

2.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2006

La protección de los acreedores en la aportación de rama de actividad

Comentario a cargo de:

FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ

Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Huelva)

Consultor del despacho Pérez-Llorca

SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 2006

Ponente: Excmo. Sr. Don José Ramón Ferrándiz Gabriel

Asunto: La escisión impropia, la segregación parcial o la aportación de rama de actividad no se encuentra regulada normativamente como un supuesto de modificación estructural típico. Una de las cuestiones que se plantean es la relativa a la protección de los acreedores en esta clase de operaciones.

Hasta esta sentencia, la jurisprudencia del Tribunal supremo había rechazado que la sociedad beneficiaria de una rama de actividad que constituyera una unidad patrimonial funcional fuera responsable del cumplimiento de las obligaciones no asumidas.

La Sentencia de 12 de enero de 2006 cambia el criterio y admite que un acreedor de la sociedad transmitente se pueda dirigir a la sociedad beneficiaria para reclamar una obligación no cedida, pero que hubiera nacido en conexión con el negocio transmitido, en caso de incumplimiento por la sociedad transmitente. El Tribunal Supremo se apoya en la doctrina del fraude de Ley para llegar a esta conclusión.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006

La protección de los acreedores en la aportación de rama de actividad

FRANCISCO JOSÉ LEÓN SANZ

Catedrático de Derecho Mercantil (Universidad de Huelva)

Consultor del despacho Pérez-Llorca.

Resumen de los hechos

La cuestión que se plantea en este supuesto de hecho surge a raíz de la aportación de una rama de actividad como una unidad funcional para la fundación de una sociedad anónima con el objetivo de promover el saneamiento de la empresa. La operación se realiza antes de la entrada en vigor de la reforma de 1989, en un momento en el que la escisión todavía no había sido objeto de regulación en el Derecho español, pero ya se encontraba prevista en el Derecho comunitario en la Sexta Directiva en materia de sociedades (82/891/CEE, de 17 de diciembre). Uno de los acreedores, cuyo crédito ha nacido en conexión con la actividad transmitida, reclama el pago de la obligación a la sociedad beneficiaria ante el incumplimiento de la sociedad transmitente, declarada en suspensión de pagos.

Ercros, S.A. celebró el 29 de junio de 1989 una Junta general en la que se acordó proceder a la segregación del “patrimonio empresarial afecto a la rama de actividad del petróleo y petroquímica, mediante la aportación y traspaso en bloque del patrimonio escindido a una sociedad a constituir, a cambio de acciones de ésta última, que se incorporarán al patrimonio de Ercros, S.A., aprobándose a tal efecto el balance o estado de situación de Ercros, S.A. del día anterior al de celebración de dicha junta”. El acuerdo se sometió a la condición suspensiva de la concesión de los beneficios previstos en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas.

La escritura en la que se documentó el acuerdo de escisión se otorgó el 30 de diciembre de 1989. En el mismo acto se constituyó Ertoil, S.A., con un capital de diez mil millones de pesetas, representado por un millón de acciones, con un valor nominal de diez mil pesetas cada una suscritas por Ercros, S.A., menos dos acciones. La aportación de la rama de actividad fue valorada en 24.438.201.221 de pesetas en el balance.

Ercros, S.A. y Ertoil, S.A. pactaron la subrogación de Ertoil, S.A. en la posición contractual de Ercros, S.A., respecto de todos los contratos en vigor referidos a la rama de actividad del petróleo y petroquímica. Sin embargo, en el pasivo asumido por Ertoil, S.A., no estaban comprendidos todos los créditos contra Ercros, S.A. nacidos de la actividad empresarial ejercida por ella con los elementos cedidos.

El 9 de enero de 1991, las acciones de Ertoil, S.A. se vendieron por Ercros, S.A. a una sociedad domiciliada en Luxemburgo, que al cabo de unos meses, las revendió por un precio muy superior a CEPSA. En junio de 1992, Ercros, S.A. solicitó la declaración de suspensión de pagos. El procedimiento terminó con un convenio aprobado el 19 de noviembre de 1993.

Foruria Franco Investment Corporation era titular de una letra de cambio por importe de de ocho millones de pesetas, librada y aceptada por Unión de Explosivos Río Tinto, S.A., con la expresa mención de la aceptación en cuanto negocio petrolero. Esta deuda no fue incluida entre las obligaciones que integraban el pasivo que se transmitió a Ertoil, S.A. Como consecuencia de la declaración de suspensión de pagos de Ercros, S.A., el crédito cambiario no fue satisfecho. Foruria Franco Investment Corporation exigió el pago a Ertoil, S.A., en su condición de sociedad beneficiaria de la transmisión de la actividad de petróleo como unidad funcional, y procedió a presentar la correspondiente demanda.

COMENTARIO

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Los criterios de la jurisprudencia. 2.1. La orientación tradicional de la jurisprudencia. 2.2. La Sentencia de 12 de enero de 2006. 2.3. Valoración crítica. 3. Las posibilidades y las limitaciones del recurso a la analogía en los supuestos de modificaciones estructurales. 3.1. Consideraciones preliminares. 3.2. El desarrollo judicial del Derecho. 3.2.1. *Planteamiento*. 3.2.2. *El contraste con la experiencia del Derecho alemán*. 3.2.3. *Derecho español*. 3.3. La integración analógica en el Derecho vigente. 3.3.1. *Planteamiento*. 3.3.2. *El contraste con la experiencia del Derecho alemán*. 3.3.3. *Derecho español*. 4. **Bibliografía.**

1. Planteamiento

El supuesto de hecho enjuiciado en este caso plantea la cuestión sobre la determinación de las medidas adecuadas para la protección de los acreedores en las aportaciones de una rama de actividad como unidad funcional realizada como aportación no dineraria en un aumento de capital o para la constitución de una sociedad.

La sociedad transmitente se encontraba en este caso en una situación de dificultades económicas. La aportación de rama de actividad para la constitu-

ción de una filial con el negocio del petróleo se hace con el objetivo de solucionar la crisis empresarial. Mediante la venta de las acciones de la sociedad transmitente en la sociedad beneficiaria se pretenden conseguir los fondos para atender al cumplimiento de las obligaciones sociales. La transmisión de esta unidad funcional mediante el procedimiento descrito resulta, sin embargo, insuficiente para satisfacer íntegramente el pasivo que permanece en la sociedad transmitente. Uno de los acreedores insatisfechos, cuyo crédito había surgido en conexión con la actividad económica transmitida, pretende exigir que la sociedad beneficiaria se haga cargo del pago de la obligación.

La aportación de rama de actividad es una de las operaciones que sirven para proceder a una reestructuración societaria. Esta clase de operaciones presentan una gran variedad de supuestos: la fusión, la escisión, la aportación de rama de actividad, la transmisión de todo o parte de la empresa, la creación de una filial, etc. Los fines que se pueden pretender también son bastante diversos: la reestructuración de un grupo de sociedades, la transmisión de una unidad funcional, el saneamiento de la empresa como en este caso, etc. No todos los supuestos son objeto de tipificación normativa específica.

