

Responsabilidad de la sociedad beneficiaria de una escisión parcial frente a acreedores o terceros: ¿es conforme el artículo 65.2 RDLME con el Derecho europeo?

El trabajo analiza si la regla sobre distribución de elementos del pasivo no incluidos en el proyecto de escisión entre las sociedades beneficiarias y la sociedad escindida en una escisión parcial es conforme con la Directiva 2017/1132 del Consejo, de 14 de junio, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La normativa europea sobre modificaciones estructurales (Directiva núm. 2017/1132 del Consejo, de 14 de junio, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades) dispone dos reglas sobre protección de terceros y acreedores afectados por un procedimiento de escisión.

De un lado, el artículo 137.3 *in fine* establece una regla de responsabilidad de las sociedades beneficiarias de una escisión sobre aquellos «elementos del pasivo» que no se

hubieran adjudicado en el proyecto de escisión, siempre que la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto. Conforme a esta regla, cada una de las sociedades beneficiarias será responsable solidariamente de dicho elemento del pasivo, si bien los Estados miembros pueden prever que la responsabilidad quede limitada al activo neto atribuido a cada beneficiaria. Su equivalente en Derecho español es el apartado 1 del artículo 65 del Real Decreto Ley 5/2023, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, también, RDLME o el «real decreto ley»).

Por otro lado, está la norma sobre la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de una escisión por las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de escisión y aún no vencidas en el momento de esta publicación, que se puede limitar también al activo neto recibido por la beneficiaria, siempre que se combine con la disposición de un derecho a obtener garantías (art. 146 de la directiva). El ámbito de aplicación de esta norma viene precisamente delimitado por el propio legislador europeo: se trata de una norma de responsabilidad por «deudas transferidas» a una sociedad conforme al proyecto de escisión que «hayan nacido», pero no vencido, antes de la publicación del proyecto y que resulten incumplidas por la sociedad que las hubiera asumido. Es una norma de protección de acreedores. El equivalente en el Derecho español es el artículo 70 del real decreto ley.

Las anteriores reglas, si bien diseñadas para la escisión total, son también aplicables a las «[e]scisiones sin que la sociedad escindida deje de existir» (art. 159). La legislación española ha establecido dicha especialidad en el apartado 2 del artículo 65 y en el último inciso del apartado 1 del artículo 70, que se refieren a la «escisión parcial».

2. La responsabilidad por elementos del pasivo no incluidos en el proyecto de escisión

2.1. Introducción

Las reglas sobre atribución de elementos del pasivo que establece la normativa comunitaria parten de la idea de que el proyecto de escisión debe incluir «h) la descripción y el reparto precisos de los elementos del patrimonio activo y pasivo que se transferirá a cada una de las

sociedades beneficiarias». Si un elemento de pasivo no se incluye, hay que «adjudicarlo» con posterioridad y con esa finalidad hay que interpretar el proyecto. Sólo en el caso de elementos del pasivo que no se puedan adjudicar tras dicha exégesis procede aplicar la regla de la responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias (en la escisión total) que se puede limitar al activo neto según el artículo 137.3 *in fine*.

Conforme a la opinión prevalente en la doctrina española, la aplicación lógica de esta regla en el caso de la escisión parcial consistiría en adjudicar el elemento a la sociedad escindida y declarar la responsabilidad solidaria de la beneficiaria limitada en su caso al activo neto. En aras de exponer más claramente lo anterior puede ser de utilidad analizar el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio del 2024 (as. C-713/22, ECLI:EU:C:2024:642).

2.2. Daños medioambientales por comportamientos anteriores a la escisión (STJUE de 29 de julio del 2024)

- *Supuesto de hecho*

La sociedad de nacionalidad italiana SNIA incurrió en una responsabilidad por costes de saneamiento y daños medioambientales atribuibles a conductas anteriores (y a conductas posteriores desarrollo de éstas) a la escisión (parcial) de su negocio en el ámbito biomédico a favor de una sociedad beneficiaria de nueva creación e igualmente de nacionalidad italiana (LivaNova).

En el proyecto de escisión no se incluyó el pasivo derivado de dicha responsabilidad medioambiental porque la deuda derivada de dichos costes y daños no se había ni constatado ni valorado ni determinado a la fecha de la escisión. Es una contingencia que se manifestó después, a raíz de la demanda interpuesta por el Ministerio de Medio Ambiente de Italia contra SNIA por comportamientos anteriores y posteriores (desarrollo de los anteriores) a la escisión.

