informe del abogado general y la propia sentencia terminan resolviendo con base en la “naturaleza de la fusión”. Y esta naturaleza significa reconocer una subrogación general de la adquirente en la posición jurídica de las sociedades que se extinguen, por tanto al margen de ese concepto de patrimonialidad. Esto, que sirve a la sentencia para concluir que la adquirente es responsable por las sanciones no impuestas antes de la fusión, opera también a favor de la sociedad fusionada a juicio del abogado general. Por tanto, todas las situaciones que pueden dar lugar al nacimiento de derechos, desde la prescripción adquisitiva en curso, a las acciones no ejercitadas que correspondieran a las sociedades integradas en la adquirente, pueden ser aprovechadas o ejercitadas por este.

## **2.4.5 La sucesión en las obligaciones**

### ***2.4.5.1 Estudio general: la no necesidad del consentimiento del acreedor y el derecho de oposición.***

La LME y las directivas se refieren expresamente a las obligaciones como parte del patrimonio, como no podía ser de otra manera, y así lo hace también toda la legislación comparada. Según la unanimidad de la doctrina la transmisión se realiza sin necesidad de consentimiento del acreedor, excepcionándose por tanto la regla general del art. 1205 del Cc . Esto no se prevé expresamente en la legislación pero se deduce, en primer lugar del principio de sucesión universal, y también y sobre todo de la existencia del derecho de oposición reconocido en el art. 44 LME, que no tendría sentido en el caso de que la transmisión no fuera posible sin su consentimiento.

En relación con el derecho de oposición hay destacar que no es una simple contrapartida a la no aplicación del artículo 1205 del CC. Si fuera así, sólo gozarían del mismo los acreedores de las sociedades que se extinguen, y todos ellos, y no los de la extinguida. La razón es que, al unirse varios patrimonios con diferente grado de solvencia, unos acreedores pueden resultar beneficiados y otros perjudicados. Por ello más que con el art. 1205 Cc debe relacionarse con el art. 1082 del CC, cuyo fundamente es también la confusión de patrimonios, y que adopta una solución es parecida, al poder los acreedores del causante oponerse a que se realice la partición antes del pago de sus deudas.

Aunque no voy a realizar un estudio completo del derecho de oposición, es necesario destacar que su regulación revela la tensión entre la protección de los derechos de terceros y el favorecimiento de la fusión que es típico del sistema de la sucesión universal. Como se ha visto desde el principio, el problema de política jurídica en relación con el tema que nos ocupa es hasta qué punto hacer la sucesión universal lo más fácil posible prescindiendo de las normas de la transmisión particular de bienes, y de que forma evitar que ese sistema deje desprotegidos los

derechos de terceros. En este difícil equilibrio el sistema establecido por nuestra Ley había sido criticado por ser excesivamente protector de los acreedores, yendo más allá de las exigencias de la 3.<sup>a</sup> Directiva (art. 13), que solo exigía que se protegieran esos derechos cuando la *«la situación financiera de las sociedades haga necesaria esa protección»*. Esta tendencia a restringir el derecho de oposición se refuerza precisamente tras la reforma introducida por la Directiva 2009/109/CE, que permite a los Estados exigir que los acreedores estén obligados a *«demostrar, de forma convincente, que, debido a la fusión, la satisfacción de sus derechos está en juego»* (art. 13.2 párrafo segundo de la directiva de 2011).

Sin embargo, nuestra LME sigue el criterio de la anterior legislación en el sentido de no condicionar este derecho a la acreditación de un empeoramiento de la solvencia del deudor, y solo supone una ligera restricción del elenco de acreedores protegidos -al modificar ciertos plazos- y un cierto debilitamiento de facto de su eficacia - al reducir los requisitos de publicidad que sirven de presupuesto a la posibilidad de ejercicio del derecho-. Este sistema parece en principio mantenerse tras la reforma de la LME por el RD Ley 9/2012, ya que su preámbulo declara que la reforma “es fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición... en la que ... no se condiciona a que la situación financiera de la sociedad haga necesaria una especial tutela”. No obstante, la introducción por esta reforma un nuevo punto 4 al Art. 44 no deja de plantear dudas sobre si implica el cambio en la naturaleza, lo que se examinará en relación con sus efectos.

En cuanto a los requisitos hay que destacar que los acreedores titulares del derecho de oposición no son todos sino solo aquellos “*cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento*”. En la legislación anterior a la LME los créditos debían ser anteriores al último anuncio del acuerdo de fusión, por lo que la norma supone una reducción del ámbito de los acreedores protegidos, al excluirse los titulares de

créditos nacidos después de la publicación del proyecto pero antes de la publicación del acuerdo. Entiendo que el derecho existirá independientemente de que el acreedor conociera de hecho el proceso iniciado y no publicado en el momento de contraerse la deuda<sup>145</sup>.

En todo caso lo más relevante para nuestro estudio es que están excluidos de este derecho los acreedores con créditos vencidos, y así se recoge también en el art. 13 de la 3.<sup>a</sup> Directiva. La razón parece ser que se considera que éste tiene a su favor unos medios que podría haber ejercitado, en particular asegurar el pago de su crédito con un embargo. Esto es criticable pues el titular de créditos vencidos, sobre todo si no tiene un título ejecutivo, puede estar en peor posición que los titulares de otros créditos no vencidos<sup>146</sup>. Supone además perjudicar a los acreedores que otorguen al deudor un plazo más largo para pagar, y a los que no acudan de manera inmediata a la ejecución en un caso de cualquier demora en el pago. Desde el punto de vista práctico, esto prácticamente limita el derecho de oposición a los acreedores financieros, que son los que tienen créditos aplazados por largo tiempo, y medios para detectar y poner en marcha su derecho. Los acreedores comerciales o no tendrán o no ejercerán ese derecho, por lo que en realidad el sistema de protección previsto por la LME está limitado a una categoría de acreedores, no a todos. Por tanto, desde un punto de vista de política legislativa, no creemos que esta restricción este justificada: hay que tener en cuenta que la 3.<sup>a</sup> Directiva se limita a establecer un mínimo de protección y otras legislaciones de nuestro entorno (Italia, Francia, Alemania y Portugal) no la aplican.

Finalmente se excluyen los créditos que “*se encuentren ya suficientemente garantizados*”, lo que parece lógico pero que es otra importante diferencia respecto del ámbito general del 1205 y plantea numerosos problemas. En primer lugar, se puede dudar si puede considerarse como «garantía suficiente» el hecho de que la situación financiera de la sociedad resultante sea mejor que la de la deudora inicial.

---

<sup>145</sup> En el mismo sentido, ESCRIBANO, C., 2009, pag. 616)

<sup>146</sup> ESCRIBANO, C., 2009, pag. 618.

No parece que sea el caso pues la Ley no hace ninguna referencia a ello, y la reciente Ley 1/2012 reitera en su EM que el derecho de oposición “*no se condiciona a que la situación financiera de la sociedad deudora haga necesaria una especial tutela*”.

La segunda es qué garantía puede considerarse suficiente y quién califica esa suficiencia, pero quizás el problema más interesante desde el punto de vista valorativo es si el derecho de oposición paraliza la fusión o no. Si la paraliza, podría pensarse que poco se habría avanzado respecto del Art. 1205, pues si bien se reducen los créditos que dan derecho a ejercer un derecho de veto sobre la fusión, se amplía el ámbito de los acreedores al permitir su ejercicio por los acreedores de la absorbente. La ley trata de evitar ese derecho absoluto de veto dando a la sociedad la posibilidad de enervar este derecho a través de la prestación de la garantía bancaria que prevé el propio 44.

Por otra parte, tras la reforma por la ley de 2012, no está claro que el derecho de oposición paralice la fusión pues el nuevo punto 4 del art. 44 dice: «Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición». De su literalidad parece deducirse que los administradores pueden seguir adelante con la fusión aunque se haya ejercitado legítimamente el derecho.

Esta postura parece avalada por la exposición de motivos de la reforma que dice que «a la vez que evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición pueda afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión, la presente Ley amplía las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor». Así, la mayor parte de los autores que han comentado la reforma

interpretan se pasa de un sistema de protección a priori (paralización hasta que se garantice) a un sistema de protección a posteriori (reclamación de la garantía tras la fusión)<sup>147</sup>. Muchos de ellos han celebrado el cambio por entender que es el fin de un sistema que protegía al deudor más allá de lo exigido por el art. 13.2 de la Directiva 2011/35/UE, que solo exige que se conceda protección a los acreedores «cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionen haga necesaria para la protección». ESCRIBANO señalaba que suponía conferir «poderes exorbitantes» a los acreedores y ALFARO que el sistema tradicional «proporcionaba (...) incentivos para comportarse oportunistamente. Sabiendo que la fusión no podrá ejecutarse sin que se les proporcionen garantías bancarias (...) podrán mejorar su posición frente a la sociedad deudora (exigiendo, por ejemplo, mejores condiciones en su relación contractual) a cambio de no oponerse...»<sup>148</sup>.

Esta interpretación parece ser la de la Resolución de 9 de mayo de 2014 que *obiter dictum* señala que la reforma «altera profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión» y sobre todo que «el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho

---

<sup>147</sup> DÍAZ MORENO, A. y JUSTE MENCÍA, J., «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio (LA LEY 11185/2012), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 39, 2012, ISSN 1134-7686, págs. 199 a 228. ESCRIBANO GÁMIR, M. L., «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del art. 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo (LA LEY 4685/2012))», *Diario LA LEY*, núm. 7855, de 10 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-197, Ed. La Ley (LA LEY 5132/2012). ESTEBAN RAMOS, L. M., «El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la ley 1/2012 de 22 de junio (LA LEY 11185/2012), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «El Nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, junio 2013.

<sup>148</sup> ALFARO, J. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la de modificaciones estructurales. 19 de marzo de 2012. En <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2012/03/la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de.html>. Más sobre la reforma del derecho de oposición. 21 de marzo de 2012. En <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-la-reforma-del-derecho-de.html>. Visto por última vez el 9 de noviembre 2015

y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio art. 44.4 de la Ley 3/2009».

Como examino con detalle en otro estudio<sup>149</sup> existen argumentos para defender que el sistema no ha cambiado. El primero es el de la literalidad de la ley, pues el 44.3 mantiene que la fusión no puede llevarse a efecto. La interpretación sistemática de la norma lleva a la misma conclusión porque no se puede pasar de un sistema de oposición a priori a un sistema de garantía a posteriori sin cambiar otras normas: por ejemplo en el sistema alemán el acreedor solo puede ejercitar su derecho a obtener una garantía después de inscrita la fusión y demostrando el riesgo que la misma supone para el cobro, pero esa posición aparentemente débil viene reforzada por la responsabilidad personal de los administradores por las deudas que no se puedan pagar, combinada con un sistema de inoponibilidad de la confusión de patrimonios a los acreedores (parágrafo 25 de la *Umwandlungsgesetz*), efecto que también reconoce la legislación francesa en caso de no prestación de garantías (art. 236.14 *Code de Commerce*). Pero sobre todo, si esta acción no va respaldada ni por la responsabilidad de los administradores ni por la inoponibilidad de la fusión, ni por la posibilidad de impugnarla, no existirá una protección efectiva del acreedor, y por tanto se estará incumpliendo la exigencia de dar una «garantía adecuada» como exige el citado art. 13.2 de la Directiva 2011/35 de fusiones. Por otra parte, no parece coherente que ahora los administradores puedan ahora cumplir o no la obligación impuesta por la ley (el art. 44.3), mientras que a los acreedores se les imponen nuevas obligaciones formales (notificación fehaciente del derecho) y procesales (ejercicio de la acción para obtener la garantía) para conseguir una protección que puede resultar totalmente ilusoria. Además, el breve plazo de ejercicio del derecho tiene sentido cuando durante el mismo se paralizaba el proceso, pero deja de tenerlo si la única reacción es la de petición de garantía. En la ley alemana, por

---

<sup>149</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. El derecho de oposición en las modificaciones estructurales. Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014. Diario La Ley, Nº 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014

ejemplo, el plazo para pedir la garantía es de seis meses desde la inscripción de la fusión.

Quizás lo que realmente contempla el 44.4 no es la posibilidad de que los administradores ignoren deliberadamente el ejercicio del derecho de oposición, sino de que haya una diferencia de criterio entre la administración y el acreedor acerca del derecho del que lo ejercita. La discusión puede referirse a la existencia o a la fecha de nacimiento o vencimiento del crédito, y sobre todo a que se considere que está suficientemente garantizado. Cuando se les notifica la oposición, los administradores han de examinar si ese acreedor cumple los requisitos del art. 44.1 conforme a la documentación social. Como esto es imposible de controlar por el notario y el registrador —salvo que se hiciera una auditoría completa de la sociedad comprobando la existencia y las fechas de nacimiento y vencimiento de los créditos— la ley delega en los administradores ese control y ellos asumen esa responsabilidad en su declaración acerca del ejercicio del derecho en la escritura. En consecuencia, si consideran que el acreedor que se ha opuesto no es acreedor, que su crédito no cumple los requisitos legales, o que está suficientemente garantizado, pueden declarar que ningún acreedor con derecho a ello había ejercitado su derecho de oposición.

Por tanto la ley no autoriza a los administradores a ignorar la ley y el derecho de oposición, sino que les confiere posibilidad de decidir *prima facie* momento si el acreedor tiene ese derecho, y el art. 44.4 establece que si el acreedor que discrepa del criterio del administrador sobre su derecho pueda reclamar la garantía judicialmente. Además, como el derecho de oposición es uno de los requisitos de la fusión, a mi juicio también es posible la impugnación de la fusión si los administradores al tomar esa decisión, vulneraron ese derecho<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> En este sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. El derecho de oposición en las modificaciones estructurales. Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014. Diario La Ley, Nº 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014. Es cierto que otros autores se manifiestan en contra y que tienen a favor el preámbulo de la reforma, pero la interpretación de la ley lleva a esa conclusión.

En relación con los efectos de la sucesión universal frente a los acreedores, no parece que la regulación sea muy satisfactoria. Por una parte, la mayor parte de los acreedores no tienen más protección que la que ofrece la publicidad general de la modificación estructural concreta. Por otra, la reforma parece haberse quedado a medio camino, pues parece permitir proseguir la fusión a pesar del ejercicio del derecho, pero no está claro; por otra permite la petición de garantía posterior, pero al no prever la separación patrimonial, esta puede ser totalmente imposible. Si se interpreta de una manera, es un derecho que no protege suficientemente a los acreedores; si se interpreta que sigue operando el derecho de paralizar la fusión, al no estar condicionado al empeoramiento de la situación financiera, puede efectivamente seguir permitiendo actuaciones oportunistas (*hold up*). Además, como se restringe a los acreedores financieros, estas actuaciones empeoran aún más las perspectivas de los otros acreedores.

La importancia de estas conclusiones es muy grande para nuestro estudio, pues demuestran que la existencia del derecho de oposición no soluciona todos los problemas de los acreedores, y por tanto habrá que ver si el resto de posibilidades o garantías (información, responsabilidad de administradores, responsabilidad de las sociedades en caso de la escisión, separación de patrimonios, impugnación de la modificación estructural) suponen una suficiente protección de sus intereses.

#### ***2.4.5.2 Un supuesto especial: la responsabilidad por sanciones y la STJUE de 5 de marzo de 2015***

El problema que se plantea en relación con las sanciones es si las derivadas de actos de las sociedades extinguidas se pueden imponer a la adquirente. No hay que confundir este supuesto con la transmisión de las deudas pendientes por sanciones ya impuestas a la sociedad que se extingue, que habrán de considerarse deudas ordinarias. La STJUE 3-343/13 dice que no se discute que “una multa impuesta por una

resolución firme anterior a la fusión, pero aún no abonada, forma parte del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, ya que debe considerarse que el importe de dicha multa constituye una deuda de la citada sociedad en favor del Estado miembro de que se trata.”

El caso de una sanción derivada de una actuación de la sociedad extinguida que se impone una vez ejecutada la fusión es el que se plantea en la STJUE 3-343/13, que se ha examinado en el punto relativo a la influencia de las directivas sobre el concepto de sucesión universal. Una vez que el tribunal concluye que es necesario buscar un criterio uniforme en relación al pasivo transmisible, pasa a examinar si la responsabilidad derivada de una sanción no impuesta en el momento de la fusión forma parte de ese patrimonio activo y pasivo.

La sentencia señala que el estado alemán en su contestación estudia las diferencias entre las responsabilidades civiles y sancionatorias, pero curiosamente no entra en ese análisis, que hubiera sido lo procedente para determinar si la deuda formaba parte del pasivo. Parece claro que una obligación derivada de una responsabilidad civil, aunque se declarara posteriormente a la fusión, afectaría a la sociedad adquirente, porque la obligación nace desde que se produce el daño, no desde que se declara judicialmente (en este sentido ARENAS<sup>151</sup>). Pero en el caso de una sanción es distinto porque la obligación solo nace cuando la sanción se impone, y por tanto la solución debería haber sido la no transmisión de la deuda.

Hay que destacar que existen opiniones en la doctrina y la jurisprudencia que niegan en general la posibilidad que se transmita esa responsabilidad como consecuencia de una modificación estructural, por considerarla personal e intransmisible como sucede en el caso de la sucesión hereditaria<sup>152</sup>. En la sentencia de la Audiencia Nacional en 10 de

---

<sup>151</sup> Para un estudio más extenso de esta sentencia, ver ARENAS García, R. Fusión por absorción y responsabilidad de empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. La Ley, pag. 5

<sup>152</sup> Entre otras normas, el art. 182.3 de la LGT dispone *"Las sanciones tributarias no se transmitiran a los herederos y legatarios de las personas físicas infractoras."*

marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo número 883/2002 ), se denegó la imposición de una sanción porque se había incoado el expediente frente a la sociedad sucesora por una actuación de la extinguida.

La sentencia llega sin embargo a la conclusión de que esa responsabilidad sí se ha transmitido a la adquirente. El argumento (aparentemente) es que forma parte del patrimonio pasivo por varias razones. La primera es que porque “si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría”, lo que sería contradictorio con la “ propia naturaleza de una fusión por absorción”. La segunda es que la finalidad de la Directiva ( considerando 3) es la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante una fusión por absorción. Y en relación con esto entiende que el concepto de tercero es más amplio que el utilizado en el considerando 6 de la citada Directiva - «acreedores, obligacionistas o no, y los portadores de otros títulos de las sociedades que se fusionen»- , ya que estos son objeto de determinadas medidas de protección específicas previstas. Por ello procede considerar que entre los terceros, cuyos intereses pretende proteger la Directiva, figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de «acreedores» o de «portadores de otros títulos», sino que pueden calificarse de ese modo tras dicha fusión en razón de situaciones nacidas antes de ésta, como la comisión de infracciones.

Como señala ARENAS <sup>153</sup> la argumentación no es técnicamente muy acertada. Por una parte incluye esa responsabilidad dentro del patrimonio pasivo pero al mismo a tiempo reconoce que el estado no era en realidad un acreedor al tiempo de la fusión. Y renuncia a entrar en la distinción entre responsabilidades civiles y sancionatorias con el único argumento de que es contrario a la naturaleza de la fusión, sin explicar porque esto es así. Al final termina señalando que si se llegara a otra

---

<sup>153</sup> ARENAS. 2015. Pag. 2

conclusión “se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa”. Tampoco esto es exactamente así, porque como señala ARENAS lo que hay que determinar aquí no es el cobro de la multa sino la posibilidad de imponerla a la sociedad adquirente, y por tanto el interés del estado en ese momento no es el recaudatorio sino el sancionador. Pensemos por ejemplo en que la sanción no fuera una multa sino la prohibición para contratar con el Estado ¿Es que en ese caso no podría aplicarse la sanción?

Tampoco es demasiado acertado el argumento de que de otra forma “la fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido”, pues en ese caso lo que procedería sería aplicar la doctrina del fraude de ley. En realidad, como se vio en la parte introductoria, el tribunal termina decidiendo la cuestión no por la pertenencia al pasivo de la deuda sino por criterios generales, por la “naturaleza de la fusión”. Lo que con esto quiere decir es que hay una subrogación general en la situación jurídica de la sociedad absorbida.

La conclusión a la que llega el tribunal –la subrogación en la sanción aún no impuesta- plantea por una parte el problema –señalado por ARENAS- de si esa conclusión opera de forma directa para todo tipo de sanciones, de manera que se imponga a las normas nacionales.

En realidad habría que distinguir varias cuestiones.

La primera era la planteada por el tribunal portugués: si la previsión de la transmisión de esa responsabilidad es contraria a la directiva. El tribunal transforma la pregunta y lo que resuelve es si esas responsabilidades necesariamente se transmiten, pero como la respuesta es positiva, es evidente que si la legislación nacional prevé la transmisión, esto no es contrario a las directivas. Parece que así hay que interpretar el artículo 182.3 de nuestra Ley General Tributaria que tras decir que en el caso de las personas físicas las sanciones no se transmiten por herencia establece: " Las sanciones tributarias por infracciones cometidas por las sociedades y entidades disueltas, se transmitirán a los sucesores de las

mismas en los términos previstos en el art. 40 de esta Ley". Y en dicho artículo 40 se prevén en sus números 3 y 5: "3. En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades mercantiles, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad. 5. Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores, en los términos establecidos en los apartados anteriores, hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda". Esta responsabilidad se aplica con independencia de con quién se hayan entendido las formalidades del procedimiento: la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 14 Ene. 2010, Rec. 2725/2003, que resuelve que "el hecho de que las actas o diligencias se hayan extendido a la entidad absorbida y no a la absorbente, no implica la nulidad de las mismas... debiendo responder, como consecuencia de la subrogación que el proceso de fusión por absorción produce, de la deuda contraída por la entidad absorbida con la Hacienda Pública liquidada con posterioridad a la disolución y extinción de la misma".

Como vemos en el punto 3 se contempla expresamente la disolución sin liquidación es decir los supuestos de modificación estructural. Es curioso que no es la misma solución la que se emplea para las deudas y para las sanciones pues en este último caso se limita la responsabilidad a la cuota de liquidación. En el caso de la fusión esto puede servir de base para defender una responsabilidad hasta el límite de lo recibido, a semejanza de lo que prevé el Art. 80 para el caso de escisión. Es cierto que no existe propiamente cuota de liquidación, pero también que si ese artículo se aplica a las modificaciones estructurales en lo que les perjudica (aplicación de las sanciones), debería aplicarse con las limitaciones que establece, en su caso adaptadas a estas figuras.

La segunda es si para que la transmisión de ese tipo de responsabilidades tenga lugar es necesario que en el derecho nacional se prevea expresamente esa transmisión, lo que defiende ARENAS en su trabajo sobre esta cuestión. El tribunal también de forma implícita responde que no es necesaria esa previsión pues era el supuesto concreto del caso. En derecho portugués no había una norma específica que previera la transmisión de la sanción, sino que el tribunal portugués lo deduce de la norma general de los efectos de la fusión en la legislación portuguesa. En este sentido creo que la conclusión de ARENAS<sup>154</sup> debe ser matizada: para que a través de sucesión universal se transmita la responsabilidad por una sanción no es necesario que el derecho nacional prevea expresamente esa extensión de la responsabilidad, pero sí que esa extensión sea conforme al derecho nacional que regula la sanción.

La tercera cuestión sería si es contrario a las directivas que el derecho nacional prevea la no transmisión, o establezca límites a la misma. Eso tiene especial interés en nuestro estudio pues el Art. 130.2 del Código penal establece: “2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.”

Si interpretáramos que la directiva impone en todo caso la transmisión de las responsabilidades sancionatorias en los mismos términos que se hubiera impuesto a la sociedad extinguida, la última frase sería contraria a la directiva pues no cabría moderar la pena. En ese sentido parecen ir las conclusiones del abogado general. Una de las cuestiones que se plantea si “en lugar de exigir la transmisión de las deudas *in statu nascendi* a la sociedad absorbente, la Directiva 2011/35 se limita a permitir a los Estados miembros que prevean dicha transmisión en su Derecho nacional”. Concluye que no es así, y que por tanto la Directiva impone la transmisión de las deudas *in statu nascendi* porque la

---

<sup>154</sup> ARENAS pag. 4

definición del concepto de patrimonio pasivo ha de ser única, “sin que los Estados miembros tengan la posibilidad de limitar o de ampliar su alcance”, ya que de otro modo en el caso de una fusión transfronteriza “se plantea un conflicto entre ambos Derechos que la Directiva 2005/56 no puede resolver, lo cual resultaría contrario a su objetivo de facilitar las fusiones transfronterizas”.

Sin embargo, con ARENAS, entendemos que esta argumentación es errónea pues si la razón que da la TJUE para defender la aplicación de la sanción es que si no quedaría desprotegido el derecho del estado a cobrarla, nada obsta a que este renuncie voluntariamente a esa protección. No es cierto que esto cree un problema en relación a la fusión transfronteriza: la sanción necesariamente se impone con arreglo a su ley reguladora, que es la que determina cuando y a quién se impone y que por tanto puede establecer que se imponga a la sucesora o no. Si resulta que establece la transmisión, esta se impondrá a la sociedad adquirente, aunque esta este sujeta a una ley nacional distinta que en la cual una sanción semejante no se hubiera transmitido. Esta es la única interpretación coherente con el argumento de la sentencia de que se trata de proteger al Estado que impone la sanción.

Una cuestión que la sentencia no se plantea es si es posible la transmisión de responsabilidades que no tengan contenido económico, posibles en nuestro derecho pues el Código Penal prevé como sanción, entre otras, la intervención judicial (Art. 33.7.g). del Código Penal). Si el criterio para que se transmita es la pertenencia al patrimonio pasivo, que es la línea de argumentación inicial de la sentencia, parece que no habría de ser posible la sucesión en este tipo de responsabilidades. Asimismo, toda la argumentación del abogado general en esta cuestión se basa en el valor patrimonial. En concreto en el punto 41 señala que para incluir las obligaciones en el patrimonio pasivo es necesario “que se trate de una responsabilidad de la propia sociedad absorbida (12) y pueda traducirse en un valor pecuniario”.

Sin embargo, parece claro que el Art. 130.2 de nuestro Código Penal prevé la transmisión de todas las consecuencias de la sanción, y no solo las económicas. Esto suscita la cuestión que planteaba el tribunal portugués al TJUE (aunque limitada a la sanción no pecuniaria): ¿la admisión por nuestro derecho de la transmisión de las responsabilidades no patrimoniales podría ser contraria a las Directivas por no poderse incluir en el concepto de patrimonio pasivo? Si como dice el abogado general, el concepto de pasivo ha de ser único en todas las legislaciones y el pasivo ha de limitarse al que se pueda traducir en un contenido económico, esto implicaría la imposibilidad de aplicar el 130.2 no solo a las fusiones transfronteriza sino incluso a las nacionales.

Esta sería una conclusión errónea por varias razones. En primer lugar porque no se trata de proteger los derechos económicos *in statu nacendi* del Estado, sino su potestad sancionatoria, que no debe poder ser eludida mediante una modificación estructural. También porque como hemos visto, la sanción se debe regir por su propia normativa y no implica un conflicto ni una dificultad para las fusiones transfronteriza. Si la legislación española reconoce una responsabilidad penal de las sociedades, las sociedades extranjeras que vayan a fusionarse con una española deben ser conscientes de ello, y también de que la resultante puede verse afectada por ello. Ya hemos visto que la regla general es que la falta de información de cualquiera de las participantes no puede afectar al fenómeno sucesorio, y por tanto la transmisión operaría como con todo el resto. Además, el resto de los argumentos de la sentencia llevan a la misma conclusión, y demuestran que la referencia al contenido patrimonial de la sanción no es en realidad tan importante. Aunque el tribunal inicia su argumentación en torno al concepto de pasivo, la *ratio decidendi* es que si no se produjera la transmisión se podría eludir esa responsabilidad mediante la fusión, y que la naturaleza de fusión impone una transmisión total: “supone la transmisión de la sociedad absorbida en su conjunto, sin que se produzca la extinción de obligaciones que habría ocasionado la liquidación” (61 del informe). Como vemos el abogado no habla de la transmisión del patrimonio, sino la transmisión de la

sociedad, idea que de alguna forma reitera cuando insiste en que el principio general no es tanto la transmisión patrimonial sino la subrogación en las responsabilidades (nº 62 del informe). El argumento de que la finalidad de la sucesión universal es la protección de los terceros abunda en esta dirección puesto que el estado no tiene solo interés económico en cobrar una multa, sino un interés en que se mantenga el orden público económico y que las sanciones se impongan -entre otras cosas por el efecto disuasorio sobre actuaciones semejantes- lo que se vería dañado si esas penas se eluden. Por otra parte, la naturaleza de las modificación estructurals como reorganizaciones empresariales lleva a la misma conclusión: la empresa anterior pervive en la nueva, y por ello no puede mejorar su posición como consecuencia de la extinción de la anterior<sup>155</sup>.

Además, las responsabilidades que han de considerarse intransmisibles en este ámbito de la fusión no tienen porque ser las mismas que en el caso de las personas físicas. El carácter voluntario de la fusión y la relatividad del carácter personal de las personas jurídicas llevan a la misma conclusión de la sucesión en las responsabilidades. En ese sentido se ha manifestado la jurisprudencia italiana en la sentencia de 28 de diciembre de 2007<sup>156</sup>, tras haber defendido en otras sentencias anteriores que la sociedad no respondía del pago de sanciones administrativas por multas a vehículos de la absorbida anteriores a la fusión.

En principio la sanción deberá ser la misma que se hubiera impuesto a la sociedad extinguida, pero esto no debe ser aplicado de manera automática sino teniendo en cuenta las modificaciones que se derivan de la propia modificación estructural. Por ejemplo, si la sanción está en relación con la cifra de negocios de la entidad, por razones de

---

<sup>155</sup> La sentencia acierta en la solución pero con una argumentación incoherente que dificulta la solución de problemas distintos del planteado en ese caso concreto. De manera casi intuitiva da en la clave de la cuestión cuando dice que la transmisión viene impuesta por la naturaleza de la fusión. En efecto, el concepto de sucesión universal está más cercano al de subrogación en el conjunto de la posición jurídica global que del de transmisión de un conjunto de derechos y obligaciones.

<sup>156</sup> CENDON. Cit. Pag. 1027

proporcionalidad y justicia se tendrá que tener en cuenta la de la sancionada, y no la de la resultante de la fusión. Si el efecto es la prohibición de contratar con el estado, habrá que ver si es posible aplicar esa pena de manera proporcional (por ejemplo a la rama de actividad transmitida solamente), o en otro caso si cabe la sustitución por otra pena. Por ello consideramos que la solución de la ley española es correcta por las razones expuestas en los párrafos anteriores.

## **2.4.6 La sucesión universal y los contratos**

### ***2.4.6.1 Importancia de la cuestión***

El estudio especial de los contratos como objeto de la sucesión universal tiene un especial interés porque la ley es sorprendentemente poco expresiva en este punto, pero sobre todo por su extraordinaria importancia práctica.

Como se ha repetido ya muchas veces, la finalidad de la regulación de las modificaciones estructurales es facilitar la reestructuración empresarial, permitiendo a las empresas adaptarse a un entorno cambiante. Dentro de esa finalidad es esencial que no existan obstáculos en el cambio de titular del conjunto de relaciones jurídicas que conforman una empresa. Aunque las normas hoy sigan hablando de bienes y obligaciones, en la actualidad los medios de producción no son solo, ni principalmente, los bienes y el trabajo, sino el conjunto de relaciones contractuales con otras personas físicas y jurídicas. En una economía cada vez más compleja, las empresas necesitan un tupido entramado de contratos para funcionar. Algunos de ellos son típicos y tradicionales como los contratos de arrendamiento, de suministro o de trabajo; pero en la economía moderna son muchos más los relacionados con intangibles como licencias de software, franquicias, marcas, etc... ; además de manera creciente la empresa requiere también una multiplicidad de contratos de naturaleza financiera como cuentas de

crédito, cuentas corrientes, líneas de descuento, contratos de cobertura de riesgo como swaps, seguros de daños, de crédito o responsabilidad civil, fianzas, etc...

Por otra parte, la manera y límites en que se transmitan estos contratos tiene una enorme importancia para los terceros contratantes y por tanto para la seguridad jurídica. La modificación estructural de una sociedad puede no implicar ninguna modificación en la relación contractual, o puede tener una trascendencia enorme, como podemos ver en el caso de una fianza ómnibus prestada a una sociedad que se fusiona con una mucho más –o menos- solvente. Es evidente que la preparación de la modificación estructural y su desarrollo variará enormemente si la transmisión de las relaciones contractuales no está asegurada. El estudio previo de la operación (la llamada *due diligence*) en este último caso incluirá la determinación de cada contrato que puede estar afectado por la transmisión, y en su caso la negociación previa con cada contratante.

Por tanto, para poder juzgar si nuestro sistema de transmisión universal cumple la finalidad de facilitar las reestructuraciones sin perjudicar al conjunto del sistema, este es sin duda uno de los puntos más importantes.

#### ***2.4.6.2 Aplicación de la regla legal de la sucesión universal a los contratos***

La transmisión de los contratos en principio no es evidente, ya que la regla general en los contratos es que solo producen efectos entre los contratantes y que no se pueden transmitir a terceros sin el consentimiento de la otra parte (art. 1257 Cc ). Además la LME no establece una norma que se refiera a los contratos, pues en los artículos correspondientes (22, 23, 68, 69, 81) habla solo de patrimonio y de derechos y obligaciones. Es llamativo que en la legislación comparada son muy pocas las legislaciones que expresamente se refieren a la transmisión de los contratos por efecto de las modificaciones estructurales. De las

analizadas en el apartado 2.2.2 solo la MBCA y la ley de Delaware de EE.UU. y la ley de sociedades de Eslovenia se refieren específicamente a la transmisión de los contratos. En la normativa comunitaria la única referencia es la del Art. 14.4 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas que habla de la transmisión de los contratos de trabajo, pero esto podría entenderse tanto como un supuesto susceptible de extensión como una excepción que ha de interpretarse a sensu contrario.

Sin embargo en toda la doctrina europea se entiende sin excepción que la regla general es la de la transmisión automática<sup>157</sup>. ¿Cuáles son las razones para esa admisión?

Desde el punto de vista económico o funcional, la inclusión de los contratos en la sucesión universal se fundamenta en la importancia que tienen en el funcionamiento de la empresa y que se ha destacado en el punto anterior, al que me remito. Es evidente que la simple transmisión de derechos y obligaciones, sin incluir los contratos, no permite la continuación de la mayoría de las empresas. También se justifica, igual que la no necesidad de consentimiento de los acreedores, en que la exigencia de este produciría unos efectos económicos perversos. Como señalan PAZ ARES Y SAEZ, los terceros contratantes podrían explotar su posición de fuerza y capacidad de bloqueo para presionar y obtener condiciones mejores: en términos económicos permitiría a los contratantes una captura de parte de valor que para las sociedades crea la modificación estructural, o más probablemente y dada la complejidad de las negociaciones con una multiplicidad de contratantes haría desistir anticipadamente a las partes de la operación, con la consiguiente pérdida económica, perdiéndose para la economía en su conjunto las ventajas de la operación<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> PAZ-ARES SAEZ, por ejemplo, lo dan por supuesto al inicio de su estudio de esta materia: “los contratos se transmiten automáticamente a la sociedad resultante de la fusión, de manera que ésta habrá de cumplirlos (y odra exigirlos) en los términos originariamente convenidos por la sociedad que se extingue”. PAZ-ARES, SAEZ LACAVE,. Los contratos pendientes de ejecución en la fusión. En Revista de Derecho Mercantil, n.º 243, 2002. Pag. 45

<sup>158</sup> PAZ-ARES, SAEZ. 2002. pag. 46

Desde el punto de vista jurídico tampoco es difícil encontrar fundamento para su inclusión en la sucesión universal. Podemos empezar por el propio 1257 del Cc que señala que los contratos solo producirán efectos entre los contratantes y sus herederos, lo cual es un indicio de que los contratos se deben transmitir en este proceso de sucesión universal, que como tantas veces se ha repetido se construye sobre el concepto de la única sucesión universal regulada, la sucesión hereditaria. Aunque hemos advertido de las diferencias entre la ambos fenómenos de sucesión universal, entiendo que en este caso la transmisión de la posición contractual es aún más necesaria que en la sucesión por causa de muerte, pues en este tipo de sucesión se persigue garantizar no solo la seguridad jurídica a través del mantenimiento de las relaciones, sino que esa sucesión permita mantener la cohesión de la empresa<sup>159</sup>. Es cierto que a esto existe una alternativa que sería la extinción del mismo con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero evidentemente esto es antieconómico en general, tanto para las sociedades como para los terceros. En el momento en que una modificación estructural exige la renegociación de las relaciones jurídicas, nos colocamos en una situación semejante a la de una liquidación, que es justo lo que trata de evitar la regulación de esta materia.

Por otra parte, el concepto de patrimonio utilizado por la LME es más amplio que el de derechos y obligaciones, aunque el art. 23.1 LME parezca considerarlos intercambiables. En el caso de una empresa es evidente, como decíamos, que forma parte de su valor patrimonial el conjunto de contratos. Lo mismo cabe decir del concepto de activo y pasivo al que también hacen referencia las directivas de sociedades. En sentido amplio en el activo hay que incluir los derechos derivados de los contratos vigentes, y en el pasivo las obligaciones derivadas de los mismos. Como se vio anteriormente, aunque la STJUE 3-343/13 centra su examen en el concepto de pasivo sus conclusiones también apoyan, como vimos un concepto amplio de patrimonio.

---

<sup>159</sup> En la jurisprudencia francesa es el concepto de sucesión universal el que sirve para fundamentar la transmisión de los contratos. ADAMOUBORTCHIRE. 2005. Pag. 25

En cuanto a las leyes, ya hemos visto que la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas hace referencia al contrato de trabajo previendo su continuación tras la fusión, lo que por otra parte también hace el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores. Podría pensarse que esto se puede interpretar a sensu contrario, pero evidentemente no es así: el reconocimiento expreso deriva de la necesidad de clarificar la protección de los trabajadores, aunque al mismo tiempo implica que los trabajadores no pueden por esa razón reclamar la resolución por incumplimiento del empleador. Además esta no es la única ley que reconoce la continuación de los contratos como vamos a ir viendo. La legislación de arrendamientos urbanos, da por supuesta la subsistencia del contrato tras la fusión del arrendatario, estableciendo unos efectos distintos de los de la transmisión voluntaria. También el TRLCSP en su art. 85 reconoce la sucesión en los contratos con las administraciones públicas (con la excepción de la necesidad de previa autorización administrativa en el caso de las concesiones en el art. 270, números 5 y 6 de la misma ley).

En la jurisprudencia se observan algunas vacilaciones. Así en la SAP de Asturias, Sección 5<sup>a</sup>, de 16 Ene. 2014 (Rec. 509/2013), relativa a un contrato de mantenimiento de ascensores, la comunidad propietarios alega su derecho a resolver pues no había aceptado la subrogación de la absorbente. El tribunal, si bien reproduce el Art. 23 de LME, termina desestimando la pretensión porque la comunidad “no aporta ninguna prueba de que se hubiera roto la unidad contractual en virtud de la cual la actora estuvo prestando servicios para la demandada y está pagando el precio estipulado por ello, de donde se infiere que la demandada era conocedora de la existencia de la subrogación de la sociedad actora en el lugar de la sociedad con la que se había concertado el contrato”. La redacción parece indicar que es el consentimiento tácito y no la sucesión universal la que impide la resolución. Sin embargo, la mayoría de las sentencias se manifiestan claramente a favor de la sucesión en los contratos. Entre otras podemos citar las del Tribunal Supremo de 30 Abril de 2007 (Sala Primera) y de 8 Feb. 2007 que se examinan después en materia de arrendamientos y que dan por supuesto la aplicación de ese principio a todo tipo de contratos. En el mismo sentido también la SAP

Badajoz 19-2-2003, relativa a una promesa de venta de participaciones sociales, que revoca la sentencia de instancia que entendió que no era posible exigir el cumplimiento por haber desaparecido la obligada. La Audiencia señala que “resulta de todo punto inasumible, pues la fusión en nada puede afectar a los derechos de tercero, por razón de la sucesión universal”. Quizás la más significativa sea la STC 50/2011, de 14 de abril de 2011 que describe las modificaciones estructurales como “operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines ... conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes ...(también la arrendaticia del local de negocio: art. 31.4 LAU/1964 y art. 32.3 LAU/1994) las entidades resultantes de esos procesos. De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas”. Como vemos la sentencia no habla solo de derechos y obligaciones sino de relaciones jurídicas en general, incluyendo expresamente las contractuales -siendo la relación arrendaticia a la que se refiere el caso una más de ellas-.

