



<http://civil-mercantil.com/>

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, Sección 15.ª

Sentencia 458/2013, de 18 de diciembre de 2013

Rec. n.º 298/2013

SUMARIO:

Concursal. Escisión de sociedades. Falta de atribución de elementos del pasivo. Proyecto de escisión. *El artículo 255.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -al igual que el artículo 75.2 Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles- introduce un criterio interpretativo previo. Así, en los casos, como el que nos ocupa, en que un elemento del pasivo no sea atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión, debe acudir a la interpretación del proyecto de escisión y ver si éste permite decidir sobre el reparto de ese elemento. Solo en el supuesto de que, a partir de esa interpretación, se concluya que el proyecto de escisión no permite decidir sobre el reparto de ese elemento del pasivo, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias. La norma de responsabilidad solidaria de todas las beneficiarias tiene, por tanto, un carácter residual y actúa como norma de cierre del sistema.*

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), art. 456.

RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 255 y 259.

Ley 3/2009 (Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles), arts. 75.2 y 80.

PONENTE:

Doña Marta Rallo Ayezuren.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

ROLLO núm. 298/2013-2a

JUZGADO MERCANTIL 3 BARCELONA

INCIDENTE CONCURSAL 25/2013

CONCURSO 223/2012

SENTENCIA

Ilmos.:

Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN

Sra. MARTA RALLO AYEZCUREN

Sr. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 18 de diciembre de 2013.

Vistas, por la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, las actuaciones de incidente concursal número 25/2013, del concurso 223/2012, seguidas ante el Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, a instancia de PACADAR S.A.U., representada por la procuradora doña Araceli García Gómez y dirigida por la letrada doña Aurora Calvo Lechosa, contra la concursada PLATORBEL, S.L.U., representada por la procuradora doña Laura Carrión Rubio y dirigida por el letrado don Ignasi Blajot Arañó, y contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. Este tribunal conoce de las actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto por PACADAR S.A.U., contra la sentencia de 4 de marzo de 2013 .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia del juzgado de lo mercantil dice, en su parte dispositiva:

" Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la administración concursal de la mercantil PLATORBEL, S.L. y la propia concursada, se deben desestimar las pretensiones de la mercantil PACADAR S.A.U. de que se incluya en el listado de créditos del mencionado concurso el reclamado en los presentes autos ."

Segundo.

PACADAR S.A.U. interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitido en ambos efectos, se remitieron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes. Comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 26 de noviembre de 2013.

Ponente: la magistrada MARTA RALLO AYEZCUREN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



<http://civil-mercantil.com/>

Primero.

Pacadar S.A.U. instó este incidente concursal en solicitud de que se incluyera en la lista de acreedores de la concursada Platorbel, S.L.U. un crédito ordinario de 345.026,23 euros a favor de la demandante.

El juzgado mercantil desestimó la demanda por apreciar la excepción de falta de legitimación pasiva de Platorbel, opuesta por la concursada y por la administración concursal (en adelante, AC).

Pacadar recurre en apelación contra la sentencia y alega el error en la valoración de la prueba y la infracción del artículo 75.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (LMESM), aplicada por el juzgado.

Se oponen al recurso Platorbel y la AC, que insisten en la falta de legitimación pasiva.

Segundo.

El crédito cuya inclusión solicita Pacadar tendría su origen, según la demanda, en el encargo efectuado en 2005, por Hormigones Prefabricados de España, S.A. (Hormipresa SA) a Pacadar, de elementos prefabricados constructivos de hormigón por un importe total de 745.026,23 euros. De esa suma, Hormipresa SA habría pagado 400.000 euros (IVA no incluido), quedando pendiente de pago el resto, cuya inclusión en la lista de acreedores de Platorbel se insta.

