

Trabajo Fin de Grado

El sistema de protección de los acreedores en los
supuestos de transformación de una sociedad
mercantil en la Nueva Ley de Modificaciones
Estructurales

The creditor protection system in cases of
transformation of a commercial company in the New
Law of Structural Modifications

Autor

GABRIEL FERREIRA MIRANDA

Director

JUAN ARPIO SANTACRUZ

Facultad de derecho
2024

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	5
1.	CUESTIÓN TRATADA	5
2.	RAZÓN DE ELECCIÓN	5
3.	METODOLOGÍA.....	6
II.	LA TRANSFORMACIÓN COMO MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL ...	8
1.	LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.....	8
2.	LA TRANSFORMACIÓN	10
2.1.	Concepto	10
2.2.	Tipos de transformaciones	11
2.3.	Efectos de la transformación	13
III.	LA TRANSFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES	14
1.	CUESTIONES PREVIAS	14
2.	PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN EL CÓDIGO CIVIL	15
3.	SISTEMA DE PROTECCIÓN EN EL PLANO SOCIETARIO	17
3.1	Sistema a posteriori	18
3.2	Sistema a priori	19
IV.	ANTECEDENTES PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA	
	NORMATIVA ESPAÑOLA	20
1.	CUESTIONES PREVIAS	20
1.1	Código de Comercio	21
1.2	Ley de Sociedades Anónimas de 1951	22
1.3	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.....	23
2.	LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE 2009	24
2.1	Derecho de oposición	26
2.2	Responsabilidad de los socios	28
V.	LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA NUEVA LEY DE	
	MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.....	29
1.	CUESTIONES PREVIAS	29
2.	DIRECTIVA DE MOVILIDAD	31
3.	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MODIFICACIONES	
	ESTRUCTURALES	32

4.	NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES	33
4.1	Cuestiones previas	33
4.2	Transformación transfronteriza	34
A.	Informe experto independiente y Declaración de situación financiera	35
B.	Otras medidas de protección de los acreedores	38
4.3	Transformación interna.....	40
5.	ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO	41
VI.	CONCLUSIONES	43
VII.	BIBLIOGRAFÍA	46
1	Monografías	46
2	Revistas	46

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

CC: Código Civil. Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ccom: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

DGRN.: Dirección General de Registros y el Notariado.

D-2019/2121: Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, Directiva Movilidad.

LME.: Ley 3/2009, de 3 abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

LSA: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

LSC.: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

LSL.: Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

ME: Modificación estructural.

NLME: Real Decreto ley 5/2023.

TFUE: Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el estudio de la protección de los acreedores en el supuesto de efectuarse una transformación, tanto interna como transfronteriza, por parte de la sociedad mercantil. A lo largo del Trabajo, el lector podrá encontrar un estudio histórico-normativo, mediante el cual se puede apreciar la evolución de los distintos tipos de sistemas de protección usados en nuestro país a lo largo de los años, pasando por la novación del CC hasta la NLME.

A su vez, en lo tocante al nuevo marco regulatorio introducido por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, en lo que concierne a la protección de los acreedores, el lector encontrará un estudio basado en el cambio paradigmático que ha supuesto esta nueva norma. Puesto que, se ha dejado a un lado el anterior sistema de protección de los acreedores, basado en el derecho de oposición de estos, dando paso a un sistema de garantías debidas.

Finalmente, el presente Trabajo Fin de Grado profundiza en las novedades más notables de este nuevo sistema, como es la inclusión de un experto independiente o la declaración de situación financiera.

2. RAZÓN DE ELECCIÓN

Dos han sido los motivos que han fundamentado la elección de este tema. El primer motivo, viene propiciado por mi propia aspiración personal, puesto que a lo largo de los últimos años del grado he ido viendo como el Derecho mercantil me atraía notablemente frente a otras ramas del Derecho, llegando a querer centrar mi trayectoria profesional al ámbito mercantil.

El segundo motivo, se centra en la novedad que reviste este tema, dado que como se irá viendo a lo largo del trabajo esta nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley 5/2023, cambia sustancialmente algunos aspectos fundamentales de la regulación de modificaciones estructurales, como es la protección de los acreedores. Además, al tratarse de un tema de reciente modificación, concretamente del año 2023, puede darse el caso de que no existan aún muchos trabajos que versen sobre esta reforma.

En definitiva, la razón de elección de este tema se ha sustanciado principalmente por motivaciones personales y de novedad legislativa.