La conclusión es por tanto que los contratos se transmiten, y dada la finalidad y los caracteres de la sucesión universal, debe producirse sin modificación del contenido de esos contratos: la propia STC citada habla de conservar la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes, es decir que es la misma relación sin variación de contenido. Como se ha visto, las modificaciones estructurales han de ser neutras respecto de la situación patrimonial y por tanto no deben implicar ni requisitos de transmisión más allá de las formalidades de la fusión, ni modificación del contenido.

Sin embargo, como hemos visto en relación con otras cuestiones, esta regla general puede tener sus excepciones.

En primer lugar, es necesario examinar si se aplican en los contratos los derechos que se conceden a otros terceros afectados por la

fusión, es decir el derecho de oposición, y si los contratantes han de ser notificados.

Además, existen normas específicas que introducen modalizaciones en el efecto automático y neutro de las modificaciones estructurales sobre determinados contratos. Como se estudió en la primera parte en relación con las características de la normativa de estas operaciones, la autonomía de esta no impide normas especiales que modifiquen determinados requisitos (normas sectoriales sobre autorizaciones, etc...) o sus efectos, como en este caso. Aparte del estudio de las mismas, por la trascendencia que pueden tener a la hora de preparar la fusión, se hará un juicio crítico sobre su oportunidad.

Aún en supuestos no previstos expresamente por la ley, algunos contratos pueden sufrir modificaciones de hecho como consecuencia de una modificación estructural. Como ya se ha dicho, la neutralidad de la sucesión universal solo tiene justificación si la modificación estructural es efectivamente neutra sobre la relación en la que se sucede. No podemos defender que la transmisión sea neutra en el sentido de no requerir consentimiento ni formalidad alguna, si de hecho el cambio de titular va a afectar al tercero contratante negativamente y de manera objetiva y sustancial. Como señala CONDE TEJON, en determinados casos el efecto de la modificación estructural va más allá de la modificación subjetiva y se convierte en una novación objetiva<sup>160</sup>. Habrá que estudiar por tanto en qué casos los efectos de la fusión implican la posibilidad de resolver o modificar el contrato y si eso se debe producir de forma automática o no. En principio esto podría intentar reconducirse al ámbito ya conocido en la sucesión hereditaria de los contratos personalísimos o *intuitu personae*, pero veremos como la aplicación de este concepto al supuesto de modificaciones estructurales de sociedades es problemático, y como es

---

<sup>160</sup> CONDE TEJON. 2004. Pag. 417. Dice este autor que “no está tan claro que el legislador pretendiera habilitar una alteración material en el elemento patrimonial transmitido por efecto de la sucesión universal”. A mi juicio está más bien claro lo contrario: el legislador quiere que el simple cambio de titularidad no implique la aplicación de las normas generales, pero esto tiene como presupuesto siempre que no se altere el contenido de la relación jurídica transmitida.

más adecuado acudir a otras instituciones que permiten resolver mejor estos problemas.

### ***2.4.6.3 Derecho de oposición y notificación en el caso de los contratos***

#### ***2.4.6.3.1 El derecho de oposición en los contratos***

Una primera cuestión que se puede plantear es si los terceros que han contratado con una sociedad que se fusiona pueden utilizar el derecho de oposición como acreedores (reconocido en el Art. 44 LME). Buena parte de los contratos son sinalagmáticos, de manera que la existencia de prestaciones recíprocas implica que en sentido amplio el tercero contratante es un acreedor de la sociedad.

Sin embargo, la exigencia que establece el Art. 44 LME de que el crédito debe haber nacido antes de la publicación del proyecto y no estar vencido es difícil que se de en contratos de tracto sucesivo, pues o la deuda no ha nacido (no se ha devengado el mes de arrendamiento) o ya está vencida. El contratante sí tendrá este derecho en el caso de que se haya devengado el crédito pero tengan un pacto de aplazamiento. Por ejemplo en el caso de un contrato de suministro es frecuente que se aplacen los pagos a 30, 60 o 90 días. Este acreedor podría ejercitar el derecho de oposición, pero esto tendrá poca utilidad para el acreedor, porque solo le permitirá exigir una garantía por ese crédito ya nacido y no por las futuras deudas que se vayan generando.

Por tanto no parece que se pueda pedir garantizar las responsabilidades nacidas de futuros incumplimientos, en el caso de contratos en curso de obra o prestación de servicios, por ejemplo. Se podría intentar la aplicación analógica de este precepto, argumentando que la finalidad de la ley es proteger a los acreedores del cambio en la solvencia consecuencia e la confusión de patrimonios tras la fusión. En el caso de los contratos no cabe duda que la solvencia del contratante puede afectar a la posibilidad de cumplir el contrato y por tanto que el tercero

tiene un claro interés en la misma. Sin embargo, el derecho de oposición tiene a mi juicio carácter excepcional y el supuesto de hecho de su aplicación es el que es y es de hecho más amplio que el que obligan a establecer las directivas. Más identidad de razón existiría para conceder este derecho a los acreedores con créditos vencidos, y sin embargo no se puede aplicar porque no existe laguna legal, ni para ese caso ni para otras responsabilidades de las sociedades fusionadas. Es significativo que aunque parte de la doctrina ha criticado que no se extienda a estos créditos, nunca se ha defendido su aplicación analógica.

#### ***2.4.6.3.2 La necesidad de notificación al contratante***

Tampoco parece que sea necesaria la notificación de la fusión al contratante, fuera de los casos en los que la ley lo exija expresamente. En primer lugar, porque si no es necesaria la notificación a los acreedores o deudores, no parece lógico que se tenga que notificar a los contratantes. En ese sentido una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 18 de enero de 1999 (rec. 725/1998), manifestó que no era necesaria la notificación al arrendador en caso de fusión del arrendatario, porque la fusión tiene la publicidad derivada de las publicaciones ordenadas en la ley. Además señaló específicamente que los arrendadores, a los efectos de ser notificados de la fusión, se pueden equiparar a los acreedores<sup>161</sup>. Cabe añadir a estos argumentos que en el caso de la fusión –ya veremos que esto no se aplica a la escisión o a la cesión global parcial- no existe posibilidad de error en cuanto a la realización de las prestaciones o del pago, que es lo que trata de amparar el art. 1527 del Cc. El hecho de que desaparezca la antigua contratante integrándose en la absorbente o resultante hace que de manera ineludible todas las relaciones vayan a seguirse con la nueva sociedad, en la que se ha integrado la anterior. Por

---

<sup>161</sup> En realidad la sentencia va un poco más lejos señalado que “los arrendadores se incardinan sin ninguna dificultad en el grupo de los acreedores, toda vez que por el contrato de arriendo se genera una relación contractual onerosa y sinalagmática que vincula a la parte arrendadora y arrendataria, originando derechos y deberes para ambas partes, y que la demandad cumplió con todos los requisitos de publicidad que la fusión exigía”.

tanto. cualquier prestación realizada en la forma en que se venía haciendo antes de la fusión tendrá el efecto de un cumplimiento ordinario.

#### **2.4.6.4 Examen de supuestos concretos**

La existencia de una normativa específica en unos casos, y los problemas que plantean por su propia naturaleza algunos contratos hacen necesario un examen individual de los mismos.

##### **2.4.6.4.1 Arrendamientos urbanos**

###### **2.4.6.4.1.1 Fusión del arrendatario**

Es interesante destacar que en esta materia se han producido reformas en su regulación, que son indicativas del sentido general de la evolución – a mi juicio aún inacabada- de la legislación en esta materia. Antes de la LSA 1989 el art. 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 exceptuaba del concepto de traspaso únicamente la transformación por ministerio de la Ley. *A sensu contrario* la Jurisprudencia había considerado que la transmisión del arrendamiento del local de negocio derivada de la fusión se regía por las reglas generales. Como el contrato de arrendamiento tenía una regulación especial que hacía innecesario el consentimiento del arrendador para su transmisión, la fusión era por supuesto posible, pero se aplicaban las mismas reglas. En particular se consideraba que existía traspaso si la arrendataria se extinguía como consecuencia de la fusión. En consecuencia, si no se cumplían los requisitos del traspaso, la transmisión derivada de la fusión se convertía en causa de resolución del contrato (STS de 13 de mayo de 1992, 17 de marzo y 8 de octubre de 1993, 14 de marzo de 1995 y 31 de octubre de 1996, todas ellas referidas a la LAU de 1964 antes de su reforma del año 1989, que insisten en que la nueva regulación que modificaba el citado artículo no tenía efecto retroactivo). Sin embargo, si la absorbente era la arrendataria se consideraba que no había modificación en el contrato y se rechazaba la aplicación de las normas del traspaso (STS 25-6-1983, 23-2-1988. La STS de 8 de febrero de 1996 recoge un caso de arrendataria

absorbente, en que no se entiende que hay traspaso ni causa de resolución). Esta posición jurisprudencial es muy interesante porque es representativa de la concepción formalista de la sucesión universal derivada de la fusión, y en general de una visión de las modificaciones estructurales como procesos extintivos de las sociedades fusionadas: a las relaciones que cambian de titularidad se les aplican las reglas de las transmisiones individuales, y de las demás no hay porque preocuparse porque siguen en el titular original. En contra de esto, lo que venimos a defender en este estudio es que el cambio subjetivo no debe tener relevancia pues la modificación estructural tiene en general un efecto funcional de continuación de la empresa; y en sentido contrario, que el cambio objetivo debe ser relevante tanto para las relaciones jurídicas de la transmitente como de la adquirente.

En la línea de favorecer las modificaciones estructurales, la reforma de la LSA del año 1989 introdujo una modificación en el art. 31.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, pasando éste a disponer: *“no se entiende producido el traspaso en los casos de transformación, fusión, o escisión de sociedades»*, pero se permite la elevación de la renta por el arrendador *«como si se hubiera producido el traspaso»*. El art. 32.3 de la vigente LAU mantiene este mismo régimen para la cesión del arrendamiento para uso distinto de vivienda, aunque con una redacción ligeramente distinta, diciendo que no se considerará cesión el *«cambio producido en la persona por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria»*, pero admitiendo también el aumento de renta en esos casos.

La nueva redacción del art. 31.4 fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad resuelta en la STC 50/2011, de 14 de abril de 2011. Lo que se planteaba es si se infringía el art. 14 de la constitución relativo a la igualdad por el hecho de que un traspaso inconsentido en el caso de una persona física daba lugar a la resolución del contrato mientras que en estos casos de cambio de titular -también inconsentido- las personas jurídicas podían continuar en el arrendamiento. El TC resuelve que no es inconstitucional pues las situaciones que se comparan no son

homogéneas ni infringe por tanto el principio de igualdad. En primer lugar, señala que la “diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina que existan actos jurídicos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. De ahí que este Tribunal haya afirmado que “no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas” (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo”.

Pero la diferencia no está sólo en las personas sino también en el tipo de transmisión. Por una parte insiste –como se ha venido haciendo en este trabajo- en la especial finalidad de la regulación: “son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de “modificaciones estructurales” ... conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes ...(también la arrendaticia del local de negocio: art. 31.4 LAU/1964 y art. 32.3 LAU/1994) las entidades resultantes de esos procesos. De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ello las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas”<sup>162</sup>.

Por último, subraya la diferencia entre la transmisión universal y la particular, dando a entender que las normas que restringen las transmisiones a título particular no necesariamente han de aplicarse a

---

<sup>162</sup> Más adelante insiste la sentencia en el interés público de la finalidad perseguida: “la distinta condición subjetiva del arrendatario persona natural o jurídica puede justificar la previsión de diversos esquemas o modelos normativos de “sucesión” o subrogación en la relación arrendaticia para facilitar el mantenimiento y continuidad de empresas o de actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de orden económico y social que encuentran apoyo en concretos mandatos de la Constitución (arts. 38, 40 y 130.1 CE).”

transmisiones de conjuntos patrimoniales: “no es objeto de cesión o transmisión aislada con separación de la relación jurídica del que fuera hasta ese momento el arrendatario ... sino que ... en los casos de fusión o escisión la modificación subjetiva que experimenta la relación arrendaticia se produce como consecuencia de la ejecución de procesos globales de integración y sucesión patrimonial en el marco de operaciones de modificación estructural de la entidad arrendataria (como organización jurídica), alejados de los genuinos esquemas de los contratos de “cesión mediante precio” de los locales en los que se inscribe (art. 29 LAU) el traspaso de local de negocio a que se refiere el precepto cuestionado.”<sup>163</sup>

El régimen vigente, procedente -como decimos- de la reforma de la LAU de 1964 por la Ley de reforma societaria del año 1989, supone una mejora respecto de la situación anterior, pero (al permitir el aumento de renta) sigue implicando una excepción respecto del régimen general de los demás contratos, a los que se aplica la regla de no alteración de la relación jurídica en caso de fusión.

Esta regulación suscita además la duda de si ese derecho al aumento de la renta se aplica en el caso de que la arrendataria sea la sociedad absorbente en la fusión. Algunas sentencias (SAP Madrid 1 de julio de 1994 y STS de 20 de septiembre de 1994, ambas referidas al art. 31.4 LAU de 1964) entienden que también ha de aplicarse en ese caso pues la Ley no distingue y porque la elevación de la renta se produce también en el caso de la transformación, en el que tampoco cambia la personalidad. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 20 de septiembre de 1997 (rec. 2516/1993), que señala que al incluir la transformación y la fusión en los arts. 31.4 y 32.3 resulta evidente la voluntad del legislador de aplicar el aumento de renta a todo tipo de fusión, y también a los contratos sometidos a la nueva Ley. En relación con el art. 32.3 de la LAU de 1994,

---

<sup>163</sup> En el informe del abogado del Estado se añade un argumento en el que se puede encontrar algo de la tesis modificativa de la fusión: “es característico de estos procesos la creación de una nueva sociedad o la absorción por la sociedad arrendataria del patrimonio de la absorbida o la escisión parcial de una sociedad no supone la desvinculación del anterior arrendamiento puesto que continúan como accionistas de la nueva sociedad arrendataria”

y a pesar de que esa última sentencia propone una interpretación igual a la que hace del 31.4 de la antigua ley, existe un argumento adicional para no admitirlo pues habla de “cambio de persona”, y no existe tal cambio en la sociedad absorbente. Es cierto que también en este caso la Ley cita la transformación, respecto de la cual no hay nunca cambio en la persona del arrendatario.

Dada la incongruencia de las normas, parece que lo lógico es no aplicar el aumento de renta en caso de fusión de la absorbente ni el art. 31.4 de la LAU de 1964 ni el art. 32.3 de la actual LAU. Por una parte, porque no parece una distinción querida por el legislador, que en principio pretendía unificar el régimen en este punto; por otra, porque su aplicación sería contraria a la doctrina anterior del Tribunal Supremo, según la cual no se consideraba realizado el traspaso en caso de que la arrendataria fuera la absorbente. Si la finalidad de la reforma era facilitar este tipo de operaciones, resulta absurdo que las convierta en más onerosas en este supuesto, y además, como norma excepcional respecto del régimen general de eficacia de la fusión, ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Finalmente, una interpretación conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma lleva también a esta solución. Primero porque la tendencia es a facilitar las modificaciones estructurales; por otra parte porque una vez desaparecidos los arrendamientos de local de negocio de renta antigua<sup>164</sup>, tiene poco sentido este derecho del arrendador, y menos aún en el caso de una modificación estructural en que no hay una enajenación en sentido estricto.

También se plantea la cuestión de si el arrendatario debe realizar alguna notificación al arrendador. En una sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 18 de enero de 1999 (rec. 725/1998), se planteó

---

<sup>164</sup> La Ley 29/1994, de 24 de noviembre establece un régimen transitorio para los arrendamientos anteriores al Decreto Boyer de 1985 en la Disposición Adicional 3ª, por el cual el contrato en cualquier caso finalizaba el 1 de enero de 2015, con la única excepción de que se hubiera producido un traspaso en los 10 años anteriores, en el que se prorrogaría cinco años más.

esta cuestión y el tribunal resolvió que en estos casos no se pueden exigir los requisitos del traspaso, y que los arrendadores, a los efectos de ser notificados de la fusión, se pueden equiparar a los acreedores, por lo que la Ley considera suficientes las publicaciones que la Ley exige para este tipo de operaciones. Por otra parte, la misma sentencia señala que el aumento de renta solo será efectivo desde que se solicite por el arrendador, por lo que los efectos de la falta de conocimiento de la fusión recaen sobre el arrendador.

Desde el punto de vista valorativo, entiendo totalmente injustificada esta regulación y creo que se debería suprimir esa revisión de renta para cualquier tipo de modificación estructural. Como hemos visto, el cambio de titularidad en la fusión no debe tener la misma trascendencia que en las transmisiones individuales en general. Por una parte porque no existe verdadera enajenación, al no ser el nuevo titular un sujeto extraño a la sociedad titular sino el resultado de una reorganización del mismo, lo que justifica con carácter general la neutralidad en la transmisión. Solo en los casos en que el cambio de titular implique una modificación de las condiciones del contrato estarán justificadas modificaciones del contrato o en su caso la resolución.

No parece que en principio los arrendamientos de local de negocio sean el tipo de contratos para los cuales una modificación estructural del arrendatario implica una alteración sustancial en la relación. El primer indicio de esto es que la propia ley admite la transmisión del contrato salvo pacto en contrario (art. 32 LAU), en contra de la regla general de los contratos (1257 Cc). Desde el punto de vista material, la razón básica para impedir la transmisión o establecer derechos especiales del arrendador sería el cambio de la solvencia del arrendatario. Esto puede perjudicar al arrendador, que como hemos visto no podrá ejercer el derecho de oposición pues las deudas o están vencidas o no son exigibles, y en cualquier caso solo podría obtener garantía por la deuda pendiente y no por las rentas que se devenguen en el futuro, que es lo importante. Sin embargo lo cierto es que en estos contratos a largo plazo el acreedor no confía solo en la solvencia del deudor –que puede ir variando con el

tiempo- sino que se suele completar con garantías adicionales, muy frecuentemente fianzas bancarias de un número de meses de renta. Pero es que además la norma de la LAU no aborda este problema, pues no ofrece al arrendador garantías de pago, sino tan solo la posibilidad de aumentar la renta. En el sistema de arrendamientos sujetos a prórrogas forzosas y sin posibilidad de actualización de la renta dentro del cual nació esta norma, esto tenía sentido económico. Como la renta no podía ser actualizada, la inflación hacía que poco a poco la renta se colocara por debajo de la renta de mercado. Esto suponía por un lado que el contrato de arrendamiento aumentaba de valor, y al mismo tiempo una ineficiencia desde el punto de vista económico: el arrendador obtenía menos del precio de mercado y el arrendatario podía mantener un negocio que en realidad era poco rentable para ese lugar. Pero este podía también tomar una decisión alternativa y con más sentido económico: vender esa posición contractual a un tercero que iba a rentabilizar más el negocio y que por tanto estaba dispuesto a pagar esa diferencia a través del traspaso. De manera coherente, la ley permitía al arrendador obtener parte de ese aumento de valor en renta del local que había capturado el arrendatario con la ayuda de la ley. Este reparto se hacía por medio de la participación en el precio del traspaso y también permitiéndole aumentar la renta. En el régimen actual han desaparecido las prórrogas forzosas y existe total libertad para pactar la renta y sus actualizaciones, y transcurridos todos los plazos transitorios de la ley de 1994 no existen locales de negocio sometidos a límites de renta.

No existe por tanto ninguna razón para otorgar al arrendador un derecho a aumentar la renta, que supone un privilegio injustificado al no responder a ningún interés protegible. Aunque este argumento tiene carácter general y por tanto justificaría la supresión de esa facultad para cualquier transmisión, en el caso del cambio de titularidad como consecuencia de una modificación estructural se refuerzan los argumentos. En el caso de una transmisión particular se puede encontrar la justificación en que el arrendatario esté obteniendo en ese momento un precio por el traspaso que refleja el aumento de renta de mercado,

aunque sea dentro del limitado plazo pactado, y puede tener sentido que se limite ese aprovechamiento a través del aumento de renta. En cambio en una transmisión de un conjunto patrimonial, ese beneficio no es el motivo de la transmisión y queda diluido dentro de una operación mucho mayor. Pero sobre todo, ese aumento se contrapone a otro interés protegible, pues supone además una dificultad a las modificaciones estructurales; las dudas sobre si se aplica en el supuesto en que no cambia la titularidad aumenta además la inseguridad jurídica y por tanto el coste de estudio de la operación.

#### **2.4.6.4.1.2 Fusión del arrendador**

Este es un supuesto que la LAU no parece contemplar. Sin embargo se planteó en la STS de 30 Abril de 2007 (Sala Primera, LA LEY 14297/2007), que resuelve un caso en que el arrendatario solicitaba la resolución del contrato por causa de la fusión del arrendador. La absorbente alegaba que la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no reconocía en ninguno de sus artículos el principio de sucesión universal. El alto tribunal desestima el motivo, como no podía ser de otra forma, señalando que lo que se aplica es la norma general (en ese momento el Art. 233 LSA) “sin que se haga por el legislador ninguna excepción en cuanto a los arrendamientos”. Esta decisión viene a confirmar que no es necesario que la regulación de un determinado contrato prevea el efecto de la sucesión universal en una modificación estructural, pues este se rige por la regla general, y que lo que será excepcional y requerirá de una norma expresa será la no transmisión, o la modificación del mismo. Por eso la norma excepcional en este caso es la del aumento de renta antes criticada. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 8 Feb. 2007 LA LEY 506/2007.

Pero esa misma cuestión se puede plantear no solo por el arrendatario sino por la sociedad que se debería subrogar como arrendadora tras una modificación estructural. En el caso de arrendamiento de local de negocio el Artículo 29 de la LAU establece que en el caso de enajenación de la finca arrendada “El adquirente de la finca

arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurren en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”. Lo que hay que plantearse es si la sociedad resultante de la fusión puede considerarse como un adquirente de buena fe del art. 34 y rechazar la continuación del arrendamiento. De acuerdo con lo visto anteriormente, en nuestro derecho el cambio de titularidad derivado de la fusión se inscribe en el registro, aplicándose el principio de tracto sucesivo. Por otra parte también hemos visto que la fusión se puede considerar como una transmisión a título oneroso inter vivos, por lo que se completarían los requisitos para la protección del tercero del art. 34 LH, para lo cual el carácter universal de sucesión no parece que en sí sea un obstáculo. Creo que esto sería erróneo, primero porque si bien con ocasión de las modificaciones estructurales se produce un cambio de titularidad, no parece que se pueda considerar que existe enajenación en sentido estricto. Desde el punto de vista funcional las modificaciones estructurales no tienen un carácter extintivo sino de integración o modificativo – en términos de la doctrina italiana- pues la empresa no desaparece sino que se integra en otra, y al integrarse los socios en la resultante el contrato de sociedad no se extingue sino que se transforma. En consecuencia la sociedad originaria no es verdaderamente ajena a la resultante, ni puede considerarse un tercero propiamente dicho. Tampoco en sentido estricto puede considerarse, a mi juicio de buena fe, es decir que puede ignorar hechos o actos de la sociedad absorbida. Además, las normas sobre terceros de buena fe tienen un carácter excepcional ligado a la protección del tráfico. Se justifican como manera de proteger el tráfico ordinario de bienes, y por ello se limitan a determinados negocios jurídicos como la compraventa. No se trata tanto de proteger la buena fe del comprador sino el tráfico de bienes en general, con el límite de que no puede amparar la connivencia con el fraude o la mala fe. Es revelador que aunque el Art. citado hable de enajenación, el 1571 del Cc al que se remite después se refiera solo al comprador, excluyendo por tanto la adquisición a través de otros negocios jurídicos<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> En el mismo sentido SCHMIDT. Cit. Pag. 237

Por otra parte, la protección de la sociedad adquirente como tercero sería contraria a la naturaleza de la sucesión universal en las modificaciones estructurales. Si como hemos venido defendiendo se trata de que se permita la transmisión del patrimonio en su conjunto, y de cada elemento del mismo en la situación en la que se encontraba, es evidente que el adquirente en ningún caso va a poder ejercitar ningún derecho especial por el mismo hecho del cambio de titularidad. Este colocarse en el lugar del causante (en el ámbito sucesorio *in locum defuncti*) supone, por un lado, que no se deben aplicar las normas de las transmisiones particulares, como he defendido en materia de derechos de adquisición preferente. Pero la otra cara de la misma moneda es que en ningún caso la subrogada o adquirente puede alegar la condición de tercero respecto de la transmisión. Este es la opinión del TJUE en la STJUE 3-343/13 relativa a la transmisión de responsabilidades por sanciones: el punto 34 de la misma señala que es indiferente que los socios y acreedores de la adquirente conocieran o no la situación real de la sociedad, y eso les impidiera evaluar el coste de la fusión y en consecuencia el valor relativo de las dos sociedades. Señala que los acreedores tienen un derecho de oposición y que “como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad.” La conclusión es que la obligación de investigación sobre la situación real de la compañía es de las sociedades participantes, y que eso no puede ser obstáculo para alterar el principio de que se colocan en el lugar de la sociedad extinguida.

También se ha visto en relación con la STJUE 3-343/13, que la sucesión universal cumple una finalidad de protección de los terceros, evitando que queden obligaciones sin sujeto o que estas se resuelvan<sup>166</sup>.

En el caso de arrendamientos de vivienda, a pesar de que la redacción del Art. 14.1 distinta del Art. 29, cabe llegar a la misma conclusión: la resultante no puede considerarse un tercero del art. 34 por lo que para que le afecte el arrendamiento no es necesario que este esté inscrito. En el caso de que no este inscrito el art. 14.2 se remite al art. 1571 del Cc que establece que el comprador tiene derecho a resolver el arrendamiento salvo pacto en contrario, con la particularidad de que le otorga una prórroga de tres meses. No obstante, entiendo que tampoco en ese caso puede la sociedad adquirente resolver el contrato. En primer lugar, porque el Art. 1571 habla de compraventa, y además porque la referencia a la ley hipotecaria que contiene revela que se trata de una norma de protección del tráfico. Pero sobre todo por los argumentos generales sobre el funcionamiento de la sucesión universal que acabamos de ver. Resultaría totalmente contrario al espíritu de las normas de las modificaciones estructurales otorgar este derecho a la sociedad resultante. Esta argumentación se aplica por tanto no solo a los arrendamientos de vivienda sino en general a todos los arrendamientos regulados por el Cc.

Por otra parte, si la ley no contempla en estos casos que el arrendatario tenga derecho a resolver, evidentemente tampoco lo tendrá en el caso de una sucesión universal en la que se presume la continuación de las relaciones. La posibilidad de vender la propiedad sin que eso afecte al arrendamiento se deduce del conjunto de la regulación de arrendamientos. El único límite a esa disposición que establece la ley es el derecho de retracto arrendaticio, lo que de alguna viene a confirmar que la venta es posible. Este límite ha sido ya analizado, y como hemos visto se excluye en el caso de la fusión al limitarse el tanteo y retracto al supuesto de venta.

---

<sup>166</sup> Esta parece ser la doctrina predominante en Alemania para el caso de fusión. SCHMIDT. Cit. Pag. 233

#### **2.4.6.4.2 La fianza: examen de la jurisprudencia**

El examen de la fianza no debería presentar particularidades pues no es objeto de una regulación específica; sin embargo, se plantean algunos problemas especiales en relación, sobre todo, con las fianzas globales o fianzas «ómnibus», en que una sociedad garantiza todas las obligaciones de un deudor frente a un determinado acreedor. Su estudio resulta necesario no solo porque ha sido objeto de varias sentencias sino porque es una buena ilustración de un caso en que la modificación estructural afecta de manera sustancial al contenido del contrato y por tanto no se puede aplicar la sucesión universal de manera automática. Los problemas se plantean tanto en el supuesto de fusión del acreedor, como en los de la participación de deudor y fiador en operaciones de modificación estructural.

##### **2.4.6.4.2.1 Fusión del acreedor beneficiario de la fianza**

Las STS de 17 de mayo y 3 de julio de 1999 se refieren a supuestos en que la sociedad acreedora a cuyo favor se prestó el aval es absorbida por otra, discutiéndose si el fiador sigue vinculado como avalista del deudor frente a la sociedad absorbente. La STS de 17 de mayo de 1999 dice que no es causa de extinción de la relación contractual de aval o afianzamiento la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se prestó el aval, precisamente por esa sucesión universal. Sin embargo, la STS de 3 de julio de 1999, ante un caso igual, dice que *«no se contempló la posibilidad de transmisión de dicho aval a favor de tercero ni estipulación alguna en tal sentido, lo que hace inaplicable el artículo 1257»*, y llega a la conclusión de que el aval no sobrevive a la fusión. No cabe duda de que la solución acertada es la primera y de que la segunda es contraria al principio de sucesión universal y además carece de justificación, ya que el cambio de acreedor no afecta al deudor ni por tanto agrava la obligación del fiador (arts. 1258 y 1212 CC). En ningún caso la fusión puede considerarse novación, y además, según semejante criterio, quedarían liberados los fiadores de la absorbida y no los que prestaron fianza a favor de la absorbente, lo que también carece de lógica.

Otra cuestión es que, en el caso de fianzas globales e indeterminadas en el tiempo, el fiador pueda -tanto antes como después de la fusión- desvincularse del contrato por el fiador, derecho reconocido en STS de 22 de marzo de 1988.

Las fianzas ómnibus pueden plantear también otros problemas: es muy frecuente en la práctica empresarial y bancaria española que una o varias personas físicas (los socios) avalen con carácter general todas las deudas de una sociedad con una entidad financiera. En el caso de fusión de esta acreedora garantizada con otra sociedad, tanto si es la absorbida como la absorbente, la aplicación automática de la sucesión universal implicaría la extensión de la fianza a las deudas que esa sociedad tuviera con la otra entidad financiera que participa en la fusión y fueran preexistentes. Esto es absurdo y contrario a la buena fe, y por tanto en ningún caso la fusión puede hacer nacer la fianza respecto de deudas anteriores, lo que cabe deducir de la voluntad de las partes (1281 Cc ). En el caso de las deudas que se contraigan por el deudor con posterioridad a la fusión, entiendo que si la fianza se había prestado a la absorbente, la fianza seguirá siendo válida. Si se hubiera prestado a la absorbida, en cambio, creo que la solución más conforme a la buena fe sería la no extensión de la fianza a nuevas deudas contraídas por ella, siendo necesario en su caso que el fiador modifique su fianza, declarándose extinguida la que se había prestado para la extinguida y constituyéndose para la adquirente. Aunque esto puede parecer contrario a la aplicación de la sucesión universal en toda su extensión, hay que tener en cuenta la especial naturaleza de estas fianzas generales, y la necesidad de su interpretación estricta.

#### **2.4.6.4.2.2 Fusión del deudor garantizado con la fianza**

En el caso de que la fusión afecte al deudor afianzado, en principio la regla de la sucesión universal debe aplicarse y la fianza debe subsistir tanto si se prestó a favor de la absorbente como de la absorbida. En principio no tiene sentido que el fiador quede liberado por este hecho, en perjuicio de un acreedor que no ha intervenido en la fusión.

Sin embargo, esto plantea el problema del posible agravamiento de riesgos del fiador. Por una parte, la fusión puede reducir la posibilidad de regreso en caso de que la solvencia de la sociedad resultante sea menor que la del deudor original. Se podría discutir si en este caso el fiador podría ejercer el derecho de oposición, como titular de un crédito no vencido contra la sociedad. Creo que si el fiador ha llegado a pagar al acreedor y se ha abierto la vía de regreso (art. 1838 CC), no podrá ejercer el derecho porque en ese caso su crédito está vencido (a pesar de que esta solución legal puede ser criticable, como se ha dicho en otra parte). Si el fiador ha sido demandado y no ha pagado, creemos que debe tener el derecho de oposición, por analogía con el art. 1843 CC, que le permite en este caso pedir garantía al deudor que le ponga a cubierto del peligro de insolvencia. Lo mismo cabría sostener si, aun sin haber sido demandado, la deuda ha llegado a hacerse exigible (art. 1843.4º CC). Es decir, el crédito ha vencido, pero no ha sido demandado el deudor ni ha pagado el mismo. Esto sí es lógico porque no hace recaer ningún perjuicio sobre el acreedor y permite al fiador evitar un perjuicio injusto. En cualquier caso, la limitación del ámbito de los deudores protegidos es criticable. Quizás, como ha señalado una gran parte de la doctrina<sup>167</sup>, el derecho de oposición como derecho de veto a la fusión sea demasiado potente y favorezca utilizaciones ilegítimas. Pero al mismo tiempo la limitación a los acreedores con créditos no vencidos hace de él un instrumento inútil para la mayoría de los acreedores en riesgo.

---

<sup>167</sup> DÍAZ MORENO, A. y JUSTE MENCÍA, J., «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio (LA LEY 11185/2012), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», Revista de derecho de sociedades, núm. 39, 2012, ISSN 1134-7686, págs. 199 a 228.

ESCRIBANO GÁMIR, M. L., «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del art. 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo (LA LEY 4685/2012))», Diario LA LEY, núm. 7855, de 10 de mayo de 2012, año XXXIII, Ref. D-197, Ed. La Ley (LA LEY 5132/2012). FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «El Nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 59, junio 2013.

ALFARO, J. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la de modificaciones estructurales. 19 de marzo de 2012. En <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/03/la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de.html>. Más sobre la reforma del derecho de oposición. 21 de marzo de 2012. En <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-la-reforma-del-derecho-de.html>. Visto por última vez el 9 de noviembre 2015.

En segundo lugar, puede suponer un riesgo en el caso de fianza ómnibus, pues ahora el fiador pasa a ser garante de una sociedad que por el hecho de la fusión integra un pasivo mayor. El fiador en este caso podrá ejercer el derecho de desistimiento en el caso de fianzas globales y por plazo indeterminado, admitido por el Tribunal Supremo para este tipo de fianzas. Incluso podría sostenerse una extinción de la fianza respecto de las deudas nacidas con posterioridad a la fusión, pues siguiendo la STS de 23 de marzo de 1988, se extinguiría la fianza respecto de las deudas futuras en caso de fallecimiento del deudor. En el caso de fianzas ómnibus por plazo determinado, se puede sostener la posibilidad de denuncia unilateral basándose en una interpretación analógica del art. 1705 del CC. Este artículo permite al socio desvincularse de la sociedad por tiempo determinado si existe justa causa, lo que existirá para el fiador si la fusión produce un incremento del riesgo. Creo que en el ámbito de la fianza ómnibus el criterio de la buena fe es esencial: a mi juicio, como en el punto anterior, en el caso de que la avalada sea la sucesión absorbida, ninguna deuda posterior puede ampararse en la fianza salvo que haya realizado una novación expresa.

#### **2.4.6.4.2.3 Fusión del fiador**

El que el fiador se extinga con ocasión de una modificación estructural plantea en primer lugar si este solo hecho extingue la fianza respecto de las deudas nacidas con posterioridad en el caso de una fianza omnibus. A mi juicio está claro que respecto de las deudas garantizadas nacidas antes del fallecimiento la fianza subsiste, como sucede en el caso de las personas físicas. Esa es la norma que proviene del derecho romano<sup>168</sup>.

Esto sin embargo ha ido siendo moderado por la jurisprudencia<sup>169</sup>. La STS de 29 abril 1992 limita esto respecto de las obligaciones futuras:

---

<sup>168</sup> Digesto (ley 4, párrafo 1, título 1, libro 46), sí: “Fideiussor et ipse obligatur, et heredem obligatum relinquit, quum rei locum obtineat” (el fiador se obliga y obliga a su heredero, porque ocupa el lugar del deudor).

<sup>169</sup> Un interesante estudio de la cuestión es el de LUCENA, A. <http://notin.es/fianza-herencia-y-registro-unico-los-notarios-solicitan-el-acceso-al-registro-de-deudas-bancarias-para-saber-el-pasivo/> visto el 17 octubre 2015

“... estamos en presencia de un supuesto de las llamadas fianzas de obligación futura, cubriéndose todo un conjunto de obligaciones (saldo resultante, valores de letras de cambio y cualquier tipo de obligaciones mercantiles) que se hubieren realizado o se realicen en el futuro, siendo de duración indefinida, pudiendo los fiadores obtener la extinción de su obligación de garantía de carácter solidario y con renuncia de los beneficios de excusión, orden, grado y cualquier otro; por el expediente del preaviso con plazo de un mes para la efectividad de tal decisión... ese aseguramiento del pasivo que se contraiga en «lo sucesivo» supondría una atadura «sine die» o a perpetuidad para los causahabientes del fiador que por su premoriencia no podría disentir de su precedente compromiso, lo que a todas luces, repugna a los parámetros de la vinculación temporal a que se sujeta todo deudor o responsable” (STS 29 abril 1992). En un auto de la AP de Murcia de 29 de marzo de 2011 se señala que solo se transmite la fianza cuando la deuda estaba en el patrimonio del fiador antes de su fallecimiento, citando la STS anterior. La STS 16 de Diciembre de 2014 declaró que la viuda que había recibido una parte de la herencia en pago de su derecho de usufructo universal no respondía de esa deuda, pero el fundamento era que no tenía carácter de heredero aunque hubiera recibido bienes en plena propiedad en pago de sus derechos. Como señala LUCENA<sup>170</sup> “la STS citada se refiere a un muy puntual caso, a saber, el de fianza -genérica- “de duración indefinida” y por tanto no está claro que se pueda aplicar a las de duración concreta, aunque entiendo que podríamos aplicar lo dicho anteriormente.

A mi juicio, lo que en el caso de las personas físicas justificaría una interpretación restrictiva no es aplicable en el caso de la fusión. En primer lugar porque deriva de un acto voluntario y no fortuito como la muerte. Y porque como hemos dicho, en el caso de las modificaciones estructurales, la adquirente no puede considerarse como un tercero respecto de las actuaciones de la absorbida o extinguida. Por tanto debe operar el principio de la sucesión universal, sin perjuicio de que la sociedad adquirente podrá utilizar los medios que hemos visto antes para

---

<sup>170</sup> LUCENA, A. <http://notin.es/fianza-herencia-y-registro-unico-los-notarios-solicitan-el-acceso-al-registro-de-deudas-bancarias-para-saber-el-pasivo/> visto el 17 octubre 2015

liberarse de fianzas globales e indefinidas, pero nada más. La fusión no debe ser un expediente para que las sociedades se liberen de sus responsabilidades.

Una segunda cuestión es si el acreedor afianzado tendrá en ese caso derecho a oponerse a la fusión. Desde el punto de vista finalista está claro que la solvencia del fiador puede haber sido un elemento esencial de cara a la concesión del crédito, y por tanto le afecta el posible cambio de solvencia derivado de la fusión. Parece defendible que sí tenga este derecho ya que la doctrina entiende que el fiador es verdadero deudor, aunque su responsabilidad sea subsidiaria.

#### **2.4.6.4.3 El contrato de obra**

En relación con este contrato hay que plantearse hasta qué punto es aplicable el Art. 1595 de Cc que dice: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio. Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad.”

A primera vista la extinción del contratista persona jurídica podría dar lugar a la rescisión si se ha encargado a la sociedad “por sus cualidades personales”. Aunque antes hemos advertido de que el carácter personal es en el caso de las personas jurídicas mucho más difuso que en las personas físicas, es indiscutible que en el encargo de la obra se tienen en cuenta cualidades de la empresa como la experiencia previa, la reputación, la solvencia, etc... , lo que llevaría a la conclusión que la regla general debe ser la resolución. Sin embargo, eso sería ignorar la verdadera naturaleza de las modificaciones estructurales, que como tantas veces se ha repetido, no tienen una finalidad extintiva sino de transformación o reorganización. Es evidente que la absorción de una

filial por su matriz, sin alteración de las actividades realizadas por la misma, en nada afecta a las cualidades del contratista. Lo definitivo no es la extinción de la persona sino que se mantengan las características que fueron determinantes al contratar. En sentido inverso, la sociedad puede mantenerse pero si cambian esas características de manera sustancial el comitente podría resolver el contrato: por ejemplo, si el contratista escinde la rama de actividad más importante que era determinante de esa solvencia o que era la que tenía la experiencia necesaria para esa obra, puede que sin extinción de la sociedad exista causa de resolución.

Por otra parte, en relación con el contrato de obra ya vimos al examinar la transmisión de las deudas que la absorbente se subroga en todos los derechos y obligaciones y en su posición de comitente respecto de la obra. (STS 29-11-1999)

#### ***2.4.6.4.4 Sucesión en los contratos con el sector público y las concesiones***

Esta materia viene regulada en el art. 85 del TRLCSP que bajo el epígrafe “Supuestos de sucesión del contratista”, establece reglas distintas para la fusión y la escisión (nos referiremos a esta última regulación en el apartado 2.5.5 de este trabajo).

