

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

Autor: Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Tesis doctoral dirigida por el Dr. Javier CAMACHO DE LOS RÍOS

JOSÉ JAVIER ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL
Profesor TEU de la Universidad Miguel Hernández

I. 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 éstas a las cambiantes condiciones del mercado.

La sucesión universal es un instrumento básico, dentro de esta normativa, para la eficiencia del sistema, pues elimina el obstáculo que supondría la aplicación de las reglas generales para la transmisión individualizada de derechos y obligaciones. Sin embargo, la alteración de esas reglas, las tradicionales del derecho civil patrimonial, implica riesgos para los terceros, por lo que el objetivo de la simplificación tiene que tener como límite la suficiente protección de éstos, de manera que no altere de tal manera el derecho patrimonial que termine generando una inseguridad jurídica que, en conjunto, suponga un coste mayor que el de las ventajas que esta especial regulación ofrece a las empresas.

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.

El estudio se hace necesario desde un triple punto de vista: práctico, teórico y económico.

Desde el punto de vista práctico, la cuestión plantea importantísimos problemas. Así, por ejemplo:

Si una empresa firma una garantía personal de todas las operaciones con una entidad bancaria, ¿qué ocurre si éste se fusiona con otro banco? ¿Desaparece su obligación? ¿Responde ahora de las pólizas que tenía con ese banco que la ha absorbido?

En caso de que una sociedad que participa en otra empresa sea absorbida, ¿existe derecho de adquisición preferente?

Si la sociedad se escinde, ¿con cuál de las escindidas tendrán la relación laboral los trabajadores? ¿A partir de qué momento?

Si una empresa tiene un contrato de suministro con una sociedad española que es absorbida por una alemana, ¿en qué situación queda ese contrato?

Si la sociedad de la que soy acreedor y suministrador escinde su negocio más rentable, ¿qué derechos tengo si un arrendatario se fusiona con otra sociedad?

Desde la **perspectiva teórica**, la normativa sobre modificaciones estructurales constituye una encrucijada jurídica donde concurren el derecho de sociedades puro con el derecho de la competencia, el derecho de grupos, el derecho laboral, el derecho concursal, el derecho fiscal y, por supuesto y por encima de todo, con el derecho patrimonial común o civil. Concretamente y, en este último ámbito, el fenómeno de la sucesión universal supone prescindir de las normas generales que regulan la transmisión patrimonial (por ejemplo, el consentimiento de acreedores y contratantes), estableciendo como contrapartida un determinado procedimiento obligatorio. Para un jurista práctico especializado en este tipo de derecho supone un reto especial estudiar y evaluar hasta qué punto una normativa excepcional encaja en el sistema de derecho patrimonial privado y cómo se reequilibran los intereses al margen de las normas tradicionales sobre transmisión de bienes, créditos, deudas y contratos. Si a esto añadimos que la institución sobre la que se construye es la sucesión hereditaria, comprobamos que el estudio no sólo no se limita al examen de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), sino que ha de abarcar casi todo el derecho civil patrimonial privado.

Además, el asunto que nos ocupa tiene una **enorme trascendencia económica**. Las sucesivas reformas de la legislación nacional y de la UE de esta materia revelan que la existencia de una normativa favorecedora de este tipo de operaciones (tanto en el plano fiscal como sustantivo) se ha considerado algo necesario para facilitar los procesos de concentración empresarial, que, a su vez, se juzgan ineludibles para que una economía nacional pueda adaptarse al mercado mundial. La reorganización empresarial no se limita ya a las fusiones derivadas del fenómeno de concentración, sino que incluye la necesidad de reajustar las estructuras en atención a las circunstancias siempre cambiantes de una economía dinámica y

en permanente evolución, por ejemplo, a la reorganización o venta de unidades productivas a través de la escisión o la cesión global.

El interés económico de esta materia no se agota ahí. Después de la crisis financiera a nadie se le escapa que la flexibilidad jurídica por razones de eficiencia económica no deja de provocar una cierta tensión en los sistemas jurídicos afectados. En principio, la flexibilidad que respecto del derecho común suponen estas operaciones de modificación estructural viene acompañada y compensada por unas específicas garantías (una intensificación de la información de socios y terceros, verificación pericial de determinados aspectos, el derecho de oposición de los acreedores, etc.). Pero, ¿hasta qué punto es eso así en realidad? En este estudio se intentan solucionar las cuestiones prácticas, pero en realidad la pregunta fundamental que pretende responder es si el conjunto del sistema es coherente, es decir, si facilita suficientemente las operaciones y al tiempo protege adecuadamente los intereses de los terceros.