La tendencia institucionalizadora inherente a las sociedades de capital como consecuencia de la abstracción de la posición de socio y del empleo de criterios patrimoniales en la configuración legal de los tipos, en particular, de la sociedad anónima, se encuentra en la base de este tipo de supuestos. La cohesión, objetivo patrimonial de las empresas como unidades funcionales, constituye el presupuesto en el que se apoya la manera en que se configuran en cada caso estas operaciones. La unidad funcional de las empresas no trasciende, sin embargo, al plano de la responsabilidad (GONDRA, pp. 521, 549 y ss.). El deudor responde con todo su patrimonio por las obligaciones contraídas y queda sujeto al cumplimiento forzoso del conjunto de las deudas, tanto de las contraídas en conexión con la actividad empresarial como de las demás. No hay una separación patrimonial de los elementos afectados al desenvolvimiento de la actividad empresarial desde la perspectiva de la responsabilidad, ni siquiera una preferencia entre los acreedores personales y los empresariales por referencia a las respectivas masas patrimoniales.

La tipificación normativa de los diferentes supuestos de modificaciones estructurales se dirige a facilitar el desarrollo de la operación mediante el establecimiento de medidas para la protección de los sujetos implicados, los socios y los terceros. Cada uno de estos supuestos requiere del establecimiento de un procedimiento corporativo con elementos específicos y exige la previsión de las técnicas pertinentes en atención a los intereses afectados en función de cada caso.

La aplicación analógica de las normas que regulan los casos concretos de modificaciones estructurales presenta ordinariamente serios obstáculos por la heterogeneidad de los supuestos. La falta de regulación de una determinada

operación de reestructuración societaria expresa una decisión del legislador que responde a los obstáculos que presenta ese supuesto concreto para admitirlo con la previsión de garantías satisfactorias a los intereses implicados.

La sucesión universal simplifica la transmisión en bloque de la unidad patrimonial funcional objeto de la reestructuración societaria (SCHMIDT, K., “Universalsukzession...”, pp. 496 y ss.). El reconocimiento de esta posibilidad por el legislador favorece la continuidad de las relaciones jurídicas y el crédito de la sociedad. Tiene como contrapartida la imposición de medidas que se dirigen a la protección para los acreedores. La falta de regulación de una operación de reestructuración societaria mediante la transmisión de una unidad funcional es la expresión de la voluntad del legislador de aplicar el régimen general de transmisión singular en la que la tutela de los acreedores se confía a la autonomía de la voluntad.

La aportación de rama de actividad es un supuesto de modificación estructural atípico en el Derecho español que guarda similitud con la escisión. En el momento en el que se llevó a cabo la operación la figura de la escisión también carecía de una regulación específica. Como se trata de un supuesto atípico, tampoco hay un concepto normativo que la delimite. Las aportaciones de rama de actividad se encuentran sujetas al régimen general de las aportaciones no dinerarias. Desde una perspectiva tipológico-social, las segregaciones o las aportaciones de rama de actividad se diferencian de las escisiones parciales por el destinatario de la contraprestación: en la aportación de rama de actividad, las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria las recibe la sociedad transmitente y, en la escisión, los socios. A su vez, se distinguen de la compra-venta de empresa y de la cesión global de activo y pasivo en que la contrapartida por la unidad funcional objeto de transmisión son acciones o participaciones en lugar de dinero, ordinariamente.

En materia de escisión, en el Derecho vigente, el art. 259 LSA establece que “En defecto de cumplimiento por una sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación”. Cuando se realiza la operación, no había ningún precepto que tuviera un contenido similar en el Derecho español.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no había reconocido hasta esta Sentencia que la sociedad beneficiaria de una aportación de rama de actividad fuera responsable por el cumplimiento de una obligación que no hubiera satisfecho la sociedad transmitente, surgida en conexión con la actividad transmitida, pero que no hubiera sido asumida por la adquirente. La Sentencia de 12 de enero de 2006 rechaza que se pueda recurrir a la analogía con las normas sobre la fusión, pero afirma que la sociedad beneficiaria tiene que responder por la

deuda incumplida en virtud de la aplicación de la doctrina del fraude de Ley. El cambio de criterio del Tribunal Supremo acentúa la trascendencia de esta resolución judicial.

2. Los criterios de la jurisprudencia

2.1. La orientación tradicional de la jurisprudencia

La doctrina del Tribunal Supremo anterior está correctamente sintetizada en el texto de la resolución judicial comentada. En primer lugar, la sentencia de 21 marzo de 1987 rechazó que se pudiera aplicar por analogía el régimen de sucesión universal establecido en el art. 142 LSA de 1951 en materia de fusión a la aportación de rama de actividad.

“La sentencia de 21 de marzo de 1987 dio respuesta a la alegación de que una sociedad había segregado parte de su patrimonio en explotación para fundar otra, así como a la calificación dada a la operación por el recurrente, para quien la misma constituía una escisión parcial de una sociedad para integrarse activa y pasivamente en otra. Negó el Tribunal de casación que los hechos dieran la razón a quien así argumentaba. No obstante, añadió que la fusión exige inexcusablemente la disolución previa de la empresa fusionada, cuyo patrimonio pasa a la nueva sociedad, no bastando, por tanto, un traspaso de bienes a ésta, cualquiera que sea su entidad, para que pueda hablarse de fusión y, consiguientemente, para la aplicabilidad del artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas como norma reguladora, ni siquiera acudiendo al procedimiento analógico previsto en el artículo 4.1 del Código Civil, ya que el proceso de analogía legis que es el legalmente autorizado y el pretendido por la recurrente, no cabe entre el hecho de una aportación de bienes concretos de una sociedad a otra y la fusión de sociedades, ni están presentes, en este caso, ninguna de las razones contempladas por el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas que, en principio, darían pie a la posibilidad de aplicación analógica postulada”.

En segundo lugar, la sentencia de 6 de febrero de 1998 reconoció la legitimidad de la operación de aportación de rama de actividad como una escisión parcial impropia, sin extinción de la sociedad transmitente y con la asunción únicamente de las deudas pactadas por parte de la sociedad beneficiaria.

“La sentencia de 6 de febrero de 1998 desestimó el recurso de casación que habían interpuesto los tenedores de varias letras de cambio (de la misma estructura y génesis que la que es objeto del proceso del que dimana esta casación) contra la sentencia de segundo grado que había hecho lo mismo con la

apelación dirigida contra la decisión de la primera instancia, igualmente desestimatoria de la acción cambiaria ejercitada en la demanda contra Ertoil, S.A. En dicha sentencia esta Sala negó que en el proceso se hubieran quebrantado sus formas esenciales, con indefensión para los demandantes (motivo cuarto); que la interpretación que llevó al Tribunal de apelación a calificar la operación litigiosa (igual a la contemplada ahora) como una escisión parcial impropia, sin extinción de Ercros, S.A. ni asunción por Ertoil, S.A. de otras deudas que las pactadas, fuera ilógica, irracional o absurda (motivo primero); que, al negarse éxito a la pretensión de que las deudas cambiarias de Ercros, S.A. se declarasen también deudas de Ertoil, S.A., se hubiese infringido, por inaplicación, el artículo 20.1 del Código de Comercio, según el que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto (motivo segundo); y que el recurso de casación pueda fundarse en la infracción de una norma fiscal, como la del artículo 15 de la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, y dirigirse contra argumentaciones expuestas a mayor abundamiento y con la calidad de obiter dicta (motivo tercero)”.

La fundamentación de las sentencias 149, 150 y 151/2001 de 5 de marzo es bastante similar. La aportación de una rama de actividad no implica una infracción del régimen de asunción de deuda del art. 1205 CC ni tampoco de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 CC; sólo supone una modificación de la composición del patrimonio del deudor. Con posterioridad a la aportación de rama de actividad se produjo la declaración de la sociedad transmitente en suspensión de pagos. El convenio aprobado en el marco de este procedimiento vincula a todos los acreedores, también a los acreedores que habían demandado a la sociedad beneficiaria.