En relación con la fusión dicho artículo establece: *"En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo"*. Por tanto, se establece de manera expresa la subrogación y no se exige ninguna formalidad especial ni notificación, en la línea de lo que defendemos debe ser el funcionamiento normal de la sucesión universal. Aunque la doctrina<sup>171</sup> señala que la razón

---

<sup>171</sup> GALLEGO, I. ¿Afectan los cambios estructurales en la persona del contratista a la continuidad del contrato del sector público? *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 127, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre-Octubre 2013, Editorial LA LEY. Pag. 2

es que se presume que la sociedad resultante tiene al menos las cualificaciones de la extinguida, la razón es más bien que se aplica el régimen general de las modificaciones estructurales. Este sistema es coherente con la doctrina del TJUE manifestada en la STJUE 19 de junio 2008 que estudia si una sucesión en un contrato administrativo debía ser admitida al amparo de la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. La sentencia dice en su apartado 40: *«En general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata»*. Pero a continuación señala que *“no obstante, la transferencia de la actividad en cuestión presenta ciertas características particulares que permiten llegar a la conclusión de que tales modificaciones, introducidas en una situación como la del asunto principal, no constituyen el cambio de un término esencial del contrato.”* Las circunstancias especiales era que la cesionaria era una filial 100% de la adjudicataria y que la transferente asumió la responsabilidad solidaria por la ejecución. En consecuencia entendió que no suponía una modificación por resultar el acuerdo una mera *“una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.”* Como vemos, la sentencia rechaza que el cambio formal de titularidad permita la resolución del contrato, pero no termina de amparar la sucesión automática en las modificaciones estructurales en general, pues basa su decisión en que no cambia el control y en la asunción de responsabilidad.

En cualquier caso, nuestra ley sí que reconoce de manera general el principio de subrogación en estos contratos en la fusión. Al ser una norma especial relativa a las causas de extinción del contrato recogida en las disposiciones generales, se impone sin ningún género de dudas a las normas generales sobre transmisión de contratos que se regulan en cada una de las modalidades de contratación de ese Texto Refundido. Por tanto, aunque estas hagan referencia a la extinción de la personalidad como causa de resolución del contrato, no operan en el caso de fusión.

La única excepción es la normativa sobre concesiones, en cuya regulación sí se contiene una norma especial para el caso de la fusión. En este sentido el Art. 270.5 de la misma Ley establece: “5. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad concesionaria, será necesaria la autorización administrativa previa para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la concesión y quedar subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. 6. En los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, sólo podrá continuar el contrato con la entidad resultante o beneficiaria en el caso en que así sea expresamente autorizado por el órgano de contratación considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse estas circunstancias.”

Como vemos aquí cambia totalmente el sistema del Art. 85 – respetuoso con la sucesión universal- y la transmisión se somete en todos los casos de modificación estructural a autorización a previa. Es importante destacar que la autorización parece necesaria siempre que “participe” la sociedad concesionaria, de manera que se requerirá también la autorización si la concesionaria es la absorbente. Puede resultar chocante en principio, pero a mi juicio es coherente con la postura que vengo defendiendo: lo importante en el mantenimiento o no de los contratos no es la titularidad formal sino el efecto que la fusión pueda tener sobre la relación contractual, y que por tanto puede afectar a la sociedad tanto si es absorbente como absorbida (recordemos que el derecho de oposición se concede a los acreedores de ambas). La falta de referencia a la cesión global entiendo que responde a que la norma no se

ha adaptado la LME. A mi juicio existe una laguna legal y una evidente identidad de razón que obliga a aplicar analógicamente la norma a este supuesto.

Si la modificación estructural se produce sin esa autorización el efecto será la extinción de la concesión por resolución, con las consecuencias que se regulan en los artículos siguientes del citado Texto Refundido.

Igual que en el Art. 85, la ley diferencia el supuesto de la escisión. Pero en este caso no parece que la solución sea muy diferente desde el punto de vista práctico. Únicamente añade que a la hora de dar esa autorización se habrán de tener en cuenta los requisitos establecidos y el grado de desarrollo del negocio concesional. No existe por tanto diferencia con el supuesto de la fusión pues tampoco en este la autorización es obligatoria. Como en todo caso las decisiones de la administración han de ser motivadas y no pueden ser arbitrarias, también en el caso de la fusión parece que se deberán tener en cuenta criterios semejantes a los que la ley señala en el caso de la escisión. Llama la atención que en el caso de la escisión o aportación de rama de actividad señale que la autorización ha de ser expresa, cuando parece que habrá de serlo también en el primero, no estando regulado el silencio administrativo positivo para este supuesto.

Curiosamente en el caso de la escisión solo se plantea el supuesto de que el contrato se transmita a una beneficiaria. Por tanto parece que si se trata de una escisión parcial y la concesión queda en la escindida no es necesaria ninguna autorización. Esto contrasta con la solución de la fusión (autorización también para la absorbente) y parece ignorar que como ha dicho GONZALEZ-MENESES<sup>172</sup>, en la escisión “a veces puede ser tan peligroso **irse** como **quedarse**”. Es decir que si la actividad principal o la más rentable se escinde, la administración puede quedarse con un contratante mucho menos solvente o cometerte.

---

<sup>172</sup> GONZALEZ-MENESES. 2010

#### 2.4.6.5 *Los contratos intuitu personae*

Como ya se vio al principio al estudiar los caracteres generales de la sucesión hereditaria, no todas las relaciones jurídicas se transmiten. El art. 659 del Cc excluye de la sucesión hereditaria los bienes derechos y obligaciones que “se extingan por su muerte”. La jurisprudencia entiende que dentro de estos se incluyen tanto aquellos en los que la extinción deriva de la ley, como el usufructo, como aquellos en que deriva de su naturaleza, es decir los derechos y obligaciones “intuitu personae” o que se constituyeron en atención a las cualidades personales del causante. El carácter personal, como se vio en el apartado 2.1.5 de este trabajo, se ha ido elaborando por la jurisprudencia, partiendo siempre de la presunción de la transmisibilidad de las relaciones.

La cuestión es si cabe aplicar este criterio, y en consecuencia esta jurisprudencia elaborada en el ámbito de la sucesión hereditaria a en la sucesión universal entre sociedades. La doctrina clásica (Cámara) entiende que sí es aplicable, y en el mismo sentido otros autores entienden que el *intuitu personae* se ha trasladado del comerciante al establecimiento mercantil pero sigue existiendo<sup>173</sup>.

Sin embargo, cabría negar la aplicación de ese criterio por entender que la excepción que recoge el Cc para la sucesión hereditaria no puede aplicarse a la sucesión en las modificaciones estructurales porque la LME, diferencia del art. 659, no hace referencia a ninguna limitación. En apoyo de esta postura podría además aducirse la redacción de las directivas que solo excepcionan del efecto automático las formalidades, pero no el carácter personal de los derechos o de los contratos<sup>174</sup>. No obstante, no parece que de la LME se pueda deducir esa voluntad del legislador. La referencia a la sucesión universal y a la transmisión del

---

<sup>173</sup> IGLESIAS Juan Luis. Notas para el estudio del contrato de comisión mercantil”. Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría . . Madrid 1978, Pag. 275.

<sup>174</sup> ADAMO ALBORTCHIRE. 2005.. Cit. pag. 182. Esta es sin embargo una posición minoritaria en la doctrina francesa, en la que la mayoría de los autores entiende que no se transmitirán los contratos intuitu persona (HOVIN, MERCADAL, JANIN, citados por el anterior).

patrimonio en su totalidad no quiere decir que se impida cualquier limitación a la transmisión, como ya he dicho. De hecho, la remisión al concepto de sucesión universal, elaborado en torno a la sucesión hereditaria, podría llevar más bien a la conclusión que se deben aplicar las reglas legales y jurisprudenciales que se refieren a ella, salvo que exista una diferencia entre los dos fenómenos que justifiquen una solución distinta para la sucesión universal en la modificación estructural concreta.

Por otra parte, podría pensarse que la aplicación o no de este criterio dependerá de la concepción de persona jurídica que se defienda. Entenderían que sí sería aplicable los defensores de de las teorías “realistas”, que entendían que las personas jurídicas son verdaderos organismos naturales que el derecho simplemente reconoce, y no lo admitirían los defensores de las teorías de la ficción, para las cuales la persona jurídica no deja de ser una simple creación del derecho sin un sustrato real o personal. A mi juicio, estas discusiones filosóficas deberían estar ya superadas. Por una parte está claro que la personalidad jurídica tiene su origen histórico en unas realidades humanas a las que el derecho consideró conveniente reconocer ese particular status; por otra, es indiscutible que la concesión de personalidad jurídica es un acto del estado que parte de la metáfora de asimilarla a las personas (se aplica el término en sentido traslaticio, como dice Diez Picazo <sup>175</sup>), y por tanto es una creación intelectual, una ficción.

Otra parte de la doctrina ha señalado que en el caso de las sociedades no tiene relevancia el carácter *intuitu personae*<sup>176</sup>, dado que las personas que componen la sociedad, tanto en su accionariado como en su gestión pueden cambiar y este un riesgo asumido por los contratantes. Justamente por eso en los contratos con personas jurídicas se exigen avales o se prevén cláusulas que impiden o asocian otras consecuencias a esos cambios de accionariado.

---

<sup>175</sup> DIEZ PICAZO Y GULLON. Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Civitas., p 541

<sup>176</sup> Sequeira. Comentarios a la LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS .

En la una línea semejante, pero sin negar la posibilidad de la existencia del carácter personal, MOTOS señalaba que “la inmensa mayoría de los contratos... son convenidos por los terceros sin que entre en juego la fisonomía de la sociedad... Por esta causa parece lógico sentar la presunción de sucesión en todos esos contratos, dejando a salvo la acción de los terceros para pedir su resolución si prueban que la causa determinante de los mismos fue su ejecución por la anterior sociedad”<sup>177</sup>.

Entiendo, en el sentido indicado por este autor, que la discusión se debe reconducir a terrenos prácticos y no dogmáticos. Por tanto, hay que partir que la personalidad jurídica no es equivalente a la física, y que las reglas de transmisión pueden ser distintas para unas y otras. Esto queda meridianamente claro, por ejemplo, en nuestro Código Penal. Mientras que la responsabilidad penal no se transmite por sucesión hereditaria (el art. 130.1 del ese Código dice que se extingue “por la muerte del reo”) el Art. 130.2 sí establece la transmisión de la responsabilidad con ocasión de las modificaciones estructurales. El carácter personal de las relaciones no se puede utilizar más que de manera figurada cuando se trata de sociedades, pero en determinados casos existe. En la contratación con personas jurídicas, muchas veces el contratante tendrá en cuenta circunstancias especiales de esa sociedad, como por ejemplo la experiencia en obras similares (una constructora), la solvencia, la implantación internacional (en una consultoría). Por tanto, sí se puede hablar de existencia de cualidades personales que influyen en la contratación, pero de manera más relativa, o como dice MOTOS, la característica personal “no puede estimarse de igual peso” cuando se trata de una persona jurídica.

Pero aún más importante que el carácter relativo de elemento personal es el carácter relativo del efecto extintivo. Las consecuencias típicas del fallecimiento de una persona física cuyas cualidades personales se han tenido en cuenta para contratar no pueden aplicarse sin mas al caso de las modificaciones estructurales<sup>178</sup>. En el caso de la muerte

---

<sup>177</sup> MOTOS. 1953 Pag. 412

<sup>178</sup> Así también lo señaló también MOTOS hace más de sesenta años: “Y justo es reconocer que estas consideraciones no sufren detrimento por la fusión sobrevenida

de una persona nadie duda de que sus cualidades personales no se transmiten al o los herederos: no se heredan los títulos profesionales ni las cualidades artísticas o intelectuales del fallecido. Esto en absoluto está tan claro en el caso de una modificación estructural, puesto que como se ha visto, estas tienen un carácter modificativo desde el punto de vista funcional, y extintivo solo desde el punto de vista formal societario. Por ello, para que se pueda defender que está justificado que no opere la sucesión universal no debe bastar la extinción formal de la persona sino que existan circunstancias objetivas que signifiquen que el cambio de titular hace cambiar las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar. Como hemos visto las reorganizaciones tienen una finalidad de conservación y adaptación de la empresa, por lo que la actividad de esta, sus medios productivos, etc... por lo general se conservan en la nueva estructura organizativa resultante de la modificación estructural. Si una sociedad consultora se integra en un grupo mayor, sin alterar el funcionamiento ni equipos, en ningún caso tendrá justificación la resolución del contrato, pues las cualidades del contratante no han cambiado. Hay que señalar sin embargo que también puede producirse la situación contraria: en el caso de una escisión parcial, si la sociedad que se escinde pierde una de sus ramas de actividad esenciales, que se había tenido en cuenta para la realización del contrato, podrá existir causa de resolución aunque nominalmente el contrato no haya cambiado de titulares.

En consecuencia, la cuestión en este caso se complica notablemente. En primer lugar, será necesario determinar si en el contrato concreto las condiciones personales del contratante eran esenciales para su celebración. Por supuesto esto se refiere solo a las condiciones de la sociedad fusionada, es decir que es irrelevante el *intuitu personae* del tercero que no se modifica por la fusión - en determinados contratos este carácter es recíproco pero en la mayoría de ellos solo concurre en relación con una de las personas-. Y en segundo lugar habrá

---

puesto que los elementos organizados de la empresa pasan como un todo a la sociedad resultante y no disminuyen su potencialidad realizadora". 1953. Pag. 413

que examinar si la modificación estructural concreta supone una alteración de esas circunstancias o si no varían.

En conclusión, dependerá de la situación pues no siempre el cambio de la persona cambia las circunstancias, y que solo en este último caso tendrá lugar la resolución del contrato, como en los casos en que este cambio supone una quiebra de confianza<sup>179</sup>. En un sentido semejante se pronuncia CONDE TEJON cuando dice que en determinados casos hay circunstancias no fácilmente mutables que pudieron ser fundamentales a la hora de celebrar el negocio jurídico. Por ejemplo, el contrato se celebró con una persona jurídica que ostentaba una determinada autorización administrativa, que tras la fusión no se mantiene. Pero se tiende a restringir la consideración de lo que es un derecho personal (por ejemplo, no se debe considerar como tal al usufructo, en contra de que opinaba Cámara).

Solo si el cambio de la persona supone un cambio en el contenido del contrato se le debe dar relevancia, pero nunca por la consideración personal del contratante, sino por la imposibilidad sobrevenida de que la prestación se realice como se previó<sup>180</sup>. Esto, al final viene a reconducir la cuestión al examen de la modificación objetiva del contrato, cuestión que se examina en el punto siguiente. A pesar de que la mayoría de la doctrina española y extranjera siga planteándose la cuestión de los derechos y contratos personales, debería ser algo superado. En relación con las personas jurídicas lo que hay que examinar no es el carácter personal sino la posibilidad de seguir cumpliendo el contrato, al margen de quién sea nominalmente el titular, superando por tanto el formalismo, y aplicando en su caso las modificaciones a todas las participantes.

---

<sup>179</sup> PAZ ARES-SAEZ LACAVE. Ob cit. P. 64.

<sup>180</sup> Es interesante recordar que el TC ha declarado reiteradamente que no se pueden equiparar las personas físicas y las jurídicas. Así la STC 50/2011 señala: “De ahí que este Tribunal haya afirmado que “no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas” (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo”.

Veamos como se aplica esto a algunos contratos en concreto en los que el elemento personal parece claro.

Un problema planteado de forma recurrente en la jurisprudencia internacional ha sido el destino del contrato de franquicia en el supuesto de fusión del franquiciador o franquiciado. En principio la mayoría de la doctrina ha entendido que la consideración personal recaía en el franquiciado, pues es este el que realiza un proceso de selección para ser admitido. Sin embargo en la jurisprudencia francesa varias decisiones otorgan el carácter personal también al franquiciador<sup>181</sup>. A mi juicio no se pueden establecer conclusiones generales para este contrato. En las modificaciones estructurales, el carácter *intuitu personae* del franquiciado no determina automáticamente la resolución contractual, porque las cualidades tenidas en cuenta no se pierden necesariamente con la extinción de la personalidad jurídica. En cada caso dependerá de las obligaciones asumidas, y sobre todo de que se hayan establecido condiciones especiales sobre el control de la sociedad franquiciada que puedan ser vulneradas no por la modificación estructural en sí, sino como consecuencia del cambio de control que implique. La presunción debe ser en todo caso que no varían las circunstancias, pues además en este caso el contrato se impone por el franquiciador, que es además la parte con mayor poder y experiencia (la parte más sofisticada jurídicamente), por lo que si no se ha especificado que las modificaciones estructurales son causa de resolución, esta no tendrá lugar en principio. En el caso de la fusión del franquiciador, creo que es difícil defender la existencia de un elemento personal salvo que objetivamente varíe la forma de actuar de este.

Otro ejemplo del carácter relativo del carácter *intuitu personae* es el del contrato de trabajo, que tiene una regulación propia y extraordinariamente interesante a nuestros efectos. En principio la ley

---

<sup>181</sup> Dos sentencias de la Cour de Cassation de 3 de junio de 2008, citadas en SIMON, L. *Theorie et pratique du droit de la franchise*. Ed. Joly. Consultado en <http://www.lettredesreseaux.com/P-21-521-N1-2-le-changement-de-franchiseur-resultant-d-un-apport-partiel-d-actifs.html>. visto 16 octubre 2015

parece entender que existe un *intuitu personae* recíproco, pues el Art. 49 reconoce como causa de extinción del contrato tanto la muerte del trabajador como la del empresario. Sin embargo, mientras que el carácter personal en el caso del trabajador es absoluto, en el del empresario tiene excepciones, remitiéndose este artículo al Art. 44 del ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). En dicho artículo se regula la sucesión de empresa, siendo la regla básica que “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”; más adelante incluye entre estos supuestos los de modificación estructural. Como vemos, esta norma, que es anterior a la LME, entiende perfectamente lo que sucede en una modificación estructural, y distingue lo que es relevante de lo que no lo es. Quizás por el carácter práctico y no formalista que tiene el derecho laboral, esta norma no se detiene en la titularidad formal, sino que trata de determinar si de verdad existe una modificación sustancial. Se fija en la empresa y no en la sociedad, y por tanto el contrato depende de lo que suceda en la segunda y no en la primera. Podría argumentarse en contra de la relevancia de esta norma el carácter especial y tuitivo del derecho laboral: como normas dirigidas a la protección de los trabajadores, no podrían sacarse conclusiones generales de ellas. Pero esto sería erróneo, porque las normas se aplican también en contra de los trabajadores: la norma persigue proteger a los trabajadores, pero también el mantenimiento de las relaciones tal y como existían anteriormente. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STS (Sala Cuarta, de lo Social) de 3 Nov. 2009, LA LEY 223232/2009 se contempla un supuesto en que un sindicato pretendía la aplicación del convenio colectivo de la empresa absorbente. Sin embargo, el tribunal establece: “Como destaca la empresa recurrida, desde el momento en que se produce la sucesión de empresa el convenio colectivo aplicable a los nuevos contratos de trabajo que se realicen será el de la empresa que haya sido la dominante en el proceso de sucesión, es decir, la empresa adquirente. Es, por tanto, rechazable la

pretensión del Sindicato recurrente de que se aplique a los nuevos trabajadores el convenio colectivo propio de la sociedad absorbida, sin que el art. 44 ET (LA LEY 1270/1995) contenga previsiones respecto a los contratos de trabajo que se inicien una vez acaecida la posible sucesión empresarial”.

Por tanto, la subrogación funciona en ambos sentidos, es decir que igual que no puede afectar a los trabajadores, estos no pueden ampararse en la fusión para dar por extinguida la relación reclamando indemnización por despido. Así se resolvió en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 26 Feb. 2008 ( LA LEY 67506/2008) que dice que “el motivo no puede prosperar por cuanto que la fusión, de conformidad con el artículo 233.1 de la Ley de Sociedades Anónimas , si bien produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de aquella y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de tal forma que la sociedad absorbente queda vinculada activa y pasivamente por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, en este caso, con los trabajadores, sin que, por tanto se pueda entender que se haya producido la extinción de las relaciones laborales”. Dado que se “produce la continuación de los contratos de trabajo por imperativo de la sucesión de empresas del artículo 44 del ET”, el cambio de titular no afecta ni pueden pretender ser indemnizados, añadiendo que en ese caso “la sociedad resultante ha mantenido la actividad de la fusionada y ha mantenido a los trabajadores en el mismo puesto de trabajo y conservando todos sus derechos laborales”. Vemos que la jurisprudencia, superando el formalismo de la titularidad y yendo más allá del principio pro operario, mantiene el contrato porque la relación en sí no ha cambiado como consecuencia de la modificación estructural.

A mi juicio, esta es la regla que hay que aplicar para todo tipo de pactos, aunque sean atípicos y no estén regulados<sup>182</sup>.

#### ***2.4.6.6 En busca de un criterio general para la solución de las modificaciones objetivas en los contratos pendientes de ejecución***

La regla general es, como hemos visto, la transmisión de los contratos sin alteración de los mismos, colocándose la sociedad adquirente en la misma posición que tenía la transmitente.

No obstante, esa neutralidad transmisiva que evita la aplicación del principio de especialidad (y por tanto los requisitos de las transmisiones individuales) ha de tener como presupuesto que la operación no altere de manera sustancial la relación. Es evidente que la fusión puede afectar al contenido del contrato en algunos casos, como el que hemos visto anteriormente de la fusión del deudor garantizado con una fianza general. Lo mismo cabe decir de un contrato de utilización de software, o de mantenimiento o suministro, si el objeto al que se refiere el contrato es la sociedad o la empresa, y esta varía sustancialmente de tamaño<sup>183</sup>. Estas son cuestiones que se plantearon en la doctrina alemana hace más de medio siglo, y que dieron lugar a una norma de la UmwG que permitía al juez la adaptación de las prestaciones, norma que a pesar de la

---

<sup>182</sup> En la jurisprudencia y doctrina extranjeras se han tratado diversos supuestos. Así en la doctrina italiana G. SCOGNAMIGLIO, señala que en el caso de pactos parasociales firmados por la sociedad fusionada, será necesario analizar caso por caso el contenido de las obligaciones. Solo de esa manera se podrá determinar si la sucesión es compatible con los supuestos de hecho del acuerdo. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 217 ss e considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

<sup>183</sup> PAZ ARES/SAEZ ponen otros ejemplos en relación con un crédito participativo remunerado con un porcentaje de los beneficios, un contrato de logística, un pacto de no competencia, etc... en general son supuestos en que la prestación está en relación con el conjunto de la actividad empresarial, por lo que cuando esta se amplía o modifica, se modifican sustancialmente las prestaciones de una de las partes. Cit. 2002. Pag. 47-49

influencia y prestigio de la citada ley, no se ha recogido en nuestro derecho expresamente<sup>184</sup>.

En estos supuestos es necesario, por razones de justicia, conceder al contratante para el que pueda resultar un perjuicio instrumentos para evitarlo. El problema es cómo justificar esta actuación en nuestro derecho y en qué supuestos aplicarlo.

#### ***2.4.6.6.1 La interpretación de los contratos como primera solución***

En la mayoría de los casos es posible que la solución venga por la simple aplicación de las reglas generales de interpretación de los contratos, de las que se puede deducir el reajuste necesario para que las prestaciones queden equilibradas <sup>185</sup>. Por ejemplo, si una empresa tenía un contrato de distribución con una empresa de fabricación de faros, que es absorbida por otra que produce también volantes, con fábricas en otros lugares, parece lo lógico limitar la distribución a lo que inicialmente se fabricaba, sin necesidad de nuevo pacto, y sin perjuicio de que se pueda ampliar el contrato a lo restante. Los supuestos que hemos visto anteriormente respecto de la fianza se puede resolver a mi juicio a través de las reglas de interpretación de los contratos (Arts. 1281 y ss. Del Cc ) y en particular el Art. 1283 que dice : “Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar”. Una gran parte de los reajustes pueden partir de esa sencilla norma, idealmente de manera voluntaria. En el caso de desacuerdo, el juez debe tratar de llegar a soluciones equilibradas

---

<sup>184</sup> MOTOS. 1953. PAG. 186. Es significativo que en ese año el autor pidiera una reforma legislativa: “los intereses en litigio y el desenvolvimiento práctico de la fusión aconsejan la adopción de normas que sin menoscabar el principio de ejecución contractual, imperante en el derecho de obligaciones, ni restringir la sucesión universal propia de la fusión, impliquen soluciones equitativas”.

<sup>185</sup> Por seguir con el ejemplo de la fusión del deudor en la fianza. Si la fianza garantizaba todas las deudas con una empresa eléctrica, y la fusión consiste en la unión de dos empresas titulares cada una de una fábrica, parece que debería limitarse la fianza a las generadas por la fábrica de la originaria.

partiendo de la voluntad de las partes. En relación con este punto se aplica el principio de neutralidad al que nos hemos referido: la modificación estructural no debe alterar las relaciones desde el punto de vista material, aunque cambien los titulares. Si el cambio de titular implica un cambio objetivo, deberá restringirse el efecto de la sucesión de manera que se evite esa modificación. Sin embargo en algunos casos la modificación será de tal naturaleza que la interpretación del contrato no haga posible mantener la relación contractual conforme a lo previsto. En ese caso habrá que acudir a los remedios excepcionales que pasamos a examinar.

#### **2.4.6.6.2 La cláusula *rebus sic stantibus* y la doctrina de la alteración objetiva del contrato**

El problema anterior ha sido estudiado en un influyente trabajo de PAZ-ARES y SAEZ<sup>186</sup>, proponiendo aplicar en estos casos la teoría de la alteración objetiva del negocio. Sin embargo la mayoría de la doctrina entiende que esta finalidad se debe articular alrededor de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que es una institución con más tradición y más reconocida en la jurisprudencia. PAZ ARES y SAEZ señalan que esta doctrina jurisprudencial peca por defecto, pues la tendencia en la jurisprudencia es a limitar este supuesto a casos extremos; y también por exceso, ya que la solución es la resolución contractual y no la modificación de acuerdo<sup>187</sup>. Por eso prefieren hablar de la doctrina de la desaparición de la base del negocio, que descansaría en el principio de buena fe contractual (art. 7 y 1258 Cc ) y en la causa del contrato (Art. 1274-1276 Cc). La idea central es que es contrario a la buena fe pretender la ejecución literal si han cambiado las bases, es decir si de haber sabido las circunstancias no se hubiere realizado el contrato en esos términos. Y desaparece la causa en los supuestos en que se rompe la equivalencia de prestaciones.

---

<sup>186</sup> Los contratos pendientes de ejecución en la fusión. M<sup>a</sup>. Isabel Saenz Lacave, Cándido Paz-Ares. En Revista de Derecho Mercantil, n.º 243, 2002

<sup>187</sup> PAZ ARES, SAEZ. Pag. 50

Dada la tradición de la primera doctrina, parece que habría que intentar reconducir la misma para evitar los problemas señalados por estos autores. Para ello debemos empezar revisando cual es el estado de esa doctrina jurisprudencial -ya que a diferencia de otros ordenamientos como el alemán o la Ley Navarra, nuestro derecho no contiene ninguna norma al efecto- y ver que ajustes habría que hacer en la misma para que fuera útil en el tema que tratamos. Frente a la regla general de vinculación contractual que se deriva del Art. 1258 del CC, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que una alteración sobrevinida de las circunstancias pueda dar lugar a la modificación o resolución del contrato. Las sentencias de 14 de diciembre de 1940 y de 17 de mayo de 1941 admitieron su aplicación, habiendo sido después reiteradas por muchas otras entre las que podemos citar las de 17 de mayo de 1957, 21 de marzo de 2003, y 4 de febrero de 1995, de las que ese pueden extraer los siguientes requisitos: a) Alteración extraordinaria de las circunstancias que concurrieron al tiempo de la celebración del contrato, de manera que de haberse conocido no se hubiera realizado en esos términos; b) Desproporción exorbitante entre las prestaciones, que implique una ruptura del equilibrio; c) que se produzca por circunstancias radicalmente imprevisibles, añadiéndose en algunos casos que no procedan en ningún caso de la parte perjudicada. d) carencia de otro medio o pacto para remediar el perjuicio. Además de establecer estos requisitos tan exigentes, una gran parte de la jurisprudencia insiste en el carácter absolutamente excepcional de su aplicación.

En cuanto a los efectos de la misma, algunos autores entienden que es posible que el tribunal decida una modificación del contrato mientras otros sostienen que solo es posible la resolución del contrato.<sup>188</sup>

En estos términos parecería acertada la posición de PAZ ARES Y SAEZ. Los efectos de la modificación estructural en la mayor parte de los casos no van a producir una radical ruptura del equilibrio de

---

<sup>188</sup> LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ, ALEJANDRE GARCIA-CEREZO. Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus: ¿cambio de vía en la doctrina del TS? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. RJ 2013\1819 Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3/2013 (junio)

contraprestaciones y sin embargo merecen ser tenidas en cuenta en la ejecución; se puede también argumentar que una modificación estructural no debe considerarse una circunstancia imprevisible. Además, esas alteraciones en algunos casos pueden tener lugar en contratos no sinalagmáticos, lo que según algunas de las sentencias es imprescindible para la aplicación de la doctrina. Y finalmente la aplicación como regla general de la resolución tampoco se adapta a modificaciones no sustanciales

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que existe una tendencia a la flexibilización de esta doctrina. En cuanto al carácter extraordinario e imprevisible de las circunstancias sobrevenidas, la STS de 8 de noviembre de 2012 y sobre todo la de 17 de enero de 2013 han admitido, en contra de una abundante jurisprudencia anterior, que la alteración derivada de una crisis económica pueden constituir una alteración extraordinaria que dé lugar a su aplicación, y también admite que se pueda aplicar en un contrato de tracto único (se trataba de un contrato de compraventa). Por otra parte, el propio legislador parece dirigirse en esa dirección ya que la propuesta de modernización del Cc elaborada por la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia introduce una regulación específica que es la siguiente: “Artículo 1213. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la

reciprocidad de intereses del contrato.”<sup>189</sup> Como vemos no se exige el carácter sinalagmático del contrato, ni tampoco una “desproporción exorbitante”, sino simplemente un exceso de onerosidad teniendo en cuenta las circunstancias. Por otra parte, tanto este artículo como la jurisprudencia más reciente del TS (17 de noviembre de 2000 17 de enero de 2013) defienden la preferencia por la revisión contractual frente a la extinción o resolución.

Por tanto, creo que en su versión moderna o actualizada, la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus puede reconducirse a la de la alteración de la base del negocio, exigiendo para el caso que nos ocupa los siguientes requisitos, que son a los que hace referencia PAZ ARES y SAEZ:

a) Que la modificación sea sustancial. Es necesario para aplicar la doctrina que sea manifiesto que el contrato no se hubiera celebrado en esos términos si las partes hubieran previsto la alteración. Las modificaciones estructurales siempre van a tener un efecto de modificación sobre la relación: puede cambiar el nombre y domicilio del contratante, habrá que cambiar los datos de facturación con el cliente, se modificarán quizás los procedimientos internos o las relaciones. Sin embargo esto no legitima al tercero contratante para exigir en todo caso una modificación del contrato, o reclamar daños y perjuicios<sup>190</sup>. La normativa de modificaciones estructurales asume la existencia de cambios, y por eso obliga a los que inician este procedimiento a realizar una serie de publicaciones e informes. El tercero solo puede reclamar cuando se produzca una modificación que afecte sustancialmente a las prestaciones que debe realizar o recibir.

---

<sup>189</sup> Comisión General de Codificación. Propuesta de Modernización del Código Civil en material de Obligaciones y Contratos. Visto en: [file:///C:/Users/segismundo/Downloads/720-629-Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20de%20obligaciones%20y%20contratos%20CC%20\(2009\)%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/segismundo/Downloads/720-629-Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20de%20obligaciones%20y%20contratos%20CC%20(2009)%20(1).pdf) Visto por última vez el 1 octubre 2015

<sup>190</sup> En este sentido DIEZ PICAZO. “los contratos se sujetan al principio de actuación a riesgo y ventura”. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo 2. 2012 II, Pag. 837

b) Que sea un riesgo no asumido: en el caso de la fusión u otras modificaciones estructurales, no parece que por el hecho de ser una alteración prevista en la ley tenga que considerarse siempre asumido por el contratante. Sin embargo, no creo que quepa asumir como riesgo las alteraciones realizadas por voluntad de una de las partes y que suponga un perjuicio par la otra.

c) La intolerabilidad del perjuicio: el cumplimiento es posible pero supone un sacrificio inexigible para el contratante. Por tanto, como se ha dicho anteriormente, solo es posible la modificación contractual en el caso en que se altere de manera sustancial el equilibrio. La razón de esto es que en general en todos los contratos de tracto sucesivo la posibilidad de variaciones es un riesgo asumido por las partes. Las sociedades, por su propia naturaleza están sujetas a cambios: su solvencia varía, y también puede hacerlo su accionariado o la dirección de la sociedad. Las modificaciones de este tipo pueden derivar de una modificación estructural, pero pueden también ocurrir al margen de estas operaciones, y es algo que todo contratante debe asumir. Tiene además la posibilidad de prever estos cambios en el contrato y asociarles consecuencias concretas, desde las cláusulas penales hasta la posibilidad de resolución. Si esto no se ha hecho, solo las modificaciones más extremas deben permitir la revisión judicial del contenido del contrato.

El requisito de la no reprochabilidad de la modificación al perjudicado que se ha exigido en numerosas sentencias implicaría que no se podría solicitar la revisión del contrato en ningún caso por las sociedades participantes en la fusión. Entiendo que no necesariamente es así, pues la modificación estructural es una posibilidad que la ley pone a disposición de la sociedades y que el principio es lícita. PAZ ARES y SAEZ señalan que el deber de lealtad no puede implicar el de soportar una onerosidad excesiva del contrato, lo que realmente parece una petición de principio. El fundamento para sostener esta no aplicación sería la normativa general de las modificaciones estructurales: parece irrazonable que quede vedado todo el sistema de las modificaciones estructurales a las sociedades que tengan contratos que por efecto de la fusión van a

tener un ámbito radicalmente distinto para las sociedades participantes. Desde el punto de vista económico parece más razonable el ajuste del contrato (que tendrá que ser solicitado por esa parte), que la absoluta imposibilidad o el derecho de veto de ese contratante que le coloca en una posición de fuerza injustificada.

Sin perjuicio de lo anterior, si el reajuste impuesto por la fusión causa un perjuicio al contratante que no intervino en la fusión, este tendrá derecho a una indemnización. Esto es lógico porque por el hecho de que la fusión dependa de la voluntad de la sociedad perjudicada no le se debe imponer un perjuicio intolerable, pero desde luego no debe verse perjudicada por el reajuste del contrato la que no intervino en la fusión y a la que beneficiaba la nueva situación creada por la fusión.

#### ***2.4.6.6.3 Los efectos de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus: reforma o resolución.***

Recordemos que en los casos de modificaciones objetivas en un contrato consecuencia de una modificación estructural, no siempre es necesario acudir a los supuestos excepcionales estudiados en el punto anterior, y que la interpretación del contrato es la primera solución. Solo cuando la voluntad de las partes en el momento de la contratación sea insuficiente para solucionar las consecuencias de la modificación estructural se acudirá a la solución excepcional del punto anterior.

El remedio menos radical, una vez que se aplica la cláusula rebus sic stantibus, es la reforma del contrato. El problema que se plantea es si a falta de acuerdo el juez puede realizar ese ajuste. CONDE TEJÓN entiende que no es posible porque el juez no puede suplir el consentimiento de las partes. De la misma opinión son PAZ-ARES y SAEZ, pero por el motivo de que el Juez no tendrá suficiente información para integrar y reformar el contrato; pero según estos autores esto no significa que pueda ser simplemente obviada esta opción, pues entienden que existe una obligación de esa renegociación, que supone una obligación de actividad, no de resultado. En la jurisprudencia alemana existe una tendencia de los tribunales a intervenir solo si se ha intentado

antes la negociación. El citado artículo 1213 de la propuesta de reforma va en esta dirección también. Sin embargo, no creo que los tribunales españoles carezcan en el momento actual de cualquier tipo de posibilidades. Nada impide a la parte que reclama la revisión proponer una solución de reequilibrio, fundándolo en las circunstancias originales en que se realizó el contrato. En concreto en el caso de las modificaciones estructurales, es en principio fácil realizar esta propuesta, pues se trataría de actuar como si la modificación estructural no hubiera tenido lugar<sup>191</sup>.

La imposibilidad de aplicar los dos remedios anteriores aboca a la solución más extrema que es la resolución del contrato a instancia del perjudicado. Sería el caso, por ejemplo, del contrato de gestión de empresa, que al variar sustancialmente ésta dejaría de tener sentido. Entendemos que es posible que esto lo solicite también la sociedad fusionada, pero en este caso estará obligada a indemnizar al otro del daño causado por la extinción pues el origen de la modificación está en su voluntad.

#### ***2.4.6.7 Los pactos sobre la transmisión de los contratos***

Aquí se plantean dos problemas fundamentales. Por una parte la aplicación a los supuestos de modificaciones estructurales de las prohibiciones de cesión de posición contractual en general. En segundo lugar la posibilidad y eficacia de los pactos que específicamente se refieran a la transmisión como consecuencia de modificaciones estructurales.

##### ***2.4.6.7.1 Pactos limitativos de la transmisión en general***

---

<sup>191</sup> Se muestran favorables a la posibilidad de revisión del contrato LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ, ALEJANDRE GARCIA-CEREZO. Cit. 2013. Señalan que dificultad es procesal por el principio de justicia rogada, pero que para que se pudiera obtener esa revisión bastaría que la parte reclamante lo solicite expresamente.

Se trata de pactos por los que se prevé que no se puede ceder la posición contractual, sin hacer referencia expresa a los supuestos de modificación estructural.

En general la doctrina española y alemana entienden que la prohibición de transmisión de un elemento patrimonial no se aplica en el caso de una modificación estructural, sin perjuicio de que la nueva sociedad adquirente quedará afectada por ese pacto, pues el derecho se ha adquirido en las mismas condiciones que tenía inicialmente. En la parte dedicada al examen de la aplicación del derecho de adquisición preferente en los casos de modificación estructural (apartado 2.4.2), hemos visto que las limitaciones de transmisibilidad establecidas con carácter genérico para las transmisiones o enajenaciones no se deberían aplicar en estos casos. En el caso de un contrato, el pacto de no ceder es en nuestro derecho un elemento natural del contrato como se deduce del Art. 1257 CC, lo que a mi juicio refuerza esta posición: si el pacto se limita a exigir el consentimiento de la otra parte en caso de transmisión del contrato, no está haciendo más que reiterar la regla legal. Y si la regla legal se exceptúa en el caso de las modificaciones estructurales, lo mismo debe aplicarse en ese caso.

Sin embargo esta conclusión general no debe ser aplicada de manera rígida y absoluta, pues las circunstancias del caso y los términos de la cláusula han de valorarse para llegar a la solución adecuada. En relación con esta cuestión tiene un especial interés el análisis de jurisprudencia estadounidense pues esta cuestión es la que ha dado lugar al mayor número de litigios en materia de fusión. La abundancia de casos deriva de que la regla general en la mayoría de los estados norteamericanos es la de la transmisibilidad de los contratos, por lo que muchos de ellos añaden una cláusula de no transmisión (anti assignment clause). Las sentencias llegan a conclusiones muy distintas aplicando la misma ley y apoyándose en argumentos distintos. Podríamos distinguir dos grupos de sentencias: por un lado, las que consideran que la sucesión universal no implica una transmisión a estos efectos. Esta es la línea de caso *TXO Production Co. v. M.D. Mark, Inc* (TXO), seguido por otros: el

argumento central es que la ley dice que la sociedad adquirente se subroga en el lugar de la extinguida, y evita referirse al término transmisión (transfer o assignment). Pero también tiene en cuenta que se trata de una fusión intragrupo y que las partes contratantes eran partes sofisticadas que podrían haber introducido una cláusula que incluyera la fusión. En el caso de *Allen v. United of Omaha Life Insurance Co.*, que sigue la misma línea, se añade como argumento el principio general del mantenimiento de los contratos. La línea opuesta viene defendida en los casos *PPG Industries, Inc. v. Guardian Industries Corp.* (PPG) y *Cincom*. En estos, aunque el tribunal aplica una ley que tiene con prácticamente la misma redacción (se utiliza el término “vest” y no “transfer”), los tribunales llegan a la conclusión opuesta, basando su decisión también en el razonamiento formal que la subrogación equivale a una transmisión. Otra sentencia dictada siguiendo esta línea, *Star Cellular Telephone Co. v. Baton Rouge CESIÓN GLOBALSA, Inc*, añade como motivo de la decisión que la modificación estructural implicaba un aumento de los riesgos de incumplimiento.

La situación, como se puede ver, es bastante confusa. La doctrina señala que los tribunales distinguen dos tipos de análisis: en algunas ocasiones el tribunal adopta una postura formalista, es decir que se basa en la terminología, otorgando o denegando la transmisión en función de si se considera que la dicción de la ley o de la cláusula incluye o no la fusión. En otros casos los tribunales dejan de lado la concreta redacción de la cláusula y se centran en determinar si de las circunstancias del contrato se deduce que las características personales del contratante extinguido eran esenciales en el contrato (PPG), o más concretamente si incrementan los riesgos para el tercero en la fusión (Stellar).