Partiendo de la problemática citada, el autor dirige a dos objetivos fundamentales su trabajo:

En primer lugar a hacer un juicio crítico del régimen jurídico de la sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital y proponer las interpretaciones y reformas legales más conformes con la justicia a la que aspira todo orden jurídico, con la premisa de que no esta justicia no ha de ser un obstáculo para la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados, sino, todo lo contrario, el último fundamento de la transparencia y la confianza que son la base de la economía.

En segundo lugar a alertar de las posibles dificultades en la transmisión y, en consecuencia, servir para que los operadores jurídicos preparen las modificaciones estructurales adecuadamente con el objetivo de evitar demoras, incertidumbres y sorpresas en relación con las consecuencias de la modificación estructural.

II. ESQUEMA DEL ESTUDIO

El objetivo expuesto de emitir un juicio crítico sobre el funcionamiento de la sucesión universal guía el plan de este trabajo, que está dividido en nueve capítulos: una introducción, los siete que se citan a continuación y las conclusiones finales:

- El concepto de la sucesión universal: del Derecho civil al Derecho de sociedades.
- Reconocimiento legal del principio de sucesión universal: legislación española, comparada y de la Unión Europea.

- Extensión y límites de la sucesión universal. Estudio general.
- Estudio de los problemas en la transmisión de los distintos elementos del patrimonio.
- Los problemas específicos de la escisión y la cesión global plural.
- Derecho internacional privado y sucesión universal.
- Acciones contra la sucesión universal en supuestos ilícitos: fraude de ley y levantamiento del velo.

El autor estudia en estos capítulos 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, examina qué es y cómo opera en realidad la sucesión universal en las modificaciones estructurales. Para determinar su concepto y dado que la regulación habla de sucesión universal sin definir sus caracteres, es necesario estudiar el ámbito en el que nace este concepto, que es la sucesión universal *mortis causa*, para después señalar las diferencias entre ambas y hasta qué punto éstas 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, analiza 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, estudia cómo aparece esta institución en el derecho comparado.

También el estudio detenido de la institución en las directivas europeas es imprescindible, pues la interpretación conforme a las mismas va a determinar de forma imperativa su funcionamiento en nuestro derecho. Tras este análisis define 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 el concepto general de sucesión universal no resuelve por sí mismo. Por eso se estudian los problemas que se plantean en relación con cada uno de los elementos que componen el patrimonio social (bienes, derechos, obligaciones y contratos). Por supuesto, no es posible estudiar cada bien o contrato, por lo que nos detendremos sobre todo en los supuestos que son objeto de una regulación específica y en aquellos sobre los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia.

Las diferencias entre las diversas modificaciones estructurales obligan a realizar además un examen específico de la aplicación de este sistema a los supuestos de escisión y cesión global parcial, ya que la fragmentación patrimonial que se produce en estas operaciones plantea problemas especiales en la transmisión. Por un lado, la misma admisibilidad del concepto de sucesión universal se ha puesto en duda cuando la sucesión es de sólo 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 existan 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 la operación.

Por último, el estudio termina con el estudio de 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.

III. CONCLUSIONES

El autor cierra su trabajo aportando las siguientes 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 éstas, el centro de gravedad no es la extinción de la personalidad, sino la continuación de la empresa, integrada total o parcialmente en otra sociedad. Desde el punto de vista institucional o societario hay extinción de sociedades y cambio de titularidad, pero desde el punto de vista funcional o empresarial lo que hay es integración y continuidad. 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 y por ello es más importante que en aquélla el mecanismo permita el mantenimiento de la unidad patrimonial sin alteraciones en su contenido.

2. La sucesión universal es fundamental para que el sistema de las modificaciones estructurales cumpla su finalidad de facilitar las reorganizaciones empresariales, para lo cual opera *ipso iure* y tiene efectos *erga omnes*, con derogación de las normas generales de transmisión de derechos y obligaciones

La regulación de las modificaciones estructurales tiene la función de facilitar la adaptación y conservación de las empresas, para lo cual permite prescindir de determinados requisitos de las operaciones societarias y de la transmisión de bienes, estableciendo un procedimiento como contrapartida. 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 aplicable a la operación (y en su caso por la legislación extranjera que regule el derecho u obligación) para la oponibilidad de la transmisión a terceros.