3. METODOLOGÍA

En primer lugar, he creído conveniente comenzar este trabajo abordando varios de los conceptos centrales del trabajo. Estos son los conceptos de modificaciones estructurales y que se entiende por transformación de la sociedad. Todo ello en concurso con los distintos tipos de transformación, internas o transfronteriza, y sus efectos más destacables.

Delimitado el objeto del trabajo, la operación de transformación. El presente Trabajo Fin de Grado aborda las situaciones que pueden comprometer los intereses de los acreedores, concretamente, su derecho de cobro, todo ello junto a las posibles soluciones a estas perturbaciones. Siguiendo con la idea anterior, se podrá observar las posibles soluciones en favor de los intereses de los acreedores de la sociedad. A partir de este punto del trabajo, se puede apreciar una exposición de carácter histórico-normativa, de cómo a lo largo de los años, el legislador español ha regulado la protección de los acreedores, pasando por la novación del CC, hasta el derecho de oposición de los acreedores de la LME. Junto a todo lo anterior, se podrá apreciar un estudio pormenorizado de los sistemas de protección de los acreedores, existentes en los países de nuestro entorno, como son Italia o Alemania.

Seguidamente, se puede observar un estudio pormenorizado del derecho de oposición de los acreedores. Un estudio histórico del concepto, apreciándose cómo a lo largo de los años se ha venido matizando su efecto paralizante. A su vez, se podrá constatar una consecución de comparaciones entre la normativa ya derogada, consagrada en la LME de 2009 y la NLME, en lo tocante a la protección de los acreedores en sede de transformaciones internas y transfronterizas. Estas diferencias se basan fundamentalmente en el cambio paradigmático del sistema de protección de los acreedores, dejando a un lado el derecho de oposición de los acreedores, e introduciendo un sistema basado en garantías debidas.

En definitiva, la estructura y metodología usada en el presente trabajo se basa en la concreción de los temas objeto del presente Trabajo Fin de Grado, las transformaciones y el sistema de protección de los acreedores. Posteriormente se efectúa un estudio de cómo se protege a los acreedores en las transformaciones, tanto internas como transfronterizas. Por último, se observa el nuevo sistema de protección de los acreedores instaurado por la NLME, junto a las novedades introducidas.

II. LA TRANSFORMACIÓN COMO MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

1. LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

En primer lugar, debemos definir qué se viene entendiendo bajo la denominación de «modificaciones estructurales», partiendo de un análisis literal del término y siguiendo los postulados de MARÍA MOLINER¹, en su Diccionario del uso del español, podemos sintetizar la palabra «modificación» como una reforma o un cambio y la palabra «estructural» como algo en conjunto formando un armazón. A la vista de la literalidad del término, cuando hablamos de modificaciones estructurales nos estamos refiriendo a una alteración de los elementos esenciales de la sociedad mercantil, como puede ser su tipo social.

A su vez, en el Derecho positivo, en el apartado primero del Preámbulo de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, mediante una delimitación negativa se señala que una modificación estructural no solo se trata de una alteración estatutaria, sino que consiste en una alteración de elementos tan esenciales como puede ser la estructura patrimonial de una sociedad. En el mismo apartado se reviste la alteración de un carácter especial.

Igualmente, estamos ante una modificación estructural cuando existe una alteración² del contrato de sociedad, que afecta a la esfera personal, patrimonial o ambas, todo ello comportando la alteración de la identidad y naturaleza de la sociedad.

Mediante el análisis anterior podemos lograr entender la intencionalidad del legislador español, y es que el mismo, motivado por las corrientes doctrinales de su entorno como pueden ser las alemanas o las domésticas, dio paso a incluir en el cuerpo normativo español dicha expresión, modificación estructural, con una clara motivación armonizadora.

¹GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARRANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 24.

²GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARRANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones...cit.*, pp. 22-23.

Por ello, conviene recordar que, con anterioridad, el término «modificaciones estructurales» fue acuñado por diversas resoluciones administrativas, como son las resoluciones de la DGRN, siendo este una especie de paraguas terminológico para los distintos tipos de alteraciones estatutarias esenciales de las sociedades.

No obstante, esto no nos puede llevar a equívoco y pensar que antes de la aparición de este término el legislador no regulaba dichos actos, ya que sí estaban regulados, pero de una manera no refundida en una sola norma. Tal y como iremos viendo, hasta el año 2009 en España todo lo referente a las modificaciones de las sociedades mercantiles se encontraba disperso en las legislaciones de cada uno de los tipos societarios. Concretamente en el Capítulo VIII de la Ley de Sociedades Anónimas³, y en el Capítulo VIII de la Ley de Sociedades limitadas⁴, ambas leyes ya derogadas por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital del año 2010.