Si examinamos la doctrina jurisprudencial fijándonos no tanto en la argumentación sino en los supuestos de hecho, la conclusión a la que se llega es que la decisión se toma siempre por las circunstancias del caso

más que por la redacción de la cláusula o la terminología legal<sup>192</sup>. En ese sentido HAINES<sup>193</sup> señala que los tribunales tienden a ser especialmente rigurosos con contratos como el de licencia de software en los que los cambios pueden suponer un mayor riesgo para la confidencialidad, y también tienen en cuenta el hecho de que la fusión sea o no intragrupo. En conclusión, se podría concluir que en realidad el fundamento real es siempre sustancial y no formal, aunque algunas sentencias como Cincom parezcan tener un carácter más formalista.

En la jurisprudencia británica la interpretación del concepto de transferencia en las modificaciones estructurales se ha planteado en el caso *THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ*<sup>194</sup>. En el mismo se trataba de determinar los efectos de la sucesión universal en la fusión de dos sociedades suizas. La cuestión era si se podía considerar que la sucesión era un supuesto de transmisión que hiciera necesaria la inscripción del nuevo titular en el registro de patentes a los efectos de ejercicio de los derechos por el titular de la patente. El tribunal considera que la palabra “assignment” puede tener varios sentidos y termina decidiendo que esa sucesión ha de considerarse una transferencia que impone la inscripción para el ejercicio de los derechos, pero por las específicas finalidades de la normativa de patentes y la amplitud de los términos utilizados en la ley. Por tanto adopta también una posición intermedia, porque será la norma concreta y su espíritu (o en su caso el pacto y la intención de las partes), la que determine en cada caso si a la

---

<sup>192</sup> BALLEW, S. The Assignment of Rights, Franchises, and Obligations of the Disappearing Corporation in a Merger. *The Businesscisión Lawyer* Vol. 38, No. 1 (November 1982), pp. 45-59

<sup>193</sup> HAINES, P. The efficient merger: when and why the courts interpret Businesscisión transactions to trigger anti assignment and antitransfer provisions. Pennsylvania State University, 2006; candidate, J.D., Baylor Law School, 2009. pag. 716. EN este sentido señalan: “conclusions antithetical to the TXO line arise when the factual circumstances contain underlying policies against transfers of interest” añadiendo que se dan estas políticas contrarias a la transferencia en derechos de patentes o en la asignación de la condición de *partner* o socio.

<sup>194</sup> *THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ AG* COURT OF APPEAL 15 to 17 July and 22 October 2008. [2008] EWCA 1161, [2009] R.P.C. 3

sucesión universal se le han de aplicar las normas generales de una transmisión.

Lo mismo hay que defender en la aplicación de este tipo de cláusulas en nuestro país. Habrá que relacionar la redacción de la cláusula con lo querido por las partes y con las consecuencias de la fusión. Por ejemplo, igual que en el caso de los derechos de adquisición preferente, si la cláusula que prohíbe la cesión del contrato prevé también efectos al cambio de control de la sociedad contratante, la fusión que implique ese cambio de control deberá producir los mismos efectos. Por el contrario, aunque la cláusula sea muy amplia en lo referente a la transmisión, si la operación es una reestructuración interna que en nada afecta a la relación contractual, habrá de hacerse la interpretación más estricta posible y permitir la sucesión sin alteración en el contrato.

#### ***2.4.6.7.2 Pactos específicos relativos a la transmisión del contrato como consecuencia de una modificación estructural***

Hay que distinguir entre varios tipos de pactos.

Puede haber pactos que prevean la subsistencia del contrato en caso de fusión u otra modificación estructural. Estos son indudablemente válidos y su efectividad que fue reconocida en una sentencia referida a un arrendamiento (STS 22-10-1998). En la misma se preveía la posibilidad e subrogación del resultante de “fusión, unión o absorción” de la contratante. Sin embargo, incluso con este pacto, la buena fe seguirá siendo un límite a los efectos del contrato. Si por ejemplo se demostrara que la finalidad de la fusión de la acreedora era ampliar la fianza a un crédito no garantizado que ostentaba una filial suya, deberá aplicarse el

criterio de la no extensión de la fianza al mismo<sup>195</sup>, con base en el art 6.4 que regula el fraude de ley en la que me detengo al final del trabajo.

En segundo lugar, se puede pactar que en el caso de sucesión universal del acreedor o deudor los efectos del contrato no se extenderán a las situaciones creadas posteriormente: por ejemplo, la fianza a las deudas que nazcan como consecuencia de la fusión, a las deudas que nazcan con posterioridad, o a alguna de esos dos grupos. Esto es indudablemente válido, pero en realidad no es necesario y puede derivarse de la interpretación del contrato, pero en cualquier caso se puede prever para evitar dudas.

También se puede pactar que en caso de modificación estructural el contratante que no interviene en la fusión pueda solicitar la terminación del mismo, estableciendo en su caso la obligación de notificación a ese contratante a cargo de la sociedad que participa en la fusión. Este pacto ha de considerarse válido, planteándose PAZ-ARES y SAEZ si en ese caso operaría de forma automática o a instancia del contratante, lo que consideran más correcto desde el punto de vista de los intereses. La consecuencia de que se tenga que ejercer por el contratante, implica, según los mismos, un deber de diligencia para el mismo, de manera que si no ejercita su derecho en tiempo oportuno sería inadmisibles por desleal<sup>196</sup>. Esta parece ser la orientación de la SAP de Asturias, Sección 5ª, Sentencia 7/2014 de 16 Ene. 2014 (Rec. 509/2013), relativa a un contrato de mantenimiento de ascensores, en las que uno de los motivos para denegar la resolución es que la sociedad “está pagando el precio estipulado por ello, de donde se infiere que la demandada era conocedora de la existencia de la subrogación de la sociedad actora en el lugar de la sociedad con la que se había concertado el contrato”. A mi juicio, para determinar si esto es o no necesario habrá que interpretar el contrato, y si del mismo no cabe deducir cual es el funcionamiento entender que corresponde notificar la resolución al tercero contratante.

---

<sup>195</sup> Si nos atenemos a la doctrina del Tribunal Supremo no parece que la autorización a ceder incluya este pacto. En la STS 8 –10-1993 y otras relativas a arrendamientos se estableció que aún autorizado el traspaso, si se producía la fusión se debían cumplir los requisitos de este (notificación, señalamiento del precio del traspaso, derecho de retracto y de elevación de la renta).

<sup>196</sup> PAZ-ARES SAEZ. 2002. Pag. 69

Finalmente el pacto puede consistir en la prohibición de una o todas las modalidades de modificación estructural. PAZ-ARES y SAEZ entienden que estas cláusulas pueden exceder del ámbito competencial de los administradores, pues la decisión de la modificación estructural corresponde a la junta, y la indemnización resultante del incumplimiento hará imposible que la Junta tome ese acuerdo. CONDE TEJON <sup>197</sup> va aún más lejos y entiende que siempre que se excluya la transmisibilidad por sucesión universal de un elemento patrimonial es necesario acuerdo de la Junta con los quorums y mayorías exigidos para la modificación estructural de que se trate, pues se está dificultando esa operación.

Entiendo que estas posturas son discutibles. Es evidente que la prohibición de una modificación estructural prevista en un contrato por los administradores no vincula a la Junta. Por otra parte, si la Junta la acuerda, la otra parte podrá instar la resolución del contrato por incumplimiento, y en su caso la indemnización de daños y perjuicios. Pero todo esto está dentro de la legalidad: es absurdo decir que si una actuación de los administradores dificulta la fusión está fuera de su competencia ya que muchas actuaciones típicas de gestión pueden dificultar las modificaciones estructurales y no por eso son nulas. La LME solo prevé la obligación de no dificultarla una vez aprobado el proyecto de fusión (art. 30.2 LME), pero no impide otras actuaciones que las dificulten antes de la decisión de la junta, y que además de frecuentes pueden ser legítimas en defensa del interés social. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores por los perjuicios que esos actos pudieran causar a la sociedad.

#### **2.4.7 La transmisión de las situaciones procesales**

Si los derechos y obligaciones no se modifican por la sucesión universal, parece lo lógico que la sociedad adquirente se subrogue en la posición procesal que permita la reclamación o defensa de sus derechos. Sin embargo, esto no siempre ha sido pacífico dado el carácter formalista de los procesos judiciales y de la apreciación rígida que se ha hecho de las

---

<sup>197</sup> CONDE TEJON. Ob. Cit. P. 438

cuestiones de legitimación procesal. Este problema no es propio de nuestro país, pues en la jurisprudencia italiana, hasta la reforma de 2003 por la que la ley dejó de hablar de extinción de la persona jurídica, los tribunales italianos consideraban que quedaba extinguido el proceso dada la redacción literal de la norma procesal<sup>198</sup>. En la STS de 23 de octubre de 1995 podrían encontrarse restos de esa rigidez formalista pues señala que “la capacidad para ser parte en un proceso desaparece con la extinción de la personalidad, que en las personas físicas la determinan la muerte... y en las jurídicas su extinción como tales”. La sentencia señala que el procurador ocultó a la audiencia la situación de la sociedad y casa la sentencia anterior, obligando a la reposición de actuaciones a un momento anterior del proceso. Sin embargo un análisis de los hechos de la misma revelan que la *ratio decidendi* no era la personalidad de las sociedad, ni tampoco la extinción del poder del procurador, sino que como consecuencia de la fusión había desaparecido la denominación social de la demandante, denominación que había sido una de los motivos de estimación de la demanda, que se refería a cuestiones de marca y de semejanza de denominaciones. Por tanto, no es la falta de personalidad jurídica de la extinguida sino una cuestión de hecho la que motiva la casación. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de diciembre de 1999, por el contrario, entiende que en un procedimiento de ejecución, si la ejecutante es absorbida, la absorbente adquiere todos los derechos y obligaciones de aquella, sin que sea necesaria inscripción registral ninguna a su favor, toda vez que la fusión comprende la cesión de la hipoteca. Esta subrogación actúa a favor y en contra de la sociedad adquirente como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 14 Ene. 2010, Rec. 2725/2003, que resuelve que “el hecho de que las actas o diligencias se hayan extendido a la entidad absorbida y no a la absorbente, no implica la nulidad de las mismas... debiendo responder, como consecuencia de la subrogación que el proceso de fusión por absorción produce, de la deuda contraída por la entidad absorbida con la

---

<sup>198</sup> MANTOVANI. Cit. pag. 96

Hacienda Pública liquidada con posterioridad a la disolución y extinción de la misma”.

#### **2.4.8 El problema de los poderes y de los cargos**

La cuestión de los poderes se ha tratado sobre todo en relación con la representación procesal: la citada sentencia del TS de fecha 23 de octubre de 1995 establece la extinción de la personalidad procesal como consecuencia de la fusión. Por un lado, reconoce la transmisión en bloque y cita el Art. 233 y 247 de la LSA, y por otro dice que el Procurador cesa en su representación cuando termina la personalidad con que litigaba su poderdante. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia AP Barcelona de 12 de marzo de 2001 que cita la anterior: entiende que la extinción de la personalidad de la fusionada implica la extinción de los poderes otorgados, siendo posible subsanar la falta de representación, pero mediante el otorgamiento de nuevo poder, no con la mera acreditación de la fusión, que es lo que hizo la sociedad cuando se dio plazo para subsanar la situación. Esto sin embargo no se aplicaría a la sociedad absorbente, cuyos poderes subsistirían (sentencias AP Ciudad real 24 de enero de 1994 y AP Segovia de 24 abril de 1998).

El elemento institucional de las sociedades y el principio de subrogación procesal examinado en el punto anterior deben llevar a la conclusión contraria: es decir, que así como el poder no se extingue en el caso de cese del administrador que lo dio (o de su muerte o incapacidad), creemos que a los poderes otorgados por la sociedad se puede aplicar también el principio de sucesión universal, debiendo los tribunales aplicar este principio sin exigir más que la acreditación de la modificación estructural en cuestión. La S.T.S. 15-2-1993 contempla un supuesto de representación de la absorbente y dice que “el poder general para pleitos que otorga una persona jurídica, por medio de su representante con facultades para ello, continúa subsistente, aunque quien la confirió cese posteriormente en sus funciones representativas, mientras el propio ente social no lo revoque expresa o tácitamente, supuesto de revocación que

no se ha producido en el caso que nos ocupa, ya que en la se hizo constar la de los poderes otorgados por la sociedad absorbida, pero no la de los conferidos por la absorbente, cuya revocación posterior tampoco consta; por lo que han de ser rechazados los motivos de oposición de falta de personalidad de la ejecutante y de su procurador y desestimado el recurso planteado.” De esta sentencia no puede deducirse claramente que se puedan declarar subsistentes los poderes de la absorbida, pero parece dejar la puerta abierta a ello.

Es habitual en las fusiones que en el documento de fusión se diga que quedan revocados los poderes de las absorbidas, como sucedía en el caso de la anterior sentencia. Sin embargo, entendemos que esto es una opción que tiene la sociedad, pero que también es posible declarar expresamente su subsistencia. El argumento para considerar los poderes extinguidos sería la aplicación analógica del principio de la extinción de los poderes por fallecimiento del poderdante que se deriva del Art. 1732.3 del Cc relativo a las causas de extinción del mandato. En este caso el motivo de extinción no es tanto la relación de confianza personal entre mandante y mandatario como la extinción de la persona, que da lugar a la imposibilidad de representarlo pues no existe ya en el mundo jurídico. El elemento institucional de las sociedades más bien llevaría a la solución contraria: así como el poder no se extingue en el caso de cese del administrador que lo dio (o de su muerte o incapacidad, como dice la STS de 15-2-1993), no tiene porqué extinguirse en el caso de fusión. Además, como hemos visto, la fusión tiene desde el punto de vista interno una función modificativa y conservativa no extintiva. Se trata de que la empresa se mantenga con otra estructura organizativa, pero de que continúe. Por tanto deben continuar los contratos en curso y en su caso el mandato<sup>199</sup>. Hay que tener en cuenta que se produce también la subrogación en las relaciones laborales, que a menudo están unidas a poderes concretos. Si bien es posible que el cambio organizativo lleve consigo el cambio de funciones y la reorganización de poderes, esto no

---

<sup>199</sup> En este sentido MOTOS. 1953. Pag. 413.

siempre es así, o por lo menos no en un primer momento por lo que en general el mantenimiento de los poderes será lo mejor para la empresa

Por tanto, entiendo que no solo es posible que en la fusión se haga la mención de que subsisten los poderes que otorgó la sociedad fusionada, sino que a falta de mención expresa quizás lo lógico sea presumir que subsisten. A favor de esta postura se puede citar también la STS de 29-11-1999, que establece la responsabilidad del promotor (ex art. 1591 CC) en tanto que comitente y con base en el art. 1727 CC. Por tanto, si se aplica la sucesión universal al mandato, y la doctrina y la jurisprudencia han estimado que a los poderes se aplica la normativa del mandato, parece lógico entender que subsiste el poder. Además hay que tener en cuenta que la STS citada de 1995 acogió ese motivo también porque la pretensión de la fusionada era el cambio de denominación de la demandada, habiendo ocultado la fusión y un cambio de denominación consiguiente, que se consideraba relevante a efectos de tomar la decisión: es decir que el motivo fue la indefensión además de la falta de personalidad procesal. Y la decisión no fue la absolución sino la retroacción de las actuaciones y señalamiento para que se pueda personar la sociedad absorbente-.

En el caso en que la sociedad sea la apoderada o mandataria, la situación es distinta, pues en ese caso la confianza sí es decisiva y se deposita en el apoderado, además por el tercero que no interviene en la operación. Se podría defender que ha de subsistir siguiendo los principios generales de mantenimiento de los contratos y que el conceder un mandato a una persona jurídica disminuye mucho ese carácter de confianza o personal, ya que se amplía la confianza a cualquier persona designada por la sociedad, lo que queda fuera del ámbito de control del mandante. Sin embargo parece que en este caso lo más prudente es entender que se extingue el mandato: la desaparición de los administradores de la sociedad en quién recaía la capacidad y responsabilidad de nombrar a los concretos ejecutores de ese mandato y el hecho de que el que puso la confianza en esa sociedad sea ajena a la

operación así lo aconsejan. No obstante, es posible que del contrato se deduzca lo contrario.

Otro problema que se puede plantear es el de que la sociedad que se extingue por efecto de la modificación estructural sea administradora de alguna sociedad. No parece que se pueda establecer una perfecta analogía con los poderes, pues se trata de un nombramiento dentro de una organización. Además, dado que en el caso de nombramiento de persona jurídica administradora “será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo” (Art. 212.bis LSC), parece chocante que siga ejerciendo el cargo una persona física en la que la nueva sociedad no ha puesto su confianza. Como en el caso tratado en el párrafo anterior, cuando la confianza se depositó en el que ostenta el cargo, lo más razonable parece entender que el cargo se extingue. Además, desde el punto de vista registral tampoco parece correcto entender que podría seguir actuando el administrador a pesar de figurar como tal una en el registro una sociedad ya extinguida.

## ***2.5 Los problemas específicos de de la sucesión universal en la escisión y otros supuestos de sucesión universal parcial (cesión global plural)***

Todo lo visto anteriormente se aplica en principio a la sucesión universal en las tres modificaciones estructurales en que tiene lugar (fusión, escisión y cesión global del activo y del pasivo). Sin embargo, la escisión, como ya hemos ido viendo, plantea unos problemas específicos respecto de la fusión por realizarse mediante una fragmentación patrimonial que no se da en los otros dos supuestos. Como esta fragmentación se da igualmente en el caso de la cesión global plural, los problemas que vamos a examinar se producen igualmente en estas operaciones, admitidas hoy por el art. 82 LME. Como el problema se ha planteado sobre todo en relación a la escisión, a menudo nos referimos

solo a ella, pero todo lo que se diga se debe predicar también de la cesión global plural.

La fragmentación plantea en primer lugar un problema teórico, pero de crucial trascendencia práctica, que es si dividiéndose el patrimonio de la transmitente se puede hablar propiamente de sucesión universal, que trataré en el primer punto.

En segundo lugar se plantea como problema específico de estas operaciones la necesidad de determinar el perímetro de esa masa patrimonial que se transmite. El hecho de que la determinación de ese conjunto de bienes no se pueda hacer por referencia al total patrimonio de una sociedad implica unas dificultades prácticas y unos efectos frente a terceros que también serán hasta cierto punto distintos de los generales que hemos examinado antes.

Seguimos, por tanto una técnica semejante al de la LME en su regulación de la fusión y escisión: el estudio general se realiza en relación con la primera, y respecto de la segunda solo hago referencia a las especialidades, siendo en lo demás aplicable lo dicho para la fusión.

### **2.5.1 Reconocimiento de la sucesión universal en la escisión y cesión global: evolución doctrinal y de la legislación**

La antigua Ley de Sociedades Anónimas recogía en el art. 252 la mención al traspaso en bloque del patrimonio pero, a diferencia del art. 233 de la misma, no hacía referencia a la sucesión universal. Esto había planteado la duda de si significaba que en la escisión había transmisión en bloque pero no sucesión universal<sup>200</sup>, dudas que como vamos a ver no han cesado del todo.

---

<sup>200</sup> Así GONZALEZ-MENESES se pregunta “¿Se trataba de una omisión que no obedecía a ningún propósito consciente y que el diligente intérprete debía cuidarse de subsanar entendiendo que, por analogía con la fusión y sobre la base de la remisión genérica que para lo no específicamente regulado en sede de escisión se hacía a las normas de la fusión, también la escisión producía una “sucesión universal”? ¿O este silencio debía interpretarse de otra forma: como algo consciente y voluntario, una exclusión para estas otras operaciones del efecto que sí se cuida de reconocer expresamente en sede de fusión, o, al menos, como un reflejo de la duda o incertidumbre

Esto cambió con la LME, que como vimos en los Arts. 69, 70 y 71 hace expresa referencia a que el patrimonio se transmite “por sucesión universal” para cada una de las tres modalidades de escisión recogidas en la LME: escisión total, parcial y segregación. Asimismo, el art 81 utiliza la expresión para la cesión global, lo que se aplica para la plural regulada en el art. 82. También hemos visto que las directivas utilizan exactamente los mismos términos en cuanto a la transmisión del patrimonio para la fusión y para la escisión en la Directiva 2011/35 de fusiones y la Directiva 1982/891 de escisiones.

No obstante, siguen existiendo posiciones doctrinales que mantienen<sup>201</sup> que no se puede hablar de sucesión universal en la escisión y se avanzan varios argumentos.

Se dice, en primer lugar, que no se puede hablar de sucesión “universal” cuando por definición en la escisión se crean varios bloques patrimoniales. Esta crítica va más allá de la mera cuestión nominal de que no es universal pues no comprende todos los bienes. Mientras que en la fusión o cesión global tiene sentido la permanencia de una unidad patrimonial y la aplicación de reglas especiales relativas a las mismas, la situación no es la misma cuando hay grupos de bienes distintos, y por tanto no tendría sentido aplicar las mismas reglas de la fusión. Los terceros, especialmente, se encontrarán en una situación totalmente distinta pues en el caso de la fusión es sencillo saber a quién pertenecen los bienes o quién es el responsable de las obligaciones pues basta sustituir a una persona jurídica por otra. Sin embargo, eso no sucede en el caso de la escisión en la que en principio la determinación de los bienes que pasan a cada sociedad se establece en el proyecto de escisión, conforme al el art. 74.1 LME que señala que tiene que contener “la designación y en su caso el reparto preciso de los elementos del activo y

---

que sobre este tema embargaba al propio legislador?”. Cit. 2010. La respuesta mayoritaria de la doctrina era entender que sí existía sucesión universal. Ver por todos RUBIO. 2009. Cit. Pag. 376.

<sup>201</sup> ALONSO LEDESMA, C. Algunas consideraciones en torno al a sucesión universal como rasgo caracterizado de la segregación frente a la aportación de rama de actividad. Libro Homenaje al profesor Sanchez Calero. Madrid 2002, Mc Graw Hill. Pag. 4927 a 4962

del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias”. Esto implica que la posibilidad de que un tercero conozca la transmisión es distinta, pues no es la misma publicidad la que se da del proyecto que del hecho de la fusión o escisión en sí. Además, aunque la ley hable del reparto preciso, no especifica qué nivel de detalle es necesario. En la práctica y en parte por esa razón no es posible que esa precisión se someta al control del notario o del registrador, por lo que es posible que no sea completa como exige la ley. De hecho es imposible en general realizar una relación de cada uno de los elementos de una empresa en funcionamiento, y consciente de ello el art. 75 establece las reglas para determinar a quién corresponden los elementos no atribuidos en caso de escisión total. Lo que establece la ley es que primero habrá de interpretarse el proyecto, y que si de la interpretación no resulta nada, los activos se repartirán entre las beneficiarias, y los pasivos serán responsabilidad solidaria de todas. En el caso de escisión total la ley no dice nada, debiendo entenderse que se presume que permanece en la escindida, si bien parece lo lógico entender que esa será también la regla subsidiaria, es decir que se producirá solo cuando la interpretación del proyecto no lleve a otra conclusión. Esta cuestión la veremos más detalle posteriormente.

Estas diferencias, que como se verá más adelante implican la necesidad de un tratamiento distinto en algunos aspectos, no constituyen sin embargo un obstáculo para la admisión de la sucesión universal. Como se examina en la primera parte del trabajo (apartado 2.1.4), lo característico de la sucesión universal no es la transmisión de un conjunto de elementos activos y pasivos sino el modo de la transmisión<sup>202</sup>. Es decir, que dichos elementos se transmiten por un solo título y en un solo acto, o por decirlo de otro manera no es universal por ser una sucesión *in universitatem* sino por ser una sucesión *per universitatem*<sup>203</sup>. Si tenemos en cuenta que esta institución es heredera la sucesión mortis causa, esta

---

<sup>202</sup> ALVAREZ ROYO-VILLANOVA. 2000. Pg 827. Rodríguez Artigas . Escisión.. pAg 61

<sup>203</sup> SCHMIDT. Citando a LARENZ. Señala además que “la institución jurídica de la sucesión universal no presupone necesariamente una transmisión sin fraccionamientos”. Cit. Pag. 204 y 205.

claro que ésta no deja de ser universal por el hecho de que existan varios herederos, o de que conviva con transmisiones a título particular como los legados. Lo esencial es que se transmita por un único título y en un solo acto.

Por otra parte, el fundamento de la utilización de la sucesión universal sigue siendo el mismo en el caso de la escisión. Estas operaciones no son solo lo contrario de la fusión, como se ha dicho a menudo: la escisión es una operación que puede cumplir multitud de funciones, desde la reorganización interna a la separación de socios mal avenidos, pasando por el mantenimiento de las unidades con capacidad de supervivencia en sociedades en crisis o la venta de partes del negocio. Su papel en el mundo de las reestructuraciones es por tanto fundamental. La finalidad de la ley de facilitar la adaptación de las sociedades a las circunstancias cambiantes del mercado no estaría completa si no incluyera a la escisión. Y la utilidad de la escisión se reduciría enormemente si para la transmisión de las masas patrimoniales tuvieran que acudir a las reglas de transmisión de bienes individuales. No solo la fusión, también la escisión se hace en la práctica casi imposible si no se utiliza este sistema de transmisión.

Por último, el reconocimiento expreso de la ley, que sigue además a la directiva, deja hoy pocas dudas sobre la necesidad de admitir la sucesión universal en la escisión<sup>204</sup>. Esta evolución hacia la admisión de la sucesión universal en la escisión no es exclusiva de nuestro ordenamiento. También es el caso en otros países, en muchos de los cuales –como Italia- el desarrollo de la escisión es inicialmente jurisprudencial y doctrinal. La misma tendencia se observa en el derecho comunitario, no solo porque la Directiva de fusiones (el precedente de la 2011/35 es de 1978) es anterior a la Directiva 1982/891 de escisiones, sino porque esta última no impone la regulación de la escisión, sino solo que es necesario que se cumpla para los países que reconocen la figura. Esta categoría inferior de la escisión se refleja también en que solo la fusión transfronteriza ha sido objeto de una directiva. Sin embargo, hay que

---

<sup>204</sup> RUBIO. 2009. Pag. 387.

tener en cuenta que una vez reconocida, la directiva se aplica directamente. Y como se vio anteriormente (apartado 2.2.1) en la actualidad se utilizan los mismos términos para el traspaso patrimonial en la escisión que en la fusión, por lo que debería considerarse que este fenómeno tendrá en ambas figuras las mismas características.

Un problema específico se plantea en relación con la escisión parcial, dado que en ese caso no se produce la extinción de ninguna persona jurídica. Esto rompe la analogía con la sucesión mortis causa, y también hace que desaparezca el principal fundamento que este mecanismo comparte con la sucesión hereditaria, que es dar continuidad a las relaciones de la sociedad extinguida. Sin embargo, esta objeción ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina pues como hemos visto, el fundamento de la sucesión universal no es tampoco en el caso de la fusión la extinción de la sociedad. Las modificaciones estructurales no pueden considerarse supuestos de transmisión mortis causa porque no derivan de un hecho natural sino de la voluntad de las sociedades. Por tanto, la sucesión universal no es la consecuencia de la extinción, sino que la extinción es la consecuencia de la integración de patrimonios. El fundamento es facilitar la reestructuración empresarial, y si bien en un primer momento esa necesidad se reconoció por el legislador solo para el caso de la fusión, la evolución siguiente fue admitir su necesidad también en el fenómeno contrario, que es la escisión. En conclusión, el hecho de la extinción no es esencial para la existencia de una modificación estructural ni para la aplicación de la sucesión universal. Esto viene confirmado por el reconocimiento de la escisión parcial en la directiva y de que no establezca ninguna especialidad para ella respecto de sus efectos ni en la misma ni en la LME. También es la postura mayoritaria en la doctrina comparada<sup>205</sup>. La aplicación de la sucesión universal a la escisión parcial ha sido además reconocida por nuestra jurisprudencia incluso antes de la LME, en particular en la SAP Coruña, sección 5<sup>a</sup>, de 27 de marzo de 2009 (rec 452/2008) en un caso en que se discutía la aplicación del art. 31.4 de la ley de arrendamientos urbanos. El tribunal entiende que ya con la

---

<sup>205</sup> G. OPPO, *Fusione e scissione*, cit., p. 506. Mantovani. Cit. Pag. 132

regulación de las modificaciones estructurales de la LSA, no cabía negar el efecto de la sucesión universal en la escisión y que al no distinguir tampoco el art. 31.4, el efecto sobre la escisión parcial debía ser el mismo que para la fusión y la escisión total; por ello concluía que no había obstáculo para la transmisión del contrato. En el fundamento 4º, además da relevancia al hecho de que la reorganización es interna, de manera que no cambia sustancialmente nada en la propiedad de la sociedad ni en su administración. Esto puede parecer superfluo dado que la norma es clara e incluye la fusión, pero es interesante pues revela que las cuestiones no formales sino sustanciales son tenidas en cuenta también.

Finalmente, algunos autores que niegan la sucesión universal en la escisión se basan no en conceptos generales sino en las especialidades de la escisión que se recogen en la propia LME.

En primer lugar, está el Art. 80 LME, que establece la responsabilidad de la sociedad escindida con las beneficiarias en el caso de escisión parcial, con carácter solidario y por la totalidad de la obligación. Recordemos que la Directiva 1982/891 de escisiones prevé la posibilidad de la escisión parcial en su Art. 25 y aplica a la misma básicamente las mismas normas que a la total. Sin embargo, en su Art. 12, que es el que regula la responsabilidad de las sociedades beneficiarias no contiene ninguna norma sobre la responsabilidad de la escindida, de lo que podría deducirse que en ese caso la directiva deja a los estados la decisión de establecer o no la responsabilidad de la escindida. Yo creo que en realidad la directiva no pretende dar una libertad absoluta en esta materia, sino que la ausencia de una regulación específica para este supuesto deriva de una técnica legislativa deficiente, pues al regular la escisión parcial por remisión a la normativa de la total, no advierte que las normas de responsabilidad no se pueden aplicar en este caso, y por tanto se trata de un olvido. Si tenemos en cuenta esto, lo que hay que hacer es aplicar analógicamente el Art. 12 adaptándolo al sistema de la escisión parcial: en consecuencia, los estados tendrán la alternativa entre establecer un derecho de los acreedores a obtener una garantía o

establecer una responsabilidad solidaria entre la escindida y las beneficiarias.

Según estos autores, la opción de nuestro legislador por la responsabilidad solidaria de la escindida revela que no existe en este caso transmisión del pasivo por vía de sucesión universal, pues no afecta a los acreedores salvo que presten su consentimiento, es decir igual que en las transmisiones a título particular y conforme al art. 1205 del código civil<sup>206</sup>. Sin embargo, entiendo que esta especialidad de la escisión parcial no significa que no pueda hablarse de sucesión universal, ni que a esta no se le aplique ninguna de las especialidades de ésta. En primer lugar porque la situación no es la misma que en una transmisión particular: con arreglo al art. 80, para que se aplique la responsabilidad de la escindida es necesario que la deuda no haya sido atendida por la beneficiaria a quién se había adjudicado. Se trata por tanto de una responsabilidad ilimitada pero subsidiaria respecto de la beneficiaria obligada, mientras que en el supuesto normal de transmisión de deudas existiría una responsabilidad directa. Además en el caso de que la deuda no pagada sea de la escindida, la beneficiaria en principio no responde, por lo que la escisión sí tiene en ese aspecto efecto frente a terceros<sup>207</sup>.

En conclusión, entiendo que la voluntad del legislador es clara en cuanto a la existencia de una transmisión por un único título de la totalidad del patrimonio, igual que en la fusión, sin que las diversas especialidades de la fusión desvirtúen esa clara opción legal. Lo que sí ponen de manifiesto estas críticas es que el funcionamiento de la sucesión universal no puede igual que en el caso de la fusión, pues existen unas evidentes diferencias entre ambas modificaciones estructurales. La ley reconoce ya especialidades en cuanto a la transmisión de activos y pasivos en los artículos 75 y 80 como hemos visto, pero tendremos que plantearnos si además de estas existen otras especialidades en el procedimiento transmisivo. Lo que no cabe es admitir la existencia de

---

<sup>206</sup> ALONSO LEDESMA. 2002. Pag. 4944 “no estaríamos ante un supuesto distinto de la asunción de deuda cumulativa”.

<sup>207</sup> Esto entiendo que es un error del legislador, como veremos en la parte dedicada a la transmisión de deudas, pero en todo caso supone que existe transmisión ex lege de las deudas como consecuencia de la sucesión universal.

sucesión universal y al mismo tiempo que han de aplicarse las normas ordinarias de circulación de los bienes<sup>208</sup> como entiende ALONSO LEDESMA. La autora entiende que solo en los casos en los que la ley ha previsto la transmisión de los contratos (44 estatuto de los trabajadores, 34 Ley de Contrato de Seguro, LAU, etc...) se aplica la norma de transmisión automática de bienes y derechos. Como hemos visto la mayoría de esas normas especiales son excepcionales justo en el sentido contrario que indica la autora, no por reconocer la transmisión en los contratos sino por establecer limitaciones o modificaciones en los contratos como consecuencia de la misma. Y otros, como el del Estatuto de los Trabajadores más bien son reconocimientos del efecto subrogatorio de las modificaciones estructurales que provienen de una época en que la sucesión universal no se reconocía en la legislación mercantil.

En cambio sí puede ser útil, dadas las diferencias en los procedimientos y efectos que vamos a estudiar, diferenciar entre sucesión universal total y sucesión universal parcial<sup>209</sup>. La primera se produciría solo en el caso de fusión y cesión global total, y la segunda en todos los casos de escisión y a la cesión global plural que hoy admite nuestra LME. Es cierto que como señala CONDE TEJÓN la institución es la misma y es el mismo modo de transmisión, y por tanto la expresión sucesión universal sería el género y estas dos subespecies, pero lo cierto es que los efectos no van ser los mismos.

### **2.5.2 La determinación del perímetro de la sucesión universal:**

Admitida la sucesión universal en la escisión y examinado en la parte anterior el funcionamiento general de la misma, no se acaban aquí nuestros problemas. En el caso de la escisión no basta solo saber cómo se transmite el patrimonio, pues hay que hacerse la pregunta previa de qué es lo que se transmite.

---

<sup>208</sup> ALONSO LEDESMA. 2002. Pag. 4949

<sup>209</sup> CONDE TEJON. 2004. Pag. 385, citando a JOACHIMS, CLAUSSEN y THOMAS.

Esto requiere en primer lugar examinar el requisito que la ley impone de que lo transmitido sea una unidad económica, que es una de las cuestiones más discutidas en la doctrina.

### ***2.5.2.1 El requisito de la unidad económica***

#### ***2.5.2.1.1 Formulación y fundamento,***

La ley no impone este requisito con carácter general sino solo en el caso de que se trate de una escisión parcial y solo para la parte que se escinde o segrega. En concreto el artículo 70 LME exige en caso de escisión parcial que cada una de las partes de patrimonio que se traspasa a cada una de las sociedades beneficiarias de la escisión forme una «unidad económica», igual que lo hace en art. 71 en relación con la segregación y el Art. 82 respecto de la cesión global de activo y pasivo a favor de varios cesionarios).

El requisito no viene impuesto por las directivas y podría considerarse una anomalía dentro de la legislación comparada, lo que plantea la cuestión de cual es el fundamento de esta exigencia. La explicación más evidente sería que este requisito está en relación con la admisión de la sucesión universal en la escisión, y en particular en la escisión parcial que es el caso en que más se discutía por la doctrina por el hecho de no producirse ninguna extinción sin liquidación. Dado el carácter excepcional de la sucesión universal, parece que el legislador, como contrapartida a otorgar este efecto a un supuesto en que la sociedad no se extingue, exige que responda a una verdadera finalidad de reorganización empresarial, y por tanto que constituya una unidad económica<sup>210</sup>. Se trataría, como dice RUBIO de “controlar separaciones

---

<sup>210</sup> Así GONZALEZ-MENESES. Cit. Pag. 270. 2013. “es una verdadera anomalía desde la óptica del derecho patrimonial común que un sujeto –en este caso, una sociedad mercantil- que continúa existiendo separe discrecionalmente una parte de su patrimonio, que puede comprender tanto activo como pasivo –es decir, también deudas y responsabilidades-, y la traspase en bloque a un sujeto de derecho diferente –en este caso, otra sociedad preexistente o de nueva creación-, sin tener que observar las normas generales de circulación de bienes, derechos y obligaciones (sin observar la teoría del título y el modo para la transmisión de los bienes corporales, sin notificar individualmente a los correspondientes deudores la cesión de cada uno de los créditos comprendidos en la fracción patrimonial segregada y, sobre todo, sin recabar el consentimiento individual de cada uno de los acreedores para la transmisión de las deudas comprendidas en la misma fracción). Precisamente por ello, la ley admite esta

patrimoniales arbitrarias, irracionales injustificadas o selectivas, perjudicando los intereses económicos de la sociedad que se escinde<sup>211</sup>". La finalidad sería evitar el perjuicio de los acreedores de la sociedad escindida adjudicando a la sociedad beneficiaria los activos más valiosos.

Lo que sucede es que lo anterior no explica porque no se aplica a todo tipo de escisión, cuestión a la que volveré más adelante. La falta de exigencia del requisito para todos los supuestos de escisión y las dificultades del concepto ha llevado a buena parte de la doctrina a criticar su exigencia y destacar su inutilidad. El hecho de que además no sea una requisito controlable por notarios y registradores parece hacer la exigencia más ilusoria.

Sin embargo, como después veremos, el concepto de unidad económica sí puede jugar un papel para todo tipo de escisiones, tanto para la determinación de los bienes comprendidos en las partes escindidas como para ver si la operación en concreto tiene una causa lícita.

### ***2.5.2.1.2 Concepto de unidad económica***

El segundo problema es el de su concepto, ya que este no se define ni en la LME ni en ningún otro cuerpo legal<sup>212</sup>. La única referencia que se puede utilizar es la de rama de actividad, que es el concepto que la legislación fiscal utiliza para aplicar el régimen especial de neutralidad fiscal a determinadas modificaciones estructurales. El art. 83.4 LIS dice que *«se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica*

---

anomalía circulatoria, esta circulación abreviada en bloque o unitaria, en la medida en que estos elementos patrimoniales transmitidos gozan ya objetivamente de una cierta unidad en la realidad económica más allá del simple hecho de pertenecer al mismo sujeto. Porque existe una empresa o explotación económicamente unitaria y los elementos patrimoniales en cuestión forman parte de la misma estaría justificada valorativamente esta excepcional forma de transmisión que sería la sucesión universal, porque ésta es, precisamente, la forma de transmisión que permite la continuidad y conservación de la empresa".

<sup>211</sup> RUBIO VICENTE (2009) pag. 377

<sup>212</sup> La SAP Burgos de 3 de marzo de 2004 dice que es un concepto jurídico indeterminado y que "como todo concepto de esa naturaleza, tiene una zona de certidumbre positiva, la que no ofrece duda que lo es, otra de incertidumbre y una tercera zona de certidumbre negativa".

*autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».*

Algunos autores identifican el concepto fiscal con el mercantil<sup>213</sup> pero no está claro que esto sea así, pues la legislación fiscal no siempre coincide con la mercantil en la delimitación de las operaciones acogidas a su régimen especial, siendo en general la primera más restrictiva. Así, por ejemplo, en relación con la escisión subjetiva (permitida en el Art. 76 LME) el art. 83.2.2 de la LIS establece que *«En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad».* Es decir, que en los supuestos llamados de escisión subjetiva total, utilizados para separar las actividades adjudicándolas a distintos grupos de socios, el legislador fiscal condiciona el beneficio de la neutralidad fiscal al indicado requisito objetivo. En ambos casos se trata, evidentemente, de normas que pretenden evitar que se utilice el mecanismo de la escisión para eludir la fiscalidad propia de una simple transmisión de activos.