La imputación del crédito a Platorbel obedecía, como exponía la demanda incidental, a la escisión de Hormipresa SA, con extinción, a favor de Platorbel, en 2008. Concretamente, Pacadar invocaba el tenor del informe de la AC, que afirmaría - siempre según la demanda, puesto que el informe no consta en las actuaciones remitidas a esta sala- que Hormipresa SA traspasó parte de su patrimonio y todas las relaciones jurídicas que afectaban al mismo, a la sociedad Platorbel, participada al 100% por la sociedad Hormipresa, S.L. y, en consecuencia, Platorbel ha sucedido universalmente a las entidades Hormipresa, SA, Bnou, SA y Hormipresa Centro, S.A. y se le han traspasado todas las relaciones jurídicas que afectaban a los elementos patrimoniales que recibió de estas entidades, asumiendo por tanto todos los derechos y obligaciones dimanantes del patrimonio recibido.

Tercero.

El juez mercantil considera admitido por las partes -y acreditado documentalmente- que Hormipresa, SA fue objeto de escisión total, con extinción, el 25 de noviembre de 2008. Sin embargo, la escisión no se habría hecho en los términos descritos en la demanda incidental. El juez considera acreditado, por los documentos aportados al incidente que, en el proyecto de



<http://civil-mercantil.com/>

escisión, se acordó que los elementos del patrimonio inmobiliario de Hormipresa, SA se traspasaban a Platorbel y el resto de elementos del activo y pasivo de las sociedades escindidas -puesto que también se escindían y extinguían otras dos sociedades, Bnou, S.A. y Hormipresa Centro, S.A.- se traspasaban en bloque a tres sociedades de nueva creación (Hormipresa S.L.U, Bnou, S.L. y Hormipresa Centro, S.L.). La sentencia señala que el proceso de extinción culminó en todos sus trámites y fases y el 13 de enero de 2009 se extinguió Hormipresa S.A, según el Registro Mercantil, sin que consten impugnaciones al proceso de escisión.

La sentencia del juzgado estima que en el proyecto de escisión aparecen claros los elementos del activo y del pasivo que se transmiten (Platorbel asume solo los bienes de naturaleza inmobiliaria de las sociedades escindidas, no así los proyectos en ejecución o ejecutados o la actividad industrial de Hormipresa S.A.). Aplica sensu contrario el artículo 75.2 de la LMESM, conforme al cual solo habrá responsabilidad solidaria entre las sociedades beneficiarias cuando un elemento del pasivo no sea atribuido a alguna sociedad beneficiaria del proyecto, y concluye la falta de legitimación de Platorbel.

Cuarto.

El recurso de apelación de Platorbel sostiene que la AC ha admitido expresamente -cuando al tratar el fondo del litigio, niega la existencia del crédito contra Hormipresa, S.A.- que en los balances de escisión no se recogía ningún pasivo pendiente de pago en concepto del crédito que ahora se reclama. Esa admisión excluye, a su juicio, la necesidad de prueba. Y la no inclusión del crédito en el proyecto de escisión impide su posterior atribución a cualquiera de las empresas beneficiarias. Concretamente -alega-, en el Anexo III del proyecto de escisión, que recoge los balances de las sociedades escindidas (Hormipresa, S.A., entre ellas) consta la identificación de activos y pasivos de las tres sociedades escindidas que se traspasarán en su totalidad a las beneficiarias, entre los que no se encuentra el crédito que Pacadar tiene frente a Hormipresa, S.A.

La apelante alega que, atendido que su crédito contra Hormipresa, S.A. no fue llevado al balance de escisión de la sociedad escindida y extinguida, debe aplicarse el artículo 75.2 de la LMESM, pero no en sentido contrario, como la sentencia impugnada, sino recto sensu, y debe concluirse que opera la previsión del artículo 75.2 LMESM, de responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias de la escisión.

Quinto.

El argumento del recurso de apelación se desvía de la causa de pedir invocada en la demanda. Como hemos resumido, lo que Pacadar dijo al inicio del juicio fue que, en la escisión,

<http://civil-mercantil.com/>

Hormipresa SA traspasó todas sus relaciones jurídicas patrimoniales a Platorbel y, en consecuencia, Platorbel sucedió universalmente a Hormipresa, S.A. y asumió todos los derechos y obligaciones dimanantes del patrimonio recibido, incluido el de Pacadar.