Por otro lado, los tipos de actos de modificación estructural existentes son: los actos de transformación, fusión, escisión y la cesión global de pasivo y activo, dado que son los actos típicos plasmados en la propia norma.

No obstante, parte de la doctrina académica se plantea si se trata de una enumeración meramente representativa o, por el contrario, nos encontramos ante una enumeración exhaustiva y excluyente⁵. En otras palabras, se cuestionan si estamos ante una lista de *numerus clausus* o *numerus apertus*. Sin ánimo de exhaustividad, debemos destacar que la doctrina mayoritaria se inclina por entender el término como una suerte de *numerus clausus*, basándose en los elementos definatorios del término, es decir, en la tipicidad de la norma; mientras que otra vertiente doctrinal minoritaria aboga por una lista abierta, mediante la aplicación del artículo 1255 del Código Civil, dada la no existencia de una negativa expresa a dicha libertad, como sí sucede, en países como Alemania, cuya legislación sí muestra una clara negativa.

³Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁴Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

⁵GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARRANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones ...cit.*, pp. 25.

Finalmente, la LME de 2009, ha sido derogada y sustituida por el libro primero del Real Decreto ley 5/2023, dando paso a lo que hoy llamamos la nueva Ley de modificaciones estructurales⁶, la principal finalidad de esta norma era la acelerada y tardía transposición de la Directiva (UE) 2019/2121, en adelante Directiva de movilidad.

En esencia todo lo que se ha dicho en este apartado sigue siendo igual respecto a definiciones y actos de modificación estructural, pero como iremos viendo a lo largo de este Trabajo Final de Grado, otros elementos sí han sido modificados, por ejemplo, el sistema de protección de los acreedores.

En conclusión, debemos entender que una sociedad mercantil realiza una modificación estructural cuando se lleva a cabo una alteración estatutaria de la propia estructura de la sociedad, a través de los cauces legales de la NLME.

2. LA TRANSFORMACIÓN

2.1. Concepto

Con ánimo de facilitar la labor del lector, debo destacar que todo el contenido expuesto en este apartado viene definido a tenor de la NLME, aunque en lo referente al concepto de transformación, a lo largo del tiempo y de las diversas normas, vemos como este concepto no se ve alterado significativamente.

Siguiendo con lo anterior, podemos observar como en el artículo 17 NLME expone lo siguiente: «En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica». Teniendo en cuenta el tenor literal del precepto, se observa como una sociedad mercantil se transforma alterando su tipo social, pero en ningún momento extingue su personalidad jurídica. Hecho relevante este último, puesto que, en los demás actos de ME, como pueden ser la fusión o la escisión, sí se puede apreciar la extinción de la personalidad jurídica anterior, siendo este hecho uno de los

⁶Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

elementos definitorios de la propia transformación⁷. Cabe destacar que, en caso de extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, esta perdería todos y cada uno de los lazos jurídicos generados con anterioridad por la sociedad.

A su vez, debemos destacar la definición dada por el profesor GARRIGUES⁸, en la que considera la transformación como un cambio experimentado por la compañía pasando de un tipo social a otro con la misma personalidad jurídica. En suma, podemos concretar que estamos ante una transformación cuando una sociedad opta por un cambio de su tipo social sin perder su personalidad jurídica.

Ahora bien, debemos exponer cuáles pueden ser las razones por las que una sociedad optaría por acometer una transformación. Las podemos clasificar en dos categorías, *por motivos económicos* o *por motivos jurídicos*⁹. En lo que respecta a los motivos económicos, los socios de una sociedad pueden estimar que resulta necesario efectuar una transformación a la vista de los resultados económicos o por la necesidad devenida de cambiar su posible respuesta patrimonial frente a las deudas de la sociedad, es decir, cambiar a un tipo social de responsabilidad limitada o a la inversa.

Por otro lado, tenemos los motivos jurídicos, los cuales vienen estipulados por la normativa societaria, esto lo podemos ver por ejemplo en los casos de reducción del capital social de la sociedad anónima por debajo de lo mínimo establecido por la normativa mercantil. A su vez, siguiendo lo dicho por BOQUERA¹⁰, en la práctica, una sociedad opta por efectuar una transformación por razones meramente económicas.