“En las sentencias que resolvieron los recursos números 149 y 150/2001, interpuestos por las dos sociedades demandadas y condenadas en la instancia, aquellos alcanzaron éxito, de modo que las demandas resultaron desestimadas. La argumentación que llevó a tal decisión puede resumirse en los siguientes términos: Ercros, S.A., que en su día solicitó y obtuvo ser declarada en suspensión de pagos, no podía ser condenada a pagar porque había llegado a convenio con sus acreedores vinculante conforme a la par conditio; y Ertoil, S.A. no debía el importe de las letras, por no haberle sido cedidas voluntariamente las deudas correspondientes ni llevar consigo la operación de escisión parcial impropia un cambio de deudor, sino una mera modificación de la composición del patrimonio de la escindida.

La sentencia correspondiente al recurso número 151/2001, en un proceso seguido sólo contra Ertoil, S.A. que había sido condenada en la instancia a pagar la deuda cambiaria, estimó el recurso de la misma y desestimó la demanda. Así, tras negar que en el proceso se hubieran infringido las reglas sobre el litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la libradora de las letras ni Ercros, S.A. (motivo primero), desestimó los

motivos cuarto y quinto, en los que la sociedad condenada había denunciado la infracción de los artículos 1.205 y 1.911 del Código Civil, declarando que no se habían cedido a Ertoil, S.A. las deudas cambiarias de Erros, S.A., que seguía siendo deudora y responsable con su patrimonio, en el que se había producido una mera modificación de composición”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la sentencia de 12-01-06 se apoyaba en la doctrina tradicional a partir de lo dispuesto en el ordenamiento vigente antes de la entrada en vigor de la LSA de 1989. La aportación de rama de actividad, segregación parcial o escisión parcial impropia carecía de regulación en el Derecho positivo español. La contemplación de esta operación societaria por las normas fiscales no contenía una regulación sustantiva mercantil ni tampoco cabía deducirlo a partir del régimen fiscal. Lo dispuesto en materia de fusión y, en particular, respecto de la sucesión universal no era aplicable por analogía a la aportación de rama de actividad. Esta operación se regulaba de acuerdo con lo previsto con carácter general para la transmisión de una empresa. La delimitación de los elementos patrimoniales del activo y del pasivo objeto de transmisión se producía en virtud de la autonomía de la voluntad del transmitente. La transmisión se hacía de manera singular, pues la sucesión universal hubiera requerido necesariamente de una norma que así lo estableciera. Las obligaciones únicamente se cedían a la sociedad beneficiaria si lo aceptaban expresamente los acreedores de acuerdo con lo establecido en el art. 1.205 CC. Respecto de los acreedores que no pasaran a la sociedad beneficiaria no había cambio de deudor, respondía la sociedad transmitente con todo su patrimonio (art. 1.911 CC). La declaración posterior de suspensión de pagos afectaba únicamente a la sociedad transmitente y a sus acreedores. La sociedad beneficiaria no respondía de las obligaciones de la sociedad transmitente de forma subsidiaria por la insuficiencia patrimonial de la sociedad declarada en suspensión de pagos. Los acreedores que han permanecido en la sociedad transmitente quedaban vinculados por el convenio alcanzado en este procedimiento. No podían dirigirse a la sociedad beneficiaria para lograr la satisfacción plena de sus créditos.

2.2. La Sentencia de 12 de enero de 2006

La doctrina tradicional recogida en las sentencias que se acaban de exponer conduce a plantear la cuestión de que la protección de los acreedores pueda resultar comparativamente menor en los supuestos de la transmisión singular de un conjunto patrimonial, donde la tutela del crédito descansa en los instrumentos confiados a la autonomía de la voluntad, que en la sucesión universal, donde el cambio de deudor se impone a los acreedores. Éste sería precisamente el punto de arranque de la Sentencia de 12 de enero de 2006.

La cuestión suscitada se resolvió en la sentencia de apelación mediante el recurso a la analogía de las normas de la fusión con atención a las notas especí-

ficas que presenta este supuesto en relación con el tema planteado relativo a la protección de los acreedores. La Audiencia Provincial reconoció evidentemente que la aportación de rama de actividad era una operación diferente de la fusión (Fundamento Séptimo). Pero consideró que esto no era un obstáculo para afirmar la justificación para la aplicación analógica de la eficacia externa del régimen de la sucesión universal de la fusión a este caso (art. 142 LSA 1951). Como la deuda cambiaria había surgido en conexión con la unidad funcional transmitida, resolvió que la sociedad beneficiaria debía responder de los créditos derivados de la financiación de esta actividad objeto de transmisión hasta el límite de lo recibido por efecto de la sucesión universal.

El Tribunal Supremo llega a resultados equivalentes pero a través de una fundamentación distinta. Recuerda que, en el momento de realizarse la operación, la escisión no había sido objeto de regulación, los únicos supuestos de modificaciones estructurales tipificados normativamente en la LSA 1951 eran la transformación y la fusión. Señala, no obstante, que se encontraba en vigor la Sexta Directiva en materia de escisión de sociedades y que el supuesto había sido contemplado en la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas. En los considerandos de la Sexta Directiva se manifiesta la necesidad de que extiendan las garantías establecidas en la escisión en atención a los intereses de socios y terceros a otras operaciones jurídicas similares. Al mismo tiempo, la Ley 76/1980, en la redacción vigente cuando se produce el supuesto de hecho, equiparaba, a los efectos de atribuirle los beneficios fiscales, la escisión propia, en la que las acciones las reciben los socios de la sociedad transmitente, y la impropia, en la que las acciones se entregan a la sociedad.

La fundamentación relevante del Tribunal Supremo consiste en la aplicación del régimen del fraude de ley a este caso (art. 6.4 CC), de una manera flexible y abierta, en consideración de los fines pretendidos normativamente. Recuerda la Sentencia que *“a tenor de dicho precepto los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga 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 estructura de la operación tiene como objetivo acogerse al régimen fiscal favorable de la Ley 76/1980. Al mismo tiempo, la configuración mercantil como una aportación no dineraria se hace con la finalidad de eludir la vinculación de la sociedad beneficiaria del conjunto de obligaciones que integran el pasivo de la actividad transmitida.

“Ercros, S.A. acordó solicitar, solicitó y obtuvo unos beneficios fiscales a la luz de la entonces vigente Ley 76/1980, 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 entien-

de 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.

En la realización de ese plan total, diseñado por Ercros, S.A., sociedad dominante, prestó Ertoil, S.A., sociedad dominada, una cooperación esencial y necesaria, que, además, vino determinada por una previa resolución común, exteriorizada en la realización coordinada de todas y cada una de las partes del proyecto”.

Estos argumentos conducen al Tribunal Supremo a reconocer la existencia de fraude de Ley y a afirmar:

“Que la aportación a otra sociedad de la parte del patrimonio de Ercros, S.A. vinculado a la rama de actividad del petróleo implicara la sucesión en las deudas asumidas por aquella como “negocio petrolero”, entre ellas la correspondiente al crédito de la actora, no venía voluntariamente decidido en la fundación de Ertoil, S.A., como la misma ha manifestado de modo reiterado, ni imperativamente impuesto por norma alguna. Sin embargo, esa imperatividad, en forma de vinculación, surgió desde el momento en que los beneficios fiscales solicitados fueron concedidos a Ercros, S.A., precisamente por cumplirse de modo fiel el modelo amplio de escisión que establecía, como supuesto de hecho de su previsión, la Ley que los regulaba y conforme al cual, según se ha dicho varias veces, la transmisión patrimonial se producía en bloque”.