El recurso, en cambio, se fundamenta en que Hormipresa S.A. no incluyó el crédito de Pacadar en los balances del proyecto de escisión y, por esa razón, la beneficiaria Platorbel es responsable solidaria de la deuda. Caben, por tanto, serias dudas sobre la procedencia de examinar las alegaciones de la apelante, atendida la función revisora del recurso de apelación, conforme al artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Solo por la valoración de esas dudas desde la perspectiva más favorecedora del derecho a la tutela judicial efectiva, se examinará el motivo de recurso de Pacadar.

Para la mejor delimitación de la controversia, añadiremos que en ninguna de las dos instancias se ha invocado el supuesto de hecho del artículo 80 de la LMESM (ni del artículo 259 de la Ley de sociedades anónimas, LSA), es decir, la responsabilidad de una sociedad beneficiaria (hasta el importe del activo neto que se le atribuyó en la escisión) respecto de las obligaciones asumidas por otra sociedad beneficiaria que resulten incumplidas.

Sexto.

Conviene precisar que la norma aplicable en nuestro caso no es la LMESM, de 3 de abril de 2009, que, conforme a su disposición final octava, entró en vigor en julio de 2009 -y en abril de 2009 sus disposiciones sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias-, sino las normas sobre escisión de la LSA.

El artículo 255.1.a) LSA establecía que, en el proyecto de escisión, además de las menciones enumeradas para el proyecto de fusión, debía incluirse la designación y el reparto precisos de los elementos del activo y del pasivo que habían de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias.

El artículo 255.3 LSA decía: "(e) n los casos de extinción de la sociedad que se escinde, cuando un elemento del pasivo no sea atribuido a ninguna 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."

Esta última norma, que ha de regir el caso de autos, era, por tanto, coincidente con la del artículo 75. 2 LMESM aplicado en la sentencia del juzgado e invocado por Pacadar en la segunda instancia.

Séptimo.

<http://civil-mercantil.com/>

Debe aceptarse la premisa de la parte apelante de que, en la escisión total de Hormipresa, S.A., no consta atribuido a ninguna de las sociedades beneficiarias el elemento del pasivo que es objeto de la demanda incidental, esto es, la deuda -que se alega- de Hormipresa S.A. con Pacadar, de 345.026,23 euros.

Así resulta de la lectura de la documentación aportada. Por otra parte, ni la concursada -con la facilidad de alegación y prueba derivada de su intervención directa en la operación de escisión- ni la AC indican que se haya efectuado tal atribución y dónde se halla su constancia documental. Bien al contrario, como pone de relieve el recurso de apelación, la parte demandada niega expresamente la existencia de tal deuda de Hormipresa S.A., por lo que difícilmente la podríamos hallar en los balances de escisión.

Octavo.

Sin embargo, lo anterior no significa, como pretende la actora apelante, que deba responsabilizarse automáticamente de la deuda -si existe- a todas las sociedades beneficiarias, de manera solidaria.

Como se ha visto, el artículo 255.3 LSA -al igual que el artículo 75.2 LMESM- introduce un criterio interpretativo previo. Así, en los casos, como el que nos ocupa, en que un elemento del pasivo no sea atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión, debe acudir a la interpretación del proyecto de escisión y ver si éste permite decidir sobre el reparto de ese elemento. Solo en el supuesto de que, a partir de esa interpretación, se concluya que el proyecto de escisión no permite decidir sobre el reparto de ese elemento del pasivo, responderán solidariamente de él todas las sociedades beneficiarias. La norma de responsabilidad solidaria de todas las beneficiarias tiene, por tanto, un carácter residual y actúa como norma de cierre del sistema.

Noveno.

En la escritura de escisión total de Hormipresa S.A. -y de las sociedades BNOU, S.A. y Hormipresa Centro, S.A.-, autorizada el 25 de noviembre de 2008, en Santa Perpètua de Mogoda, por la notaria doña Josefa Querol Martín, consta como anexo el proyecto de escisión (ff. 820 y ss. de las actuaciones).