La importancia y utilidad de esta institución ha hecho que haya ido ampliando su ámbito funcional y territorial. En el primer aspecto ha pasado de la fusión a la escisión y a la cesión global y en el segundo no sólo se ha impuesto en la Unión Europea y fuera de ella, incluso en ordenamientos que desconocían esta institución en el ámbito sucesorio.

3. El principio que debe regir la sucesión universal es el de neutralidad

En la normativa fiscal sobre modificaciones estructurales, la neutralidad significa que la operación se produce sin que se altere la situación de la sociedad: las transmisiones, consecuencia de estas operaciones, no devengan los impuestos que ordinariamente gravan las transmisiones ordinarias, pero al mismo tiempo las sociedades adquirentes no se benefician de ese cambio de titularidad de cara a pagos futuros, ya que se subrogan en la situación tributaria de la transmitente.

Esta idea se puede trasladar al ámbito de las relaciones jurídicas, pues de lo que se trata es 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 sólo como un instrumento 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:

- A) *La sociedad adquirente sucede en todas las relaciones jurídicas sin más requisitos que los del propio procedimiento de la modificación estructural*

Esto 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; 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 los bienes y derechos, pero también 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).

- B) *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).

- C) *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 sólo 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 automa-

tismo absoluto de este mecanismo y su aplicación a cualquier relación no sólo facilitaría las operaciones, sino que además daría mayor seguridad jurídica, pues los resultados serían perfectamente previsibles y además inatacables, dadas 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 que impida 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

Una vez que se admite 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 cuándo y cómo 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 cuando la naturaleza de la relación lo exija –lo que hace nuestra legislación 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, tanto el legislador y los tribunales a menudo aplican los límites materiales y requisitos formales sin tener en cuenta la particularidad de este procedimiento y su finalidad. Entre otros supuestos a corregir, no parece actualmente tener justificación la posibilidad de aumentar la renta en los arrendamientos de locales (art. 32.3 LAU) y no se debería aplicar de manera rígida el principio de tracto sucesivo en el ámbito registral. La regla de la subrogación sin alteración debería aplicarse también de manera automática en relación con las licencias y las concesiones, sin perjuicio de la posibilidad de exigir que se acredite el mantenimiento de las condiciones iniciales.

5. Es posible el establecimiento de límites convencionales a la sucesión universal en las modificaciones estructurales, pero han de ser de interpretación restrictiva

Los contratantes pueden determinar cuándo una modificación estructural afecta a esa relación de tal modo que ha de extinguirse o modificarse. El interés público en favorecer estas 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 qué modo se pueden extinguir o modificar. El límite de estas previsiones es que sólo pueden afectar a la relación en sí, no a la operación: es decir, que 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 razones porque los administradores de las sociedades se estarían atribuyendo las funciones que corresponden a los socios.

En todo caso sólo se deben aplicar las limitaciones legales o convencionales previstas expresamente para estas operaciones, no las establecidas de manera genérica para cualquier transmisión. En particular resulta muy perturbadora la interpretación que extiende a estos supuestos las limitaciones a la transmisión de acciones o participaciones.

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, a diferencia del caso de sucesión *mortis causa*, la empresa, por regla general, se mantiene dentro de la nueva sociedad y por tanto funcionalmente el contratante y sus cualidades subsisten. Por tanto, esta categoría debe ser rechazada: las limitaciones sólo se deben admitir cuando la modificación subjetiva implique una alteración del contenido de la relación, por lo que se puede reconducir a la categoría de las modificaciones objetivas del contrato derivadas 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 (reforma del contrato y no sólo resolución).

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 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 aquéllas, 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. Estos riesgos para los acreedores justifican que se deba exigir también la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de la sociedad escindida, como se propone en la última conclusión.

8. El concepto de unidad económica tiene efectos sobre la sucesión universal en los casos de escisión y cesión global parcial

En la escisión parcial, la ley impone que la parte escindida constituya una unidad económica y esto conlleva la transmisión de las deudas relacionadas con la unidad económica transmitida, como se ha declarado en varias e importantes STS (casos Ertoil y Ramón Vizcaíno). En los demás supuestos de escisión no parece que pueda exigirse el requisito de la unidad económica, que en todo caso es necesario para la aplicación de la neutralidad fiscal; además, en la mayor parte de los casos, la separación de una o más unidades productivas 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 artículo 75 LME. Esta regla de interpretación ha de aplicarse también al caso de escisión total analógicamente, lo que implica la necesidad de interpretar el proyecto para determinar el perímetro de lo transmitido y sólo subsidiariamente presumir que los elementos han quedado en la escindida.