La doctrina del fraude de Ley se completa con dos fundamentos complementarios. Por un lado, el Tribunal Supremo tiene en cuenta los principios de la protección de acreedores que informan el régimen de las acciones rescisorias:

“Ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias provocados por los mismos deudores (artículos 1.111 y 1.291.3 del Código Civil), así como el daño que al crédito puede resultar de operaciones societarias distintas, pero con alguna similitud con la ejecutada (preocupación expresada, por ejemplo, en los considerandos octavo y noveno de la Directiva 82/891/CEE)”.

Y por otra parte, el Tribunal Supremo también parece tomar en consideración el principio de la protección de la confianza legítima en conexión con el fraude de Ley:

“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 suum quis venire non potest, la cual nace 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”.

2.3. Valoración crítica

La doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer plantea una serie de incertidumbres en el tratamiento de esta cuestión como consecuencia de la falta de regulación expresa de la aportación de rama de actividad como un supuesto típico de modificación estructural. La interpretación tradicional parte de que la fusión y la aportación de rama de actividad son dos operaciones diferentes y que no cabe aplicar por analogía el régimen de la sucesión universal a este supuesto. El fundamento de estas sentencias consiste en que no se ha producido un cambio de deudor en virtud de la aportación de rama de actividad. El acreedor insatisfecho no puede reclamar el cumplimiento a la sociedad beneficiaria en la medida en que ésta no haya asumido la obligación junto con la transmisión de los activos. La solución de las sentencias de 1987, 1998 y 2001 parecen conducir a un resultado contrario al que se debería llegar desde la perspectiva de los intereses en conflicto: la insatisfacción del acreedor por la decisión del deudor de que no se ceda el crédito junto con la actividad que se transmite y en conexión con la cual ha surgido.

La Sentencia de 12 de enero de 2006 considera acertadamente que no se puede aplicar por analogía el régimen de la eficacia externa de la sucesión universal de la fusión a la aportación de rama de actividad (art. 142 LSA 1951). En la fusión, las sociedades transmiten la integridad de su patrimonio y se produce la extinción a partir de la inscripción de la fusión. En cambio, en la aportación de rama de actividad, la sociedad transmite una parte de su patrimonio y continúa desarrollando la actividad social de manera directa con el patrimonio que conserva y de forma indirecta a través de la participación en el capital de la so-

ciudad beneficiaria. En el régimen de la escisión se emplea la técnica de la extensión de la responsabilidad de las sociedades beneficiarias de las ramas de actividad como medida de protección de los acreedores, pero ello no se contempla porque estaría vacío de contenido en la fusión. Como la escisión no se encontraba regulada en el Derecho español en el momento en el que se produce la operación, no cabía plantear en ese momento la extensión analógica de esta medida a los supuestos de aportación de rama de actividad.

El Tribunal Supremo recurre al remedio extraordinario del fraude de Ley para justificar la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por el cumplimiento de la obligación insatisfecha. Este fundamento principal se refuerza con los principios de la protección de los acreedores (arts. 1111 y 1291, 3º CC) y de la confianza legítima.

La solución a la que llega finalmente el Tribunal Supremo suscita una cierta perplejidad. Rechaza que sea posible recurrir a la analogía en este caso y afirma que se debe seguir el régimen del fraude de Ley. Ahora bien, como no existe un precepto que establezca expresamente la responsabilidad de la sociedad beneficiaria constituida mediante la aportación de una rama de actividad por las obligaciones no cedidas de la sociedad transmitente, se ve obligado a una interpretación abierta y flexible, en atención a la finalidad de las normas. De este modo, la aplicación del régimen del fraude de Ley a este caso presupone que la norma defraudada pueda no ser propiamente una norma legal sino también el resultado de una creación jurisprudencial. En definitiva, no parece que llegue al mismo resultado que la Sentencia de Audiencia con un fundamento diferente, sino más bien que prolongue las posibilidades del desarrollo judicial del Derecho más allá de la mera extensión analógica de la delimitación legal del supuesto de hecho normativo.

3. Las posibilidades y las limitaciones del recurso a la analogía en los supuestos de modificaciones estructurales

3.1. Consideraciones preliminares

La cuestión de fondo que se plantea en este caso consiste, en realidad, en si es posible llegar a la conclusión de la Sentencia a partir del desarrollo judicial del Derecho, para cubrir una laguna del ordenamiento jurídico en el momento en el que se produce la operación. Como en la actualidad ya se encuentra regulada la escisión, pero continúa sin haber una regulación específica de las aportaciones de rama de actividad, en el Derecho vigente surge el tema de si cabe recurrir a la integración analógica en esta materia.

En el plano interno, la Dirección General de Registros y Notariado ha reconocido la justificación de la competencia de la Junta general para la adopción de

los acuerdos en materia de aportación de rama de actividad (RRDGRN 6-06-1994 y 4-10-1994; CERDÁ, pp. 925 y ss.). También lo ha hecho más recientemente el Código Unificado de Buen Gobierno en la Recomendación 3^a (aprobado por Acuerdo de la CNMV, 22-05-2006). Estos criterios se corresponden con los seguidos por la jurisprudencia en otros ordenamientos, como el alemán en la conocida Sentencia de 25 de febrero de 1982 (asunto Holz Müller).

En el plano externo, en el de las medidas para la protección de los acreedores, la doctrina de esta Sentencia del Tribunal Supremo lleva a plantar la posibilidad en el Derecho vigente de la extensión analógica del régimen de responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión a los supuestos de aportación de rama de actividad.

3.2. El desarrollo judicial del Derecho

3.2.1. Planteamiento

El desarrollo judicial más allá del plan de la ley comprende aquellos casos en los que la jurisprudencia supera ese plan a partir de una idea jurídica inmanente al ordenamiento jurídico (LARENZ, pp. 410 y ss.). No se trata simplemente de que la norma resulte incompleta desde la perspectiva de la finalidad pretendida por la ley, lo que justifica la extensión analógica de la regla contenida en la norma al supuesto no incluido expresamente pero que debiera haber estado contemplado (analogía legis). La jurisprudencia ha producido institutos jurídicos que trascienden la integración de lagunas legales para atender a una necesidad del tráfico jurídico o en consideración de un principio jurídico o de un principio constitucional. El desarrollo judicial del Derecho implica un desenvolvimiento al margen de la regulación legal, pero dentro del orden jurídico en su conjunto y de los principios jurídicos que lo informan.

El presupuesto para proceder mediante el desarrollo judicial del Derecho consiste en la existencia de una cuestión jurídica que exija de manera ineludible una respuesta. Se ha de tratar de una materia que no encuentre una solución satisfactoria mediante la interpretación de la norma ni tampoco a través del desarrollo inmanente a la Ley. El límite para la jurisprudencia de los tribunales se encuentra en que la cuestión no se pueda resolver sobre la base del ordenamiento en su totalidad, con consideraciones específicamente jurídicas. No cabe recurrir al desarrollo judicial del Derecho cuando sea imprescindible una decisión política que de acuerdo con la constitución es competencia del legislador.