No es fácil diferenciar el concepto de unidad económica del de rama de actividad, pero quizás se pueda deducir la diferencia de la redacción del 83.4. En esta norma vemos que habla de *“una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica”*. En consecuencia utiliza el mismo término (unidad económica) pero añadiéndole un adjetivo “autónoma” y una característica que tiene un origen y un concepto en la legislación fiscal, pero que es extraña al derecho mercantil (explotación económica). Entiendo que el +adjetivo autónomo sí se puede predicar del concepto mercantil, pues una de las utilidades del concepto de unidad económica es ayudar a determinar el destino de los elementos patrimoniales de la escindida, y solo si tiene

---

<sup>213</sup> DE LA SIERRA. VV.AA. Modificaciones...” Cit. Pag. 491. MARINA. Escisión parcial. Concepto y requisitos, en modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Cizur Menor, (Pamplona). 2009

autonomía -si ese conjunto se puede diferenciar del resto del patrimonio- será útil a ese efecto. El concepto de actividad económica, en cambio, trata de distinguir en el ámbito fiscal las actividades realmente empresariales, que exigen una organización de elementos personales (trabajadores) y materiales para obtener rendimientos, de aquellas que simplemente suponen la tenencia de bienes y obtención de sus rendimientos. En ese sentido, la unidad económica a efectos mercantiles no requiere ese plus que implica la actividad económica y por tanto puede consistir simplemente en un conjunto de acciones o participaciones sociales, o en uno o varios inmuebles arrendados. Hay que señalar no obstante que esta no es la orientación de la citada SAP Burgos 3 de marzo de 2004 acoge un concepto claramente empresarial de unidad económica al señalar que es “un conjunto organizado de elementos patrimoniales, aptos para funcionar autónomamente y capaces de producir bienes o servicios con utilidad o aprovechamiento económico”. En todo caso la misma sentencia pone de relieve el carácter relativo de la autonomía de la unidad: los recurrentes reclamaban que no se podía separar la actividad de producción de electricidad de la evacuación de la misma, pero el tribunal señala que “es cierto que las actividades de transformación y transporte ... son necesarias pero estas actividades y los elementos que las desarrollan son distintas e independientes de la actividad ... de producción de energía”. A pesar de esta sentencia, que no constituye jurisprudencia y que en todo caso terminó no admitiendo la impugnación, creo que se puede defender un concepto de unidad económica más amplio que el de rama de actividad pero que siga siendo útil para evitar que la atribución de activos y pasivos a la sociedad sea arbitraria.

En relación con el requisito de la unidad económica, se suele plantear la cuestión de si la porción escindida ha de constituir ya una unidad económica que funciona independientemente, o basta con que el conjunto de elementos patrimoniales que la integran tenga la aptitud de funcionar de forma independiente a partir de la escisión. La normativa fiscal tampoco es muy clara en este punto puesto que el art. 83 LIS habla de un “conjunto de elementos patrimoniales *que sean susceptibles de*

*constituir una unidad económica autónoma*”, de manera que parece que esos elementos podían no tener esa autonomía originalmente. La administración sin embargo se ha manifestado a favor de la posición más exigente en la Consulta Vinculante V0035-2, de 23 de Julio de 2002 y en el mismo sentido la contestación a las consultas de la Hacienda Foral de Vizcaya, de 26 de Agosto de 2008 y 12 de Mayo de 2009. La citada SAP Burgos señala que el conjunto del parque eólico tenía ya ese carácter autónomo, pero no se puede deducir con seguridad de esa expresión que en todo caso se exigiera ese requisito.

Si la finalidad de la exigencia es garantizar que lo transmitido es una verdadera unidad empresarial, y que por tanto los bienes que se integran en la misma no pueden ser libremente determinados por las partes, tendría sentido exigir que la porción transmitida de esta forma constituyera ya una unidad funcional de explotación independiente, de manera que los activos y pasivos que se integra en la misma estuvieran ya causalmente relacionados con la actividad de dicha unidad<sup>214</sup>. Esto parece ser así desde luego en el ámbito fiscal, pues no se trata solo de proteger a los terceros de asignaciones caprichosas o fraudulentas de activos y pasivos, sino de evitar que se aproveche la institución para transmitir activos sin tributar. Pero si lo que quiere evitar la norma mercantil es simplemente la distribución táctica de activos y pasivos (en particular para dejar en la escindida la mayor parte de los pasivos poniendo a salvo los elementos valiosos en la beneficiaria) el que la unidad no funcione antes de la escisión de manera independiente desde el punto de vista organizativo no tiene porque ser un obstáculo para determinar la pertenencia a una determinada unidad económica.

También se puede plantear la duda de cual es el efecto del incumplimiento del requisito de la unidad económica. En principio podría pensarse que se trata de un requisito legal incumplido que por tanto podría dar lugar a la impugnación de la fusión. En las STS Ercros y Ramón Vizcaino los tribunales optan por conceder al acreedor acción contra la sociedad escindida, lo que resulta mucho más útil. En los casos

---

<sup>214</sup> GONZALEZ-MENESES, ALVAREZ. Cit. Pag. 271

vistos es lo que se reclamaba, pero en general entiendo que esta debe ser la postura a adoptar aunque lo que se solicita fuera nulidad de la escisión. La solución en los casos en que se impugne una fusión no ha de ser siempre la nulidad de la misma, si existe otra forma de satisfacer los intereses que han sido afectados por el incumplimiento de un requisito legal.<sup>215</sup> Sin embargo, en el caso contemplado en la SAP de Burgos de 3 de marzo de 2004<sup>216</sup> se había impugnado una escisión por entender que la parte escindida no constituía una unidad económica, y el tribunal lo considera en principio como un requisito legal preceptivo, admitiéndolo como motivo de impugnación. No obstante, dado que rechaza el motivo porque considera que en ese caso concreto sí existía tal unidad económica, no se pueden sacar conclusiones sobre si el efecto de la admisión hubiera sido la nulidad de escisión u otra consecuencia.

### **2.5.2.1.3 ¿En qué supuestos de escisión se aplica?**

Otro problema que se plantea es el del ámbito de aplicación de este requisito. En principio el artículo solo se refiere a la parte que se escinde en el caso de una escisión parcial.

Esto supone por una parte que no es necesario que la parte que queda en la escindida tenga que constituir una unidad económica. Hay que destacar que este no es el criterio de la legislación fiscal, que de nuevo es más restrictiva cuando define los supuestos de escisión que pueden beneficiarse del régimen de neutralidad fiscal. En particular el art. 83.2.1.b de la LIS dice que se aplica la neutralidad cuando «*Una entidad*

---

<sup>215</sup> En una sentencia de la AP de Las Palmas de 29 de octubre de 2013 (LA LEY 191983/2013) (LA LEY 191983/2013), en un caso de rescisión concursal de una escisión, se señala que «resulta imposible jurídicamente en este momento la reintegración de la situación al momento en que se encontraba antes de la escisión...» y estima la petición de reparación del perjuicio mediante el pago por la beneficiaria de la diferencia de valor de las masas patrimoniales aportadas de las que injustamente se habían beneficiado los socios de ésta. Por tanto el resultado de la impugnación podrá no ser la nulidad sino la reparación del daño causado, en este caso mediante el pago del crédito o su garantía, o en el caso de escisión mediante la declaración de la responsabilidad de las sociedades beneficiarias (que es también el fallo de la citada STS de 3 de enero de 2013).

<sup>216</sup> Comentada en VV.AA. Modificaciones y transmisiones de empresa. Casos de sentencias y de resoluciones de la DGRN. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2012. Pag. 487 y ss.

*segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio...*». Vemos por tanto que si bien en la sociedad escindida parcialmente pueden quedar bienes no afectos a la unidad económica que permanece en la misma, lo que no cabe es que se escinda la única unidad económica desarrollada por la empresa. Esto nos obliga a preguntarnos si tiene sentido esta diferencia en el ámbito fiscal y en el mercantil. Si se trata de facilitar las reestructuraciones empresariales, ¿tiene sentido favorecer una escisión en la que no se están separando dos unidades económicas?

En principio podría defenderse esta posibilidad porque además de la unidad segregada la sociedad puede tener otros activos, procedentes de actividades abandonadas ya en ese momento que no tenga relación con ninguna actividad económica (esto entraría a mi juicio en el supuesto amparado por la neutralidad fiscal). Incluso si en la sociedad escindida no quedara ninguna actividad económica tras la escisión, creo que las necesidades de reorganización empresarial pueden justificar que los socios se queden con la sociedad y sus activos no afectos a la actividad, y que la unidad económica se integre en una nueva sociedad<sup>217</sup>.

Más difícil sin embargo es entender porque la legislación no exige el requisito de la unidad económica en el caso de la escisión total. La redacción del Art. 70 parece permitir que las partes escindidas, en este caso, no integren unidades económicas. Podría defenderse esta solución por el mismo argumento anterior, como hace RUBIO: puede que algunos no estén conectados con ninguna unidad económica o puede que exista una sola unidad económica en la sociedad que se escinde totalmente, y de otra forma en estos casos se imposibilitaría la fusión, reduciendo las posibilidades de reorganización<sup>218</sup>. Pero estos argumentos solo

---

<sup>217</sup> La doctrina parece unánime en admitir que la parte restante no tiene que formar una unidad económica. Entre otros: RODRIGUEZ ARTIGAS. Escisión. Comentarios al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. RdS. Num. 31. Pp 55 y ss. De la sierra. Cit. Pag. 504.

<sup>218</sup> RUBIO. 2009. Cit. 377

justificarían la no aplicación del requisito a uno de los bloques, que debería exigirse para el resto de los bloques. Por ello algunos autores abogan por la aplicación analógica del requisito de unidad económica, por coherencia del sistema<sup>219</sup> o para evitar un trato discriminatorio entre ambos tipos de escisión<sup>220</sup>.

Sin embargo, es difícil establecer una aplicación analógica pues no parece existir laguna legal, al reiterar la LME una diferencia de regulación de la anterior LSA de manera aparentemente deliberada. Esta voluntad se pone más claramente de manifiesto tras la aprobación de la LME, no solo porque se reitere, sino porque se añade el requisito para el caso de la segregación en el art. 71, y sin embargo no se introduce con carácter general. La razón de esa diferencia podría encontrarse en la especialidad de que en la escisión parcial no se extingue la sociedad ni por tanto se trata de un supuesto de disolución sin liquidación: ya que esto es lo que justifica con carácter general la sucesión universal, en este caso concreto en que falta ese presupuesto se exige para su admisión ese carácter unitario de la parte de patrimonio que se transmite por este sistema<sup>221</sup>. El requisito vendría justificado solo para la escisión parcial por ser un supuesto excepcional de pervivencia de la sociedad. Pero si, como yo creo, la finalidad del requisito no es solamente dogmática o de coherencia del sistema, sino que persigue también proteger los intereses de terceros y facilitar la identificación de las masas patrimoniales que corresponden a cada sociedad, no tiene justificación que no se exija el requisito en la escisión total. Además esto no es coherente con el régimen de la cesión global a favor de varios cesionarios<sup>222</sup>, en el que se exige conforme al art 82 LME. Finalmente no parece tener sentido desde el punto de vista

---

<sup>219</sup> LARGO GIL, R. (2006) pg. 574. Voz Escisión parcial. En AA VV Diccionario de derecho de sociedades.

<sup>220</sup> IGLESIAS PRADA, GARCIA DE ENTERRIA, J. (2008) pag. 497. ESTEBAN RAMOS. 2007. Cit. Pag. 78.

<sup>221</sup> Este parece ser el sentido que le da RUBIO. 2009. Cit.. Pag. 377

<sup>222</sup> Así GONZALEZ-MENESES, ALVAREZ. Pag. 271 . “Da lugar a una discordancia de régimen respecto del caso de la cesión global a favor de varios cesionarios que no parece tener mucha justificación. Así, el caso de una cesión global liquidatoria (es decir, con extinción de la sociedad cedente) a favor de varios cesionarios no difiere mucho, desde el punto de vista de los intereses concurrentes, de lo que sería una escisión total. Y si es así, ¿por qué en esa cesión global se requiere que cada una de las porciones de activo y pasivo que recibe cada cesionario constituya una unidad económica (art. 82 LME) y no en el análogo caso de la escisión total?”

práctico, la limitación existente respecto de la escisión parcial se pueda salvar acudiendo a una escisión total, evitando así el requisito sin ningún obstáculo<sup>223</sup>.

Quizás la explicación a este misterio puede encontrarse en el régimen de responsabilidad. Si como decimos la ley no solo persigue salvar el escollo teórico de una sucesión universal sin muerte o extinción de la persona, la respuesta puede estar en régimen de responsabilidad del art. 80. En este se establece: “de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resultan incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.” En lo que a nosotros nos interesa esto significa que en caso de escisión total, todas las beneficiarias estarán sujetas a la responsabilidad, si bien con carácter subsidiario e *intra vires*. Además en el caso de la escisión parcial la sociedad escindida parcialmente responde de manera subsidiaria y sin límite. El único supuesto en que una de las masas patrimoniales resultantes de la fusión no queda afectada por las deudas de otra de las porciones resultantes es el de las sociedades beneficiarias de una escisión parcial respecto de las deudas no pagadas por la sociedad escindida. Y este es también el único caso en que se exige el requisito de la unidad económica. La explicación sería que en este caso hay que respetar la realidad económica, de manera que a la parte que se separa de la sociedad vayan unidas todas las deudas que corresponden a ese negocio, evitando que queden en la escindida, en perjuicio de los acreedores que no pueden reclamar a la beneficiaria. Este sería el sentido de las sentencias que

---

<sup>223</sup> GONZALEZ-MENESES, ALVAREZ. Pag. 272. “Teniendo en cuenta que en una escisión total la denominación social que tenía la sociedad escindida puede ser adoptada por alguna de las sociedades beneficiarias (art. 418.2 RRM), la única diferencia práctica, en principio, entre separar una fracción patrimonial cualquiera de una sociedad existente vía escisión parcial o vía escisión total a favor de dos sociedades es que en el segundo caso la sociedad que retiene el resto de patrimonio cambia de hoja en el Registro Mercantil y de CIF (no obstante, alguna consecuencia práctica negativa puede resultar del cambio de titular de determinadas relaciones contractuales con terceros que puede conllevar una escisión total, en especial, en el caso de que la sociedad escindida fuera arrendataria de un inmueble, por razón de los derechos que la ley reconoce al arrendador en caso de cambio de titular del derecho arrendaticio).”

después examinaremos al tratar la cuestión de la transmisión de deudas (casos Ertoil y Ramón Vizcaino, en apartado 2.5.2.2.2).

Por tanto, la ley permite la división del patrimonio en porciones que no constituyan unidades económicas porque considera que otorga mayores posibilidades de reorganización sin perjudicar a terceros dado el exigente sistema de responsabilidad. En ese sentido se pronuncian otros autores que entienden que existe total libertad de determinación<sup>224</sup>. Todo ello sin perjuicio de que en el caso de que exista la porción constituya una empresa el concepto de unidad económica pueda cumplir un papel en la interpretación de lo transmitido en todo tipo de escisiones, como después veremos.

Esta es una explicación razonable pero no significa que el sistema sea satisfactorio. Insistiremos después en que lo lógico es que las beneficiarias respondan también de las deudas no pagadas de la escindida, y en que el concepto de unidad económica, entendido en sentido amplio, debería exigirse al menos en alguna de los conjuntos escindidos, como motivo económico válido de la escisión.

#### ***2.5.2.2 La determinación de lo transmitido: límites a la libertad de fragmentación***

Admitida la sucesión universal en la escisión y delimitada el estrecho ámbito de aplicación del requisito de la unidad económica, habría que saber la determinación de las masas patrimoniales es totalmente libre para las sociedades implicadas

##### ***2.5.2.2.1 Se pueden transmitir solo activos, solo pasivos?***

No parece existir ninguna limitación en cuanto a la estructura de activos y pasivos de los diversos bloques a transmitir. Por tanto, se podrán transmitir bloques con solo activo, o diferenciar bloque con activos y pasivos y otros solo con activos.

---

<sup>224</sup> ROJO, A. La escisión de sociedades en “La reforma del derecho español de sociedades de capital. VV.AA. 1987. Pag. 663.

Parece que el límite se encontraría en la creación de bloques con un activo inferior al pasivo, por el respeto al principio de integridad del capital social<sup>225</sup>. Sin embargo esto solo sería aplicable en el caso de que la beneficiaria fuera una sociedad de nueva creación pues si existe con anterioridad, es posible que tenga reservas suficientes para compensar ese desequilibrio<sup>226</sup>, o que se haga simultáneamente una reducción de capital cumpliendo para ella los requisitos ordinarios aplicables. El problema se plantearía en relación con otro de los elementos esenciales de la escisión, el de la entrega de acciones o participaciones de la beneficiaria a los socios de la escindida. Sin embargo, esto tampoco es un problema insalvable, puesto que es un elemento natural de la escisión: también en el caso de fusiones y escisiones simplificadas es posible que no se realice el aumento de capital conforme al art. 49 LME. Cuestión distinta es como se integrarían en ese caso los socios de la sociedad escindida: entiendo que al no existir aumento de capital en la beneficiaria, no se daría ese elemento de integración, sin que esto desnaturalice la fusión pues es lo mismo que sucede en el caso de una escisión a favor de una sociedad íntegramente participada.

#### ***2.5.2.2 Libertad en cuanto a la atribución de deudas: ¿cual es el alcance del art. 70.2?***

El art. 70.2 de la LME, que reproduce literalmente el antiguo art. 253.2 de la LSA dice: *«Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa»*.

El anterior precepto había sido criticado por la doctrina porque no quedaba claro cuales eran esas deudas “contraídas para la organización o el funcionamiento”. Parecería deducirse de la norma que la atribución de deudas es algo excepcional, y que solo pueden transmitirse en las

---

<sup>225</sup> RUBIO VICENTE (2009). Pag. 379

<sup>226</sup> En el mismo sentido MARTÍN GARCÍA (2008) pg 138 . MARINA GARCÍA TUÑÓN (1994), pags, 84-85.

condiciones que dice el artículo. Sin embargo, admitida la sucesión universal en la escisión parcial, parece evidente que es posible la atribución de deudas, y al exigir la ley el requisito de la unidad económica parece incluso necesario que se transmitan las que pertenecen a la unidad económica en el caso, al menos de la escisión parcial.

Podría pensarse también que lo que el artículo significa es que la sucesión en las deudas solo puede producirse en el caso de que se transmita una empresa en funcionamiento. Llevado esto a sus últimas consecuencias el criterio mercantil sería más restrictivo que el fiscal, porque además de requerir que la parte segregada fuera una empresa, limitaría la posibilidad de transferir las deudas a que estuvieran directamente relacionadas con esa rama de la sociedad<sup>227</sup>. Pero la redacción dice que “podrán” ser atribuidas, lo que parece indicar que lo que hace la ley es prohibir que se transmitan las deudas no relacionadas pero no obligar a que se transmitan las mismas. Sin embargo, como se ha visto con el sistema actual de responsabilidad el riesgo para los acreedores es justamente que las deudas se queden en la escindida parcialmente, puesto que las beneficiarias no responden de esas deudas.

El precepto es por tanto difícil de entender y de aplicar. A mi juicio es un resto de una regulación en la que la sucesión universal en la escisión no estaba consagrada, y su objetivo era asegurar que se permitía la transmisión de esas deudas relacionadas con la porción escindida. El artículo sería por tanto hoy inútil, pero es sin embargo revelador pues demuestra la preocupación del legislador por la coherencia de las masas patrimoniales que resultan de la fusión. Lo que en último término trata de evitar es que la fracción patrimonial segregada, cuando ésta constituye precisamente por sí misma una empresa o establecimiento, resulte gravada con un pasivo que no tiene relación con la actividad propia de esa

---

<sup>227</sup> GONZALEZ-MENESES. Pag. 273. “Según nuestro punto de vista, si el requisito legal tiene algún sentido, el planteamiento más restrictivo es el correcto, y ello porque –según hemos indicado– lo que parece justificar la excepcionalidad que supone una transmisión de elementos patrimoniales vía sucesión universal cuando la sociedad transmitente conserva su personalidad y una parte de su patrimonio es que la porción transmitida de esta forma constituye ya una unidad funcional de explotación independiente, de manera que el pasivo que se integra en la misma está ya causalmente relacionado con la actividad de dicha unidad.”

empresa. Así entendida, esta norma lo que trata es de preservar la viabilidad de la empresa afectada por la escisión: que no se utilice el mecanismo de la escisión parcial para hacer recaer todo el pasivo por cualquier causa existente en el patrimonio de una sociedad sobre la fracción empresarial que se va a escindir. No lo expresa bien pero de lo que se trata es sobre todo de que las deudas acompañen a la rama de actividad con la que tienen relación, preocupación que como veremos se deriva no de concepciones dogmáticas sino de los problemas que en la práctica plantean las escisiones y que se ponen de manifiesto en las sentencias que a continuación vamos a examinar de 12 de enero de 2006 y de 3 de enero de 2013<sup>228</sup>.

### ***2.5.2.2.3 La necesidad de respetar la unidad económica***

Las anteriores consideraciones nos llevan a preguntarnos si la unidad económica transmitida delimita obligatoriamente el conjunto que se va a transmitir. En el derecho comparado podemos citar la jurisprudencia francesa, en la cual existen sentencias que entienden que la unidad económica arrastra los elementos activos y pasivos vinculados a la misma<sup>229</sup>.

En nuestro derecho existen dos importantes sentencias en este mismo sentido.

La primera de ellas es sin duda la más conocida, pues supuso la modificación del criterio anterior y se conoce como el caso Ercrós-Ertoil. Ercros segregó su rama de actividad de petróleo y petroquímica para aportarla a una sociedad de nueva creación, Ertoil, sin incluir en el correspondiente inventario una serie de deudas relacionadas con la

---

<sup>228</sup> En este sentido manifiesta GONZALEZ-MENESES. Cit. 2013. “Lo que en último término trata de evitar es que la fracción patrimonial segregada, cuando ésta constituye precisamente por sí misma una empresa o establecimiento, resulte gravada con un pasivo que no tiene relación con la actividad propia de esa empresa o establecimiento (que es el problema que fundamenta precisamente toda la prevención ante la asistencia financiera y la novedosa norma del art. 35 LME). Así entendida, esta norma lo que trata es de preservar la viabilidad de la empresa afectada por la escisión: que no se utilice el mecanismo de la escisión parcial para hacer recaer todo el pasivo por cualquier causa existente en el patrimonio de una sociedad sobre la fracción empresarial que se va a escindir.”

<sup>229</sup> V. Paris 19 mars 1996: RJDA 1996. Citado por ADAMOU ALBORTCHIRE. 2005. Pag. 36

actividad en cuestión. Posteriormente la sociedad filial Ertoil se vende a un tercero y la aportante Ercros entra en suspensión de pagos. Unos acreedores relacionados con la rama del petróleo demandan a Ertoil, a pesar de que esas deudas no estaban incluidas en el inventario de la segregación. Lo particular de este caso es que no se trataba de una escisión parcial, sino de una segregación o escisión impropia, es decir, del supuesto que hoy contempla el art. 71 LME y que por entonces no resultaba incluido, en principio, en el régimen legal de la escisión, ni por tanto, cubierto por el efecto de sucesión universal.

Las sentencias de 6 de febrero de 1.998 y de 3 y 5 de marzo de 2001 el TS entendieron que Ertoil no era responsable del pago de unas determinadas letras de cambio, *«por no haberle sido cedidas voluntariamente las deudas correspondientes ni llevar consigo la operación de escisión parcial impropia un cambio de deudor por sucesión universal, sino tan solo una mera modificación de la composición del patrimonio de la escindida»*. Parecía que el hecho de no existir el efecto de sucesión universal venía a ser un obstáculo para el reconocimiento de la transmisión de aquellas deudas no incluidas expresamente en el inventario de la segregación.

Posteriormente, en otros recursos de casación motivados por litigios derivados del mismo caso, el TS va a cambiar de criterio. Así, la sentencia de 12 de enero de 2006, reiterada por otras posteriores, reconoce la responsabilidad de la adquirente Ertoil. Para ello desarrolla una argumentación basada en la idea de fraude de ley y en un entendimiento más amplio del sentido del conjunto de la operación. EL fundamento de la decisión pasa a ser que la operación de segregación realizada pretendió acogerse al régimen de neutralidad fiscal reconocido por entonces en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre. Dicha norma, en sus arts. 14 y 15, extendía el indicado régimen fiscal de neutralidad a los supuestos de escisión total y parcial –que por entonces, en el año 1989, justo antes de la entrada en vigor de la nueva LSA, eran legalmente atípicos en el derecho societario sustantivo español-, y ello tanto si las nuevas acciones emitidas por la sociedad beneficiaria se recibían por los

socios de la sociedad escindida como si se recibían por ésta. El tribunal entendió que esa pretensión de sometimiento al régimen fiscal propio de una escisión presuponía que lo intentado no era una aportación no dineraria ordinaria, sino la transmisión en bloque de una unidad productiva. En consecuencia, resultaba incongruente pretender que determinados pasivos comprendidos en la rama de actividad en cuestión no estaban incluidos en la transmisión por el hecho de no haber sido mencionados expresamente en el acuerdo de aportación: *«En resumidas cuentas –dice el TS-, Ercros, S.A. acordó solicitar, solicitó y obtuvo unos beneficios fiscales a la luz de la entonces vigente Ley 76/1.980, por una segregación que, conforme al artículo 15 de la misma, merecía el mismo tratamiento fiscal favorable que la escisión parcial propiamente dicha, con independencia de que hubiera mantenido en su activo las acciones de Ertoil, S.A. Se entiende que, según dicho precepto, la segregación, al tener por objeto un conjunto o bloque de elementos componentes de una rama unitaria de actividad o negocio, generaba una sucesión también en todos los elementos pasivos integrados en la unidad económica escindida.*

*Sin embargo, Ercros, S.A., apartándose de su actuación concluyente anterior, ejecutó la operación como si se tratara de otra distinta; esto es, como si fuera una mera aportación no dineraria de rama de actividad, aprovechando la coyuntura de un cambio normativo que se iba a producir de inmediato y al que se acogió para el caso de tener que defender su posición ante acreedores como la demandante, pero no en aquello que le perjudicaba: esto es, en la sujeción de la misma al régimen tributario general.»*

*«La norma defraudada que cumple aplicar es, por tanto, la reiteradamente señalada por la jurisprudencia que excluye la admisibilidad de los comportamientos contradictorios con otros significativos anteriores, conforme a la regla adversus factum sucesión universalis quis venire non potest, la cual nacida del principio de buena fe, en su proyección ética u objetiva, imponía a las dos sociedades demandadas un deber de coherencia con una conducta anterior*

*exteriorizada en acuerdos sociales, en su ejecución y en la solicitud y obtención de los beneficios fiscales y, por tanto, en un conjunto de comportamientos apto para generar confianza en los demás que, por su significado objetivo, operaba como una limitación al libre ejercicio del derecho subjetivo de realizar la aportación de modo distinto al que generó aquella apariencia de sucesión en el pasivo vinculado a la rama de actividad cedida. Regla cuya extralimitación se traduce en los mismos términos que los del fallo de la sentencia recurrida».*

El argumento es más bien débil, y claramente impera la intención del tribunal de hacer justicia material. Hay que destacar que de las circunstancias del caso resultaba una clara intención defraudatoria: la empresa segregada se había en realidad vendido dos veces con importantes plusvalías para el primer comprador, que era una sociedad opaca pero cuyos titulares reales eran los propios administradores de Ercros. El problema no era de confianza, sino de haberse producido un resultado que parece manifiestamente injusto, cuando los remedios normales del derecho común para la protección de los créditos insatisfechos (una pauliana contra la enajenación de las acciones de Ertoil, una acción de responsabilidad contra los administradores de Ercrós) no parecían muy factibles. El TS, para justificar su cambio de criterio construye este forzado argumento según el cual la sujeción de esta escisión impropia al régimen de neutralidad fiscal característico de las fusiones implicaba la aspiración a un efecto de sucesión universal, lo que a su vez suponía que lo que se transmitía no eran sólo unos concretos elementos patrimoniales relacionados individualmente en el correspondiente acuerdo de aportación, sino todo el activo y pasivo comprendido o relacionado con la rama o unidad de producción objeto de la aportación.

En cualquier caso, y de cara a la escisión propiamente dicha que es lo que nos interesa aquí, de esta postura del TS se deduce que cuando la ley exige que lo segregado constituya una «unidad económica», no se trata sólo de un requisito para que sea posible la escisión parcial o la segregación, sino que al mismo tiempo opera como un criterio

determinante de lo que se debe entender comprendido o no en la porción patrimonial segregada: todo aquello que pueda entenderse comprendido en la unidad económica en cuestión aunque no haya sido mencionado expresamente en el inventario de la escisión. Esto hace que adquiera más importancia que el inventario la definición de la unidad o rama de actividad objeto de la escisión o segregación. Y por supuesto, este criterio tiene implicaciones acerca de a quién corresponden los activos no incluidos como veremos más adelante.

En este sentido podemos citar también la STS 3 de enero de 2013, que contempla el siguiente caso: “la sociedad deudora ( Ramón Vizcaino, S.A.) después de ser requerida de pago, hace una escisión parcial, luego crea otra sociedad ( Ramón Vizcaino Internacional, S.A. ), se cambia de denominación social ( Tecfrindus, S.A. ) y se declara en quiebra; la sociedad escindida ( Internacional de Refrigeración RV, S.A.), más tarde, cambia de denominación social (Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A. ), adquiere las acciones de Ramón Vizcaino Internacional, S.A. y se escinde parcialmente; y la sociedad beneficiaria de esta segunda escisión ( GRV Grupo Vizcaino de Empresas Industriales y de Servicios, S.L. ), a la que le habían sido transmitidas las acciones Ramón Vizcaino Internacional, S.A., compra después el 91,04% del capital social de la sociedad de la que había sido escindida ( Ramón Vizcaino Refrigeración, S.A. ).”

La deuda que se reclamaba en el juicio no había sido transmitida a la escindida en la primera de las escisiones según resulta de lo probado ante el tribunal de instancia, señalando que para ello era necesario que la beneficiaria “hubiera asumido la obligación de la sociedad escindida”. La razón es que no figuraba dicha deuda en la relación de activos y pasivos transmitidos, ni en el balance, por lo que no podía aplicarse el art. 259 de la LSA, que era la norma vigente. Tampoco se podía aplicar el antiguo 255.3. sobre los pasivos no adjudicados pues se trataba de una escisión parcial, por lo que habría de presumirse –como se verá más adelante- que permanecía en las escindida. El TS sin embargo llega a una conclusión distinta. Citando la STS de 12 de enero de 2006 señala que el efecto de la escisión es “generar una sucesión universal bien que limitada a los

elementos patrimoniales que formaban la unidad económica escindida”. Por tanto entiende que el que no se incluyera en el proyecto de escisión, en concreto en el reparto de activos y pasivos, no significa que quedara fuera del efecto de sucesión universal, y por las circunstancias del crédito y del caso concluye que estaba incluida en esa unidad económica. Es cierto que en ese caso concreto el tribunal añade como argumento que la deuda no estaba tampoco contabilizada en la sociedad escindida, pero esa razón adicional no desvirtúa el argumento principal. Por tanto, como vemos la doctrina de la STS de 13 de enero de 2006, a pesar de estar dictada para un supuesto que no era de escisión ha terminado siendo adoptada en un supuesto de escisión propia, y la conclusión es la misma: las deudas que están relacionadas con la porción patrimonial que se separa han de incluirse en esa porción.

Sin embargo, esto plantea varios problemas. En primer lugar, se puede dudar si esto se ha de aplicar no solo a las deudas sino en general a todos los activos y pasivos, es decir que no existe ninguna discrecionalidad de las partes para asignar pasivos o activos, y que estos han de ser solo los que están afectos a la unidad económica y todos ellos. No parece que esto se pueda deducir de las sentencias pues en estos casos el fundamento es el sistema de responsabilidad y evitar el perjuicio de los acreedores de la escindida.

Además, aplicar con carácter general el requisito de la unidad económica de manera estricta para cualquier conjunto escindido no parece fácil ni tampoco útil. No es fácil determinar a priori el contenido de una unidad económica, y en particular ni el notario y ni el registrador pueden juzgar si lo transmitido en efecto constituye una empresa autónoma. Por otra parte, la exigencia de que lo transmitido constituya una unidad económica, incluso una rama de actividad, solo implica la necesidad de un conjunto patrimonial que tenga autonomía (y actividad empresarial en el segundo caso), pero no parece exigir que se transmitan todos y cada uno de los elementos que tenían relación con esa actividad, ni que no se puedan transmitir otros que no estaban relacionados. De hecho el interés de las sociedades en reorganizarse puede incluir el de

reasignar algunos elementos productivos a una u otra rama. Por ejemplo, se puede optar porque la rama de actividad se transmita junto con un inmueble en el que hasta ese momento no se desarrollaba la actividad pero que será el lugar de la actividad a partir de la segregación. Seguir un criterio absolutamente rígido en el sentido de exigir la existencia de una unidad productiva ya con anterioridad y que se mantenga inmutada en la escisión parece excesivo.

Otra cuestión es si esa coherencia funcional de lo transmitido puede exigirse en los casos que no sean de escisión parcial. Es muy interesante destacar que la STJUE (Sala Quinta) de 15 de enero de 2002 (asunto C-43/00) establece un criterio muy estricto en cuanto a la disociación de elementos pertenecientes a la unidad económica. Se trataba de un supuesto en que la escindida había solicitado un préstamo de una cuantía muy importante, y en la escisión posterior la deuda se atribuía a la beneficiaria mientras que las cantidades obtenidas por el préstamo quedaban en la escindida. Las sociedades defienden que esto no es contrario al art. 2. I de la directiva 90/434/CEE (sustituida hoy por la Directiva 2009/133/CE del Consejo de 19 de Octubre de 2009) sobre régimen fiscal de las fusiones, que define la rama de actividad como un “conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”. Según la sociedad “Debe considerarse esencialmente el carácter autónomo de la explotación integrada por los elementos de activo y de pasivo aportados y no la naturaleza exacta de tales elementos.”. Sin embargo, la comisión entendía que no era posible disociar de manera arbitraria dichos elementos. El tribunal se inclina por esta segunda posición, siguiendo el informe del Abogado General que señala que “el legislador comunitario consideró necesario que los elementos de activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos”. Se trata de alguna manera del reverso de las sentencias que hemos examinado, pues en este caso el problema derivaba de la transmisión de la deuda a la escindida, pero revela la concepción del

TJUE en materia de escisión y de la coherencia de los patrimonios empresariales que se transmiten. Sin embargo, no parece que esto se pueda trasladar a la escisión en general pues se dicta en materia fiscal, que en el ámbito comunitario es la única que hace referencia al concepto de unidad económica.

Por tanto, en principio el requisito de la unidad económica no se aplica a los supuestos que no sean de escisión parcial al no requerirlo la ley; también que esa diferencia que puede tener su justificación justamente en la defensa de los acreedores de la escindida, que son los más desprotegidos en el régimen de responsabilidad establecido en el Art. 8o LME. Sin embargo, es posible que el concepto de unidad económica puede jugar un papel en general en todo tipo de escisión, como se dirá en las conclusiones.

#### ***2.5.2.3 La determinación precisa de lo transmitido en el proyecto y sus límites***

Según lo visto en el punto anterior, la masa patrimonial que se transfiere no tiene siempre que estar determinada por la afección precisa de cada elemento a una concreta empresa. La propia ley da a entender que la masa patrimonial se determina por las sociedades implicadas puesto que de acuerdo con el artículo 74 de la LME, que establece las especialidades del proyecto de escisión respecto de la normas generales establecidas en el 31 LME par la fusión, dice que deberá contener “La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.”

A primera vista podría parecer que el problema de la fragmentación patrimonial queda resuelto de este modo: sabremos qué es exactamente lo que se transmite examinando el proyecto. La realidad sin embargo, es muy distinta: cualquiera que haya visto un proyecto de escisión sabe que en el mismo la determinación dista mucho de ser precisa, y, sobre todo exhaustiva. Lo normal es que se acompañe un balance en el que aparecen agregados los distintos conceptos

patrimoniales y un inventario de inmuebles si los hay, o un listado de los empleados que se asignan a la unidad que se segrega.

La razón no es que las sociedades incumplan la ley –con la tolerancia de notarios y registradores<sup>230</sup>–, sino que en la práctica ese nivel de determinación no es factible. Lo que se transmite normalmente es una unidad económica o empresa que es un conjunto heterogéneo y complejo de muchos elementos. En la práctica es casi imposible determinar uno por uno cada uno de los bienes, derechos y obligaciones que forman parte de una unidad económica. Las empresas no solo tienen inmuebles y maquinaria pesada, también mobiliario menor, suministros que se van consumiendo, existencias que varían con la propia operativa. Pero es que incluso si se realizara un inventario lo más completo posible de cada una de las relaciones y bienes, el resultado sería probablemente inútil. Por una parte no se comprenderían relaciones de hecho que no se pueden inventariar. Además el carácter esencialmente dinámico de una unidad empresarial llevaría a que muchas de las relaciones inventariadas ya no existieran (deudas pagadas y créditos cobrados en el periodo en que se realiza la fusión, por ejemplo), y a que nuevos elementos hubieran aparecido, pues lógicamente el procedimiento de la modificación estructural no paraliza la vida empresarial. Ese mismo dinamismo hace que sea imposible incluso sacar una foto fija del patrimonio con cierta precisión, pues puede haber desde créditos ya cobrados pero cuyo pago aún se ignora, a multas impuestas aún no notificadas, etc... Si se intentara hacer esa determinación verdaderamente precisa, lo que obtendríamos sería un larguísimo inventario, que no solo no reflejaría el contenido exacto de lo transmitido, sino que además sería inútil, por la imposibilidad para los terceros de poder sacar alguna conclusión de su examen. Para que tuviera utilidad, debería además ser una base de datos organizada de manera que se pudiera consultar por acreedor, deudor, tipo de bien, contrato, etc...

---

<sup>230</sup> No tengo noticia de que ningún notario ni registrador haya exigido mayor precisión, ni parece que puedan hacerlo pues no es fácil determinar cual es el nivel de precisión adecuado, y además no es seguro que la exhaustividad sea especialmente útil a los terceros.

Eso no quiere decir que no haya que cuidar esa determinación más de lo que se hace de ordinario. Como veremos en el punto siguiente el fraccionamiento patrimonial plantea dudas en cuanto a la eficacia automática de la sucesión universal. Por ello será necesaria la constancia en el proyecto de todos los bienes inscribibles en cualquier registro jurídico o administrativo, y conveniente la mayor precisión posible respecto de otros bienes y derechos. El complemento posterior del proyecto plantea problemas (quién suscribe esos documentos complementarios y en qué forma) por lo que lo correcto es que el inventario sea lo más completo posible.

En cualquier caso, las posibles omisiones y el carácter necesariamente no exhaustivo del proyecto nos lleva la necesidad de examinar qué sucede cuando el inventario del proyecto no hace referencia a algún elemento del activo y del pasivo, y por tanto al examen del punto siguiente.

#### ***2.5.2.4 Las reglas legales en defecto de atribución.***

##### ***2.5.2.4.1 El artículo 75 y su interpretación***

La LME cuenta con ese carácter incompleto del proyecto pues establece normas para resolver los supuestos en los que no se sepa a que sociedad corresponde determinado activo o pasivo. El art. 75, bajo el título “*Atribución de elementos del activo y del pasivo*” establece: “. 1. *En caso de escisión total, cuando un elemento del activo no se haya atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y la interpretación de éste no permita decidir sobre el reparto, se distribuirá ese elemento o su contravalor entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión.* 2. *En caso de escisión total, cuando un elemento del pasivo no sea atribuido a alguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias.*

En una lectura superficial del artículo parece que la ley resuelve de manera automática (y salomónica) el problema, repartiendo los activos

proporcionalmente entre las beneficiarias, y estableciendo en cuanto a los pasivos no atribuidos la responsabilidad solidaria de las beneficiarias. Hay que destacar que esa responsabilidad solidaria es más rigurosa que la del art. 80, pues en este caso la solidaridad es directa e ilimitada, mientras que en el supuesto normal las beneficiarias no adjudicatarias responden, pero solo en caso de incumplimiento y hasta el límite de lo percibido (es decir que la responsabilidad es solidaria entre las beneficiarias pero subsidiaria respecto de la adjudicataria). Esto ha sido defendido por parte de la doctrina por ser una penalización por el descuido en la redacción del proyecto<sup>231</sup>, mientras que otros entienden que se debería haber acogido la posibilidad que ofrece la Directiva 1982/891 de escisiones (art. 3.3-b) de limitar la responsabilidad al activo neto atribuido, igual que en el Art. 80 respecto de la responsabilidad subsidiaria<sup>232</sup>.

Esta idea de que la ley resuelve el problema directamente es simplista y supone ignorar la parte más importante del artículo, que es el inciso en que se señala que antes de aplicar esas reglas es necesario no solo que el activo o pasivo no esté recogido en el proyecto, sino que “ *la interpretación de éste no permita decidir sobre el reparto*”, precisión que además viene impuesta por el art 3.3 de la directiva<sup>233</sup>. Por tanto, antes de aplicar la regla legal hay que ir a la interpretación del proyecto, y entiendo que la primera regla de interpretación será la pertenencia a la unidad económica que se escinde y que debe venir definida tanto en el proyecto como en el informe de administradores. Por tanto, también en la escisión total, que es a la que se refiere este artículo, la afectación a la rama de actividad que se escinde tendrá relevancia, al menos para interpretar el perímetro de la porción transmitida. Ya hemos visto que en el caso de escisión total esto no parece tener carácter imperativo, pero la

---

<sup>231</sup> RODRIGUEZ ARTIGAS. 1993. PAG. 176

<sup>232</sup> RUBIO. 2009. Pag. 381

<sup>233</sup> “a) cuando un elemento del patrimonio activo no fuere atribuido en el proyecto de escisión y la interpretación de éste no permita decidir su reparto, este elemento o su contravalor se repartirá entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión; b) cuando un elemento del patrimonio pasivo no se atribuya en el proyecto de escisión **y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto**, cada una de las sociedades beneficiarias será responsable solidariamente .

realidad es que una escisión tienen que tener una justificación económica, y que esta servirá de criterio para interpretar el contenido del conjunto escindido.