2.2. Tipos de transformaciones

Antes de nada, la clasificación que efectuaré a continuación viene dada por la variable espacial de la transformación; dicha aclaración resulta conveniente puesto que algunos autores como puede ser NIETO CAROL¹¹ clasifica los distintos tipos de transformaciones mediante la variable de la voluntariedad del órgano de administración de la sociedad,

⁷NIETO CAROL, U., *Estudios de Derecho de sociedades, Colegio Notarial De Valencia, Diez años de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2020.

⁸GARRIGUES, J: “Curso de Derecho cit.”, pp.575.

⁹NIETO CAROL, U., *Estudios de Derecho de sociedades...cit.*, pp.53.

¹⁰BOQUERA MATARREDONA, J., «La transformación de las sociedades mercantiles» en *Noticias de la Unión Europea* N.º 309, 2010., pp.11.

¹¹NIETO CAROL, U., *Estudios de Derecho de sociedades...cit.*, pp. 54.

interpretando que existen transformaciones voluntarias u obligatorias, generando así una clasificación totalmente distinta a la que expondré a continuación.

Siguiendo con la idea inicial, mi clasificación se basa en el ámbito espacial o geográfico y de legislación aplicable, y es que dependiendo de una serie de factores podemos clasificar las transformaciones como internas o transfronterizas.

A su vez, resulta necesario destacar el artículo 8 LSC¹², según el cual, una sociedad con domicilio en territorio español resulta ostentar la nacionalidad española, es decir, estará sujeta a la legislación española, es decir, su *lex societatis* es la española. Por tanto, podemos afirmar que una sociedad con domicilio social en Zaragoza está sujeta a la misma legislación que una sociedad con domicilio social en Málaga, dado que ambos domicilios sociales se encuentran dentro del territorio español.

Ahora bien, cuando nos referimos a una *transformación interna*, hacemos alusión al cambio del tipo social de la sociedad, es decir, la sociedad efectúa un cambio del tipo social adoptando otro distinto existente en la normativa española, teniendo en cuenta los supuestos posibles del artículo 18 NLME. Es decir, la transformación interna provoca una alteración del tipo social de la sociedad, pero esta sigue rigiéndose por la normativa española. Siguiendo con el ejemplo anterior, una sociedad de Zaragoza, cuyo tipo social resulta ser una sociedad anónima, decide efectuar una transformación al tipo social de una sociedad limitada, siguiendo el cauce legal de la NMLE; pero la legislación aplicable a la sociedad transformada seguirá siendo la misma: la legislación española. Igualmente, si esa transformación viniera aparejada junto a una alteración del domicilio social a otra localidad dentro del territorio español, la sociedad seguiría rigiéndose por la legislación española.

En definitiva, cuando clasificamos una transformación como interna, podemos observar que tan solo resulta ser una alteración del tipo social sin afectar a la legislación aplicable, ya que sigue rigiéndose por normativa española.

Por otro lado, las *transformaciones transfronterizas* consisten en un traslado del domicilio social de la sociedad a otro Estado con cambio de ley aplicable. A mi juicio, esta

¹² Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

definición resulta conveniente ya que la propia LME de 2009 ya venía definiendo con palabras parecidas este tipo de transformaciones, concretamente bajo la denominación de traslado internacional del domicilio social. No obstante, la NLME suprime esta denominación, y las denomina transformación interna y transfronteriza, pudiendo ser este traslado a un Estado Miembro o un Estado tercero, generándose así una bifurcación dentro de la categoría de transfronterizas: intraeuropeas y extraeuropeas. Ambos tipos de transformaciones las podemos situar en los artículos 96 y 125 respectivamente en la NLME.

En definitiva, cuando hacemos alusión a una transformación transfronteriza, no estamos haciendo alusión propiamente a un cambio del tipo social como sí ocurría en la transformación interna, sino que nos referimos al desplazamiento del domicilio social de la sociedad fuera de las fronteras españolas, dando así una alteración de la normativa aplicable a la sociedad. A su vez, debemos tener en cuenta el cambio de denominación de este tipo de operaciones, las cuales antes se denominaban «traslado del domicilio social», mientras que ahora se denominan «transformación transfronteriza»¹³.

2.3. Efectos de la transformación

En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA¹⁴ son destacables tres efectos jurídicos a raíz de la transformación de una sociedad mercantil: la continuidad de la personalidad jurídica, la invariabilidad de la participación social y la responsabilidad de los socios.