En el momento en el que se realiza la operación enjuiciada no estaba regulada en el Derecho español ni la aportación de rama de actividad ni la escisión como supuestos típicos de modificaciones estructurales. Se encontraban contempladas en la regulación fiscal, que no incluía normas jurídico-privadas. La escisión se había regulado en la Sexta Directiva que se encontraba en ese mo-

mento pendiente de incorporación al Derecho español. De acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el desarrollo judicial del Derecho también se puede apoyar en el Derecho comunitario (STJUE 13-11-1990, CANARIS, pp. 93 y ss.; LEÓN, pp. 809 y ss.).

En ausencia de una regulación específica, la aportación de rama de actividad se sujeta a lo dispuesto con carácter general para la transmisión de empresa como objeto de aportación en la constitución de una sociedad anónima. Resultan de aplicación, en primer lugar, las medidas sobre tutela del capital establecidas en la constitución de una sociedad anónima y en el aumento de capital para la protección de los acreedores para las aportaciones no dinerarias. La cesión de obligaciones de la sociedad transmitente a la sociedad beneficiaria en conexión con la unidad funcional que se traspasa requiere del consentimiento individual de cada uno de los acreedores conforme al régimen general de asunción de deuda (art. 1.205 CC).

El pacto entre la sociedad transmitente y la sociedad beneficiaria sobre la transmisión en bloque del pasivo conectado con la actividad funcional legítima a los acreedores que no hayan manifestado el consentimiento al cambio de deudor a reclamar la obligación tanto a la sociedad transmitente como a la beneficiaria, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial en relación con la asunción cumulativa de deuda. El adquirente se compromete frente al cedente en la asunción cumulativa de deuda a cumplir la obligación unida al patrimonio que se cede (ADAME, pp. 194 y ss., con una amplia reseña jurisprudencial en la nota 249). En estos casos, se reconoce acción directa al acreedor para exigir el cumplimiento también frente al que ha asumido la deuda. El acreedor del deudor cedente ordinariamente está interesado en que su crédito siga vinculado a la unidad patrimonial que se transmite.

Los acreedores que se mantienen en la sociedad transmitente y que no se ceden a la sociedad beneficiaria pueden exigir, evidentemente, la satisfacción del crédito a su deudor, es decir, la sociedad transmitente, que responde con todo su patrimonio de las obligaciones no transmitidas (art. 1.911 CC). Como cualquier otro acto de disposición del deudor, la aportación de rama de actividad puede ser objeto de impugnación por los acreedores en virtud de lo dispuesto en el régimen de las acciones rescisorias ordinarias (arts. 1.111 y 1.291.3º CC) o concursales (arts. 71-73 LC). El acreedor que no pueda cobrar su crédito por la insuficiencia patrimonial de la sociedad transmitente puede solicitar la rescisión de la aportación de rama de actividad siempre que acredite que la operación se ha realizado de manera fraudulenta en perjuicio de acreedores. La rescisión tiene como efecto la retrocesión de los elementos patrimoniales transmitidos en la medida necesaria para la satisfacción del acreedor. En caso de concurso, la existencia de fraude resulta irrelevante para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales.

En la aplicación del régimen general a este supuesto surge el interrogante de si establece una regulación satisfactoria para la protección de los acreedores

de la sociedad transmitente y, en caso de que se considere insuficiente, si se trata de una necesidad ineludible que pueda ser atendida mediante el desarrollo judicial del Derecho. La integración analógica a partir del régimen de la fusión no parece posible por las diferencias existentes con la escisión y la aportación de rama de actividad en esta materia.

Una solución jurisprudencial a la cuestión planteada parte de la comprensión del ordenamiento jurídico como un orden que se asienta en principios valorativos. En este caso tienen una particular incidencia los principios relativos a la responsabilidad patrimonial universal, la seguridad del tráfico y la protección del crédito. Los criterios teleológico objetivos sirven de guía a la tarea de promover una solución en la que se diferencie adecuadamente el tratamiento de lo desigual como desigual y para determinar qué cuestión requiere de una regulación y qué factores se deben tener en cuenta.

La experiencia histórico-comparada ofrece la base en la que contrastar los diferentes criterios que se encuentran presentes en la ordenación de una materia dada desde una perspectiva teleológico-objetiva. La cuestión planteada en esta Sentencia se ha tratado expresamente en el Derecho alemán y ha sido objeto de un estudio detallado en este ordenamiento.

3.2.2. El contraste con la experiencia del Derecho alemán

En el Derecho tradicional alemán existía una norma, el § 419 BGB, que se ocupaba de la transmisión de un patrimonio en el marco del régimen de la asunción de deuda (ENNECERUS/LEHMANN, pp. 429 y ss.; MÖSCHEL, § 419, párrafos 1 y ss.). En virtud de lo dispuesto en este precepto, el adquirente de un patrimonio respondía por una obligación del transmitente. El alcance de la responsabilidad tenía como límite el patrimonio recibido.

Esta norma se justificaba en la sujeción a responsabilidad del patrimonio del deudor para la satisfacción coactiva del acreedor en los supuestos de incumplimiento. En virtud de esta norma, las transmisiones de unidades patrimoniales decididas unilateralmente por el deudor no afectaban a los acreedores. La masa patrimonial sujeta a responsabilidad permanecía inalterada como si no hubiera tenido lugar la transmisión.

Desde un punto de vista sistemático, el § 419 BGB tenía la naturaleza de un remedio complementario al régimen de las acciones rescisorias para la protección de acreedores, ordinarias y concursales (ENNECERUS/LEHMANN, p. 431; MÖSCHEL, § 419, párrafo 1). En los supuestos de transmisión de un patrimonio, se presumían con carácter necesario los presupuestos relativos al fraude y de perjuicio. La existencia de estos requisitos resultaba irrelevante a los efectos de exigir el cumplimiento de la obligación al adquirente. El precepto tenía una particular significación, evidentemente, en relación con los negocios de transmisión de empresa (MÖSCHEL, § 419, párrafo 7). La norma se

aplicaba, en particular, a los supuestos de transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad anónima de manera distinta a una fusión o a una cesión global típica (§ 361, en relación con los §§ 339 a 360 AktG; KRAFT, § 361 AktG, parágrafo 26).

La medida fue criticada por la doctrina alemana por su singularidad en el panorama del Derecho comparado y por la falta de una justificación adecuada, pues suponía una protección desproporcionada a favor de los acreedores del transmitente con sacrificio de los intereses del adquirente y, en especial, de sus acreedores. El precepto se derogó finalmente con ocasión de la reforma del Derecho concursal alemán, al mismo tiempo que se endureció el régimen de las acciones rescisorias ordinarias y concursales (AnfechtungGesetz y §§ 129 y ss. InsO; MÖSCHEL, § 419, parágrafo 4).

La doctrina alemana ha ensayado también la configuración de la continuidad de la responsabilidad como una regla de principio específica de los supuestos de transmisión de empresa (SCHMIDT, K., "Haftungskontinuität ...", pp. 2 y ss.). En estos casos, cuando se decida la continuidad en la firma que identifica al titular de las relaciones jurídico-empresariales, se prevé la responsabilidad del adquirente por las obligaciones del titular anterior surgidas en conexión con la actividad empresarial (§ 25 HGB). Se impone la responsabilidad del adquirente de forma personal y con carácter ilimitado. El transmitente se mantiene como responsable durante el plazo de cinco años desde la inscripción del cambio de titular de la firma (§ 26 HGB).