El artículo, además deja algunos cabos sueltos. En primer lugar aunque la norma hace referencia al activo para determinar la proporción, entiendo que hay que entenderlo referido al activo neto, o por decirlo de otra forma al neto patrimonial atribuido a cada beneficiaria (activo real menos pasivo exigible). Este concepto aparece también en el artículo 80 en relación la responsabilidad y es lo equitativo. En segundo lugar, en cuando al pasivo, establece la responsabilidad solidaria pero no la distribución interna. Indudablemente entre las beneficiarias la regla ha de ser la misma que para los activos, es decir la distribución proporcional al activo neto atribuido.

Por último la norma parece ignorar el problema en el caso de escisión parcial, cuestión que pasamos a examinar en el punto siguiente.

#### ***2.5.2.4.2 La falta de una regla legal para la escisión parcial.***

En segundo lugar ¿qué sucede con la escisión parcial, a la que no se refiere este artículo? El silencio podría interpretarse en el sentido de que todo lo no incluido en el proyecto ha de entenderse que queda en el patrimonio de la escindida, tanto si es un activo como si es un pasivo<sup>234</sup>. Así lo entiende el tribunal de instancia en el caso de Ramón Vizcaino antes visto, señalando que para que se hubiere transmitido a la beneficiaria era necesario que la beneficiaria “hubiera asumido la obligación de la sociedad escindida” a través de su constancia en el proyecto de escisión. Ya hemos visto que eso no es así, al menos para los pasivos de la sociedad, que han de entenderse transmitidos con la unidad económica con la que están relacionados.

En general entiendo que la regla subsidiaria en el caso de la escisión parcial es efectivamente la permanencia en la escindida de lo no detallado en el proyecto, pero solo después de la interpretación de este. La norma del artículo 75 ha de interpretarse analógicamente, pues

---

<sup>234</sup> En este sentido CONDE TEJON. Pag. 389.

siempre hay que acudir primero al proyecto. La ley olvida la escisión parcial probablemente porque se limita a copiar el artículo 3.3 de la Directiva de escisiones. Esta directiva regula solo la escisión total, y por tanto no se refiere a este supuesto. Solo en el art. 25 recoge la posibilidad de la escisión parcial, y para ella se remite a la regulación de la parcial, y en particular al capítulo I en la que se contiene el art. 3.3. Lógicamente esta norma ha de adaptarse a este supuesto, ya que como en el proyecto solo hay que detallar lo que se transmite, no puede hablarse propiamente de omisiones. Pero lo que sí hay que aplicar es que el proyecto tiene efecto sobre el reparto no solo en lo que expresamente se contiene en el inventario sino en lo que se desprende de su interpretación.

Entiendo que la regla se aplica tanto a los activos como a los pasivos, pero que en el caso de los pasivos la inclusión en la unidad económica tiene un carácter imperativo para las sociedades, como resulta de las sentencias estudiadas (Ertoil y Ramón Vizcaino), que determinan que en ningún caso podrán permanecer en la escindida deudas que corresponden a la actividad de la beneficiaria. Probablemente en el segundo caso hubiera bastado aplicar la regla de interpretación del art. 75 analógicamente, lo que parece posible pues existe laguna legal y a mi juicio identidad de razón.

#### *2.5.2.5 Conclusiones*

La complejidad de este tema y las incertidumbres sobre la trascendencia del concepto de unidad económica nos obliga a tratar de sacar unas conclusiones parciales sobre este tema.

Por una parte, la jurisprudencia ha admitido la relevancia de la unidad económica para determinar el destino de determinadas obligaciones cuya responsabilidad se discutía (STS Ercros y Ramón Vizcaino que se estudian más adelante) en el caso de la escisión parcial.

Por otra, en todo caso las sociedades habrán de tener en cuenta las exigencias del ámbito fiscal, en el que como hemos visto siempre es necesario la existencia de rama de actividad y que ha de aplicarse a todas las unidades económicas resultantes de la escisión. Es decir que en la

escisión total se exige que a cada beneficiaria se transmita una unidad económica, y en la escisión parcial es necesario que en la escindida también quede una unidad económica. En este ámbito además la jurisprudencia del TJUE ha reconocido también la importancia de la unidad económica, exigiendo la coherencia de las masas patrimoniales y la no distribución arbitraria de las mismas.

Pero además, creemos que el requisito de unidad económica puede tener transcendencia en todo tipo de modificaciones estructurales que impliquen fragmentación patrimonial de forma no estricta en cuanto a su contenido, pero más amplia en cuanto a su extensión. Como veremos en la parte final dedicada al fraude de ley en las modificaciones estructurales, estas han de tener una causa. La causa lícita de estas operaciones es en general la reorganización empresarial, o por utilizar la terminología de la legislación fiscal debe consistir en unos fines económicos lícitos. Y en una escisión, tanto parcial como total, es difícil pensar en un fin económico lícito que no implique que alguna de las masas patrimoniales no constituya una unidad económica. La LME exige en su Art. 33 que “Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos”. Es necesaria por tanto una justificación económica que en el caso de la escisión deberá referirse a los objetivos que se persiguen con esa fragmentación patrimonial. Aunque es posible que la finalidad no sea exactamente independizar ramas de actividad, entendemos que es necesario que se exprese una justificación de la concreta delimitación de esa fragmentación, que en general estará conectada con conjuntos relacionados con una actividad.

La necesidad de expresar en el informe el motivo económico de la escisión, que en todo caso tiene que incluir la justificación de la fragmentación, tendrá además efecto en cuanto a la determinación del perímetro de lo escindido, pues el proyecto de escisión ha de interpretarse conforme a esa finalidad, y esa interpretación es la que determina el destino de los elementos no claramente incluidos en ninguno de los conjuntos patrimoniales. Por otra parte puede tener una transcendencia desde el punto de vista de la causa de la escisión. Como se estudia en la parte final de este trabajo, es necesario que las

modificaciones estructurales se realicen por un motivo económico relacionado con la reorganización o reestructuración de sociedades.

### **2.5.3 La necesidad de formalidades adicionales en el caso de la escisión: límites al automatismo de la sucesión universal en la escisión**

La determinación del perímetro de lo transmitido con arreglo a las conclusiones anteriores no agota los problemas que plantea la sucesión universal en la escisión.

Como se dijo al principio, no es evidente que se aplique a la transmisión de los créditos y contratos el mismo automatismo en la escisión que el que se aplica en la fusión. La razón de la diferencia es justamente la fragmentación patrimonial. En la fusión, la transmisión se puede determinar por cualquiera con el simple conocimiento del hecho de la fusión, sin ninguno de sus detalles. En la escisión, al contrario, esto dista de ser tan sencillo; el carácter necesariamente incompleto de la determinación de los elementos en el proyecto, las dudas en torno a la exigencia de la unidad económica, la variabilidad del concepto, la dificultad de interpretación del proyecto, hacen que para un tercero sea extraordinariamente complicado saber si un concreto elemento se ha transmitido o no, lo que nos obliga a plantearnos si en este caso debe operar exactamente las mismas reglas en la transmisión de bienes y derechos.

En relación con la notificación al deudor, algunos autores entienden que en este caso es necesaria para evitar que el pago hecho al acreedor original sea liberatorio, lo que supone aplicar la norma general del 1527 que en fusión no se aplica, según la doctrina y la jurisprudencia ya vistas. En contra se manifiesta Guasch, y se podría argumentar que la necesaria publicidad del proyecto y los acuerdos de fusión, y la posibilidad de consultar el proyecto, pueden sustituir la notificación. Esto a mi juicio es muy dudoso, y es un problema que ha sido puesto de manifiesto entre otros por GONZALEZ-MENESES. Este autor señala como en general la necesidad de notificación impuesta por el Cc “hace

tiempo que incomoda a algunos, que han hecho todo lo posible para desactivarla”, pues es un obstáculo para la circulación de créditos, materia de especial interés para las entidades financieras, lo que puede explicar la “complacencia del legislador” que este autor denuncia <sup>235</sup>.

En el caso de la fusión la derogación de esta norma tiene, en mi opinión, sentido. Pero no solo por la existencia de una publicidad de la fusión, sino además porque al haber desaparecido el deudor anterior, no parece posible que se haga a este el pago, ni por tanto que el deudor pueda sufrir ningún perjuicio. Por otra parte, porque por el carácter verdaderamente universal de la sucesión, aunque se hiciera a nombre o en una cuenta de la sociedad extinguida, el pago revertiría necesariamente en la sociedad resultante, sin daño posible para el deudor. La razón de la derogación del 1527 no sería tanto la publicidad de la fusión, sino la imposibilidad de daño para el deudor.

En el caso de escisión parcial, la situación es totalmente distinta, pues lo normal es que el deudor pague en la forma en que se hubiera pactado al deudor original, si la escisión es parcial. Sin embargo, puede que la cuenta a la que paga, o la persona jurídica a la que lo hace, ya no sea la titular del crédito. A mi juicio es evidente que eso en ningún caso debe perjudicar al deudor, y que por tanto se aplicará el 1527 y el pago será liberatorio salvo que se hubiera notificado el cambio de titularidad del crédito.

En el caso de escisión total el deudor tampoco puede estar obligado a hacer una investigación del proyecto para pagar. El argumento de la publicidad del procedimiento de escisión parece insuficiente porque una cosa es la publicidad relativa al hecho de la fusión o escisión, y otra la de la transmisión del crédito. Lo único que se publica es lo primero, y lo segundo se recoge (y no de manera que sea posible su consulta) solo en el proyecto. Que la publicidad no está dirigida a los deudores, y que el

---

<sup>235</sup> GONZALEZ-MENESES. cit. “Y es que, precisamente, venía a ser uno de los principales obstáculos –según se nos decía– para que se pudiera desarrollar una ingeniería financiera realmente eficiente, es decir, para la movilización en masa de las carteras de créditos de las entidades bancarias mediante la novedosa técnica de la titulización. A estas alturas ya sabemos todos a dónde nos ha llevado tanta flexibilidad y eficiencia en la movilización de los créditos...”

fundamento de la no aplicación del 1527 se limita al supuesto de transmisión del patrimonio sin fragmentación queda también de manifiesto porque el art. 43.2 de la LME permite ahora sustituir las publicaciones del acuerdo de fusión por una comunicación “a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.”. Por tanto, esa publicidad no está dirigida (ni alcanza si se hace por comunicación) a los deudores, que no deben sufrir ningún perjuicio por el pago hecho al primitivo acreedor.

Además, entiendo que la más elemental buena fe exige que las sociedades que han realizado la escisión sin necesidad contar con deudores o contratantes realicen todos los actos necesarios para evitar daños y perjuicios a terceros, ya sea la notificación del cambio de deudor, y a falta de esta y si se hubiese hecho el pago a la anterior titular, las debidas compensaciones entre sociedades afectadas. Si esto no se entiende así la situación sería la que denuncia GONZALEZ-MENESES: “lo cierto es que la escisión se puede tramitar ahora de forma prácticamente clandestina y las consecuencias negativas de un pago improcedente las soportaría precisamente el deudor y no la sociedad beneficiaria de la escisión, la cual legalmente podría exigir la repetición del pago, si es que, como digo, la observancia del procedimiento legal de la escisión lleva consigo el efecto de sucesión universal. Todo lo cual, evidentemente, en el plano valorativo es completamente absurdo, pero es una consecuencia más de que nuestro legislador societario mercantil se está olvidando cada vez más del derecho civil.”<sup>236</sup> Creo que los operadores jurídicos tenemos como misión hacer una interpretación de la ley que no lleve a resultados absurdos y por tanto entiendo que en la escisión ha de aplicarse el art. 1527.

Lo mismo a mi juicio ha de aplicarse en la medida que sea necesario para su cumplimiento a todos los contratos pendientes de ejecución, y por las mismas razones: en ningún caso se podrá derivar ningún perjuicio para el tercero contratante de la transmisión de un

---

<sup>236</sup> GONZALEZ-MENESES. cit. 2010

contrato como consecuencia de una escisión que no hubiera sido notificado.

Hay que destacar que lo que defiende no es equivalente a crear una obligación de notificación a todos los deudores y contratantes. Lo más frecuente es que esto no sea necesario porque la empresa va a seguir funcionando con los mismos medios anteriores (las mismas cuentas corrientes, los mismos representantes y empleados), por lo que no se producirá ninguna modificación en la realización de las prestaciones. Tampoco el deudor o contratante puede reclamar nada por el hecho de que no se le haya notificado oportunamente. De lo que se trata es que los terceros no sufran perjuicio si cumplen de buena fe sus obligaciones.

#### **2.5.4 La transmisión de las deudas y la responsabilidad de las demás sociedades participantes**

En principio los pasivos se transmiten igual que en la fusión, con la particularidad de que los pasivos tendrán que especificarse en el proyecto , y sin perjuicio de que la unidad económica transmitida sirva en su caso para determinar cuales son las deudas que se han de transmitir, como se ha examinado antes.

La particularidad más importante en la escisión sería la necesidad de que en el caso de escisión parcial las deudas relacionadas con la unidad transmitida obligatoriamente se transmitieran a beneficiaria que recibe esta unidad, en los términos que se derivan de las sentencias de 13 de enero de 2006 y 3 de enero de 2013 (casos Ertoil y Ramon Vizcaino) antes examinadas. En relación con los demás tipos de escisión no está claro que se exija esa coherencia entre activos y pasivos pues no se aplica el requisito de la unidad económica al menos desde el punto de vista mercantil. Sin embargo en el ámbito fiscal la STJUE de 15 de enero de 2002 aplicó de manera estricta la necesidad de que “los elementos de

activo y de pasivo inherentes a una rama de actividad sean íntegramente transferidos” con la misma<sup>237</sup>.

Habría que plantearse hasta donde se extiende la responsabilidad de las beneficiarias. Como después veremos el art. 85 del TRLCSP establece como requisito para la transmisión de contratos en el caso de escisión parcial, que la sociedad de la que provenga el contrato cedido asuma la responsabilidad solidaria de la ejecución del contrato. Parece que si la ley lo prevé para este supuesto específico es que el art. 80 no cubre este tipo de responsabilidades, sino solo las de las deudas existentes en el momento de la escisión. Sin embargo, a mi juicio esto supondría una clara discriminación de los contratantes frente a los acreedores. La razón de la extensión de la responsabilidad a la escindida es la facilidad que ofrece la escisión para hacer divisiones estratégicas de activos y pasivos. Como los contratos en curso de ejecución se pueden configurar como un conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad escindida, nada más fácil que concentrar los menos rentables o deficitarios en una beneficiaria y pasar los más rentables a otra. Entiendo que la exigencia de la TRLCSP es razonable, y por ello que se podría defender que se aplique la responsabilidad del art. 80 extensivamente a todas las responsabilidades nacidas de contratos en curso de ejecución existentes al tiempo de la fusión.

## **2.5.5 Especialidades en materia de sucesión en contratos**

### ***2.5.5.1 La determinación de los contratos transmitidos***

Uno de los problemas que se plantean en relación con los contratos en la escisión es que no se suelen incluir en la relación detallada de activos y pasivos del proyecto. Los contratos en curso en algunos casos pueden tener un reflejo contable (licencias, marcas), pero en la mayoría de ellos (arrendamientos, contratos de consultoría, suministro) carecen

---

<sup>237</sup> Asunto C-43 N<sup>o</sup> 25.

absolutamente de éste y de valor patrimonial que se pueda reflejar en las cuentas de la sociedad.

Por supuesto es posible y conveniente que se especifique cual es la sociedad que va a seguir desarrollando la actividad con la que se vincula el contrato, pero si esto no sucede en principio habrá que aplicar las normas de interpretación antes vistas. Lo normal es que los actos coetáneos y posteriores a la fusión determinen claramente el destino del mismo, porque será una de las dos sociedades la que ejercite los derechos o cumpla las obligaciones derivadas del mismo.

#### *2.5.5.2 La transmisión fragmentada de los contratos*

Dado que las beneficiarias son varias podría pretenderse la transmisión parcial del contrato a varias entidades, por ejemplo, que cada rama de actividad ocupara una parte del arrendamiento y fragmentar el mismo, o incluso que a falta de determinación se aplique la regla de distribución proporcional del art. 75 LME. Aunque algunos autores parecen admitir esta posibilidad<sup>238</sup>, entiendo que esto no es posible sin el consentimiento de la contraparte. La sucesión universal tiene como característica fundamental el mantenimiento de las relaciones. La pretensión de fragmentar la relación jurídica en varias supone la aparición de una nueva relación, y no está amparada por esta institución. Será necesario por tanto un nuevo pacto.

#### *2.5.5.3 Las limitaciones a la transmisión de los contratos*

En cuanto a la posibilidad de resolución, no creo que en general exista una diferencia en relación con lo visto en la fusión. Los contratos se transmiten y se mantienen inalterados salvo que existan causas que alteren el equilibrio entre las partes.

Sí existe al menos una especialidad, que se regula en el Art. 85 del TRLCSP que se ha estudiado anteriormente en sede de fusión. Mientras

---

<sup>238</sup> CONDE TEJON. Pag. 391, que cita en contra a ENGELMEYER.

que para esta la ley establece directamente la subrogación de la sociedad resultante, para la escisión y aportación de rama de actividad dice: “Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.”

La regla general es también la continuación del contrato, pero en este caso no es automático como en la fusión, sino que queda sometida a dos condiciones:

a) Que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación. Esto por una parte parece lógico porque se produce un fraccionamiento patrimonial que puede afectar a la solvencia. Sin embargo, visto con más detenimiento, no parece muy coherente. En primer lugar, porque una fusión puede también plantear problemas de solvencia y sin embargo no se prevé este requisito. Por otra porque en general la solvencia de las sociedades varía con el tiempo, sin que en sí implique una causa de resolución contractual. Si la solvencia continuada resulta esencial al contrato, lo normal es que en el mismo se hayan previsto las condiciones para evaluarla y las consecuencias de la disminución de la solvencia, incluida su resolución (que es lo que prevé el artículo).

b) Que en el caso de escisión parcial, la sociedad de que provenga el patrimonio asuma la responsabilidad solidaria de la ejecución del contrato. Esto podría entenderse que no es necesario pues el Art. 80 LME establece la responsabilidad solidaria de la escindida por las obligaciones no cumplidas por la beneficiaria. Pero podría discutirse si

esa responsabilidad cubre no solo las deudas existentes en el momento de la fusión sino las obligaciones pendientes como las derivadas de contratos pendientes de ejecución, lo que he defendido anteriormente. Para evitar discusiones, la Ley establece una obligación de asunción expresa por parte de la beneficiaria.

En todo caso, hay que plantearse si esa es la solución que cabría aplicar a este tipo de responsabilidades en general en los contratos, o si sería conveniente que el artículo 80 lo especificara.

Aunque la justificación del primer requisito es discutible, parece que las exigencias que establece este artículo no son contrarias a las directiva sobre contratación pública antes citada, pues la conclusión del TJUE se limita a un supuesto muy concreto: “el término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales”.

## ***2.6 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SUCESIÓN UNIVERSAL***

Se trata de examinar aquí los problemas que se plantean en relación con la transmisión del patrimonio en las modificaciones estructurales cuando existen elementos internacionales en las mismas.

Esta cuestión se plantea en primer lugar cuando las sociedades participantes son de distinta nacionalidad, pero no solo en ese caso. También en una fusión entre sociedades de una misma nacionalidad

pueden surgir problemas cuando existe algún elemento internacional en los patrimonios de dichas sociedades, por ejemplo propiedades inmobiliarias en un país extranjero o contratos sujetos a la ley extranjera.

### **2.6.1 La ley (o leyes) aplicables en el caso de fusiones transfronterizas.**

Cuando las sociedades participantes en la afusión estén sujetas a distintas leyes nacionales, el problema es determinar cual es la normativa aplicable a las actuaciones a realizar por las sociedades, es decir al procedimiento que tienen que realizar para culminar la fusión.

En principio la normativa de derecho internacional privado reenvía a la legislación de la nacionalidad de cada sociedad (art 9.11 Cc). Esta es también la solución de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas, que en su art. 4.1. señala en la letra a) que dice que “las fusiones transfronterizas sólo podrán efectuarse entre tipos de sociedades, que tengan derecho a fusionarse con arreglo a la legislación nacional de los Estados miembros de que se trate,”. Por tanto, en primer lugar, la posibilidad de fusionarse viene determinada por la ley nacional. Y por otra parte la letra b) dice que “una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta.”

Por tanto las dos normativas deben aplicarse de manera distributiva, es decir que cada sociedad deberá cumplir su propia normativa de fusión. Esto tiene sentido pues los socios de cada sociedad cuentan en principio con tener los derechos que les concede la ley a la que está sujeta la sociedad. Esta misma idea parece aplicable también no solo a los socios sino a los acreedores de la sociedad, que al entrar en relación con ella pueden contar con la aplicación de los derechos que la ley nacional de esta da a sus acreedores. Pero evidentemente en este segundo caso la cuestión está un poco menos clara, porque también pueden pensar que deberían estar sometidos a la ley que regula la relación.

Sin embargo esta aplicación de dos normativas distintas a un proceso que hasta cierto punto es común plantea problemas de encaje. Estos no se plantearán en relación con las normas sobre acuerdos sociales, en particular sobre convocatoria, información que hay que poner a disposición de los socios, etc... , pues cada sociedad deberá realizar estas actuaciones como si de una fusión interna se tratara. Sin embargo, como tiene que haber un proyecto común de fusión y las menciones obligatorias pueden no ser las mismas, parece que deben aplicarse cumulativamente los requisitos de todas las legislaciones involucradas a este trámite concreto. Algo semejante sucede con los plazos para cada paso (depósito del proyecto, convocatoria, derecho de oposición): en principio cada sociedad ha de cumplir con los de su legislación, pero en la práctica esto puede suponer una acumulación de plazos y por tanto una prolongación del proceso de fusión.

Los problemas de encaje serán menores en relación en las fusiones transfronterizas intracomunitarias pues la regulación de los distintos países deben estar armonizadas por la Directiva 2011/35 de fusiones y Directiva 1982/891 de escisiones. Pero incluso con sistemas armonizados se consideró que se planteaban problemas que habían de ser resueltos, para lo que se dictó la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas.

En primer lugar la directiva determina qué sociedades que pueden participar en una fusión trr. En principio cada legislación sería libre de determinar qué tipo social puede participar en una fusión y si puede o no participar en una fusión con una sociedad extranjera. Sin embargo la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas impone a los estados que cualquier sociedad de capital que pueda participar en una fusión a nivel interno pueda hacerlo con una sociedad extranjera comunitaria como resulta del art. 1 y del citado 4.1.a.<sup>239</sup> . Como ya se vio al principio el ámbito de aplicación de esta directiva es mayor por tanto que la Directiva 2011/35 de fusiones, pues esta última solo se aplica a las sociedades

---

<sup>239</sup> Esto en realidad venía ya impuesto por el principio de libertad de establecimiento previsto en el artículo 49, tal y como había sido interpretado por la sentencia conocida como caso SEVIC. C-411/03 - SEVIC Systems. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13 December 2005. SEVIC Systems AG.

anónimas, mientras que la primera se aplica a todo tipo de sociedades de capital.

Por otra parte, la directiva trata de coordinar las legislaciones en relación al contenido mínimo del proyecto común de fusión, y sobre todo regula problemas de procedimiento para las cuales la simple armonización no soluciona el problema, como es la relación entre las autoridades que controlan la legalidad en cada país y la coordinación entre registros. (Arts. 10. 11. y 13). Estos artículos nos interesan especialmente pues el tema que nos ocupa es el de los efectos. En relación con estos, es esencial saber no solo cuando se van producir (cuestión que vemos después), sino sobre todo quién juzga que se ha producido válidamente la modificación estructural. El artículo 10 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas establece que “Cada Estado miembro designará al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión transfronteriza para la parte del procedimiento relativa a cada una de las sociedades que se fusionen y que estén sujetas a su legislación nacional.” En consecuencia, queda claro que el control de regularidad de la fusión se realiza también por la autoridad de cada país, sin que la de uno de ellos pueda inmiscuirse en la legislación de los otros. El certificado del país de la que se extingue es título suficiente para la autoridad del país de la sociedad resultante o absorbente como resulta del Art. 11 de la propia directiva que establece que al efecto de controlar el cumplimiento de los requisitos en los países de las fusionadas “cada sociedad que se fusione remitirá a la autoridad a que se refiere el apartado 1 el certificado mencionado en el artículo 10, apartado 2”<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> Esta es una cuestión sin embargo que en la práctica puede plantear problemas como revela el caso *Diamond Resorts (Europe) Ltd* [2013] BCC 275. en el mismo el juez británico considera que la autoridad competente británica, que es un tribunal “debe examinar la propuesta de fusión con el fin de haberse cerciorado de que no afectó negativamente a ningún grupo de interés (ya sea accionista, empleado o acreedor) en cualquiera de las sociedades que se fusionan”. En particular entiende que “el peso que el tribunal debe otorgar a la certificación de la autoridad competente extranjera bajo la Directiva dependía de la naturaleza de la autoridad competente y el alcance de cualquier investigación que pueda haber realizado en los beneficios o dis-

El ámbito de nuestro estudio nos obliga a plantear una cuestión menos tratada por la doctrina, que es la posibilidad de la realización de escisiones transfronteriza, dado que para las mismas no existe directiva. En principio creo que es posible en el ámbito intracomunitario, y más que posible, que los estados no podrían negarse a reconocer una escisión transfronteriza si esa figura se admite en el ordenamiento interno. Esto se deriva de dos famosos casos del TJUE. En el caso SEVIC SYSTEMS AG, sentencia de 13 de diciembre de 2005 se estableció, antes de la efectividad de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas, que era contrario al principio de libertad de establecimiento del Tratado que un estado denegara la inscripción de una fusión transfronteriza si admitía la posibilidad de ese tipo de fusiones en el ámbito interno. En el caso VALE COSTRUZIONI, sentencia de 12 DE Julio de 2012 (C-378/10 - VALE Építési), se trataba de un traslado internacional del domicilio, y la conclusión fue la misma aunque en este caso ni siquiera existía (ni existe) una directiva que armonice los procedimientos internos de esta operación. Por tanto, es evidente que la escisión transfronteriza sería posible aplicando analógicamente las especialidades de procedimiento de la fusión transfronteriza.

No corresponde a este trabajo examinar el conjunto del procedimiento de fusión transfronteriza, sino solo las normas rigen la sucesión universal. Esta es una cuestión que quizás la directiva podía no haber tratado ya que como hemos visto está armonizada en el Art. 19 Directiva 2011/35 de fusiones. Sin embargo, dado el distinto ámbito de aplicación de ambas, el legislador comunitario considera necesario establecer una regla única, de manera que como vimos al principio, no se deja a las legislaciones nacionales sino que se impone el modelo de la

---

beneficios de la transacción propuesta para los accionistas, empleados y acreedores de la empresa que cae dentro de su jurisdicción.” Esta visión sumamente intervencionista es a mi juicio totalmente contraria a la norma de la directiva y ha sido puesta en tela de juicio en una resolución de la CHANCERY DIVISION, Case No: 6084 of 2015. Neutral Citation Number: [2015] EWHC 2865 (Ch) de la HIGH COURT OF JUSTICE en el asunto LIVANOVA PLC and SORIN SPA, pero nos indica la complejidad real de este tipo de fusiones.

sucesión universal: el Art. 14 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas establece la necesidad de transmisión universal con efectos frente a terceros, cuyo funcionamiento y amplitud han sido aclarados por la STJUE 3-343/13. En ese aspecto, por tanto, en principio todos los estados han de aceptar una sucesión universal cuyo funcionamiento básicamente tiene que coincidir con los que hemos analizado para la legislación española (y de hecho del examen de la doctrina y jurisprudencia extranjeras se deduce que se plantean los mismos problemas que en España en relación con la efectividad de esa sucesión universal).

La admisión del sistema de la sucesión universal no impide que se puedan plantear problemas en relación con la legislación aplicable a la concreta relación jurídica transmitida, que es lo que pasamos a estudiar.

### **2.6.2 El conflicto entre la ley aplicable al bien o relación jurídica transferida y la ley aplicable a la modificación estructural**

Se examina primero la cuestión en general, para después ver las especialidades en el ámbito intracomunitario.

#### **2.6.2.1 *Planteamiento general de la cuestión***

En principio la fusión se rige por la ley nacional de la sociedad (o sociedades en la forma que hemos visto), pero el bien o la relación jurídica transmitida puede estar sujeta a una ley diferente. Por ejemplo, la propiedad de los bienes inmuebles se rige por la *lex rei sitae* (art. 10.1 del CC), y las obligaciones y créditos se regirán por la ley que determine por el REGLAMENTO (CE) N o 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I). Teniendo en cuenta esto ¿Qué norma aplicamos entonces a la transmisión de un inmueble en Francia cuando se fusionan dos sociedades españolas? ¿La norma de

sucesión universal española, la de fusiones francesa, o la de transmisión individual de los bienes también francesa?

Si aplicamos el principio tradicional de la *lex rei sitae*, es decir la normativa que rige el bien o relación que se transmite, la transmisión debería realizarse por un título y con las formas admitidas en ese derecho para la transmisión individual de bienes. Esto supondría en realidad restringir el ámbito de la sucesión universal a los bienes o derechos sujetos a la misma ley que rige la fusión. Parece evidente que esa no es la voluntad del legislador, pues el concepto de sucesión *universal* obviamente se refiere a todos los bienes de la sociedad, y sería contrario a la finalidad de las normas de fusión que existiera esta importantísima limitación

Parece más lógico entender que la autonomía de los procesos de modificación estructural, que tiene como efecto desplazar la aplicación de las normas generales, debe operar también al ámbito de sus efectos y en particular a la sucesión universal. Igual que la sucesión universal desplaza las normas nacionales que regulan la transmisión de cada bien, habrá que entender que desplaza también la norma de conflicto general aplicable a esos bienes. Es decir, que cuando concurren sobre una transmisión el derecho nacional de la sociedad (que rige la modificación estructural), y el derecho de la relación jurídica, la transmisión debe regirse por la primera. Existen varios casos en la jurisprudencia inglesa en los que se plantea esta cuestión, siendo el primero y más significativo el de *National Bank of Greece and Athens SA v Metliss* [1958] A.C. 509. Esta sentencia tiene un especial interés justamente porque en ese momento no existía normativa común de sociedades en Europa, y por tanto nos puede servir en este punto de estudio general. En él se discutía la transmisión de un contrato de préstamo (una emisión de bonos por un banco griego) sometido por las partes a derecho inglés, el cual había sido transmitido como consecuencia de una fusión sujeta a derecho griego a otro banco de

esa nacionalidad<sup>241</sup>. Los jueces señalan que cuando se contrata con una persona jurídica griega su estatus se regula y se modifica por la ley griega, y por lo tanto la ley inglesa ha de reconocer la sucesión universal que establecía la ley griega para el supuesto de fusión. Y eso aunque en ese momento la figura de sucesión universal no estuviera reconocida en Inglaterra (de hecho solo lo ha sido a partir de 2007 tras la adaptación de la directiva). También se concluye que esa sucesión universal, aunque desconocida en el sistema inglés, debe ser admitida por los tribunales ingleses en la misma forma que opera en la ley nacional de la compañía, es decir colocando a la sucesora en la misma posición que la deudora primitiva. En el mismo sentido se pronuncia un tribunal Inglés en el caso *THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ*<sup>242</sup>, en el que se trataba de una sucesión en una patente inglesa por la fusión entre dos sociedades suizas. La primera sentencia hace referencia al origen de la sucesión universal en el derecho romano, y en concreto en el derecho sucesorio. Este paralelismo es decisivo en la admisión del título de transmisión, pues en efecto igual que los estados admiten el título sucesorio de la nacionalidad del causante para la transmisión de bienes, deben hacerlo en el caso de que esa sucesión universal se rija por la ley nacional de las sociedades transmitente y absorbente.

Entendemos que esta es la solución lógica y correcta en todos los casos. El ámbito de esta doctrina se limita a la misma transmisión y no supone por supuesto que cambie la ley que rige la relación transmitida: en el caso *Bank of Athens* se admite la subrogación del deudor pero se juzga el contenido del préstamo de acuerdo con su ley reguladora, que era la inglesa<sup>243</sup>; en el caso *Thorn Security*, se admite la transmisión a la absorbente, pero esta debe cumplir los trámites de inscripción de patente con arreglo a la normativa inglesa sobre esta materia. Se distingue por

---

<sup>241</sup> El caso concreto era de una fusión operada por un Decreto, como consecuencia de la situación de insolvencia de los bancos griegos tras la segunda guerra mundial.

<sup>242</sup> *THORN SECURITY LTD v SIEMENS SCHWEIZ AG* COURT OF APPEAL 15 to 17 July and 22 October 2008. [2008] EWCA 1161, [2009] R.P.C. 3

<sup>243</sup> En concreto el tribunal determinó que por estar sometido a la ley inglesa no podía aplicarse una moratoria impuesta por la ley griega.

tanto la validez del título de transmisión del contenido de la relación y en su caso sus reglas de publicidad.

La consecuencia es que la aplicación de las normas de transmisión propias de la modificación estructural que se ha operado se limita al hecho de la transmisión. La ley que rige la relación transmitida no puede impedir la transmisión, pero sí podrán exigirse los requisitos de la misma para el ejercicio de los derechos: por ejemplo, se deberán cumplir las normas sobre la inscripción en su caso, como veremos que reconoce también la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas.

La cuestión se puede complicar si la fusión es transfronteriza y además existe el conflicto con la ley que regula la relación. En este caso, antes del problema del reconocimiento de la ley que regula la relación hay que saber cual es la legislación que regula la sucesión universal, la de la transmitente o la de la adquirente. Como veremos en el punto siguiente, GARCIMARTIN entiende que la sucesión universal ha de regirse por una sola norma y esta es la de la sociedad transmitente. Esto es lógico, pues los que contratan una persona jurídica pueden saber cual es la ley que la regula y por tanto como operará la transmisión en caso de modificación estructural de esa sociedad, como señalaba el Tribunal inglés en el caso *Bank of Athens*.

Por otra parte, aunque esta es la regla que entiendo se debe aplicar y a pesar de estos precedentes, no hay que confiar que todas las jurisdicciones vayan a tener un criterio tan claro y favorable. Es posible que algunas jurisdicciones no reconozcan la institución de la sucesión universal, o exijan en todo caso la aplicación de las reglas nacionales de transmisión individual de bienes. A la hora de planear una modificación estructural, habrá que tener cuenta que en el ámbito extracomunitario es posible que nos encontremos con dificultades para el reconocimiento de la transmisión. Es posible que la normativa del país en el que se encuentre el inmueble o que sea aplicable a la relación jurídica transmitida exija un documento o acto especial de transmisión.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> Así lo advierte también CONDE TEJON. 2004. Pag. 445

### *2.6.2.2 Los efectos de la sucesión universal en el ámbito intracomunitario*

En el ámbito de la unión europea no cabe duda de la admisión del sistema de sucesión universal, de acuerdo con las directivas, en los términos ya vistos (en especial en el apartado 2.2.3).

En el caso de las fusiones transfronterizas lo impone el art. 14 Directiva 2005/56 que las regula; en las fusiones internas en las que existan relaciones reguladas por una ley extranjera comunitaria, entiendo que esta normativa no puede no reconocer la transmisión a pesar de que el Art. 19 de la Directiva 2011/35 de fusiones solo se aplique a las sociedades anónimas. Además de que como hemos visto esta es la regla general que ha de aplicarse, en el caso de que las jurisdicciones en conflicto sean de miembros de la Unión Europea, sería contrario al principio de libre circulación de bienes y servicios que en un caso de una fusión en el extranjero la normativa no reconociera un sistema que se impone para las fusiones internas y transfronterizas. Por tanto el efecto que se ha de reconocer es que “la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida se transferirá a la sociedad absorbente” (Arts. 14.1. a y 14.2.a).”, con las características de automatismo y efecto erga omnes que se han examinado.

Pero este reconocimiento de la sucesión universal no impide –igual que sucede en el ámbito extracomunitario- la aplicación de la ley reguladora de la relación transmitida, en los términos del punto 3 del mismo artículo 14, que establece: “3. Cuando la legislación de los Estados miembros imponga, en el caso de fusión transfronteriza de sociedades contempladas por la presente Directiva, trámites especiales para que la transferencia de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados por la sociedad resultante de la fusión transfronteriza.”

El primer problema que plantea es a que normativa se refiere cuando habla de “la legislación de los estados miembros”: ¿la de la

sociedad adquirente o transmitente, o la aplicable a la relación jurídica transmitida?” A la vista de que la redacción del 14.3 de la Directiva 2011/35 de fusiones es la misma que la del 19.3 que acabamos de ver, no hay duda que se trataría de la ley reguladora de la relación, lo que es coherente con lo que hemos visto en el punto anterior.

Este artículo implica varias cosas:

- En primer lugar, confirma que en ningún caso esa legislación –la que se aplica a la relación transmitida de acuerdo con las normas de derecho internacional privado- puede exigir un título transmisivo distinto que el de la propia fusión. La referencia a un trámite implica que se puede exigir una formalidad, pero no un negocio sustantivo. Lo mismo se deduce de la interpretación armonizadora de este artículo con el 14.3 de la Directiva 2011/35 de fusiones, que habla de “formalidades particulares”.

- En segundo lugar, limita la transcendencia de esos trámites al decir que son solo para la oponibilidad frente a terceros de ciertos bienes, derechos y obligaciones. En consecuencia la transferencia inter partes se entiende producida siempre por el propio hecho de la efectividad de la fusión.

- En tercer lugar dice que la sociedad resultante es quién realizará esos trámites. Esto es importante desde un punto de vista práctico, pues si la legislación que rige el bien que se transmite no es la de ninguna de las sociedades participantes, no puede exigir un título en el que intervengan las dos sociedades: basta con que el trámite lo realice la sociedad absorbente. En esto se distingue del art. 19.3 de la Directiva 2011/35 de fusiones que establece que la legislación puede permitir a la sociedad absorbida realizar dichos trámites durante un plazo posterior a la fecha de efectividad de la fusión. Esta extraña supervivencia de la sociedad extinguida a estos efectos parece excluida en el caso de la fusión transfronteriza.

Sin embargo deja abiertos interrogantes a los que hay que intentar responder.

El primero de ellos es si como podemos definir trámite o formalidad, cuestión que se ha tratado en la parte inicial cuando nos referimos al concepto de sucesión universal en las directivas. Aunque en sentido amplio, podría considerarse que el consentimiento de un tercero es una formalidad, eso dejaría sin contenido el efecto frente a terceros de la sucesión universal que predica el 19.1 Directiva 2011/35 de fusiones. Por tanto solo se puede referir a trámites que no requieran ningún consentimiento tercero, ni autorización administrativa.

La segunda incertidumbre es si esas formalidades que se pueden exigir son las generales para la transmisión particular de bienes o a las formalidades previstas para el caso de transmisiones universales por causa de fusión en su legislación propia. Del sentido general de la directiva y de la interpretación conjunta con el Art. 14 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas se deduce que el estado solo podrá imponer los mismos requisitos que se exijan para la transmisión si la fusión hubiera sido interna. Por ejemplo, en el caso Thorn antes visto, es lógico que se exija la inscripción en el registro de patentes si la ley lo exige para cualquier cambio de titularidad de la misma, incluso las producidas por ministerio de la ley. Pero no se podrán exigir requisitos que no se hubieran exigido para una transmisión producida por una fusión en ese país.

A pesar de lo expuesto, esto no agota los problemas de la transmisión derivada de una modificación estructural con elementos internacionales.

### *2.6.2.3 La normativa aplicable a las limitaciones a la transmisión*

A lo largo de este estudio se ha visto que en determinados supuestos las leyes limitan la eficacia o imponen modalizaciones a los efectos típicos de la sucesión universal. Esto plantea el problema que ley se aplica a esas limitaciones.

Hay que empezar distinguiendo lo que son requisitos de la fusión de las limitaciones a la transmisión. Así, las normas de protección de los

acreedores que establezca cada legislación de modificaciones estructurales se aplicarán en función de la *lex societatis* de la sociedad participante. Por tanto, por ejemplo, el derecho de oposición de los acreedores extranjeros es el que establezca la ley nacional de la sociedad, no el de su ley nacional o de la ley que rija el contrato. Los acreedores alemanes no pueden acudir al sistema de la *UmwG* porque han de saber que en el caso de una fusión su deudora se somete a la ley española de fusiones, que concede un derecho de oposición previo y con el plazo del art. 44. Basta imaginar el absurdo de que las sociedades españolas tuvieran que cumplir los plazos y requisitos de las leyes nacionales de cada uno de sus acreedores o de cada relación jurídica.