De hecho, fue la propia SNIA (incursa en un procedimiento concursal) la que promovió una demanda contra su beneficiaria (apoyada por las Administraciones Públicas) para que se declarase su responsabilidad solidaria por los costes de saneamiento y daños medioambientales hasta el límite del activo neto atribuido en el proyecto de escisión. La demanda se basaba en el artículo 2506 bis, párrafo tercero, del Codice Civile italiano, que dispone lo siguiente:

Respecto a los elementos del pasivo cuya atribución no pueda deducirse del proyecto, las sociedades beneficiarias, en el primer caso [la escisión total], y la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias, en el segundo caso [la escisión parcial], serán solidariamente responsables. La responsabilidad solidaria se limitará al valor real del patrimonio neto atribuido a cada sociedad beneficiaria.

Las dos sociedades fueron consideradas responsables por la Corte de Apelación de Milán que las condenó a indemnizar el daño medioambiental en una cantidad multimillonaria, si bien, en el caso de la sociedad beneficiaria, sólo respondería hasta el límite del activo neto.

La entidad demandada (LivaNova) interpuso un recurso de casación por entender que la Corte de Apelación de Milán había vulnerado el límite temporal establecido por la directiva de escisiones y la legislación italiana en lo que se refiere a la aplicación de las reglas sobre responsabilidad de la sociedad beneficiaria de una escisión. Según la recurrente, tanto la responsabilidad del artículo 137.3 como la responsabilidad del artículo 146.6 de la directiva se refieren, respectivamente, a «elementos del pasivo» o «deudas» que ya existan en el momento de la escisión, pero no es posible imputar a la sociedad beneficiaria daños por comportamientos de la escindida posteriores a la escisión.

La Corte de Casación italiana planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si se pueden entender incluidos en la responsabilidad de la beneficiaria por «elementos del patrimonio pasivo» no sólo el pasivo de naturaleza ya determinada (que es propiamente una deuda con un acreedor), sino también a) el pasivo identificable con las consecuencias dañosas acaecidas tras la escisión a raíz de conductas (activas u omisivas) anteriores a ésta o b) el pasivo

identificable con las consecuencias dañosas que resulten de conductas posteriores que «sean un desarrollo de las anteriores, tengan naturaleza de infracción continua y generen un daño medioambiental» cuyos efectos no se hayan podido determinar plenamente en el momento de la escisión.

- **El concepto «elementos del pasivo»**

La mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio del 2024 declaró que, efectivamente, la responsabilidad de la sociedad beneficiaria de una escisión por los «elementos del pasivo» no atribuidos en el proyecto (art. 137) no sólo comprende «deudas» (como el artículo 146), sino también elementos de naturaleza indeterminada tales como costes de saneamiento y daños medioambientales que resulten de comportamientos de la sociedad escindida anteriores a la operación de escisión, aunque hayan sido constatados, valorados o consolidados tras la escisión.

La resolución deja claro que no hay que identificar «elementos del pasivo» con «deudas» u «obligaciones», sino que constituyen tales elementos cualquier deuda (*liability*) de la sociedad escindida, cierta o incierta, determinada o indeterminada, cualesquiera que sean su origen y su naturaleza. El único requisito es que los citados elementos del pasivo hayan nacido antes de la escisión. En el caso de los costes de saneamiento y

de los daños medioambientales, la deuda nace en el momento en que se realiza la infracción o el hecho generador de los daños, con independencia del momento en que hayan sido comprobados, evaluados o incluso del momento en que se hayan consolidado.

Lo anterior se justifica en el hecho de que la Directiva 2017/1132 no sólo tiene por finalidad la protección de los acreedores (frente a los cuales la sociedad tendrá una «deuda» ya nacida antes de la escisión), sino que protege en general a los terceros que sólo después de la escisión adquirirán la condición de acreedores (v. gr., en el caso de los daños medioambientales, por haberse detectado la infracción del Derecho medioambiental mediante resolución recaída después de la escisión). De otro modo se permitiría a la sociedad causante de la actividad contaminante eludir sus obligaciones frente a sus partes interesadas como consecuencia de la escisión de una sociedad anónima sujeta a su control (cfr. STJUE, de 5 de marzo del 2015, Modelo Continente Hipermercados, respecto a la comisión de infracciones del Derecho del trabajo constatadas mediante resolución con posterioridad a una fusión).