El fundamento de esta norma es ampliamente discutido por la doctrina alemana. La declaración jurídico negocial como fundamento de la responsabilidad, la protección de la confianza legítima o la responsabilidad patrimonial universal en conexión con el § 419 BGB son algunos de los argumentos que se han dado para justificar este precepto del HGB. Algunos autores han propuesto la posibilidad de formular una regla general de responsabilidad del adquirente en los supuestos de continuidad de la actividad, en atención a las características de la empresa como una unidad funcional, que se aplicaría incluso a supuestos en los que no tuviera lugar la conservación de la firma. Sin embargo, esta tesis resulta bastante minoritaria en Alemania. Incluso se ha llegado a afirmar que el § 25 HGB es un precepto que carece de fundamentación tanto desde un punto de vista dogmático como teleológico-sistemático (CANARIS, pp. 100 y ss., 104-5).

3.2.3. Derecho español

La experiencia del Derecho alemán facilita la comprensión de las posibilidades y de los límites del desarrollo judicial del Derecho para la protección de los acreedores en los supuestos atípicos de reestructuraciones corporativas que impliquen transmisiones de unidades patrimoniales funcionales, como sucede respecto de la aportación de rama de actividad en el Derecho español.

El desarrollo judicial del Derecho presupone la existencia de una laguna, en el sentido de que no haya ningún precepto que resuelva de manera satisfactoria una específica necesidad del tráfico jurídico, ni siquiera, a través de la extensión analógica. Los límites al desarrollo judicial del Derecho se encuentran en que la fijación del instituto jurídico no haga imprescindible una decisión política del legislador sobre los objetivos que se pretenden, la determinación de qué intereses se protegen y la manera de hacerlo.

La experiencia alemana muestra que el § 419 BGB, en el que se establecía la responsabilidad de la sociedad beneficiaria de la transmisión de un patrimonio por las obligaciones de la transmitente que no se hubieran cedido, no es una regla general de un Derecho patrimonial privado moderno que tenga en cuenta las exigencias del tráfico empresarial, que se pueda reconocer de manera jurisprudencial aun cuando no haya una norma que lo prevea expresamente.

Las normas que ordenan la responsabilidad patrimonial universal, la prelación de créditos y las acciones de impugnación para la protección de acreedores son normas de Derecho necesario. El deudor responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones asumidas. La transmisión de una unidad patrimonial afecta de manera indudable a la solvencia del deudor. El § 419 BGB aseguraba que la delimitación del ámbito patrimonial sujeto a responsabilidad se mantuviera como si no hubiera tenido lugar la transmisión del patrimonio. Ahora bien, este precepto no respondía a una fundamentación dogmática que justificara un tratamiento diferenciado de los actos de transmisión de activos importantes y de los supuestos de transmisión de un patrimonio. La impugnación de aquellos actos presupone que haya habido perjuicio y fraude por los acreedores, mientras que el § 419 BGB presumía su existencia. Este precepto significaba, en realidad, una decisión del legislador de dar un trato preferente a los acreedores del transmitente frente a los intereses del adquirente y, en particular, el de sus acreedores. Así se pone de manifiesto también en la singularidad de este precepto en el panorama del Derecho comparado y en su derogación en el Derecho vigente.

En la medida en que la norma alemana era la expresión de una opción política del legislador no parece que se pueda admitir la legitimidad del establecimiento de una regla con este contenido por vía jurisprudencial. En el Derecho positivo español, el legislador ha optado por incluir estas operaciones en el régimen general de las acciones rescisorias para la protección de acreedores (PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER anotaciones a LEHMANN/ENNECERUS). La responsabilidad patrimonial de la sociedad beneficiaria por las deudas de la sociedad transmitente en la aportación de una rama de actividad no puede tener como fundamento, por tanto, el que se tratara de la aplicación de una regla general reconocible en el ordenamiento jurídico para los supuestos de transmisión de un patrimonio, pues una norma de este tipo requiere de una decisión del legislador que opte por esa vía de protección de los acreedores.

La experiencia alemana también pone de manifiesto que la continuidad de la responsabilidad no es una regla de los supuestos de transmisión y continuidad de la actividad empresarial. En el Derecho español no existe un precepto como el § 25 HGB en que estableciera la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por las obligaciones surgidas en conexión con actividad de la empresa objeto de transmisión, en los supuestos de continuación de la firma. Los negocios jurídicos de transmisión de empresa tienen por objeto la transmisión de un campo de actividad objetivado en la organización a la que sirve de soporte el patrimonio empresarial. La cesión global de la empresa implica la cesión tanto del activo como del pasivo. El riesgo de los acreedores empresariales está ligado a la rentabilidad y solvencia de la actividad empresarial. La regla de la continuidad de la responsabilidad por las deudas generadas en conexión con la actividad empresarial implicaría que el acreedor pueda exigir el cumplimiento al adquirente, aun cuando la transmisión se hubiera realizado a título individual.

La responsabilidad patrimonial universal constituye un pilar básico en el ordenamiento jurídico privado. El deudor no puede acotar en el ejercicio de la autonomía de la voluntad ámbitos patrimoniales con eficacia frente a terceros. Por las obligaciones asumidas, el deudor responde con todo su patrimonio. Las empresas presentan una cierta cohesión en la dimensión objetivo patrimonial por la afectación de los elementos patrimoniales al desenvolvimiento de la actividad empresarial. En la empresa, el activo y el pasivo se encuentran trabados. La unidad funcional de las empresas no es susceptible, sin embargo, de ser formalmente acotada en el plano de la responsabilidad. El titular de una empresa desarrolla la actividad empresarial de manera separada del resto de su patrimonio en el plano de la gestión y en el de la información contable, pero no en el de la responsabilidad. El empresario responde con todo su patrimonio, el empresarial y el personal, por el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas. En los negocios jurídicos de transmisión de empresa se transmite entre el transmitente y el adquirente la empresa como una unidad; respecto de los acreedores, la transmisión se sujeta al régimen de responsabilidad y de asunción de deuda establecido normativamente con carácter general.

El contraste del Derecho español con la experiencia alemana permite extraer una serie de conclusiones en relación con las posibilidades y los límites del desarrollo judicial del Derecho en los casos de aportación de rama de actividad. La ausencia de una regulación específica de las aportaciones de rama de actividad no parece que pueda considerarse propiamente como una laguna, sino como una opción del legislador que determina la aplicación a estos supuestos del régimen general.

La protección de los acreedores de la sociedad transmitente en los casos de aportación de rama de actividad como en los de transmisión de empresa o de patrimonio se produce por el cauce de las acciones rescisorias ordinarias y concursales. No se ha previsto expresamente en el Derecho español una responsabili-

dad directa del adquirente en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del transmitente. El adquirente únicamente responde por las obligaciones cedidas. La asunción de deuda se sujeta a lo dispuesto en el art. 1.205 CC. De acuerdo con lo previsto con carácter general en la ordenación de las acciones rescisorias ordinarias, la impugnación de la aportación de rama de actividad tiene como presupuesto la existencia de un perjuicio al acreedor y que se haya actuado de manera fraudulenta. Corresponde al acreedor de la sociedad transmitente la prueba de que se dan estos dos requisitos. La continuidad de la empresa aportada por la sociedad beneficiaria y el hecho de que se trate de una obligación surgida en conexión con esta actividad no legitima al acreedor de la transmitente para exigir el cumplimiento a la adquirente, tampoco con apoyo en el principio de la confianza legítima. Resulta necesaria la prueba del fraude en todo caso en las acciones rescisorias ordinarias.

