

La aportación de una rama de actividad en una ampliación de capital, sin sucesión universal, no está sujeta a la normativa sobre modificaciones estructurales

(STS 5737/2025, de 17 de diciembre, ECLI:ES:TS:2025:5737)

La transmisión de rama de actividad como aportación en un aumento de capital es válida y no está sujeta a las normas de la segregación previstas en la ley de modificaciones estructurales cuando la transmisión no persigue la sucesión universal (por ejemplo, si se excluyen expresamente los pasivos relacionados con los activos transmitidos).

INÉS FONTES MIGALLÓN

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Antecedentes

- a) En el año 2000 se concedieron al Grupo MRF Cartuja S.A. (en adelante, MRF) dos concesiones administrativas para el uso del dominio público radioeléctrico. El otorgamiento de dichas licencias supuso el devengo de la denominada *tasa por reserva del dominio*

público radioeléctrico, que dio lugar a las liquidaciones de la tasa correspondiente al año 2001. MRF impugnó dichas liquidaciones, obteniendo la suspensión del acto impugnado mediante dos avales de la entidad BBVA; Dragados Industrial S.A. (en adelante, DINSA) garantizó el aval relacionado con la tasa correspondiente a la licencia

MZZ 00020009, cuya liquidación fue confirmada por el Tribunal Supremo en el 2013.

- b) En el 2014, MRF transmitió a Eurona Wireles Telecom S.A. (en adelante, Eurona), la licencia MZZ 00020009, en el marco de una operación de transmisión de la «rama de actividad» a través de la que explotaba la citada licencia. Eurona abonó una parte del precio en dinero y el resto, mediante la entrega de acciones de Eurona emitidas en un aumento de capital *in natura*, cuya contraprestación estribó precisamente en la transmisión de rama de actividad consistente en la concesión administrativa y otros activos. En el contrato se excluían de la transmisión los pasivos de MRF, obligándose esta entidad a mantener indemne a Eurona y previéndose, respecto al pago de la tasa de la licencia, que MRF procedería a su pago y que, si esta sociedad incumplía su obligación, Eurona podría asumir el pago con cargo al precio debido a MRF en virtud del contrato de transmisión o de cualquier otro concepto. Posteriormente, MRF transmitió las acciones de Eurona a tres sociedades vinculadas. MRF fue declarada en concurso de acreedores en el 2016.
- c) Ante el impago de MRF, en el 2015 la administración ejecutó los avales, abonando DINSA, en relación con la licencia MZZ 00020009, la cantidad de 4 084 815,78 euros.
- d) En la demanda que inició el procedimiento, DINSA ejerció una pluralidad de acciones con el objetivo de

recuperar dicha cantidad. Entre otras, con carácter principal, solicitó la declaración de nulidad del contrato de transmisión de rama de actividad celebrado entre MRF Cartuja y Eurona por simulación absoluta, con restitución de prestaciones (de manera que MRF recuperara activos con los que hacer frente a la deuda) y, subsidiariamente, la declaración de nulidad del contrato y el reconocimiento de la operación como segregación (en la que tendrían que haberse transmitido también los pasivos) haciendo responsable a MRF y a Eurona del abono de la indemnización satisfecha por DINSA.

2. Resoluciones del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Sevilla

La sentencia de primera instancia desestimó todas las pretensiones ejercidas en la demanda. Concluyó que el contrato de transmisión de rama de actividad fue válido y que no hubo incumplimiento de la normativa de modificaciones estructurales porque no existió una segregación, sino «un negocio de «transmisión de actividad, sin el pasivo, permitido por el principio de libertad de pactos». El resto de las acciones también fueron desestimadas.

Interpuesto un recurso de apelación, fue desestimado por la Audiencia Provincial de Sevilla. En relación con la nulidad del contrato, la sentencia de apelación razona lo siguiente:

A juicio de la entidad actora, Drágados Industrial, S.A., Sociedad

Unipersonal, al suponer el contrato en cuestión el traspaso de una rama de la actividad negocial de la sociedad transmitente, necesariamente tenía que incluir el pasivo de la misma, haciendo responsable de su abono, en los términos antes expresados, a la sociedad beneficiaria y la escindida, por el carácter imperativo, según afirma, de las normas de la referida ley, pero, sin embargo, al igual que el juzgador de instancia, no podemos llegar a esa conclusión, puesto que, a falta de norma expresa que establezca ese carácter imperativo y a falta también de un criterio jurisprudencial claro y consolidado que se pronuncie sobre ello [...], hemos de atenernos a la regla general de la autonomía de la voluntad en materia contractual que establece el artículo 1255 del Código Civil.

Y sobre la base de ese supuesto carácter imperativo de las normas reguladoras de la figura de la escisión de sociedades mercantiles, se alegó la nulidad del contrato en cuestión, que, a juicio de la parte actora, había tratado de eludirlas, hablando, de una manera harto confusa, lo mismo que se había producido una simulación de contrato, tanto absoluta, como relativa, como de que se había concluido en fraude de ley, pero, sin embargo, no puede hablarse de tales motivos de nulidad a falta de ese carácter imperativo de una[s] normas especiales a las que los contratantes no quisieron

someterse en su momento y que no puede entenderse que sean de aplicación necesaria.