9. Las particularidades de la fragmentación patrimonial en la escisión y la cesión global plural imponen especialidades y obligaciones distintas del caso de fusión

La dificultad de determinar el destino de las relaciones jurídicas para un tercero en una escisión hace que, con arreglo a la buena fe contractual, las socieda-

des 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. Los elementos internacionales en las modificaciones estructurales plantean importantes problemas, no sólo en el caso de operaciones transfronterizas, sino también cuando la ley que regula la relación jurídica es distinta de la que regula la modificación estructural

Para que la sucesión universal responda a su nombre y finalidad debe comprender todas las relaciones jurídicas de la sociedad, incluidas las que se rigen por una ley distinta a la que ordena la modificación estructural. La ley nacional de la sociedad transmitente, que rige lo relativo a su constitución y modificaciones estatutarias, es la que se debe aplicar al régimen de transmisión derivado de las modificaciones estructurales (art. 9.11 CC y 1.2 f) Reglamento Roma I y casos *Bank of Athens y Thorn*). Al igual que se admite que la sucesión hereditaria se rija por la ley nacional del causante, es la ley nacional de la sociedad transmitente la que constituye el título de transmisión. Sin embargo, la ley que gobierna la relación podrá no sólo imponer determinadas formalidades para la oponibilidad de la transmisión frente a terceros —como establecen las Directivas en el ámbito europeo—, sino también otorgar derechos a terceros con ocasión de la sucesión. Estas limitaciones no deben ir más allá de las que se impondrían a una modificación estructural nacional.

Las dificultades planteadas por estos supuestos serán distintas según la cercanía de los ordenamientos. Mientras que en el ámbito de la Unión Europea el reconocimiento de la sucesión universal por las directivas y el principio de libertad de establecimiento imponen las conclusiones enunciadas en el párrafo anterior, fuera de estos casos, ni el reconocimiento de la transmisión ni la equivalencia de los requisitos de transmisión están garantizados.

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

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 ordinario de la 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 de ley 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 especialmente las siguientes cuestiones:

- En qué casos la ley o los pactos pueden interferir con la transmisión. Por ejemplo, habrá que tener en cuenta la regulación legal de arrendamientos, licencias, subvenciones y examinar sus efectos económicos e incluso los requisitos de autorización. Especialmente habrá que examinar hasta qué punto esa transmisión puede dar lugar al ejercicio de derechos de adquisición preferente. Este examen en algunos casos determinará la elección de qué sociedad debe tomar 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. Es importante tener en cuenta que estas alteraciones pueden 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 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 hay que prever el cumplimiento de las formalidades exigidas en ese país en su caso (caso *Thorn*).
- En realidad, el efecto de la fusión debería ser algo que se tuviera en cuenta no sólo en el momento previo a la fusión, sino en el momento de concluir contratos en una situación normal de la empresa.

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 puede ser positiva, con ciertas reservas. A pesar de la casi inexistente regulación sobre la cuestión, si se interpreta la sucesión universal de acuerdo con las Directivas, el principio de libertad de establecimiento y su finalidad es un sistema que permite una transmisión neutra del patrimonio, al menos en el ámbito intracomunitario. No obstante, sería deseable que se explicitaran legalmente los caracteres examinados –efecto *ipso iure* y *erga omnes*, neutralidad– 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 efectivamente un cambio en el contenido del derecho transmitido.

En cuanto a la cuestión de la defensa de los derechos legítimos de terceros, respecto de los acreedores, la regulación actual del derecho de oposición es tan confusa que nadie sabe si protege demasiado o demasiado poco a los acreedores. Quizá convenga pasar directamente a un derecho de oposición que no pueda paralizar la fusión, combinado con una mayor 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, agujero legal 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. La ley y la jurisprudencia dan excesiva relevancia al aspecto de titularidad formal con efectos muy perturbadores (caso de la aplicación del derecho de adquisición preferente de participaciones sociales), lo que va en contra de la naturaleza funcionalmente modificativa de estas operaciones y de finalidad facilitadora de la regulación. En cuanto a la protección de terceros, hay que rechazar la idea de que el cumplimiento del procedimiento produce el efecto de la sucesión universal de forma automática e inatacable, garantizando así la seguridad jurídica. Si se permite que el sistema sea utilizado de manera instrumental para fines distintos de los que debe servir, la víctima será no sólo 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.

*(Trabajo recibido el 26/2/2016
y aceptado para su publicación el 3/3/2016)*