El problema es si puede defenderse lo mismo para otro tipo de derechos que no se conceden por razón misma de la modificación estructural sino en general como limitación a las transmisiones. Es cierto que como señala GARCIMARTIN, lo deseable es que una sola norma regule toda la sucesión, y que esa normativa ha de ser la de la sociedad transmitente, pues las contrapartes que contratan con una sociedad alemana deben tener en cuenta esta situación<sup>245</sup>. Sin embargo esta regla, que parece razonable, tiene ciertos límites. Imaginemos por ejemplo la fusión de dos sociedades alemanas, siendo la absorbida arrendataria de un local en España. ¿Tiene derecho el arrendador al aumento de la renta conforme a la LAU? ¿O no ha de aplicarse si la normativa alemana que no reconoce tal derecho? La solución de la unidad de regulación choca con la intuición jurídica y con el derecho del estado a regular determinadas relaciones que por naturaleza (como las inmobiliarias) tienen lugar en su territorio. También con la voluntad presumible de las partes en el caso de que hayan sometido la relación contractual a una determinada legislación conforme al Reglamento Roma I. Entiendo que lo lógico es aplicar a la relación transmitida la ley que rige su contenido como si se tratara de una fusión interna. El TJUE, en numerosas sentencias (VALE Epitesi entre otras), ha consagrado en relación con la libertad e establecimiento e igualdad de trato el principio de equivalencia, de manera que no puede un

---

<sup>245</sup> Ya veremos que el propio autor modula su propuesta con determinadas excepciones, entre la que se incluye concretamente este ejemplo.

nacional extranjero exigir un mejor tratamiento que un nacional. En ese caso parece que lo correcto sería aplicar la norma de arrendamientos española, aunque suponga limitar el efecto de sucesión universal reconocido a las sociedades alemanas.

A una conclusión semejante llega el autor citado. En un proceso de consultas sobre el futuro de la ley societaria europea el profesor GARCIMARTIN realizó varias propuestas sobre esta materia. La primera es que la ley aplicable a la sucesión universal es la de la compañía transmitente, que determinará también el sistema de protección de los acreedores. La segunda es que no obstante lo anterior, la fecha de efectos de la fusión transfronteriza se determinará por la ley de la adquirente (que es lo que establecen las directivas actualmente, como vamos a ver seguidamente). Propone también y como limitación a la primera regla, que la ley que regula los bienes o la relación podrá ser invocada para la protección de los terceros que hubieren adquirido bienes o realizado pagos de buena fe. Finalmente se plantea la cuestión que hemos visto en relación a las limitaciones establecidas para determinados derechos o bienes (derechos de adquisición preferente de acciones, modificaciones en los arrendamientos), y concluye que se deben aplicar, pero solo si son específicas para el supuesto de transmisión derivada de una sucesión universal.

Estoy totalmente de acuerdo con esta opinión, pero entiendo que no solo pueden ser asumidas por el legislador comunitario, sino que contienen la solución adecuada a los problemas que se planteen con el sistema normativo actual.

En todo caso las normas generales anteriores han de que quedar siempre sometidos a los principios generales y en particular a la buena fe en las relaciones contractuales, por lo que en determinados casos el automatismo de la sucesión universal deberá ser restringido si las sociedades fusionadas tratan de ampararse en él en perjuicio de un tercero que ha actuado de buena fe.

### 2.6.3 El momento de la transmisión

Otro problema que se plantea es el del momento de la transmisión. Si admitimos que la norma que rige la transmisión es la que regula la modificación estructural, y que la jurisdicción que regula el contenido de la relación jurídica ha de admitir la transmisión por efecto de la modificación estructural de una sociedad extranjera, es evidente que el momento de la transmisión ha de regirse por la ley reguladora de esa operación y no la que regula la relación transmitida.

Esto obviamente se complica en el caso de una fusión transfronteriza. No cabe aquí la aplicación distributiva de las normas pues el momento tiene que ser el mismo en ambas sociedades, si no queremos encontrarnos con derechos sin sujeto o con dos titulares. Por ello la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas se ha ocupado de establecer un momento único para el efecto de la fusión. El Art. 12 de Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas señala como momento de efectividad de la fusión el que señale la sociedad resultante o adquirente. Como hemos visto, los artículos 10 y once establecen un circuito de control: cada una de las sociedades que se extinguen realizan sus trámites y obtienen el certificado previsto en el artículo 10. Posteriormente la autoridad del estado de la absorbente o resultante controla tanto el cumplimiento de los requisitos de la sociedad de su nacionalidad como la aportación de los certificados y proyectos de las sociedades fusionadas; finalmente esta autoridad inscribe la fusión y remite a los demás registros el documento en el que se acredita la ejecución de la fusión, y este documento da lugar a la cancelación de los asientos de las extinguidas. Para evitar que las sociedades desaparezcan antes de que estén integradas en la nueva, el momento de efectos ha de ser el de la inscripción de la modificación estructural en el registro de la adquirente.

Para el caso de la extracmunitarias, sin embargo, se planteará cual es la fecha que ha de prevalecer, si las respectivas leyes admiten la fusión transfronteriza pero no prevén este problema o dan una solución distinta. Quizás se podría resolver de manera convencional, o bien tratando de

coordinar los procedimientos de manera que coincida la fecha, o bien previendo en el proyecto común de fusión que la efectividad se producirá para ambas en el momento en que se produzca la más tardía.

## **2.7 ACCIONES CONTRA LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN SUPUESTOS ILÍCITOS: EL FRAUDE DE LEY Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO**

A lo largo del estudio he venido defendiendo el carácter central de la sucesión universal en la simplificación que implican las modificaciones estructurales, y por tanto la necesidad de aplicación del mismo con carácter automático y restringiendo al máximo los obstáculos que tengan su origen en la aplicación de las normas generales de la transmisión particular. Esto sin embargo no nos debe hacer ignorar los riesgos que implica la excepción a esas reglas ordinarias en estos supuestos en que efectivamente existe cambio de titularidad. Por eso, y al margen de las garantías que implica el procedimiento de las modificaciones estructurales, es necesario evitar el abuso de estas figuras, que pueden ser utilizadas justamente con la finalidad de eludir la aplicación de esas normas.

Para ello tenemos que examinar hasta qué punto es posible aplicar la doctrina del fraude de ley y del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el caso de las modificaciones estructurales.

### **2.7.1 El fraude de ley en las modificaciones estructurales**

#### ***2.7.1.1 ¿Puede hacerse una modificación estructural en fraude de ley?***

Como decía, las modificaciones estructurales se pueden utilizar para evitar la aplicación de las normas generales de transmisión, es decir con la finalidad por ejemplo, de transmitir un inmueble sin que quede sometido a un derecho de retracto legal. ¿Cabe en ese caso entender que se ha hecho en fraude de ley y por tanto exigir la aplicación del derecho de retracto?

Veamos cuales es el funcionamiento de esta institución reconocida en el art. 6.4 del Cc dice : “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

La doctrina y la jurisprudencia han concretado que para que se pueda aplicar este precepto es necesario que la norma a cuyo amparo se realiza el acto (la norma de cobertura), no tenga como finalidad justamente regular ese acto. Es decir que es necesario probar que entre los objetivos de la ley no está la consecución del objetivo perseguido por las partes<sup>246</sup>. En nuestro caso la norma de cobertura es la propia LME y en concreto el efecto de la sucesión universal que consagra. Sin embargo hemos visto que la finalidad de esta es justamente evitar los requisitos de las transmisiones ordinarias como por ejemplo el derecho de retracto. Existen diversos procedimientos que las sociedades pueden utilizar, y una de las razones para elegir el complejo procedimiento de las modificaciones estructurales es justamente esta simplificación. La ley es consciente de que existen derechos de terceros que se reducen o alteran, y por eso establece un complejo procedimiento con distintas obligaciones y garantías de terceros destinados a salvaguardar esos derechos<sup>247</sup>. Por tanto, el hecho de que se persiga esta simplificación no sería motivo en sí mismo para apreciar el fraude.

Esto es efectivamente así, pero solo si la operación persigue la finalidad típica de la norma, y la finalidad típica no es la simplificación de la transmisión (esto es un instrumento), sino la reorganización empresarial. En este sentido es interesante la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 4 May. 2011 (Rec. 128/2008). Se trata de un supuesto en el que el TEAC sostenía que no debía aplicarse el régimen de neutralidad fiscal por falta de motivo económico válido. La Audiencia recoge la declaración del TEAC que dijo que "lo que se buscaba con estas operaciones era una

---

<sup>246</sup> CAMACHO.J. 2004. Pag. 151, citando a MASSAGUER

<sup>247</sup> Así lo ha admitido tanto el TS como el TC, en sentencias antes citadas.

reestructuración del accionariado, con evidente reducción del coste fiscal". Señala con cierto que esa mención del TEAC es reveladora de "la asimilación del concepto de fraude con la idea de que, si se hubiera empleado otra forma jurídica diferente, se habría tributado más, lo que en modo alguno es razón para desacreditar el negocio jurídico llevado a cabo y, menos aún, para privarle de sus consecuencias propias, incluido el terreno fiscal. Señala que esto es inaceptable pues como dice la STS de fecha 16 de febrero de 2011 "se viene, con tan insólita postura...a sostener una especie de principio del mayor gravamen o de economía de opción inversa conforme al cual entraría en juego la cláusula antifraude, pese a la ausencia acreditada de éste, por el simple hecho de que las alternativas u opciones económicas seleccionadas por la Inspección favorecerían con un grado mayor los intereses de la Administración". La sentencia de la Audiencia Nacional insiste que "esta tesis no resulta aceptable toda vez que extiende el concepto de fraude, situándolo de lleno dentro del campo de la economía de opción y, en este ámbito, afectando de plano al principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), constitucionalizado, en lo que se refiere a las relaciones mercantiles, en el artículo 38 CE , que reconoce la libertad de empresa."

La conclusión es que las sociedades son libres de optar por una modificación estructural que suponga evitar el ejercicio de otros derechos, como la resolución del contrato o los derechos de adquisición preferente, frente a otra operación que obligaría a respetar esos derechos. Por el hecho de que la modificación estructural permita prescindir del consentimiento del acreedor o evitar una cláusula restrictiva de la transmisión, no cabe entender que existe fraude de ley.

Pero si la voluntad de evitar la aplicación de las normas generales en sí misma no implica una intención de fraude ¿Cuándo existirá este? La respuesta viene dada en la propia sentencia citada: "no señala la Inspección que los negocios jurídicos emprendidos por la recurrente y las empresas implicadas, sean anómalos, indirectos, simulados o fraudulentos, y no exista en ellos concordancia entre lo querido y lo formalmente exteriorizado." El problema por tanto se reenvía a la causa

de la operación. No se trata de que se persiga evitar la aplicación de determinadas normas, lo que es lícito, sino de que no se persiga la finalidad típica de las modificaciones estructurales. O dicho de otro modo, para que pueda apreciarse fraude debe existir una discrepancia entre la causa típica del negocio y la voluntad de las partes, dirigida a eludir una norma imperativa. Por ello la citada Sentencia de la Audiencia Nacional dice: “En consecuencia, con tal que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere, debe decaer la idea de que, en los términos legales, "...la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal...", pues en nuestro Derecho patrio, además, los motivos e intenciones de los contratantes no tienen la importancia que, como concepto, debe atribuirse a la noción más importante, desde el punto de vista jurídico, de causa, que es el elemento esencial de todo negocio jurídico en un sistema causalista como el nuestro, de suerte que no es relevante ni precisa una indagación en la intención de los contratantes para verificar si en ellos hay, subjetivamente, un designio propiamente económico o no fiscal que justifique la operación sino que, por el contrario, lo importante es que el negocio tenga causa válida, lícita y concorde con la manifestada, aspectos todos ellos que en nuestro Derecho privado se presumen (vid. los artículos 1274 a 1277 del Código Civil , con especial atención hacia el último de ellos, conforme al cual "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario")”.

Como se ha visto a lo largo del este estudio, no cabe duda que existen casos en que lo que las partes persiguen no es la reestructuración empresarial. En la doctrina italiana (SCOGNAMIGLIO) <sup>248</sup> señala que el fraude se puede producir cuando lo que se persigue no es una reorganización sino una simple adquisición de bienes eludiendo un derecho de adquisición preferente.

Las finalidades ilícitas pueden ser variadas pero quizá el supuesto típico sea el del fraude acreedores, es decir cuando se utilice la

---

<sup>248</sup> G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 137 s p. 240,

modificación estructural como medio para eludir el pago de deudas, como hemos visto en el caso de la STS de 3 de enero 2013. Hay que recordar que el art. 6.4 no persigue solo la elusión de las normas prohibitivas sino en general las finalidades contrarias al ordenamiento, lo que incluye desde luego el fraude de acreedores. Podría plantearse si en este caso la previsión por la LME de un derecho de oposición excluye que los acreedores puedan reclamar por esta causa. Esta desde luego no ha sido la postura de la jurisprudencia (STS de 2006 y y de 3 enero 2013), a mi juicio con toda la razón. Aunque el derecho de oposición esté dirigido a proteger a los acreedores, no hay que olvidar que no todos los acreedores pueden ejercerlo, quedando excluidos por ejemplo aquellos cuyo crédito estuviera vencido. Además, los acreedores no sofisticados no pueden evaluar el cambio de solvencia que puede suponer una fusión, y es muy probable que ni siquiera sean conscientes de existencia de la operación o de su trascendencia. Finalmente, lo que está claro es que cuando una parte realiza una actuación con intención de defraudar los derechos de otra, nunca puede alegar la falta de diligencia de este en el ejercicio de sus derechos. Esto, que es muy claro en los supuestos de escisión que se prestan a la distribución estratégica de activos y pasivos, lo es mucho menos en el caso de una fusión simple. En principio en la misma no se va a producir un perjuicio de los acreedores en beneficio de los socios, sino de los acreedores de la sociedad menos solvente, por lo que la intención de defraudar a los primeros no parece que pueda existir. Pero tampoco es imposible imaginar una colusión entre un grupo de acreedores y el propietario, por lo que entiendo que no puede descartarse la existencia de fraude en este supuesto.

Los acreedores no son por supuesto los únicos que pueden ser defraudados. Aunque he defendido la aplicación restrictiva de los derechos de adquisición preferente (legales y contractuales) en el caso de las modificaciones estructurales, es muy posible que se utilicen estas para burlar estos derechos. Pero solo existirá fraude cuando lo perseguido en esa modificación estructural sea exclusivamente la transmisión de un bien particular, nunca cuando se transmita en una operación con una finalidad de reorganización. SCOGNAMIGLIO señala el mayor riesgo de

que esto se produzca en las escisiones y que pueden ser indicios de esta finalidad fraudulenta que se transmita un solo bien, que se produzca al mismo tiempo una separación de socios (escisión subjetiva), o que no resulten del informe de los administradores motivos económicos. En todo caso esto son indicios y no reglas generales y habrá que examinar el caso concreto para determinar las finalidades perseguidas.

Por su propia naturaleza es imposible prever todas las finalidades que puede revestir el fraude y no vamos a continuar con más supuestos. En todo caso, lo verdaderamente relevante para establecer la existencia de fraude no es la persecución de los efectos de la sucesión universal, sino la falta de la causa típica, para lo que lo primero será tratar de definir esta para las modificaciones estructurales. La sentencia de la Audiencia Nacional citada habla en términos generales de un objetivo empresarial, pero podemos acudir también para orientarnos a las únicas normas que se refieren al fraude de ley para esas operaciones, que son las fiscales. El art. 96. del texto refundido de la LIS dice que “No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.” En esto la ley recoge la posibilidad que da el Art. 15.1 de la directiva 2009/133 que dice que los estados podrán no aplicar el régimen de neutralidad fiscal a la operación que “tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. Por tanto se describe como finalidad típica de las modificaciones estructurales “la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan”, que es también el

objetivo al que se refiere la doctrina tanto del tc como del TS<sup>249</sup>. Por ello la directiva establece la presunción de que si no existen motivos económicos válidos de reestructuración empresarial, se puede presumir el fraude<sup>250</sup>.

En mi opinión, este concepto de la finalidad puede extenderse más allá del ámbito fiscal. Como se ha explicado antes, la ley establece un sistema en el que se considera razonable disminuir o modificar determinados derechos de terceros cuando el cambio de titularidad en una relación jurídica se realiza a través de una modificación estructural. Esto se justifica por el interés público en la facilitación de la reorganización de las empresas, y se coordina con el sistema a través del establecimiento de un proceso con publicidad y garantías especiales. Pero para que esté justificado el régimen no basta con la aplicación del procedimiento, es necesario que exista también su ratio, es decir la finalidad de reorganización<sup>251</sup>. Esta conclusión no deriva solo de la norma fiscal, sino que puede deducirse también de que el informe de los administradores deba referirse a la justificación de “los aspectos jurídicos y económicos” de la fusión. En el mismo sentido, pero con carácter reforzado se establece en el Art. 35 para el caso de las llamadas fusiones apalancadas que el informe debe indicar los motivos “que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.” Aunque aquí el acento se pone sobre la posibilidad de repagar, también se hace referencia a la justificación económica de la operación. Por tanto, la falta de una motivación económica de la operación lleva a que la norma de cobertura no pueda

---

<sup>249</sup> La STC 50/2011 de 14 de abril que dice: “son operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines

<sup>250</sup> Como vemos, la ley no ha acogido exactamente la presunción del fraude de la directiva. En cualquier caso, el TS (entre otras en sentencia de 19 de febrero de 2015) sí interpreta que lo que establece dicho artículo es una presunción de que la operación se realiza «principalmente por fines de fraude o evasión fiscal» si no existen motivos económicos válidos en la misma”.

<sup>251</sup> Mantovani. Cit. Pag. 234, dice que “es el propio ordenamiento el que permite el sacrificio de los intereses protegidos por las derechos de adquisición preferente cuando eso permita a las sociedades participantes obtener las ventajas que típicamente derivan de una operación de fusión o escisión”.

amparar la operación. Esta finalidad se ha entendido de forma amplia por la jurisprudencia, en pues basta en general “que el negocio aspire, razonablemente, a la consecución de un objetivo empresarial, de la índole que fuere”. También es flexible en cuanto a la prueba pues señala la propia sentencia que “basta con la alegación fundada de la existencia de tales motivos, sin que sea precisa una prueba plena, para que quede desactivado el concepto de fraude o evasión fiscal que abre la puerta a la utilización de la cláusula antifraude”.

Esta motivación económica, esta causa de reestructuración, ha de considerarse desde un punto de vista global de la operación. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2011 señala: “En definitiva, se está en presencia de un complejo negocial que, requiere para su validez la concurrencia de "motivos económicos válidos" no sólo a cada negocio celebrado, sino en su totalidad, es decir en el complejo negocial enjuiciado, por lo que es insuficiente que alguna operación cumpla esta condición, si el mencionado requisito no se puede predicar del total complejo negocial”. En efecto, las modificaciones estructurales se prestan a la realización de operaciones complejas o en cadena, y aunque en alguna de ellas pueda existir esa finalidad económica, es posible que contemplada en conjunto se revele que la verdadera causa o el objetivo principal es la elusión de una norma o el fraude a un derecho, lo que no debe evitar la aplicación de la doctrina que estudiamos. El mismo complejo de operaciones dirigidas a defraudar – en este caso no a Hacienda sino a los acreedores- se aprecia en el caso de la STS de 3 de enero 2013. Esto no quiere decir que sea fácil determinar que no existe causa, pero lo que es importante es que sea posible: lo fundamental es que los operadores no puedan acudir a los procedimientos de modificación estructural como a un instrumento que a través del cumplimiento de unas formalidades da un resultado inatacable. El cumplimiento de la apariencia de legalidad a través del cumplimiento de los requisitos legales acompañado de las limitaciones a la impugnación de estas operaciones derivadas del polémico art. 47 nunca pueden suponer una patente de corso para la elusión de las normas y obligaciones.

### *2.7.1.2 Los efectos del fraude de ley*

La conclusión del apartado anterior es que a falta de esa causa típica, la operación no podrá ampararse en la regulación y se podrá aplicar el artículo 6.4 del Cc . En las sentencias vistas la aplicación de esta norma daba lugar a la no aplicación de la neutralidad fiscal, pero esto es el efecto específico para ese supuesto.

En relación con los efectos del fraude es muy interesante la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Rec. 5245/2007), dictada también en un caso de fraude con finalidad e evasión fiscal. Se trataba de una fusión que pretendía obtener a través de una serie de fusiones la compensación de pérdidas de una de las sociedades. Una vez concluido por el tribunal la falta de motivos económicos válidos de la fusión y la no aplicación de la compensación de pérdidas que correspondería por el régimen de fusión, “el recurrente alega que si la compensación de pérdidas no le es aplicable en el régimen especial de las fusiones, entonces le debe ser aplicado el régimen general, en donde tal principio es general.” Sin embargo el tribunal manifiesta que “El rechazo tributario de la fusión por no haber existido un negocio jurídico válido que justifique la fusión, comporta un rechazo total a todos los efectos, y también de la transmisión universal del negocio celebrado, lo que excluye transmisión alguna. Y, por tanto, que concurra el presupuesto que sirve de fundamento a la tesis que en el motivo se sostiene. Es decir, si el negocio no ha sido válido para la fusión tributaria, no puede sustentarse en él tampoco la sucesión universal que el artículo 233 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla, pues toda sucesión universal o singular, en virtud de un negocio requiere que éste sea válido, conclusión que por todo lo razonado hemos excluido. A tales efectos, las resoluciones que el recurrente cita presuponen la transmisión por título universal en virtud de un negocio válido, negocio que en este caso no ha tenido lugar.” Como se ve, el TS da aquí un paso más allá. No se trata ya de no aplicar el régimen especial de las fusiones, sino de negar el efecto de la sucesión universal a los efectos de la aplicación de las normas fiscales generales, como consecuencia de la falta de causa típica de la operación. En este

punto confirma por tanto que a falta de motivos económicos válidos (causa típica), se puede presumir el fraude, y que la existencia de fraude no tiene como consecuencia solo la inaplicación de la normativa especial de fusiones sino que puede influir sobre los efectos generales de la sucesión universal.

Veamos ahora, al margen de los supuestos fiscales y con carácter general cuales serán los efectos de la norma. El citado art. 6.4 Cc dice que el efecto es “la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Una primera cuestión es si la aplicación de la doctrina del fraude de ley entra en conflicto con el régimen especial que establece la ley en relación con la nulidad de la misma. El artículo 22 de la Directiva de fusiones impone una serie de limitaciones a la nulidad de la fusión, y el Reglamento de la SE (RESE, art. 30) y la Directiva de fusiones transfronterizas (art. 17) establecen la inimpugnabilidad de la fusión una vez que tenga plenos efectos. El art. 47.1 LME 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*». Esta es sin duda una norma especial, impuesta además por las directivas, por lo que implicaría la exclusión de las normas generales sobre la nulidad. Se plantea la cuestión de si la expresión «las previsiones» se refiere al cumplimiento de los pasos formales, o también a las exigencias materiales de la Ley<sup>252</sup>. Si interpretamos la norma en sentido estricto, parece que si se ha cumplido el procedimiento establecido en la LME no es impugnabile, aunque sea contraria al ordenamiento jurídico.

La cuestión es discutida pero a mi juicio en ningún caso puede excluir la aplicación del art. 6.4 e nuestra ley. La autonomía de la regulación de las modificaciones estructurales no se puede llevar al extremo de pensar que deroga los principios generales, y en particular

---

<sup>252</sup> En relación con la discusión doctrinal sobre esta materia ver GONZALEZ-MENESESsar. Cit. Pag. 305

aquellos que se colocan como último baluarte frente la injusticia, como son los principios de buena fe, abuso de derecho, o fraude de ley.

Además, el peculiar funcionamiento del principio del fraude de ley hace que a mi juicio sea posible conciliar su aplicación con el respeto a las directivas. Lo que pretende el Art. 6.4 es evitar la elusión de la ley, y por ello manifiesta que su efecto no es la nulidad del acto sino la “la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Por tanto, el efecto será el que sea necesario para evitar el fraude y en principio no la nulidad. En ese aspecto es hasta cierto punto criticable la postura de la STS de 26 de octubre de 2011 que tras comprobar la falta de motivos económicos válidos dice: “El rechazo tributario de la fusión por no haber existido un negocio jurídico válido que justifique la fusión, comporta un rechazo total a todos los efectos, y también de la transmisión universal del negocio celebrado, lo que excluye transmisión alguna”. La manifestación es excesiva y además innecesaria, como resulta de la misma. Entiendo que en los casos de fraude no ha de rechazarse la sucesión universal en su totalidad sino solo los efectos contrarios a la ley o al ordenamiento. En realidad es lo que hace la propia sentencia a pesar de esa declaración, pues no declara la nulidad de la fusión sino que no permite tampoco aplicar la regla general de compensación de pérdidas. Por tanto, en los supuestos en que la finalidad sea la evasión fiscal, el efecto es la no aplicación del régimen especial de neutralidad fiscal o, como en este caso, las ventajas fiscales que se hubieran pretendido obtener.

En el caso de los derechos de adquisición preferente, se concederá el derecho a ejercer el mismo, y la sociedad adquirente estará obligada a transmitir ese bien, recibiendo a cambio la contraprestación fijada en el contrato o en la ley.

En el caso de fraude de acreedores, ya hemos visto que el efecto en el caso de escisión será la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por las deudas de la escindida en el caso de la STS de 13 de enero de 2006. En el caso de la STS de 3 de enero de 2013, la solución es la responsabilidad de todas las sociedades del grupo. Más problemas puede plantear si el fraude

de acreedores se ha realizado a través de una fusión, pues parece que la única solución sería deshacerla. Existe sin embargo otro mecanismo, que tiene su origen en el derecho romano: la solución es que la confusión de patrimonios sea inoponible a esos acreedores defraudados, como sucede en derecho alemán. El parágrafo 25 de la *UmwGandlungsgesetz* se establece para el caso de acreedores que se hubieran opuesto, que la fusión es inoponible frente a ellos. En el mismo sentido el art. 236.14 Code de Commerce francés dice también para estos acreedores que “en defecto de pago o de constitución de las garantías ordenadas, la fusión es inoponible a ese tercero”.<sup>253</sup>

Puede haber supuestos en que sea más difícil encontrar una solución. Así en los casos que se examinaron en relación con cláusulas limitativas de la transmisión de las participaciones, como el de la SAP Madrid de de 14 de febrero de 2008 (un. 51/2008) cuando no se otorga un derecho de adquisición preferente sino que se trata de una cláusula prohibitiva. Si se trata de una escisión parcial la solución sería la no transmisión, con la correspondiente obligación de la escindida de compensar a la beneficiaria con su valor. Pero cuando se trata de una fusión, nos encontramos ante la imposibilidad de no admitir la transmisión pues la titular ha desaparecido. Es interesante señalar que en ningún momento el tribunal parece plantearse la nulidad por esta causa de la fusión, lo que es lógico. Sin embargo, la solución que da, rechazando otorgar a los demás socios o a la sociedad la posibilidad de ejercer el derecho de retracto por carecer de apoyo estatutario, es que la sociedad resultante es titular pero no puede ejercer sus derechos. El propio tribunal reconoce que la situación es poco satisfactoria, señalando que la “no puede proporcionar una solución idónea para la anómala situación creada”. En mi opinión el tribunal no acierta en la solución, pues no debía haber equiparado la fusión a una transmisión ordinaria salvo que se hubiera comprobado que se hacía para defraudar los derechos de los demás socios. Pero si opta por admitirlo, la solución debía haber sido la

---

<sup>253</sup> Un sistema semejante es el de Polonia Artículo 495 y 496.

de permitir la adquisición o amortización de las participaciones, no crear una situación de bloqueo sin alternativa.

### **2.7.2 La doctrina del levantamiento del velo.**

Otro de los instrumentos que han utilizado los tribunales para evitar la realización de fines ilícitos a través de estructuras societarias es el levantamiento del velo.

Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia anglo sajona, pero ha sido acogida por la doctrina y jurisprudencia españolas. La STS de 26 de diciembre de 2.001, con cita de la de 25 mayo 2.000 la define así: “levantar el velo de una persona jurídica consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas. El origen de esta teoría se atribuye a los tribunales anglosajones ... y equivale a una reacción o modalización del principio de separación de patrimonios, resultado de la constitución de una persona jurídica, originariamente construido en el derecho alemán. Las fuentes de esta teoría son jurisprudenciales, no legales, porque el fenómeno equivale a una derogación de las reglas de la persona moral o jurídica: el levantamiento del velo tiene lugar siempre con ocasión de un litigio donde el juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad”. La STS 16-5-2013 ( citando las de de 19 de septiembre de 2007 , 28 de febrero de 2008 y 14 de octubre de 2010 , ) dice que es “un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían “terceros” -los socios o la sociedad- en parte responsable”.

Finalmente la sentencia de 28 de mayo de 1984 que la doctrina considera la primera del TS sobre la materia, dice que “ en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, ... se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar la vía de equidad y acogimiento

del principio de buena fe la tesis de penetrar en el substratum personal de las entidades sociales, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal ( de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude,... es decir un mal uso de su personalidad o ejercicio antisocial del mismo.” Como vemos, las definiciones no son precisas, ni coincidentes en cuanto a los supuestos de aplicación o efectos. Pero esa misma naturaleza polimorfa es lo que facilita su utilización para evitar la utilización de las personas jurídicas en general con fines ilícitos.

La STS 3 de enero de 2013 que hemos estudiado en relación con la escisión aplica la doctrina del levantamiento del velo a un caso en que tras una serie de operaciones que comenzaban por una escisión parcial, seguían con varias transmisiones de acciones, y culminaban con otra escisión parcial, se reclamaba una deuda que había quedado, en principio en la primera sociedad escindida, en ese momento insolvente. En una primera parte de la sentencia, ya examinada, el tribunal decreta la responsabilidad de la primera sociedad beneficiaria pues la deuda estaba relacionada con la unidad económica que se había escindido aunque no se hubiera incluido en el inventario<sup>254</sup>. Esto sin embargo no hacía responsable a las demás sociedades creadas por lo que acude a la doctrina del levantamiento del velo: “la importancia del crédito reclamado y la sucesión en el tiempo de la reclamación del crédito y el comienzo de estas operaciones societarias, conducen a pensar que su finalidad era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, para que sus activos presentes y futuros no respondieran de aquella deuda, a la vez que se provocaba la quiebra de la deudora originaria, para remitir a ella al acreedor; y, al mismo tiempo, los continuos cambios de denominaciones sociales y la segunda escisión todavía generaban mayor confusión a la hora de seguir la pista de la sociedad beneficiaria.”

---

<sup>254</sup> en un sentido semejante a lo decidido por la sentencia de 12 de enero de 2006 relativa al caso ERCROS.

A mi juicio no cabe duda que está justificada esa responsabilidad, pero no creo que fuera necesario acudir a esta doctrina. La aplicación de la doctrina del fraude de ley podría haber llevado a la misma conclusión, y también se podrían haber intentado la rescisión concursal de la escisión, pues a pesar de las limitaciones que la Ley de Modificaciones Estructurales impone a la nulidad de las fusiones y escisiones, no parece que quepa excluir la posibilidad de rescisión concursal conforme al art. 71 de la Ley Concursal<sup>255</sup>. De hecho la propia STS insiste en la necesidad de la existencia del fraude o abuso para utilizar la doctrina del levantamiento del velo: “Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros.” Y cita las de 19 de septiembre de 2007 , 28 de febrero de 2008 y 14 de octubre de 2010 , que exigen constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento, y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas ( STS 29 de junio de 2006 , y las que en ella se citan)”.

Mi preferencia por acudir a la doctrina del fraude de ley frente a la del levantamiento del velo no se basa solo en el carácter legal de la primera y el origen foráneo de la segunda. La realidad es que esta doctrina, dada la multiplicidad de los supuestos en los que se aplica con los tribunales y también los diferentes efectos que se atribuye a su aplicación en sus decisiones implica una notable incertidumbre en el ámbito societario. Como he estudiado en otro lugar<sup>256</sup>, esto conlleva un

---

<sup>255</sup>GONZALEZ-MENESES, M. ALVAREZ ROYO-VILLANOVA . Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Dykinson. 2011. 2ª Edición 2013.

<sup>256</sup> ALVAREZ ROYO-VIILANOVA, S. Gobierno corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Dirección: Martínez-Echevarría y García de Dueñas, Alfonso. VVAA. Aranzadi.Fecha de la edición: 2015. CAPÍTULO 22. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.

aumento de la litigiosidad y una disminución de la seguridad jurídica que se podría evitar utilizando los instrumentos típicos de nuestro ordenamiento, en particular el abuso de derecho o el fraude de ley. En este sentido es muy interesante el estudio de la sentencia del TS inglés en el caso *Prest v Petrodel Resources Limited*. Dice el Juez Neuberger sobre la doctrina del levantamiento del velo: “También se deduce claramente de las sentencias y los artículos académicos que la doctrina es insatisfactoria y confusa. Esos casos y artículos parecen sugerir que (i) no hay un solo caso en esta instancia en la doctrina se ha invocado correctamente y con éxito, (ii) existen dudas sobre si debe existir la doctrina, y (iii) es imposible de discernir un enfoque coherente sobre los principios aplicables a la misma.” Hace además un repaso a la situación en otros países de derecho común en los que se llega a la misma conclusión acerca de su falta de uniformidad en su aplicación<sup>257</sup>. Creo que a nuestra jurisprudencia se puede aplicar literalmente lo que dice el TS británico en *Petrodel*: “La materia está lastrada por decisiones caracterizadas por “dicta” incautos y razonamientos inadecuados.” En algunos raros casos se puede detectar claros excesos en la aplicación de la doctrina tratando de hacer justicia, en otros lo que existe es una cierta fascinación con la doctrina -lo que explica su elevadísimo número de citas en el buscador de jurisprudencia- pues se cita la misma aunque la *ratio decidendi* sea la

---

<sup>257</sup> : “La falta de cualquier principio coherente en la aplicación de la doctrina ha sido comentada en muchas de las principales jurisdicciones de derecho común. En este país, Clarke ..., dijo que "los casos no han resuelto qué se entiende por" levantamiento del velo corporativo ". En Australia, en *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd (1989)*..., Rogers AJA... observó que "no hay principio unificador común, que es la base de la decisión de vez en cuando de los tribunales para levantar el velo corporativo ", y que "no hay un principio común que subyace en la sentencia que ocasionalmente levanta el velo". En *Constitución Insurance Co of Canada v Kosmopoulos [1987]*, el juez Wilson del Tribunal Supremo del Canadá dijo que "la ley sobre cuando un tribunal puede ... 'levantar el velo corporativo' ... no sigue ningún principio consistente ". El Tribunal de Nueva Zelanda (*General v Equiticorp Industries Group Ltd*) [1996], dijo que "'levantar el velo corporativo' ... no es un principio. En él se describe el proceso, pero no ofrece ninguna orientación en cuanto a cuándo se puede utilizar. "En la decisión del Tribunal Supremo de Sudáfrica, *Cape Pacific Ltd v Lubner Control de Inversiones (Pty) Ltd 1995*, Smalberger JA observó que "no está en absoluto claras las circunstancias en las que sería admisible para levantar el velo societario". También los jueces de estatutos unidos han sido críticos, aunque la doctrina se ha invocado y aplicado en mucha mayor medida. En *Secor Serv Sys Inc v St Joseph Bank & Trust Co*, el juez dijo que “es difícil de aplicar porque no existe una regla general. Esto deja a las personas en la oscuridad en relación con las consecuencias de sus actos”. Y en *Allied Capital Corp v GC-Sun Holdings LP*, (2006) la corte de Delaware dijo que la doctrina ha sido “criticada con razón por su carácter ambiguo e impredecible y que su aplicación ofrece pocos resultados predecibles”

simple interpretación de las normas o los contratos o la aplicación del fraude de ley. Para terminar, quizás convenga destacar que el propio TS inglés, a pesar de la crítica, rechaza prescindir de la doctrina porque “el reconocimiento de un poder limitado para levantar el velo en circunstancias cuidadosamente definidas es necesario para que la ley no esté desarmada en caso de abuso”<sup>258</sup>, pero reconoce que esto no es necesario en los sistemas jurídicos de derecho común: “en los territorios de derecho común, la base judicial de las excepciones es generalmente el abuso de derecho al que la Corte internacional de justicia se refería en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd* [1970] ICJ ... estos ejemplos ilustran la amplitud, como teoría jurídica del concepto de abuso de derecho, que abarca no solo a la invocación ilegal o inapropiada de un derecho sino a su utilización para una finalidad colateral para aquella para la que existe. El derecho Inglés no tiene ninguna regla legal de este tipo”. Es decir que si el TS inglés no abandona finalmente la doctrina es porque no tiene las normas sobre abuso de derecho, fraude de ley y buena fe. Por tanto esto no debería ser necesario en nuestro derecho, o en todo caso deberá reducirse su aplicación a casos en los que no quepa aplicar la doctrina del fraude de ley, particularmente cuando el problema consista en que por existir unas estructuras societarias en países que no ofrezcan información sea imposible determinar las titularidades.

### **3 CONCLUSIONES:**

- 1. La sucesión universal en las modificaciones estructurales tiene su origen en la sucesión universal hereditaria, pero es un fenómeno autónomo, con fines y caracteres propios.**

El concepto de sucesión universal proviene del derecho civil, y en concreto de la sucesión mortis causa. Sin embargo, en el ámbito de las modificaciones estructurales se diferencia por su origen voluntario, pero sobre todo por su finalidad específica de facilitar las reorganizaciones empresariales. En estas, el centro de gravedad no es la extinción de la

---

<sup>258</sup> “the recognition of a limited power to pierce the corporate veil in carefully defined circumstances is necessary if the law is not to be disarmed in the face of abuse.”

personalidad sino la continuación de la empresa, integrada total o parcialmente en otra sociedad. Desde el punto de vista institucional hay extinción de sociedades y cambio de titularidad, pero desde el punto de vista funcional lo que hay es continuidad y modificación. Por todo ello, si bien el concepto de sucesión universal ha de construirse sobre el de la sucesión hereditaria, algunos efectos habrán de ser distintos.

**2. La sucesión universal es fundamental para que el sistema de las modificaciones estructurales cumpla su finalidad de facilitar de las reorganizaciones empresariales, para lo que opera *ipso iure* y tiene efectos *erga omnes*, con derogación de las normas generales de transmisión de derechos y obligaciones.**

La finalidad de favorecer la adaptación y conservación de las empresas se consigue estableciendo unos procedimientos que permiten prescindir de determinados requisitos de las operaciones societarias y de la transmisión de bienes. Dentro de esta regulación la sucesión universal es el instrumento básico de simplificación en el ámbito externo. El efecto *ipso iure* y *erga omnes* –impuesto por las directivas comunitarias– implica la transmisión de todas las relaciones por un único título, sin necesidad de consentimientos de terceros ni notificaciones a los mismos, ni tampoco la exigencia de más formalidades que las exigidas por la legislación para la oponibilidad de la transmisión a terceros.

La importancia y utilidad de esta institución ha hecho que haya ido ampliando su ámbito funcional, de la fusión a las escisiones y a la cesión global, y extendiendo su aplicación todos los ordenamientos de nuestro entorno, imponiéndose en las directivas como efecto necesario.

**3. El principio que debe regir la sucesión universal es el de neutralidad.**

Lo que realmente debe caracterizar al fenómeno es la neutralidad, concepto utilizado en la normativa fiscal de las modificaciones estructurales. En ese ámbito significa que la operación se produce sin que se altere la situación de la sociedad: las relaciones jurídicas traspasan

los umbrales de las personas jurídicas sin pagar el peaje típico de los impuestos, pero al mismo tiempo no se benefician de ese cambio de cara a pagos futuros.

En el ámbito de las relaciones jurídicas la idea es muy semejante. Se trata de que la transmisión se produzca sin obstáculos ni costes, y al mismo tiempo sin que se alteren las relaciones existentes. La neutralidad tiene su base en el carácter funcionalmente no extintivo de las modificaciones estructurales: la empresa continúa en otra estructura, y por ello se permite la transmisión sin alteraciones. La sucesión universal no debe verse como un privilegio para favorecer las reorganizaciones, sino como el reconocimiento de que estas operaciones no son equivalentes en sus fines y efectos a las transmisiones ordinarias. Por eso mismo, en los casos en que no persigan esos fines de reorganización o se modifiquen las relaciones jurídicas, deberán limitarse los efectos de este mecanismo.