Con relación a la acción revocatoria o pauliana también ejercida en la demanda, concluye la Audiencia que no concurren en este caso los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia vienen señalando como necesarios para que pueda alcanzar éxito (si bien no van a ser objeto de análisis en esta nota, donde nos referiremos exclusivamente a la cuestión societaria).

3. El recurso de casación

La sentencia de apelación fue recurrida en casación sobre la base de seis motivos, siendo admitidos el primero, el segundo y el cuarto.

El Tribunal Supremo desestima todos los motivos del recurso de casación y confirma la sentencia dictada por el tribunal de apelación.

1) Primer motivo de casación

A los efectos de esta nota, interesa analizar el motivo primero de casación.

Este primer motivo denuncia la infracción de los artículos 68 a 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, LME o Ley sobre Modificaciones Estructurales), vigente en ese momento y, concretamente, el artículo 73, que establece el carácter imperativo del régimen jurídico de la escisión de sociedades, remitiéndose al

artículo 55 de la misma ley en cuanto a la observancia de los requisitos legalmente establecidos para la fusión de sociedades.

La recurrente argumenta que MRF, sin ningún motivo jurídico, económico o empresarial aparente, había decidido desprendérse de la rama de actividad que constituía su única actividad económica, pero en condiciones totalmente desfavorables, cediendo su único activo empresarial en bloque, pero reteniendo las deudas con DINSA y sin mantener activo suficiente con que soportarlas. El negocio realizado consistía en una escisión parcial o segregación, que debería incluir la transmisión de los pasivos y que, al haberse efectuado incumpliendo la normativa sobre modificaciones estructurales, cuya aplicación es imperativa, desvirtuó el régimen de protección de socios y acreedores.

Al no cumplirse los requisitos impuestos en la Ley sobre Modificaciones Estructurales para la escisión (entre otros, elaboración de proyecto, informe de administradores sobre el proyecto, informe de experto independiente, balance de escisión aprobado por la junta general, apertura de un periodo de información, aprobación de la operación por junta general y respeto a los derechos de oposición) se vulneraron los derechos de socios y acreedores.

2) *Resolución del Tribunal Supremo*

La cuestión debatida es si, como opina la recurrente, la transmisión de una rama de actividad a cambio de un

precio que incluye en parte acciones de la sociedad adquirente —esto es, a través de una ampliación de capital de la adquirente— debe realizarse necesariamente como una segregación, con aplicación imperativa de la normativa sobre modificaciones estructurales y con todas las garantías que para los socios y acreedores prevé dicha normativa.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión contraria, considerando que lo que califica la operación —y la normativa que se le aplica— es si en la transmisión concreta se persigue una sucesión universal o no:

- a) La segregación (tal y como se define en la Ley sobre Modificaciones Estructurales) implica una transmisión patrimonial en bloque (de una unidad económica) con sucesión universal y produce una alteración del patrimonio de la sociedad que se separa, el cual constituye la garantía del pago de los créditos pendientes. Para la tutela de los acreedores, la ley mencionada prevé unos mecanismos específicos de protección. Por ello, en estos supuestos, la ley prescribe el carácter imperativo de las normas que regulan las modificaciones estructurales, «[d]e tal forma que, si se pretende una transmisión universal de todo o parte del patrimonio de una sociedad mediante una modificación estructural traslativa, necesariamente debe ajustarse a las normas legales [las impuestas por la Ley sobre Modificaciones Estructurales]».
- b) Si no hay sucesión universal en la transmisión, no es imperativa la aplicación

de la normativa sobre escisión o segregación de la Ley sobre Modificaciones Estructurales. Dice expresamente el Tribunal Supremo: «Pero no significa que cualquier otra transmisión patrimonial, por ejemplo, la enajenación de una rama de actividad a cambio de un precio deba necesariamente articularse como una escisión».

En el caso objeto de debate, «en el que se transmite una rama de actividad, en concreto la explotación de la licencia MZZ 00020009, por un precio que se satisface parte en dinero y otra parte en acciones de la sociedad adquirente, no cabe apreciar la nulidad fundada, como se pretende, en no haberse realizado la transmisión como una segregación, precisamente porque no se buscaba una sucesión universal».

- c) Como en cualquier transmisión patrimonial, si la operación no se sujet a la normativa sobre modificaciones estructurales, «los acreedores tienen otros medios para la protección de sucrédito, basadas esencialmente en el fraude: en concreto la acción pauliana, o la nulidad por ilicitud de la causa cuando el fraude se eleva a la categoría de causa».

Cuestión distinta es que cualquiera de estas acciones, una vez declarado el concurso de acreedores de la sociedad transmitente, como ocurre en este caso, debían hacerse valer dentro de concurso como una acción de reintegración (art. 71.6 de la Ley Concursal del 2003, aplicable al caso *ratione temporis*) sujeta a las reglas

de legitimación y procedimiento previstas en el artículo 72 de dicha Ley Concursal —la legitimación activa le correspondía a la administración concursal y sólo de forma subsidiaria a los acreedores—. Y de esto último no queda constancia en los autos.