La sentencia no se pronunció sobre si las contingencias derivadas de comportamientos posteriores a la escisión (pero que sean «desarrollo» de comportamientos anteriores) se deben atribuir también a la sociedad beneficiaria —que era el argumento

fundamental del recurso de casación de LivaNova—. El tribunal europeo consideró que la directiva establece un sistema mínimo de protección de los intereses de terceros para elementos del patrimonio pasivo que resulten de comportamientos anteriores a la escisión. La cuestión de si dicha responsabilidad comprende también daños por comportamientos posteriores que sean «desarrollo» de los anteriores (infracción continuada) se debía resolver conforme al Derecho nacional.

En nuestra opinión, este problema de la imputación por comportamientos posteriores no debe resolverse mediante un criterio causal temporal, sino mediante la aplicación de las reglas de imputación objetiva (v. gr., el daño medioambiental derivado de reparar el daño causado con anterioridad es objetivamente imputable al comportamiento anterior, aunque se haya causado después de la escisión).

3. Análisis del Derecho español

3.1. Elementos del pasivo frente a deudas

El análisis del supuesto de hecho del caso LivaNova desde el punto de vista del Derecho español requiere considerar separadamente la norma sobre atribución de elementos del pasivo no previstos en el proyecto del artículo 65.2 del Real Decreto Ley 5/2023 de la norma que dispone la responsabilidad por deudas (con acción de regreso, función de garantía y plazo de prescripción) del artículo 70.2 del mismo real decreto ley.

La responsabilidad por deudas tiene por finalidad proteger a los acreedores de las sociedades participantes en la escisión. Esta responsabilidad sólo alcanza a verdaderas deudas no vencidas y nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de escisión y que hayan sido «transferidas» (dice la directiva) o «asumidas» (dice la norma española) en dicho proyecto, y ello sin perjuicio de la activación del derecho de los acreedores a obtener garantías, como se deduce sin dificultad del tenor de la norma. La contingencia derivada de una multa o una obligación de indemnizar por comportamientos anteriores a la escisión e impuesta con posterioridad a la sociedad beneficiaria no es una deuda asumida por ninguna sociedad en el proyecto y, por consiguiente, no sería aplicable el artículo 70.2 del Real Decreto Ley 5/2023.

En conclusión, el supuesto hay que resolverlo a la luz del apartado 2 del artículo 65 de dicho real decreto ley, cuyo tenor literal, a nuestro juicio, no es del todo claro y puede plantear problemas de interpretación.

3.2. Las reglas de atribución de elementos del pasivo no previstos en el proyecto

El proyecto de escisión debe establecer las «disposiciones relativas al tratamiento del patrimonio activo o pasivo no atribuidos expresamente en el proyecto, tales como activos o pasivos desconocidos en la fecha en que se elabore el proyecto» (art. 64.2.º *in fine* RDL 5/2023). En la escisión parcial, dichas reglas no pueden quedar totalmente al arbitrio de los operadores porque el patrimonio traspasado debe constituir una unidad económica y las deudas (o pasivos) que se pueden trasladar son las inherentes

a la organización o funcionamiento de la empresa (art. 60 RDL 5/2023).

De este modo, si el proyecto no establece reglas sobre adjudicación de estos elementos del pasivo ni es posible relacionarlo con la unidad económica transmitida a la beneficiaria por vía de interpretación (*v. gr.*, una multa derivada de una infracción cometida con anterioridad a la escisión en la rama de actividad transmitida), se plantea la cuestión de quién responde de él.

Conforme a la opinión doctrinal prevalente antes del Real Decreto Ley 5/2023, el pasivo debería atribuirse a la sociedad escindida y la sociedad beneficiaria respondería en los términos previstos en el artículo 137.3 *in fine* de la directiva:

Cuando un elemento del patrimonio pasivo no se atribuya en el proyecto de escisión y la interpretación de éste no permita decidir sobre su reparto, cada una de las sociedades beneficiarias será responsable solidariamente. Los Estados miembros pueden prever que esta responsabilidad solidaria quede limitada al activo neto atribuido a cada beneficiario.