Podríamos distinguir varios efectos de este principio:

- **La sociedad adquirente sucede en todas las relaciones jurídicas sin más requisitos que los del propio procedimiento de la modificación estructural: no se producen los efectos típicos de las transmisiones.**

La conclusión 2 antes enunciada se entiende mejor con una imagen. En el caso de las transmisiones individuales, cada relación jurídica necesita su propio camino, que sería el título de transmisión, y en ese camino hay una serie de obstáculos hasta llegar al destino que es el nuevo titular: derechos de adquisición preferente, autorizaciones, consentimientos, etc.... En la sucesión universal, la totalidad de las relaciones se agrupan en un vehículo (el título único que otorga la ley tras el cumplimiento del procedimiento) que las transporta directamente hasta el lugar de destino. Eso no impide que a la llegada, en ambos casos, haya que llenar algún formulario –las formalidades o trámites de las que hablan las directivas- que debe ser abreviado en el caso de los llegados por la vía directa o privilegiada. Esto implica que no hay ningún obstáculo

pero tampoco ninguna ventaja: se transmiten todas las obligaciones y responsabilidades, incluidas las derivadas de sanciones no impuestas (STJUE 3-343/13), y la adquirente no se puede aprovechar de las normas típicas de las transmisiones (por ejemplo considerarse tercero hipotecario).

- **No se producen los efectos típicos de la extinción de sociedades.**

En un segundo efecto menos estudiado por la doctrina, la neutralidad implica que tampoco se producen los efectos típicos de la extinción de sociedades. Así, no se deben extinguir los derechos que ordinariamente terminan por la disolución de la sociedad (como el usufructo).

- **La propia neutralidad impone límites a los efectos de la sucesión universal.**

El interés de la idea de neutralidad es que requiere que el efecto de la sucesión sea verdaderamente neutro en su conjunto: no debe verse impedido ni obstaculizado, pero solo si la relación es efectivamente la misma tras la transmisión. Dicho de otra manera, la neutralidad se predica respecto de la modificación subjetiva que implica la modificación estructural, pero no respecto de las modificaciones objetivas consecuencia de la misma.

Podría pensarse que el procedimiento que la ley establece, dirigido a la información y protección de socios y terceros justifica la derogación de las normas ordinarias de transmisión, y que las modificaciones objetivas -como la posible alteración de la solvencia- ya están “descontadas” por el legislador. Un automatismo absoluto de este mecanismo y su aplicación a cualquier relación no solo facilitaría las operaciones sino que además daría mayor seguridad jurídica, pues los resultados serían perfectamente previsibles y además inatacables, dada las restricciones legales a la impugnación de la fusión.

Pero esto supondría ignorar la realidad de las cosas. La protección que la ley ofrece a los acreedores no es completa ni desde el punto de vista subjetivo (acreedores excluidos) ni objetivo (dada la brevedad de los plazos y la limitada eficacia práctica). Los contratantes y deudores no tienen ninguna norma especial que les proteja, y la publicidad (que mengua en cada reforma legislativa) no puede considerarse siempre equivalente a una notificación individual. Por tanto, el cumplimiento de los requisitos de la modificación estructural no constituye una patente de corso, de manera que ya no quepa mirar dentro del contenido que transporta el barco de la sucesión universal.

#### **4. Los límites legales a la sucesión universal deben basarse en elementos objetivos y no en el simple cambio de titularidad.**

Admitido que la neutralidad debe operar también en el sentido de evitar las modificaciones objetivas en las relaciones que se producen como consecuencia de la fusión, el problema es cuando y como lo hace.

En primer lugar no cabe duda que esto puede determinarlo el legislador, estableciendo que determinadas relaciones no se transmiten, o exigiendo consentimientos o formalidades para el caso de las modificaciones estructurales, cuando la mera alteración subjetiva sea suficiente como para requerirlo, como sucede justificadamente en el caso de las subvenciones. El interés público puede incluso llevar a exigir la aplicación de determinados derechos de adquisición preferente en este caso, aunque la regla general debe ser la contraria. Desde luego puede imponer formalidades, como permiten las directivas, cuando sea conveniente para la seguridad jurídica dar una publicidad especial a la transmisión de determinadas relaciones.

En la actualidad, nuestra conclusión es que el legislador y los tribunales aplican los límites materiales y formales a menudo sin tener en cuenta la particularidad de este procedimiento, basándose solo en el cambio de titular y no en los efectos sustanciales de la operación, por lo que deberían limitarse las modificaciones (LAU) y simplificarse algunos procedimientos (registros).

**5. Es posible el establecimiento de límites convencionales a la sucesión universal en las modificaciones estructurales, pero han de ser de interpretación restrictiva.**

Las partes que establecen una relación pueden ellos mismos prever cuando una modificación estructural afecta a esa relación de tal modo que ha de extinguirse o modificarse. El interés público en favorecer este tipo de operaciones no ha de prevalecer sobre el derecho de las partes para determinar el contenido de los contratos (art. 1255 cc), y por tanto en qué casos y de que modo se pueden extinguir o modificar. El único límite de estas previsiones es solo pueden afectar a la relación en sí, no a la operación: las partes pueden prever la extinción de la relación, su modificación, o incluso la indemnización en caso de incumplimiento, pero no pueden impedir la realización de las operaciones, entre otras cosas porque los administradores de las sociedades se estarían atribuyendo las funciones que corresponden a los socios.

En todo caso solo se deben aplicar las limitaciones legales o convencionales previstas expresamente para estas operaciones , no las establecidas de manera genérica para cualquier transmisión.

**6. La sucesión universal puede producir modificaciones en las relaciones que han de ser corregidas al margen de previsiones legales o convencionales específicas. Los medios deben ser la interpretación de los contratos y una aplicación flexible de la cláusula *rebus sic stantibus*.**

El supuesto clásico de obstáculo a la transmisión son los contratos *intuitu personae*, pero esta categoría importada de la sucesión hereditaria se traslada mal a este caso. Por una parte, porque el carácter personalísimo se difumina en las personas jurídicas, pero sobre todo porque el efecto extintivo es distinto, pues a diferencia del caso de la muerte, la empresa por regla general se mantiene dentro de la nueva sociedad, y por tanto funcionalmente el contratante y sus cualidades “personales” subsisten. Por tanto esta categoría ha de reconducirse a la de las modificaciones objetivas del contrato por efecto de la fusión.

En principio el remedio a las modificaciones objetivas ha de ser la interpretación de los contratos conforme a la voluntad de las partes en el momento de la contratación, de manera que sus efectos se limiten a los inicialmente previstos. Cuando la interpretación del contrato no permita adaptar el contenido del contrato a lo inicialmente querido, habrá que acudir a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que debe interpretarse de manera flexible en este caso, tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias.

#### **7. Existe sucesión universal también en las modificaciones estructurales con fragmentación patrimonial (escisión y cesión global plural).**

La sucesión universal se aplica también por previsión expresa de la ley a supuestos tradicionalmente discutidos como la escisión (incluso la parcial), y a la cesión global (incluso la plural). La ley establece en estos casos la responsabilidad solidaria de las beneficiarias entre sí y la de la escindida por las deudas de aquellas, pero esto no implica que no exista transmisión universal de derechos y obligaciones. Es una previsión que deriva de los riesgos especiales de la fragmentación patrimonial, siendo también la solución adoptada por el derecho sucesorio al establecer la responsabilidad solidaria de los herederos.

#### **8. El concepto de unidad económica tiene efectos sobre la sucesión universal en el caso de las escisión y cesión global parcial.**

Por una parte, la ley impone la inclusión de las deudas relacionadas con la unidad económica transmitida en la escisión parcial como se ha declarado en varias e importantes STS (casos Ertoil y Ramón Vizcaino).

En los demás supuestos de escisión no parece que pueda exigirse el requisito de la unidad económica, pero eso no lo convierte en irrelevante, pues es necesario para la neutralidad fiscal, y en la mayor parte de los casos constituirá el motivo económico válido de la operación. La descripción de la unidad económica será además útil para determinar el perímetro de las distintas masas patrimoniales resultantes de la escisión,

siguiendo la regla de interpretación del proyecto de escisión del art. 75 LME.

**9. Las particularidades de la fragmentación patrimonial imponen especialidades y obligaciones distintas del caso de fusión.**

La dificultad de determinar el destino de las relaciones jurídicas para un tercero, hace que con arreglo a la buena fe contractual las sociedades tengan la obligación de comunicar a los terceros las modificaciones producidas. Es además conveniente que los inventarios y determinación de relaciones transmitidas que se hace en el proyecto sea más detallado que lo que habitualmente se hace.

**10. En el caso de relaciones jurídicas sometidas a una ley distinta de la que rige la modificación estructural, es ésta la que debe regular la transmisión por sucesión universal.**

Para que la sucesión universal responda a su nombre y finalidad, debe comprender obviamente todas las relaciones jurídicas de la sociedad, por lo que la inclusión de estas relaciones está implícita en el concepto. Aunque en principio se podría dudar si la ley que rige el derecho o la obligación debe gobernar también la transmisión, la conclusión es que la ley nacional de la sociedad transmitente, que rige lo relativo a su constitución y modificaciones, debe incluir también el régimen de transmisión derivado de las modificaciones estructurales. Así se entendió en los casos ingleses *Bank of Athens* y *Thorn*, y debe ser la regla general, pues igualmente se admite que la sucesión hereditaria se rija por la ley nacional del causante. Sin embargo, la ley que gobierna la relación podrá no solo imponer determinadas formalidades para la oponibilidad de la transmisión frente a terceros, como establecen el art 14 de la dtf y 19 de la 3d, sino también otorgar derechos a terceros con ocasión de la sucesión. No obstante, estas limitaciones deben ser solo las que se impondrían a una modificación estructural nacional, no las generales de las transmisiones individuales.

**11. La sucesión universal y en general el procedimiento de modificación estructural está sujeto a los principios generales de buena fe y prohibición del abuso de derecho, y especialmente a la regulación del fraude de ley.**

El principio de neutralidad no debe operar si la operación se hace hecho en fraude de ley. La sucesión universal tiene como justificación facilitar las modificaciones estructurales como formas de reorganización empresarial, por lo que si una operación no persigue esta finalidad, sino evitar el régimen general de transmisión, se aplicará la norma que se hubiere tratado de eludir. El objetivo perseguido ha de ser económico en sentido amplio, pero no puede consistir exclusivamente en aprovecharse del mecanismo excepcional de la sucesión universal. El efecto de la aplicación del fraude no tiene que ser la nulidad de la modificación estructural sino la aplicación de la norma eludida o la evitación del fraude. La jurisprudencia ha aplicado también la doctrina del levantamiento del velo para evitar actuaciones fraudulentas, pero dados los contornos variables e inseguros de esta doctrina, plantea más problemas que beneficios en un sistema como el nuestro en el que la aplicación de las normas sobre fraude de ley y abuso de derecho deben permitir la solución de estos problemas.

**12. La complejidad y límites de la sucesión universal implica la necesidad de hacer una preparación cuidadosa de sus efectos para diseñar adecuadamente una modificación estructural y prever sus efectos y costes.**

La sucesión universal debe ser neutral y automática, pero las concepciones formalistas de la ley y la jurisprudencia y las alteraciones objetivas derivadas de la operación implican limitaciones e incertidumbres en el proceso. Por ello, la preparación de una modificación estructural exige un estudio de la situación patrimonial y localizar todos los posibles focos de problemas. Los participantes en la fusión no se pueden permitir, como el legislador, presumir que con la remisión al concepto de la sucesión universal todo está solucionado y tendrán que analizar las siguientes cuestiones:

- En qué casos la ley o los pactos pueden interferir con la transmisión. Por ejemplo, en el caso de que una de las sociedades sea titular de participaciones sociales que puedan ser objeto de un derecho de adquisición preferente o una prohibición de disponer para el caso general de la transmisión, será conveniente que participe en la posición de absorbente o escindida.
- Las modificaciones objetivas a las que puede dar lugar la fusión y las posibles soluciones a las mismas. Por ejemplo, en el caso de que se prevea que la misma puede dar lugar a un agravamiento de las obligaciones como fiador, habrá que o bien denunciar la fianza si su carácter indefinido lo permite, o entablar negociaciones con el acreedor. Esto puede afectar tanto a las sociedades que se extinguen como a las adquirentes.
- Los efectos de las formalidades necesarias tras la modificación estructural, previendo los trámites necesarios y sus costes. Esto podría incluso influir también en la decisión de la posición de las sociedades en la modificación estructural.
- La representación de las sociedades. Aunque sostenemos que pueden subsistir los poderes otorgados por la sociedad, lo conveniente es que el proyecto se haga referencia expresamente a esta cuestión. Hay que tener en cuenta también la extinción de los cargos y poderes que ostentara la sociedad.
- Las notificaciones a contratantes y terceros que se imponen por ley o se consideran necesarias para evitar perjuicios a los terceros, particularmente en los casos de escisión o cesión global plural.
- Las propiedades y contratos sujetos a legislación extranjera habrán de ser objeto de especial atención, pues aunque la regla debe ser el reconocimiento de la transmisión por esas jurisdicciones, no es algo que se pueda dar por supuesto. Se hace necesario informarse de la legislación y jurisprudencia sobre esta materia, y en su caso negociar con las contrapartes. Desde luego se deberán cumplir las formalidades exigidas en ese país en su caso (caso *Thorn*).

### **13. Conclusión final, juicio crítico del sistema de sucesión universal.**

Llega el momento de realizar el juicio que anunciamos al principio, es decir si nuestro sistema de sucesión universal por una parte facilita las reestructuraciones y por otra protege adecuadamente a los terceros afectados.

Entiendo que en principio la respuesta a la primera pregunta ha de ser positiva. A pesar de la casi inexistente regulación, si se interpreta la sucesión universal de acuerdo con las directivas y su finalidad, es un sistema que permite una transmisión neutra. No obstante, sería deseable que se explicitaran legalmente los caracteres examinados para evitar incertidumbres, lo que contribuiría a que la jurisprudencia y la doctrina superaran el formalismo y limitaran las restricciones a la transmisión a los casos en que el cambio de titularidad implique un cambio en el contenido del derecho.

En relación a la defensa de los derechos legítimos de terceros, la regulación actual del derecho de oposición es tan confusa que nadie sabe si protege demasiado o demasiado poco a los acreedores. Quizás convenga pasar directamente a un derecho de oposición que no pueda paralizar la fusión, combinado con una responsabilidad de los administradores (como en Alemania). Para cerrar el sistema de protección en la escisión, habría que modificar la ley para establecer la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de la escindida, hueco que se ha utilizado para defraudar a los acreedores. En cuanto a los contratantes, entiendo que pueden quedar adecuadamente protegidos aplicando el principio de buena fe, las normas de interpretación de los contratos, la cláusula *rebus sic stantibus*, y en su caso la doctrina del fraude de ley.

En todo caso es necesario huir de las interpretaciones formalistas para evitar problemas en esos dos ámbitos. En relación con la facilitación de la transmisión, la ley y la jurisprudencia dan excesiva relevancia al aspecto de titularidad formal con efectos muy perturbadores y en contra de la naturaleza funcionalmente modificativa de estas operaciones. En

cuanto a la protección de terceros, hay que rechazar la idea de que el procedimiento produce el efecto de la sucesión universal de forma automática e inatacable, garantizando así la seguridad. Si el sistema no protege los derechos legítimos de terceros y permite que el procedimiento sea utilizado de manera instrumental, la víctima será no solo la justicia sino también la seguridad: si un contratante o acreedor sabe que se puede modificar su situación jurídica a través de una modificación estructural, o no contratará o exigirá unas garantías que encarecerán la operación, perjudicando a todas las partes y a la economía en general. La justicia, en realidad, nunca se contrapone a la seguridad o la eficiencia: si en la persecución de un sistema de modificaciones estructurales flexible y eficiente se sacrifica la justicia, desaparecerán la confianza y la seguridad, en las que se basa nuestro sistema económico.

## 4 BIBLIOGRAFÍA

ABRIANI., N. Derecho italiano de sociedades. Universitat de valencia. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

ADAMOU ALBORTCHIRE. Le Sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales.. Law. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2005.

ALFARO AGUILA REAL, J., en el blog Derecho Mercantil España:

----La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la de modificaciones estructurales. 19 de marzo de 2012. En <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de.html>.

----Más sobre la reforma del derecho de oposición. 21 de marzo de 2012. En <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-la-reforma-del-derecho-de.html>. Visto por última vez el 9 de noviembre 2015

ALONSO ESPINOSA, F. J. : El proyecto de escisión de sociedades anónimas. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4881-4995.

ALONSO ESPINOSA, F. Y LÁZARO SÁNCHEZ, E.: Especialidades del procedimiento de escisión. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

ALONSO LEDESMA, C.: Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4297-4962.

ALONSO UREBA, RONCERO SÁNCHEZ Aportación a una sociedad de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la ley de

modificaciones estructurales. Revista de derecho de sociedades, ISSN 1134-7686, Nº 34, 2010, págs. 271-278 .

ALONSO UREBA, Alberto. La cesión global de activo y pasivo : elementos de caracterización, clases y régimen / Alberto Alonso Ureba. En: REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES. (33). 2009. -- p. 19-43

ALVAREZ ALVAREZ, J. L., Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985, ed. Civitas, Madrid, 1989.

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.:Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima. En: AAVV.: Instituciones de derecho privado, T. VI, Vol 2, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

----- Los efectos de la fusión sobre la fianza . En: Tendencias actuales en los derechos de garantía, Editorial Atelier, 2006.

----- «La aportación de rama de actividad tras la regulación de la segregación en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales», Diario La Ley, Nº 7253(2009).

-----«La reforma de la LME: adaptación a la Directiva 2009/109/CE y otras modificaciones necesarias», Revista del Derecho del Mercado de Valores, núm. 8, 2011.

-----Fusión Apalancada y capital riesgo: Su relación con la Prohibición de Asistencia Financiera y su Régimen en la Ley de Modificaciones Estructurales. En VVAA. Thomson-Reuters. 2012.

-----El derecho de oposición en las modificaciones estructurales. Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014. Diario La Ley, Nº 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014, Año XXXV, LA LEY 7891/2014

-----Gobierno corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Dirección: Martínez-Echevarría y García de Dueñas, Alfonso. VVAA. Aranzadi.Fecha de la edición: 2015. CAPÍTULO 22. LA NECESARIA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S y SÁNCHEZ SANTIAGO, J.. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el art. 160 f) LSC. Diario La Ley, N.º 8546, 25 de Mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial LA LEY

ANDREU MARTÍ, M<sup>a</sup> DEL M.: La nulidad de la fusión de sociedades, Aranzadi, 2002.

ARA, RAMIREZ. De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros. Revista de Derecho Mercantil, nº 285/2012 (Septiembre).

AREAN LALIN M.: La transformación de la Sociedad Anónima en Sociedad Limitada, Civitas, 1991.

ARENAS GARCÍA R. Fusión por absorción y responsabilidad de empresa absorbente por actuaciones de la absorbida. Comentario a la STJ (Sala quinta) de 5 de marzo de 2015. As. C-343/13. La Ley Digital. 13 de agosto de 2015

AURIOLES MARTÍN, A.: «Los leveraged buy-outs y su integración en el derecho español de sociedades anónimas», RDBB (Julio-septiembre 1993).

AVILA NAVARRO, P.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, Bosch, Barcelona, 2009.

BALLEW, S. The Assignment of Rights, Franchises, and Obligations of the Disappearing Corporation in a Merger The Business Lawyer Vol. 38, No. 1 (November 1982), pp. 45-59

BALLESTER COLOMER, J.: La escisión y operaciones de similar alcance. En: AAVV.: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

----- Reorganización de sociedades. En: AAVV.: Jornadas de derecho de sociedades, Ilustre Colegio Notarial de Granada, 1998.

----- «El asesoramiento en materia de reorganizaciones: fusiones , escisiones y sus alternativas», La Notaría N° 7-8 (1999), T. I, pp. 21.

BEIGVEDER MONTERO, A.: «Fusión apalancada, rescisión concursal y proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales», Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 10 (2009), La Ley.

BERCHE, E.: El principio de neutralidad fiscal. En: AAVV.: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

BOLÁS ALFONSO, J.: «La transformación de sociedades», Anales de la Academia Matritense del Notariado, N° XXXV.

BUITRAGO RUBIRA, J.R.: «Fusión por absorción de Bancos cotizados. Métodos de valoración a efectos del tipo de canje», Revista de Derecho Patrimonial, N° 10 (2003), Aranzadi.

CABANAS TREJO, R.: «Régimen jurídico de la fusión, escisión y transformación. operaciones heterogéneas: sociedades cooperativas», La Notaría N° 7-8/1999, T. I, pp. 39 .

----- Procedimientos simplificados de fusión de sociedades, Bosch, 2010.

----- Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores / Ricardo Cabanas Trejo, Rafael Bonardell Lenzano. En: REVISTA DE DERECHO CONCURSAL Y PARACONCURSAL. (18). 2013. -- p. 93-106

CAMACHO DE LOS RIOS, J. La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. 2004

CÁMARA, M.: Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada, Consejo General del Notariado, 1998.

CARRASCO PERERA, A, y otros, «La adquisición con asistencia financiera», en ÁLVAREZ ARJONA, J. M. y CARRASCO PERERA, A. (Dir.), Fusiones y adquisiciones de empresas, Aranzadi, 3ª edición, 2010.

- ---«Estrategias procesales y sustantivas en el nuevo régimen de oposición a la fusión escisión», El Notario del Siglo XXI, núm. 43, mayo 2012.

CASERO MEJÍAS, M.: La transformación de Sociedad Anónima en Sociedad Limitada. En: Estudios sobre la Sociedad Anónima, Civitas, 1991.

CENDON , P. Commentario al código civile. Giuffre Editore. 2010

CERDA ALBERO, F. Escisión de Sociedad Anónima. Valencia. 1993.

CONDE TEJON, Antonio. La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural : (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores) / Antonio Conde Tejón; prólogo Guillermo Alcover Garau. -- Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004. -- 620 p.

----- La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles : Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009 / Antonio Conde Tejón. En: REVISTA DE DERECHO DE SOCIEDADES. (33). 2009. -- p. 387-397

-----Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo). Revista de sociedades, num. 35/2010.

CORTES, L.J.; PEREZ TROYA, A.: El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de las sociedades (art.243 LSA). En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002.

----- Fusión de sociedades. En: URÍA MENÉNDEZ, O.: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, T. IX, Vol 21, Cívitas, Madrid, 2008.

COZIAN, M. DEBOISSY, F. VIANDIER, A. Dorit des sociétés. Lexis nexis. 2004

DELGADO GIL, R. La Transformación. en VVAA. Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria. (Coord. Sánchez Alvarez). Pamplona. 2008

DÍAZ MORENO, A. y JUSTE MENCÍA, J., «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio (LA LEY 11185/2012), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», Revista de derecho de sociedades, núm. 39, 2012, ISSN 1134-7686, págs. 199 a 228.

DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo 2. 2012

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: «El régimen jurídico de la escisión de sociedades anónimas por aportación como cuestión abierta», Revista de Derecho de Sociedades, N° 4 (1995), pp. 271 y ss.

EMBED IRUJO , J.M.: «En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», Cuadernos de derecho y comercio (Abril de 1999).

---Consideraciones preliminares sobre la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / José Miguel Embid Irujo. En: Derecho de sociedades y concurso: cuestiones de actualidad en un entorno de crisis / Daniel Vítolo, José Miguel Embid Irujo, Francisco José León Sanz (dirs.); Sonia Rodríguez Sánchez (coord.).-- Granada: Comares, 2011; p. 441-457.

ESCRIBANO GAMIR, R.: «La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas», Revista de Derecho de Sociedades Monografía, N° 10 (1998), Aranzadi.

--- Derecho de oposición de los acreedores. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

----La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la LME (RD Ley 9/2012) de 16 de marzo). Diario La Ley. Sección doctrina. N° 7855 10 Mayo 2012.

ESPÍN GUTIERREZ, C.: Transformación de sociedad limitada en otros tipos sociales. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

-----RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS MODIFICACIONES ADICIONALES A UNA TRANSFORMACIÓN SOCIETARIA. COMENTARIO A LA RDGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE DE 2009. RDS N° 35. 2012

ESTEBAN RAMOS, L. M., «El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la ley 1/2012 de 22 de junio (LA LEY 11185/2012), de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», Revista de Derecho de Sociedades, núm. 39, 2012.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «El Nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 59, junio 2013.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: Derecho contable y libre configuración de la estructura financiera del capital en fusiones y escisiones. En: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

----- La cesión global de sociedades anónimas (arts. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta trasposición de la III y VI Directivas. En: Las operaciones societarias de modificación estructural. Tirant lo Blanch. 2001

----- «Fusiones y otras modificaciones estructurales entre sociedades vinculadas, nota práctica», Revista general del Derecho (Junio 1995).

----- «La denominada retroactividad contable de la fusión. Un examen societario de un falso problema», Revista de Derecho Mercantil, N° 239.

----- «Examen crítico de la justificación de la regla de precio equitativo en nuestro derecho societario y de OPA», RDMV, N°4 (Enero-Jun 2009).

----- «Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera», RDS, N° 3 (1994), pp. 169-189.

----- La fase de ejecución. Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Thomson Reuters, 2009.

----- Fusiones extracomunitarias. Fase de ejecución. Controles de legalidad. Inscripción. Publicidad. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

-----El derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales : problemática contable en la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / Luis Fernández del Pozo. -- Madrid : Marcial Pons, 2010. -- 282 p. ; 24 cm. -- (Manuales profesionales mercantil).

-----La dispensa del informe del experto en las fusiones y escisiones tras la desafortunada reforma de la LME por el Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo / Luis Fernández del Pozo. En: REVISTA DE DERECHO DEL MERCADO DE VALORES. (11). 2012. -- p. 9-39

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas o leveraged buy outs», Revista de derecho mercantil, Nº 232 (1999), pp. 577-644.

G. FERRI JR – G. GUIZZI, Il progetto di fusione e i documenti preparatori. Decisione di fusione e tutela dei creditori, in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Vol. 4, Torino, 2007, p. 331 ss

GALGANO, Francesco. Diritto Commerciale. 2006. Zanichelli Bologna

GALLEGO, I. ¿Afectan los cambios estructurales en la persona del contratista a la continuidad del contrato del sector público? Contratación Administrativa Práctica, Nº 127, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre-Octubre 2013, Editorial LA LEY

GARCÍA VILLAVERDE: «Proyecto de fusión no aprobado por la Junta General de una de las sociedades que lo suscribieron», Revista de Derecho de Sociedades, Nº 6 (1996), pp. 199 y ss.

2. GARDEAZABAL DEL RIO, F. J.: Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación, Editorial Trivium, 1990.

-----Panorámica de las modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles, . Homenaje a don Antonio Hernández Gil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

GARDEAZABAL DEL RIO F. J. Y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.A.: Problemática que plantean la fusión y el aumento de capital en la S.A.. En: Estudios sobre la sociedad anónima, Civitas, 1991.

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial / Víctor Manuel Garrido de Palma. -- Valencia : Tirant lo Blanch, 2012. -- 359 p. ; 24 cm. -- (Tratados (Tirant lo blanch)).

----- La sucesión universal en las modificaciones estructurales / Víctor Manuel Garrido de Palma.

En: Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial / Víctor Manuel Garrido de Palma (coord.)-- Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; p. 143-156.

----- La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / Víctor Manuel Garrido de Palma, Rafael Ansón Peironcely, Julio Banacloche Pérez. -- Valencia : Tirant lo blanch, 2010. -- 548 p. ; 24 cm. -- (Tirant lo blanch Tratados).

GELOSA, G. INSALACO, M. Fusioni e scissioni di società. Giuffrè editore 2002.

GOMÁ, F. Ventas de hipotecas a “fondos buitres” y retracto del deudor.7 mayo, 2014. <http://hayderecho.com/2014/05/07/ventas-de-hipotecas-a-fondos-buitres-y-retracto-del-deudor/> .

GONZÁLEZ-MENESES, M.: «La cesión global del activo y del pasivo». La Notaría (Septiembre de 1999).

-----.: “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil” en “El notario del siglo XXI”, marzo-abril 2010, nº30. La versión más extensa de esa

conferencia en: Anales de la academia Matritense del Notariado. Nº 50.  
2010

----- «La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el Título IV de la Ley 3/2009 vulnera la tercera directiva», El notario del siglo XXI, Nº 28 (Noviembre-diciembre 2009).

GONZÁLEZ DEL VALLE, J.: EL traslado del domicilio social al y del extranjero. En: AAVV.: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

GÓMEZ SEGADÉ J. A.: Algunas notas preliminares (y elementales ) sobre la fusión. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 5027.

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

HAINES, P. The efficient merger: when and why the courts interpret Businessescisión transactions to trigger anti assignment and antitransfer provisions. Pennsylvania State University, 2006; candidate, J.D., Baylor Law School, 2009.

<http://www.baylor.edu/content/services/document.php/116810.pdf>

HIDALGO ROMERO, R. Y MOYA YOLDI, J.: «Consideraciones sobre la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias a la luz de la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales», Revista Aranzadi Doctrinal, Nº 1 (2009).

JUSTE MENCÍA, J.: Fusiones especiales. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

JEANTIN. Droit de Sociétés, 3 ed. Montchrestien, 1994,

LACRUZ. Elementos de Derecho Civil. V. Sucesiones. Dykinson. 2009

LARGO GIL, R.: La modificación del proyecto de fusión por los socios. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 5041 y ss.

----- - «Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en Junta Universal. Resolución de la DG.R.N. DE 30 de junio de 1993», Revista de Derecho de Sociedades, N° 2 (1994), pp. 247-255.

----- - «Las modificaciones estructurales de las sociedades según la D.G.R.N.», Revista de Derecho de Sociedades, N°9 (1997), pp. 143-185.

-----Escisión. En AA VV Diccionario de derecho de sociedades. Pags 567-572

----- - La fase previa y el proyecto de fusión. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

LARRIBA DIAZ ZORITA, A.: Problema de valoración en las fusiones de sociedades. El balance de fusión, CIDDRIM, Cedecs, Barcelona, 2001.

LEÓN SANZ, F.: «El acuerdo de transformación de una Sociedad Anónima», Revista de Derecho de Sociedades, N° 16 (2001), Aranzadi.

----- Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

LE CANNU, P. Droit des sociétés. Montchrestien. 2003. P. 948

LEXIDALE. Study on the application of the cross-border mergers directive, , september . En [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/mergers/131007\\_study-cross-border-merger-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf)

LÓPEZ MATEO, M. A.: «Asistencia financiera: análisis y crítica del derecho vigente. Ley 3/2009», RDM, (Abril-junio 2009, julio-septiembre 2009).

LÓPEZ MELENDO, J.: La operación societaria de escisión y su régimen fiscal, Comares, 2002.

----- «Modificaciones del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, por la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2002», Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia, N° 18 (2002).

LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ, ALEJANDRE GARCIA-CEREZO. Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus: ¿Cambio de vía en la doctrina del TS? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013. RJ 2013\1819 Revista Aranzadi Doctrinal, nº 3/2013 (junio) MARIN DE LA BARCENA GARCIMARTIN, Fernando Las modificaciones estructurales como procedimiento para la transmisión de empresas / Fernando Marín de la Bárcena. En: Adquisiciones de empresas / José M<sup>a</sup>. Alvarez Arjona, Angel Carrasco Perera (dirs.).-- 4<sup>a</sup> ed.-- Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, p. 585-608.

MARINA GARCIA TUÑON, A. Escisión parcial. Concepto y requisitos. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

MARTI MOYA, Vanessa. El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles : preparación, adopción e impugnación del acuerdo, adaptado a la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / Granada : Comares, 2010. -- XXII, 337 p. ; 24 cm. -- (Mercatura. Colección Estudios de Derecho Mercantil ; 37).

---«El merger leveradged buy-out o fusion apalancada a la luz de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», RDM, 276, pgs. 607 y ss.

MARTIN GARCIA, J.: La escisión, en AA VV Estudios Jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria. Navarra. Pags 212-164.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ. M. Fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la Junta, publicación del acuerdo de fusion. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

MARTINEZ SANCHIZ , M.: Comentario al art. 68 de la Ley General de Cooperativas. Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio, Consejo General del Notariado, 2000.

MASSAGUER, J.: La cesión global del activo y del pasivo como supuesto de liquidación en el derecho español de sociedades de capital. En: AAVV.:

Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

MATEU DE ROS, R.: «Escisión, segregación patrimonial y aportación de activos», Revista de Derecho de Sociedades, N° 12 (1999), pp. 279 y ss .

MINGOT AZNAR, M.: «La prohibición general de asistencia financiera del art. 81.1 LSA en las operaciones apalancadas», RDS, N° 28 (2007).

----- Contenido y alcance del informe del experto independiente en las fusiones apalancadas del art. 35 LME. RDS num 35/2012

MORENO GONZÁLEZ, D., «La actuación del experto y el auditor de cuentas ante la Ley de Modificaciones Estructurales», La Notaría, 1/2010.

MOTOS GUIRAO, M. Fusión de sociedades mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado. MADRID. 1953.

NAVARRO MARTINEZ AVIAL. Adquisición de negocio mediante segregación en los términos de la vigente ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales versus aportaciones no dinerarias de rama de actividad, importancia de la calificación de unidad económica de lo aportado e implicaciones de la existencia de sucesión universal. "Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos" , edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Mayo 2010.LA LEY 13840/2011

OLIVENCIA RUIZ, M. fusión, escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones. En Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons. Tomo II. Valencia 1995. Pags 2603-2649

PANTALEON PRIETO, Fernando. Fusión de entidades bancarias y cancelación de hipotecas. Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Servicio de publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2003. p. 453-467.

PARRA LUCAN, M.A.Derechos de adquisición preferente en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad.

Visto en <http://www.codigo->

civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=683 . visto el 26 de octubre de 2015

PARRA, A. En Derecho Mercantil. Coord. JIMENEZ SÁNCHEZ, G. Ariel Derecho. 1995. PAZ-ARES, C. y PERDICES HUETOS, A. B., «Los negocios sobre las propias acciones», en Uría Menéndez Olivencia, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo IV, Las acciones. Volumen 2º B, Madrid.

PAZ-ARES, SAEZ LACAVE,. Los contratos pendientes de ejecución en la fusión. En Revista de Derecho Mercantil, n.º 243, 2002

PEREZ TROYA, A.: La determinación del tipo de canje en la fusión, Marcial Pons, 1998, Madrid.

PULGAR EZQUERRA, J.: «Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009 de 3 de abril», Diario La Ley, Nº 7265 (2009).

----- Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

QUIJANO GONZALEZ, Jesús

El proceso de elaboración de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / Jesús Quijano González.

En: Estudios de Derecho mercantil : en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés / Juan Carlos Sáenz García de Albizu, Fernando Oleo Banet, Aurora Matínez Flórez (coords.)-- Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010. p. 799-811.

RECALDE CASTELLS, Andrés J.Reforma de la Ley de sociedades de capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles / Andrés Recalde Castells, Eduardo Apilánez Pérez de Onrait. En: LA LEY. (7853). 8 mayo 2012. -- p. 4-9

RIPERT, G. ROBLOT, R. Traité de Droit Commercial. LGDJ. 2002.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F.J.: Comentario a los Arts. 63 a 67. Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999 de 16 de julio, Consejo General del Notariado, 2000.

RODRIGUEZ ARTIGAS , F.: Transformación de sociedades cooperativas. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero. Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4813-4851

----- Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, T. IX. Vol. 3º, ESCISIÓN, Civitas, 1993.

-----Escisión. Comentarios al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. RdS. Num. 31. 2008. Pp 55 y ss.

-----Escisión, segregación y aportación de rama de actividad. EL NOTARIO DEL SIGLO XXI - JULIO-AGOSTO 2010 / Nº32

---Escisión parcial, segregación y aportación de rama de actividad / En: ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO. (50). curso 2009/2010. -- p. 443-461

-----Escisión. Concepto. Función Económica y clases. Requisitos. En: VV.AA.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009. Cap. 25. Pags. 173 a 208.

ROJO, A. La escisión de sociedades en “La reforma del derecho español de sociedades de capital. VV.AA. 1987.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: Fusión posterior a adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente. En: VV.AA.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

RUBIO VICENTE, P. J.: «¿Cabe la extensión del régimen jurídico de la escisión a los supuestos de segregación patrimonial de sociedad por aportación?», Revista de Derecho de Sociedades, Nº 5, 1995, pp. 235 y ss.

----- Escisión total. Concepto y elementos configuradores. : VV.AA.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009. Cap. 27. Tomo II. Pags. 341 a 411.

SACRISTÁN REPRESA, M.: Transformación de sociedad anónima en otros tipos sociales En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

SÁNCHEZ GRAELLS, A., en su blog [http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012\\_03\\_01\\_arhive.html](http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012_03_01_arhive.html).

SÁNCHEZ OLIVAN, J.: La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo. Estudio económico Jurídico, Fiscal y Contable. Edersa, 2001.

SÁNCHEZ RUS, H.: La fusión transfronteriza de sociedades anónimas desde la perspectiva del derecho español. En: AAVV.: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

SANTOS MARTINEZ, V.: Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, T. VII, Edersa, 1993.

SEQUEIRA MARTÍN, A.: Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, T. VII, Edersa, 1993.

----- - «El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión», Revista de Derecho de Sociedades, N°12 (1999), pp. 195 y ss.

----- - «El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión», RDS, N° 12 (1999), pp. 195 y ss.

----- - El concepto de fusión y sus elementos componentes. En: AAVV.: Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Thomson Reuters, 2009.

SERRA CALLEJO, Javier. ¿Es la aportación de rama de actividad una "modificación estructural"? / Javier Serra Callejo. En: EL NOTARIO DEL SIGLO XXI. (28). noviembre-diciembre 2009. -- p. 32-41

SUSO VIDAL J.M.: El control en la transformación de las cooperativas en sociedades anónimas y limitadas. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002.

SCHMIDT, Karsten, "Sucesión universal en virtud de negocio jurídico. Comprobación de la eficacia del derecho civil en el derecho de la empresa" Revista Jurídica del Notariado. 1995, , 15: 197-239

SERRA CALLEJO, J. A.: «¿Es la aportación de rama de actividad una 'modificación estructural'?», El notario del siglo XXI, Nº 28 (Noviembre-diciembre 2009).

SIMON, L Theorie et pratique du droit de la franchise. Ed. Joly. Consultado en <http://www.lettredesreseaux.com/P-21-521-N1-2-le-changement-de-franchiseur-resultant-d-un-apport-partiel-d-actifs.html>. visto 16 octubre 2015

TAPIA HERMIDA, A. J.: «Aspectos jurídico mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del derecho español», Revista de Derecho de Sociedades (1999), pp. 133 y ss. .

----La fusión transfronteriza de sociedades de capital como procedimiento de concentración en sociedades domésticas: análisis de la Directiva 2005/56/CE. En: Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde. Madrid: Marcial Pons. 2007. Pags. 1325-1346

TENA ARREGUI, Rodrigo. Instinto jurídico contra análisis económico : (con un comentario sobre las modificaciones estructurales) / Rodrigo Tena Arregui. En: CUADERNOS DE DERECHO Y COMERCIO. (54). diciembre 2010. -- p. 45-71

TRIAS, M.: La fusión y operaciones de similar alcance. En: AAVV: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

URIA, R.; MENÉNDEZ, A. Y CARLON, L: Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, T. IX. Vol. 1º. Transformación.

VALENZUELA FERNANDEZ, B. ¿Tantos requisitos para una cancelación de hipoteca? El Notario del siglo XXI. Revista 61. 25 Mayo 2015

VALLET, J. Panorama de derecho civil. Bosch. 1973

VICENT CHULIA, F.: Introducción al Derecho mercantil, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

----- - «Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil», Revista Jurídica de Catalunya, Nº 3 (1997), pp. 47 y ss.

----- -- Introducción. En: AAVV: Las operaciones societarias de modificación estructural, Tirant lo Blanch, 2001.

----- - Organización jurídica de la sociedad familiar. En: Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw-Hill, Madrid, 2002, Cap. 138, pp. 4529.

----- - «Ley de Modificaciones Estructurales: Opciones de la Ley», El notario del siglo XXI, Nº 28 (Noviembre-diciembre 2009).

----- «Análisis crítico de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», La Notaría, Revista del Colegio Notarial de Cataluña, núm. 1/2010 (segunda etapa), pgs. 9-27.

VV.AA. Modificaciones y transmisiones de empresa. Casos de sentencias y de resoluciones de la DGRN. Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 2012.

VINUESA, J., «Régimen Fiscal de las fusiones apalancadas», Revista Española de Capital Riesgo, 1/2012.

YUSTE DE AYALA, G., «¿Es necesario un informe de expertos sobre el proyecto de fusión en una fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente si la sociedad resultante es una SL?», Capital & Corporate Magazine, núm. 11, marzo, 2010.

----- «El impacto de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en la financiación de adquisiciones apalancadas», Revista Española de Capital Riesgo, núm. 4, octubre-diciembre, 2009