4. Comentario

Uno de los problemas que planteó la promulgación de la Ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, fue el de la posible coexistencia de las modificaciones estructurales típicas con otras operaciones (genéricamente encuadrables entre las operaciones de reestructuración empresarial) que pueden resultar funcionalmente similares.

La cuestión se suscitó, con especial interés, en relación con la llamada *aportación de rama de actividad* en el aumento de capital, ya que se planteó si esta operación debía de ajustarse necesariamente al régimen legal de la segregación o si, por el contrario, podría llevarse a cabo (a elección de las partes) mediante el negocio de aportación a una sociedad con ocasión de un aumento de capital o mediante una simple aportación a la cuenta 118 del Plan General de Contabilidad efectuado de conformidad con las reglas de la Ley de Sociedades de Capital.

La diferencia es importante desde la perspectiva de la protección de los intereses de los acreedores de la sociedad transmitente, dado que, si se lleva a cabo una segregación, se produce una transmisión en bloque y a título universal que determina la cesión de todas las posiciones jurídicas

como resultado de la inscripción de la operación sin necesidad de obtener el consentimiento individual y a cambio de activar medidas de protección de acreedores (derecho a obtener garantías, responsabilidad solidaria de la compañía segregada y de la beneficiaria y régimen de responsabilidad de pasivos no incluidos en el proyecto). Si, por el contrario, se aporta una unidad productiva de acuerdo con las normas sobre aportaciones de la Ley de Sociedades de Capital, sólo se transmitirán las deudas de aquellos acreedores que consientan la asunción liberatoria por la sociedad *acciens* y la cesión de los contratos requerirá la aprobación de la contraparte contractual.

Un sector relevante de la doctrina científica sostuvo que la posibilidad de «optar» entre el aumento de capital con aportación de rama y la segregación como modalidad de escisión, sujeta a la Ley de Modificaciones Estructurales, no estaba expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho francés. En consecuencia, este sector doctrinal consideraba que la normativa de la escisión-segregación debería aplicarse obligatoriamente y que los operadores no podían «elegir» la normativa aplicable por el simple trámite de «renunciar» a algo indisponible, como es la técnica de sucesión universal.

Esta insistencia en que se aplicara la Ley de Modificaciones Estructurales tenía una razón de ser: es la normativa que más protege a los acreedores mediante el derecho a obtener garantías y la responsabilidad solidaria de la sociedad escindida y de la beneficiaria, como tuvo ocasión de comprobar el acreedor afectado por la

operación realizada en el caso objeto de la sentencia analizada.

La doctrina registral (RDGRN de 22 de julio del 2016) se decantó por considerar que es posible realizar una aportación de rama de actividad sin sujeción al régimen de la segregación siempre que se cumplan los requisitos legales del aumento de capital con aportaciones *in natura* y siempre que se respete la ley de circulación propia de cada uno de los distintos elementos patrimoniales, que se transmitirán a título particular (sin sucesión universal). No obstante, la citada resolución dejó espacio a la duda en la medida en que quedó matizada por la idea de que, si la operación supone, de hecho, una verdadera modificación estructural (por afectar «a la estructura patrimonial o personal de la sociedad»), es necesario ajustarse a la disciplina de la segregación.

La Sentencia del Tribunal Supremo confirma esta interpretación, al referirse expresamente a que la operación propuesta deberá someterse a las normas sobre escisión/segregación sólo si su propósito es la transmisión en bloque de una rama de actividad (unidad económica) con efecto de sucesión universal.

Es cierto que la sentencia habla de una transmisión porque, ciertamente, el aumento de capital con aportaciones *in natura* se realiza de forma instrumental para pagar el precio del contrato de compraventa de la rama que, en parte, se realizaba en acciones de la sociedad compradora. Sin embargo, en el fondo, lo que se estaba debatiendo es si dicho aumento de capital (acompañado o no de un pago efectivo en el marco de un contrato de

transmisión) podía realizarse como se hizo o si debería haberse respetado el régimen jurídico legal de la segregación. Es cierto también que, en el caso, sólo se transmitieron equipos, contratos y activos relacionados con la concesión administrativa aportada, dado que nada obliga a transmitir también las deudas inherentes a la rama de actividad, como se deduce de la normativa fiscal (art. 76 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades: «Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan»). Sin embargo, creemos que la resolución

del tribunal no habría variado por el hecho de que, junto con los activos, se hubieran aportado (con el consentimiento del acreedor) los pasivos vinculados a dichos activos.

La solución parece correcta de *lege lata*. Si puede resultar conveniente una reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales para extender su ámbito de aplicación a las aportaciones de rama de actividad o es preferible dejar esto a la autoprotección de los operadores (autorización para disponer de los activos objeto de la financiación) es algo más conflictivo y no procede analizarlo en este momento.