Corresponde al legislador la ordenación de la responsabilidad del deudor y la sujeción de su patrimonio al cumplimiento forzoso de las obligaciones. La determinación de quien tiene preferencia para cobrar su crédito entre los distintos acreedores es una decisión en la que están presentes objetivos de política jurídica. La aplicación a la aportación de rama de actividad del régimen general implica una opción por la equiparación de este supuesto a cualquier otro acto del deudor de disposición de su patrimonio. La imposición de una obligación a la sociedad beneficiaria de responder por las obligaciones de la sociedad aportante surgidas en conexión con la actividad transmitida supondría dar un trato preferente a sus acreedores que requiere de una intervención legal expresa.

En conclusión, la falta de regulación de la aportación de rama de actividad no parece que pueda considerarse como una laguna del ordenamiento jurídico sino como una opción del legislador. La exigencia de responsabilidad directa de la sociedad adquirente por obligaciones de la sociedad aportante trascendería los límites del desarrollo judicial del Derecho.

3.3. La integración analógica en el Derecho vigente

3.3.1. Planteamiento

En el supuesto de la escisión parcial, el art. 259 LSA establece la responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad transmitente en caso de incumplimiento de una obligación asumida por alguna de las sociedades beneficiarias. La responsabilidad es de carácter solidario y tiene como límite el activo neto atribuido en virtud de la escisión, salvo la sociedad transmitente que responde por la totalidad de la obligación. Lo dispuesto en este precepto de la LSA adapta el Derecho español a lo establecido en el art. 12.3 Sexta Directiva (GAMIR, pp. 445 y ss.; OLEO, RODRÍGUEZ ARTIGAS, pp. 173 y ss.; SANTOS, pp. 505 y ss.; sobre la naturaleza jurídica de esta responsabi-

lidad pueden ser ilustrativas las siguientes reflexiones de GIRÓN en relación con la responsabilidad del socio colectivo, p. 518: “Un razonamiento deductivo que arranque de la personalidad jurídica, presentaría el vicio metodológico conceptualista y, por otra parte, construiría sobre un fundamento en crisis hoy. Buscar la subsunción en la fianza sin contemplar antes el juego sistemático y finalista del régimen jurídico-positivo societario de responsabilidad y, en general, de organización del tipo, aparte de ser desacertado, no es seguro que nos condujera al concepto general de fianza ni nos daría una pacífica vía, ya que, precisamente, el tema en discusión –si se contrae la obligación o sólo la responsabilidad– se presenta también como problema en la fianza. [...] Consiguientemente, parece que la buena vía metodológica debe ser centrarse en el tipo societario concreto, en su estructura y función y en los fines del legislador en los preceptos sobre el tema, antes de ascender a conceptos de mayor generalidad, como los de la personalidad jurídica o la fianza”).

En el Derecho vigente, la aportación de rama de actividad continúa sin estar regulada de manera expresa en el Derecho positivo español. Esta operación se rige, como se ha señalado, por lo dispuesto con carácter general en la regulación de las aportaciones no dinerarias en la constitución y en el aumento de capital. La transmisión de las obligaciones a la sociedad beneficiaria se sujeta al régimen de la asunción de deuda (art. 1.205. CC).

La ausencia de regulación de la aportación de rama de actividad como una modificación estructural típica plantea la posibilidad de extender por analogía determinadas medidas establecidas en el régimen de la escisión parcial. La aportación de rama de actividad y la escisión parcial cumplen funciones económicas similares. Sin embargo, esto no implica que se deban corresponder necesariamente los regímenes,, salvo que así se establezca de forma expresa por el legislador.

La aplicación de reglas paralelas en la escisión y en la aportación de rama de actividad se admite, por ejemplo, en relación con la competencia de los órganos para la adopción de la decisión. El fundamento de la competencia de la Junta general en este supuesto no parece derivarse propiamente de la extensión analógica de lo dispuesto en materia de escisión, sino que se apoyaría más bien en la regulación general de la distribución de competencias entre la Junta general y el órgano de administración. La competencia de la Junta se reconoce en los casos de ramas de actividad de una cierta importancia.

Respecto de las medidas específicas previstas en la regulación de la escisión para la protección de socios y de terceros, la extensión analógica a la aportación de rama de actividad presenta el obstáculo de que la atención de estas medidas a cuestiones específicas concretas en el marco del procedimiento corporativo de escisión difícilmente son trasladables a otros procesos de reestructuración corporativa. El derecho de oposición de los acreedores, por ejemplo, requiere de una previsión normativa expresa y no se puede reconocer por analogía a otros supuestos,

tampoco a la aportación de rama de actividad (en la escisión parcial, v. art. 254 LSA que remite al régimen de la fusión, donde se regula en el art. 243 LSA).

3.3.2. El contraste con la experiencia del Derecho alemán

También en relación con esta cuestión puede resultar útil la experiencia del Derecho alemán, pues en este ordenamiento se ha optado por la regulación expresa de la segregación. Se trata de una operación en la que una sociedad transmite una unidad patrimonial funcional y, en contrapartida, recibe acciones de la sociedad beneficiaria. Las acciones corresponden a la sociedad, no a los socios como en la escisión.

La Ley alemana de modificaciones estructurales establece el mismo régimen de responsabilidad de las sociedades que participan en una escisión y en una segregación (§ 133 UmwG). El régimen alemán se aparta en algunos aspectos del Derecho español. La delimitación de las obligaciones a las que se aplica este sistema de responsabilidad resulta más adecuada. Se establece la responsabilidad solidaria de las sociedades que participan en la escisión por el cumplimiento de las obligaciones de la entidad transmitente surgidas antes de la eficacia de la operación. Se prevé una limitación temporal de cinco años de la responsabilidad de las sociedades participantes en la escisión por aquellas obligaciones que no les hubieran sido atribuidas. A diferencia del Derecho español, no se prevé un límite a la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por el importe del activo neto atribuido (una de las cuestiones más discutidas en Alemania se centra en el carácter accesorio de esta responsabilidad; HOMMELHOFF/SCHWAB, § 133 UmwG, párrafos 24 y ss.; MICKEL, pp. 125 y ss.; crítico con la tesis de la accesoriedad, MAIER-REIMER, § 133 UmwG, párrafos 29 y ss.).

3.3.3. Derecho español

Parece bastante razonable *de lege ferenda* que, si se optara por la regulación de la aportación de rama de actividad como un supuesto típico de modificación estructural, se estableciera la aplicación del sistema de responsabilidad previsto para la escisión. Cuestión diferente es la posibilidad de admitir ya en el Derecho vigente la extensión analógica de esta regulación a los casos de aportación de rama de actividad.

En la escisión parcial y en la aportación de rama de actividad se dan una serie de notas comunes: se produce la transmisión de una unidad patrimonial funcional, subsiste la sociedad transmitente, se decide libremente por la sociedad la composición de la masa patrimonial que se transmite. La aplicación analógica del sistema de responsabilidad de la escisión parcial se ha de apoyar en que se trate de una exigencia que se fundamente en estos elementos, de modo que esté justificada la extensión a la aportación de rama de actividad a pesar de no haber sido contemplado expresamente en la norma.

El régimen de la escisión se dirige a facilitar la reestructuración de la sociedad mediante la transmisión de una unidad funcional por sucesión universal. Se reconoce a estos efectos autonomía societaria para delimitar las unidades patrimoniales que se segregan. Al mismo tiempo, con el fin de proteger a los acreedores, se prevé la responsabilidad de las sociedades que participan en el proceso de escisión en caso de incumplimiento de las obligaciones (MAIER/REIMER, § 133, parágrafo 1). Se pretende evitar que la operación se realice de modo que las partes segregadas se encuentren desequilibradas desde una perspectiva patrimonial. Esta medida supone que se genere una suerte de comunidad de riesgos entre las sociedades beneficiarias y la sociedad transmitente en el plano de la responsabilidad (HOMMELHOFF/SCHWAB, § 133, parágrafos 14-18, 16; MICKEL, pp. 51 y ss.).