En el apartado II del proyecto de escisión, " Procedimiento de escisión ", se expone (párrafo 2º): " HORMIPRESA, BNOU y HORMIPRESA CENTRO [abreviaturas en aquel documento de Hormipresa, S.A., Bnou S.A. y Hormipresa Centro S.A., respectivamente] escindirán su patrimonio de manera que el patrimonio inmobiliario de cada una de ellas se traspasará a la sociedad beneficiaria PLATORBEL, mientras que el resto de activos y pasivos afectos a su

actividad empresarial propia de su objeto social se traspasarán a las tres sociedades beneficiarias de nueva creación, de conformidad con lo establecido en el presente proyecto y, en particular, en el apartado XII del mismo ."

El apartado XII del proyecto de escisión se titula " Designación y reparto de los elementos del activo y pasivo de las sociedades escindidas, que se traspasan a las sociedades beneficiarias ". El párrafo que aquí interesa dice literalmente: " Los elementos del patrimonio inmobiliario de las sociedades escindidas, HORMIPRESA, BNOU y HORMIPRESA CENTRO, que se disolverán sin liquidación, y que se traspasarán en bloque a la sociedad beneficiaria PLATORBEL, constan detallados en los documentos que se acompañan al presente como Anexo IV. En consecuencia, el resto de los elementos del activo y del pasivo de cada una de las sociedades escindidas y que constan identificados en los respectivos balances de escisión se traspasarán en bloque a las tres sociedades beneficiarias de nueva creación, esto es, los activos y pasivos de HORMIPRESA se traspasarán a HORMIGONES PREFABRICADOS DE ESPAÑA, S.L., los activos y pasivos de BNOU se traspasarán a BNOU, S.L. y los activos y pasivos de HORMIPRESA CENTRO se traspasarán a HORMIPRESA CENTRO, S.L. "

El apartado XII citado termina diciendo que "(e) n general, respecto al reparto de los diferentes elementos de activo y pasivo de las sociedades escindidas resultará de aplicación lo establecido en el artículo 252 LSA y siguientes "

Décimo.

El recurso de apelación de Pacadar hace hincapié en la frase del apartado XII del proyecto de escisión, que reza: " el resto de los elementos del activo y del pasivo de cada una de las sociedades escindidas y que constan identificados en los respectivos balances de escisión se traspasarán en bloque a las tres sociedades beneficiarias de nueva creación " y, concretamente, en el inciso " y que constan identificados en los respectivos balances de escisión ". De ahí deriva que no se traspasaron a Hormipresa, S.L. elementos del activo y del pasivo de Hormipresa S.A. que no constan identificados en los balances y, por tanto, que no se traspasó la deuda objeto del incidente.

Que no consta atribuida a ninguna de las sociedades beneficiarias la deuda de 345.026,23 euros que Pacadar invoca en el incidente ya lo hemos examinado.

Lo que ahora debe resolverse es si la interpretación del proyecto de escisión permite o no decidir sobre el reparto de ese elemento -alegado- del pasivo. Compartimos con el Sr. magistrado que del proyecto de escisión y, concretamente, de los párrafos del proyecto que hemos transcrito en el fundamento de derecho anterior, resulta claramente que la aquí concursada, Platorbel, asumió solamente el patrimonio inmobiliario de Hormipresa, S.A. El



<http://civil-mercantil.com/>

resto de activos y pasivos afectos a la actividad empresarial propia del objeto social de Hormipresa, S.A., se traspasó a la sociedad de nueva creación Hormipresa, S.L. Entre estos últimos habría de incluirse, en su caso, la relación jurídica obligacional invocada por Pacadar, consistente en el suministro de elementos prefabricados de hormigón.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia del juzgado que estima la falta de legitimación pasiva de la concursada Platorbel, con desestimación del recurso de apelación.

Undécimo.

La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 196.2 de la Ley concursal y 394.1 y 398.1 LEC).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por PACADAR S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, el 4 de marzo de 2013 , en las actuaciones de incidente concursal número 25/2013, del concurso 223/2012, instadas por PACADAR S.A.U., contra la concursada PLATORBEL, S.L.U., y contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

Confirmamos íntegramente la sentencia del juzgado.

Se imponen a la parte apelante las costas de la segunda instancia del juicio.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Ilma. magistrada ponente en el mismo día de su fecha y en acto de audiencia pública; doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial



<http://civil-mercantil.com/>

(CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.