Respecto a la continuidad de la personalidad jurídica, se trata de una de las características definitorias de la transformación, pues al conservar la personalidad jurídica de la sociedad naturalmente esta no se extingue o no entra en una fase de liquidación y es por ello por lo que al conservar la personalidad jurídica no entra en juego la posible novación de los créditos del art. 1205 CC, estas ideas las veremos con mayor detenimiento en el siguiente apartado de este trabajo.

¹³LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo régimen de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles» en Deloitte legal, 12 de julio de 2023., pp. 2.

¹⁴GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J.L., «Las modificaciones estructurales de las sociedades» Menéndez, A., Rojo, A. (dir), ed. 21º, Civitas, 2023., pp. 525-526.

En cuanto a la invariabilidad de la participación social, esta se trata de un requisito legal que puede ser modificado por la voluntad de los socios, ya que estos de manera unánime en el acuerdo de transformación pueden acordar alterar la participación de los socios en el capital social. Por ello, se puede interpretar este requisito legal como una medida de protección de los socios de la sociedad transformada, puesto que, la posición del socio tan solo puede verse alterada a raíz de una transformación previo acuerdo de todos los socios.

A su vez, sobre la responsabilidad de los socios, existen dos reglas generales en el artículo 32 NLME: si la responsabilidad de los socios es limitada y la sociedad se transforma en un tipo social en el que los socios responden personalmente, se entiende que estos responderán de manera personal incluso por las deudas anteriores de la sociedad, es decir, si una sociedad limitada se transforma en una sociedad colectiva, los socios responderán personalmente de las deudas anteriores de la sociedad.

Por otro lado, la segunda regla, la cual actúa en sentido inverso (pasando de responsabilidad personal e ilimitada a una responsabilidad limitada), es que, salvo consentimiento de los acreedores, la responsabilidad de los socios se mantendrá durante los 5 años posteriores a la publicación de la transformación.

III. LA TRANSFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de nada, debemos recalcar que ante un supuesto de transformación de una sociedad mercantil se ven afectados tres grupos de sujetos, los cuales se encuentran estrechamente vinculados a la sociedad transformada, por consiguiente, hacemos referencia a los socios, los trabajadores y los acreedores de esta. No obstante, debemos recordar que en el presente Trabajo Final de Grado tan solo estudiaremos de manera pormenorizada la afección soportada por el tercer grupo antes expuesto, es decir, los acreedores.

En primer lugar, debemos partir del interés de los acreedores de una sociedad, en concreto podemos simplificarlo en, la búsqueda de cobro del crédito suscrito por el deudor. Siguiendo con lo anterior, debemos dilucidar las posibles afecciones soportadas por los acreedores en su afán de cobro en el supuesto de que se efectuó una transformación por

parte de la sociedad. A juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁵, se puede observar tres posibles afecciones o peligros, soportados por el acreedor en el caso de efectuarse una ME. Primero¹⁶, podemos encontrarnos en el supuesto de hecho según el cual la operación de ME no resulta ser un negocio óptimo para la sociedad, llevando a la misma a una situación de deterioro económico.¹⁷ Segundo, puede darse el supuesto de que la operación de lugar a una salida de patrimonio de la sociedad, que a su vez puede generar una reducción del capital social de la misma, generando todo ello una reducción de la propia solvencia de los recursos propios de la sociedad resultante. Y, tercero, puede darse el supuesto de cambio de deudor, algo que puede generar una alteración de su solvencia, puesto que el nuevo deudor puede resultar ser menos solvente que el deudor primigenio. Conviene resaltar que, en los casos de transformación, la problemática no proviene tanto de la alteración en sí mismo del deudor, sino que proviene de la alteración de la solvencia de este, ya que el nuevo deudor puede resultar ser menos solvente que el deudor inicial.

En resumidas palabras, cuando una sociedad mercantil realiza una ME, afecta a tres grupos de sujetos vinculados jurídicamente a la misma, sus socios, sus trabajadores y sus acreedores. Estos últimos, en su objetivo de cobro pueden verse afectados de diversas maneras, como puede la reducción del capital social, el mal negocio resultante de la ME y la alteración del deudor, siendo este último problema inexistente en las transformaciones, ya que como se ha señalado en el punto anterior, la personalidad jurídica de la sociedad transformada no se ve alterada.

2. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN EL CÓDIGO CIVIL

Para empezar, debemos dilucidar que se viene entendiendo por «derecho de protección de los acreedores». Siguiendo los postulados de ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL¹⁸, podemos definirlo como «la facultad que se le reconoce a los acreedores en defensa de sus créditos en los casos de alteración de la persona deudora». Antes de nada, debemos advertir que en sede de modificaciones estructurales podemos apreciar como en algunos

¹⁵FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de acreedores frente a las modificaciones estructurales», Pulgar Ezquerro (dir), La Ley, Madrid, 2024, pp. 197.

¹⁶FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 199.

¹⁷FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 202.

¹⁸ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2014 sobre el Derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las Sociedades de Capital», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 63, 2015, pp.211-226.

actos, no en todos ellos como puede ser la transformación, tiene como resultado la alteración de la personalidad jurídica de la sociedad sometida a la modificación. Es decir, observamos como el deudor pierde su personalidad jurídica inicial, tomando otra totalmente distinta, generando este hecho un potencial perjuicio al crédito del deudor.

Seguidamente, y antes de entrar en lo referente a la protección de los acreedores en el plano societario, debemos plantearnos la siguiente cuestión, ¿Cómo se efectúa la protección de los acreedores frente a la alteración del deudor en nuestro Código Civil?

Pues bien, para dar respuesta a esta cuestión, debemos exponer previamente una serie de ideas. Inicialmente, debemos partir necesariamente de la doctrina tradicional romana, por ello debemos hacer especial mención a lo expuesto por GÁLVEZ CRIADO¹⁹. Tal y como nos relata el autor, el Derecho Romano entendía que la obligación entre las partes tan solo podía vincular a las mismas, es decir, la obligación se encontraba férreamente unida a las partes originarias, dando como resultado la imposibilidad de alterar las partes vinculadas a la obligación.

Como resultado, y ante la imposibilidad de alterar las partes de la obligación, recordemos la férrea vinculación entre los sujetos y la obligación, la doctrina tradicional romana en respuesta a la imposibilidad de alterar las partes de la obligación y a la necesidad de instaurar un mecanismo de alteración de los sujetos, decidió vincular la alteración del deudor de la obligación mediante la conocida *stipulatio novatoria* o novación.

Con base en esta figura jurídica, en caso de alteración del deudor, la obligación originaria se extinguía y se daba paso a la creación de una nueva obligación, la cual ya albergaba el nuevo deudor. En otras palabras, y ahondando en el caso que nos concierne, en caso de alteración del deudor del crédito, se optaba por la novación extintiva del mismo, ya que el crédito originario se extinguía y posteriormente se constituía uno nuevo crédito.

Afortunadamente, los postulados de la novación extintiva fueron superados por nuestro CC, dando paso a lo expuesto en el artículo 1205 del mismo, cuyo tenor literal expone «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede

¹⁹CRIADO GÁLVEZ, C., «Líneas históricas de la novación subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano» en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, 2006, pp.159-183.

hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor», en consecuencia, al leer el artículo anterior, podemos extraer dos ideas, en lo que respecta a esta nueva concepción de la novación. Primero, en el supuesto de alteración del deudor resulta necesario mediar el consentimiento del acreedor y segundo, vemos la asunción del crédito por parte de un tercero, el cual se sustituye con el deudor original, pasando este nuevo deudor a responder de manera universal frente al crédito suscrito²⁰.

No obstante, conviene destacar que el autor FERNÁNDEZ DEL POZO²¹, entiende que lo esencial a la hora de alterar el sujeto deudor de un crédito no es tanto la propia alteración de este, sino que lo relevante dentro de la alteración es el cambio de respuesta patrimonial del nuevo deudor, ya que el deudor resultante puede ser menos solvente que el deudor originario.

En definitiva, en respuesta a la cuestión planteada inicialmente, debemos entender que nuestro CC protege al acreedor frente al cambio de deudor mediante la institución jurídica de la novación, la cual se basa principalmente en el consentimiento del acreedor ante la alteración del deudor.

3. SISTEMA DE PROTECCIÓN EN EL PLANO SOCIETARIO

Ahora bien, visto como da respuesta nuestra CC a la protección de los acreedores frente a la alteración del sujeto deudor, debemos comprobar cuál es el sistema de protección de los acreedores desarrollado por el legislador en el caso de ME, la misma figura jurídica del CC, descrito en el apartado anterior, la novación, o, por el contrario, el legislador español ha optado por un régimen de protección alternativo.