Ésta es la solución ofrecida por la Corte de Apelación de Milán que se refiere a una escisión parcial. Se declaró la responsabilidad de la sociedad escindida SNIA por la totalidad del daño medioambiental y, además, la responsabilidad solidaria de la beneficiaria LivaNova hasta el límite del activo neto. Es la regla que se deduce del artículo 2506 *bis*, párrafo tercero, del Codice Civile:

Respecto a los elementos del pasivo cuya atribución no pueda deducirse del proyecto [...] la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias [...] serán solidariamente responsables. La responsabilidad solidaria se limitará al valor real del patrimonio neto atribuido a cada sociedad beneficiaria.

Sin embargo, este resultado no se deduce claramente del artículo 65 del real decreto ley, al menos en lo que se refiere al supuesto de la escisión parcial.

Efectivamente, el apartado 1 del artículo 65 establece que «[e]n caso de escisión total [...] [se distribuirá] el elemento pasivo entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión».

Es una norma lógica en la escisión total. Como la sociedad escindida se extingue, el elemento del pasivo (el daño medioambiental) se distribuye entre todas las sociedades beneficiarias conforme al valor de los respectivos activos atribuidos. El resultado es conforme a la directiva porque la distribución del elemento pasivo proporcionalmente al valor de los activos atribuidos a cada una de ellas y la responsabilidad solidaria de todas las beneficiarias hasta el límite del activo neto atribuido (opción que permite la directiva) ofrecen una protección equivalente.

El problema se plantea en la escisión parcial. El apartado 2 del artículo 65 establece para estas operaciones que «[e]sta misma regla se aplicará en caso de escisión

parcial o de escisión por segregación, distribuyendo el elemento del activo o del pasivo entre todas las sociedades beneficiarias y la sociedad escindida».

De este modo, conforme a una interpretación literal de la norma, podría pensarse que el elemento del pasivo se adjudicará proporcionalmente entre la sociedad beneficiaria y la escindida en función del valor de sus respectivos activos atribuidos. El nuevo acreedor debería dirigirse contra cada una de las sociedades para reclamar la deuda en la indicada proporción, lo que supondría una menor protección para los terceros contraria al Derecho europeo.

Se trataría, sin embargo, de una interpretación contraria a la directiva. La traslación de la regla europea sobre responsabilidad de todas las beneficiarias en la escisión total (hasta el activo neto) a una escisión parcial requiere reconocer la responsabilidad íntegra de la escindida a la que se añadirá la responsabilidad de la beneficiaria hasta el límite del activo neto. De esta forma, si un elemento del pasivo no puede ser adjudicado a la beneficiaria porque no lo prevén las reglas del proyecto ni su interpretación, de dicho elemento debe responder íntegramente la sociedad escindida, sin perjuicio de establecer —además— la responsabilidad solidaria (limitada opcionalmente al activo neto) de la sociedad beneficiaria.

La norma europea pretende evitar que la escisión parcial perjudique a terceros, que no son (todavía) acreedores porque la contingencia no se ha cuantificado mediante la segregación de parte del patrimonio de la sociedad responsable. Conforme a la directiva, para contingencias que no estén adjudicadas en el proyecto, el acreedor debe poder reclamar la responsabilidad íntegramente a la sociedad escindida y, además, a la sociedad beneficiaria con el límite (opcional) del activo neto recibido en la escisión. Esto es lo que ocurrió en el caso LivaNova, donde el Ministerio de Medioambiente italiano pudo reclamar la totalidad del daño a la sociedad escindida y obtuvo la declaración de la responsabilidad solidaria de la sociedad beneficiaria hasta el límite de su activo neto (como dispone claramente la norma italiana equivalente).

En conclusión, debe interpretarse que la distribución proporcional del elemento del pasivo conforme al valor de los respectivos activos atribuidos a la que se refiere el apartado 2 del artículo 65 del real decreto ley se aplica sólo a las sociedades beneficiarias de la escisión o segregación cuando sean varias, mientras que la sociedad escindida responderá de la totalidad de la deuda. En el caso de que sólo exista una sociedad beneficiaria, ésta responderá solidariamente hasta el límite del activo neto.

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.