Un sistema de responsabilidad similar se establece en las sociedades mercantiles personalistas en los supuestos de la salida de socios (MICKEL, pp. 59 y ss., 66 y ss.). Así parece deducirse de lo dispuesto en el art. 127 CCom y del régimen general de responsabilidad (GIRÓN, p. 595). Los socios salientes responden frente a los acreedores sociales por las obligaciones contraídas hasta que la baja es eficaz. En la sociedad de responsabilidad limitada, en la reducción de capital mediante devolución de aportaciones, se combina el sistema de la continuidad de la responsabilidad del socio por las deudas sociales hasta el límite de lo recibido, una técnica semejante a la utilizada en las sociedades personalistas, con el de la retención de fondos a través de la constitución de una reserva obligatoria, un sistema más propio de las sociedades de capital (art. 80 LSRL).

Como se puede apreciar, la continuidad de la responsabilidad por las obligaciones es una técnica que se suele emplear en las reestructuraciones empresariales (MICKEL, pp. 119-120). La finalidad de esta medida consiste en la atención a la continuidad y la conservación de la empresa. Este sistema garantiza a los acreedores que la salida de fondos de la sociedad o la transmisión de unidades funcionales se lleve a cabo de manera que estas alteraciones no perjudiquen al ámbito patrimonial sujeto a responsabilidad. De este modo, se trata de asegurar que la operación, decidida sin necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores, no afecte al crédito de la sociedad.

La forma de hacerlo y el fundamento específico presenta particularidades en función de las cuestiones que se dan en cada caso y del alcance que se quiera dar a la protección de los diferentes fines. Por esta razón, no parece que se pueda reconocer una regla general de continuidad de la responsabilidad en todos los supuestos en los que se produce una reestructuración societaria. Es necesario contar con una norma que la imponga expresamente.

La sucesión universal en la transmisión de empresa sólo se admite en los supuestos previstos. La cohesión funcional de la empresa en su dimensión patrimonial no trasciende al plano de la responsabilidad ni es susceptible de acotamiento por el deudor con amparo en la autonomía de la voluntad en las relaciones jurí-

dicas con terceros. La regla general es la libre disponibilidad del deudor sobre los bienes y derechos que le pertenecen con la contrapartida de la responsabilidad patrimonial universal. La impugnación de los actos de disposición únicamente se admite en el marco de las acciones rescisorias ordinarias y concursales. La transmisión de una obligación exige el consentimiento del acreedor.

En los supuestos de modificaciones estructurales se reconoce la sucesión universal con el fin de facilitar la operación con el establecimiento de las correspondientes garantías para los terceros. En la escisión, la libertad de configuración de las masas patrimoniales que se transmiten justifica que se establezca la responsabilidad solidaria de las sociedades que participan en la operación por las obligaciones no asumidas en caso de incumplimiento por su titular. Esta medida favorece a los acreedores de la sociedad que se escinde en el momento de la escisión y también supone un sacrificio para los intereses implicados en las sociedades beneficiarias y, en especial, de sus acreedores.

Así pues, tanto la sucesión universal como las técnicas de protección de los acreedores aplicables en cada caso responden a una decisión del legislador en función del supuesto de que se trate. La falta de regulación expresa de una reestructuración empresarial implica una opción legal que se apoya en la consideración de que no es adecuado para la conservación y la protección del crédito la transmisión por sucesión universal y en la voluntad de sujetar esa operación al régimen general.

La ausencia de tratamiento de las aportaciones de rama de actividad no se puede entender, por tanto, como una omisión del legislador sino como la opción de sujetar esta operación al régimen general de transmisión de empresa, es decir, mediante sucesión a título individual. Esta decisión también implicaría la aplicación del sistema de protección de los acreedores de la sociedad transmitente establecido de manera general. La falta de previsión de la responsabilidad de la sociedad beneficiaria por las obligaciones no asumidas en la aportación de rama de actividad no se podría considerar, por tanto, como una laguna, sino como una solución normativa deliberadamente adoptada por el legislador.

En definitiva, en el Derecho vigente, la extensión analógica del sistema de responsabilidad de las sociedades que participan en la escisión a la aportación de rama de actividad también parece presentar obstáculos que se antojan insalvables, pues no se trataría de una laguna sino de la voluntad del legislador que habría decidido no imponer esta medida.

El conjunto de cuestiones que se plantean en esta Sentencia del Tribunal Supremo hace patente las insuficiencias del régimen de las modificaciones estructurales. La reforma de la LSA de 1989 tuvo como finalidad la adaptación del Derecho español a la Tercera y a la Sexta Directivas en materia de fusión y escisión de sociedades, pero no procedió a una regulación completa y sistemática. La legislación vigente todavía presenta algunas carencias y deficiencias relevantes. La Sentencia comentada pone de manifiesto las dificultades y limitaciones para resolver estas cuestiones por vía jurisprudencial. La elaboración de la proyectada

Ley sobre modificaciones estructurales puede ser una oportunidad para establecer una regulación más adecuada de una materia tan técnica como trascendental para la ordenación de la estructura de la titularidad de las empresas.

4. Bibliografía

- ADAME, *La asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996.
- CANARIS, *Handelsrecht*, München, 2006.
- Discurso de investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Madrid, 1993.
- CERDÁ, “Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. A propósito de las ResDGRN de 10 de junio y de 4 de octubre de 2004, así como del UmwG alemán de 28 de octubre de 1994”, *RDM*, n° 214, 1994, pp. 925 y ss.
- ENNECERUS/LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, en *Tratado de Derecho Civil*, por ENNECERUS/KIPP/WOLF, con anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, Barcelona, 1954.
- GAMIR, *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción de capital y a las modificaciones estructurales de las Sociedades Anónimas*, Pamplona, 1998.
- GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976.
- GONDRA, “La estructura jurídica de la empresa”, *RDM*, n° 228, 1998, pp. 493 y ss.
- HOMMELHOFF/SCHWAB, en *Umwandlungsgesetz Kommentar*, Tomo I, Köln, 2004.
- KRAFT, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Berlin, Bonn, München, Tomo 7, 2ª Ed.
- LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1994.
- LEÓN, “El caso Marleasing”, *RDM*, n° 198, 1990, pp. 805 y ss.
- MAIER-REIMER, en *Umwandlungsgesetz kurz Kommentar*, München, 2003.
- MICKEL, *Die Rechtsnatur der Haftung gespaltenen Rechsträger nach § 133 Abs. 1 y 3 UmwG*, Köln, Berlin, München, 2004.
- MÖSCHEL, en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1994.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Escisión*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1993.
- OLEO, *La escisión de la sociedad anónima*, Madrid, 1995.
- SANTOS, en *Transformación, fusión y escisión*, por SÁNCHEZ DE MIGUEL/SEQUERA MARTÍN/SANTOS MARTÍNEZ, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1993.
- SCHMIDT, K., “Haftungskontinuität als unternehmensrechtliches Prinzip”, *ZHR*, 145 (1981), pp. 2 y ss.
- “Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts”, *AcP*, 191 (1991), pp. 495 y ss.