En primer lugar, debemos pensar cómo se desenvolvería el sistema de protección del acreedor del CC si este fuera aplicado a las ME. Siguiendo esta idea y teniendo en cuenta la principal característica de la novación del CC, el consentimiento del acreedor, vemos como ante una ME, la cual tenga aparejada una alteración de la personalidad jurídica, la sociedad necesariamente debería reunir el consentimiento de todos y cada uno de sus

²⁰ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la R...», *cit.*, pp. 213.

²¹FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 199.

acreedores, generando así una situación imposible de alcanzarse por parte de la sociedad. Además, siguiendo esta idea, podemos ver los postulados de ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL²², considera que, vincular las modificaciones estructurales al artículo 1205 del CC generaría dos grandes inconvenientes, la complicada obtención del consentimiento de todos los acreedores y el exceso de protección de los acreedores. Por tanto, en este punto, nos debe quedar claro que el uso del artículo 1205 del CC en las modificaciones estructurales resultaría ser un sistema de protección que generaría la imposibilidad de efectuarse ningún tipo de ME, por las causas antes dichas.

A la vista de todo lo anterior, el legislador español acertadamente optó desvincularse del artículo 1205 del CC, e instauró un sistema de protección alternativo para las ME. Ahora bien, ante la desvinculación del sistema general, debemos fijarnos en los tipos de sistemas de protección de los acreedores podría haber instaurado el legislador español.

Conviene recordar que a juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO²³, podemos diferenciar cuatro tipos de sistemas de protección de los acreedores, el modelo norteamericano, en virtud del cual no se confiere especial protección a los acreedores, el modelo híbrido francés, basado en la inoponibilidad de la modificación a los acreedores y, por último, el sistema italiano y el sistema alemán.

En consecuencia, a continuación, expondremos con mayor detenimiento los sistemas de protección alemán e italiano, ya que como iremos viendo a lo largo de este trabajo final de grado, el sistema español se ha venido basando en estos sistemas, los cuales a su vez se diferencian en la variable de la temporalidad. En suma, expondremos los sistemas de protección *a posteriori* y sistemas de protección *a priori*²⁴.

3.1 Sistema *a posteriori*

En primer lugar, como su propio nombre indica, este tipo de sistema de protección despliega sus efectos una vez se ha consumado la ME. En consecuencia, los acreedores

²²ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la R...», *cit.*, pp. 213.

²³FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 195.

²⁴ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la R...», *cit.*, pp. 211-226.

no ostentan facultades de protección anteriores a la consumación, como podría ser la paralización de la modificación.

Por tanto, una vez consumada e inscrita la modificación de la sociedad, los acreedores ostentan acción judicial mediante la cual pueden exigir las garantías pertinentes a la sociedad, siempre y cuando estos demuestren que su crédito ostenta algún tipo de afección a consecuencia de la modificación. Además, se opta por una posterior intervención dentro de la esfera de los administradores de la sociedad, puesto que estos conservan responsabilidad personal²⁵ en caso de impago de los créditos anteriores.

Cabe destacar, la utilización de este sistema de protección de los acreedores en países de nuestro entorno, como puede ser Alemania²⁶, cuyo sistema de protección se base en la imposibilidad de paralización del acto de ME, es decir, resulta ser una tutela no paralizante.²⁷

En suma, el sistema de protección *a posteriori* puede resultar suficientemente efectivo, ya que, siguiendo el ejemplo alemán, podemos apreciar que la protección despliega sus efectos sobre varias esferas de la sociedad, por un lado, sobre la esfera patrimonial de la nueva sociedad y por otro sobre la esfera de los administradores.

3.2 Sistema *a priori*

En primer lugar, comenzando como el apartado anterior, debemos determinar que como su propio nombre indica, este tipo de sistema despliega sus efectos de protección antes de la consumación de la modificación de la sociedad.

Este tipo de sistema es usado por parte del legislador italiano²⁸, en su caso se basa en la capacidad de los acreedores de paralizar el acto de ME, además, todo ello, se encuentra regulado bajo la denominación «derecho de oposición», este derecho de oposición es entendido por la doctrina como un derecho de asentimiento, en virtud del cual, la carga

²⁵GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARRANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones...cit.*, pp.138.

²⁶Parágrafo 25 de la Umwandlungsgesetz.

²⁷FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 196.

²⁸Arts. 2445 y 2053 CC italiano de 1942.

de buscar el consentimiento de los acreedores, recaía sobre el acreedor, puesto que en caso de no embocar su derecho de oposición, se entiende que se presta el consentimiento²⁹.

En conclusión, podemos afirmar que lo relevante de este sistema de protección, en contraposición al primer sistema, es el momento de desplegar sus efectos, siendo más drástico este último sistema, puesto que puede paralizar el acto de modificación.

IV. ANTECEDENTES PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de nada, en lo que se refiere a la protección de los acreedores, en España desde el año 1951 podemos observar la existencia del derecho de oposición de los acreedores, el cual resulta ser por antonomasia el derecho de protección de los acreedores más significativo, dado que constituye el propio ejercicio de los acreedores en búsqueda de garantías de sus intereses.

Además, podemos observar derechos accesorios al anterior, como es el derecho de información de los acreedores, mediante el cual derecho los acreedores pueden acceder a la información de la operación, con el fin de lograr entender el alcance total de la operación efectuada por el deudor.

En suma, podemos entender que el derecho de información constituye un derecho accesorio al derecho de oposición³⁰, siendo ambos sumamente importantes, puesto que el primero confiere la información de la operación, mientras que el segundo, previo análisis de la información aportada, puede desplegar sus efectos de tutela de los acreedores. Siguiendo esta idea, debemos destacar la DGRN de 9 de mayo de 2014³¹, la cual expone

²⁹ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la R...», *cit.*, pp. 211-226.

³⁰ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, 2º edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

³¹Resolución de 9 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles II de Palma de Mallorca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

lo siguiente «Tradicionalmente nuestro ordenamiento ha estructurado la protección de los acreedores en torno a dos derechos: el de información de las condiciones...y el derecho de oposición».

Finalmente, se debe advertir al lector que en este Trabajo Fin de Grado solo expondremos de manera exhaustiva el derecho de oposición de los acreedores, es decir, en lo que concierne al derecho de información, tan solo relatamos su existencia como un derecho accesorio de los acreedores, no obstante, no ahondaremos en el mismo.

Seguidamente, y antes de ahondar en la protección de los acreedores en la Ley de modificaciones estructurales del año 2009, es necesario echar la vista atrás y estudiar de manera pormenorizada las regulaciones concebidas por el legislador español a lo largo de la historia en lo referente a la protección de los acreedores, todas ello antes de la ley de 2009, hasta llegar a lo que se conoce hoy como derecho de oposición de los acreedores.

En consecuencia, debemos exponer tres períodos históricos, junto a sus tres textos normativos, el Código de Comercio de 1885, la Ley de Sociedades anónimas de 1951 y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

1.1 Código de Comercio

En sus inicios, de manera primigenia, se pudo apreciar la protección de los acreedores en el Código de Comercio de 1885³², en sede de fusiones de las compañías de ferrocarriles, concretamente en el artículo 188.

Con base en el artículo antes citado, se reconocía la necesidad de acceder al consentimiento de todos y cada uno de los acreedores de la compañía para efectuar la operación de fusión, como consecuencia de esto, se podía apreciar una sobre protección de los acreedores.

No obstante, por otro lado, en lo concernía a las fusiones en general, no existía una regulación concreta, como si ocurría con las compañías de ferrocarril, por tanto, a las

³²Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.

fusiones, las cuales no eran las compañías de ferrocarril, se les aplicaba el régimen general del artículo 1205 del CC, conviene recordar que este supuesto ha sido tratado en este trabajo final de grado en el punto anterior.

A su vez, destacaban las similitudes existentes en el sistema consagrado en el artículo 188 del Ccom, en comparación con la novación del artículo 1205, dado que en ambos artículos se promulgaba el necesario consentimiento de los acreedores.

Ante este vacío normativo, en lo que se refiere a la aplicación del sistema de protección de los acreedores a las fusiones en general, dado que el Ccom no consagraba régimen especial para estas operaciones. El Reglamento del Registro Mercantil, en fecha de 20 de septiembre de 1919, expuso su intencionalidad de extender la normativa aplicable a las compañías de ferrocarril a todas las fusiones, colmando así el vacío legal que afectaba a las fusiones. En la práctica esto no supuso un cambio significativo, ya que como hemos señalado antes, el consentimiento de los acreedores seguía siendo el elemento principal del sistema de protección, tanto en el CC como en el Ccom.

En suma, de todo lo anterior podemos apreciar la sensibilidad del legislador español de la época, dado que debía prevalecer los intereses del acreedor frente a los intereses de la sociedad³³, debido a que los acreedores ostentaban la posibilidad de imponer sus intereses, frente al interés social de la sociedad.

1.2 Ley de Sociedades Anónimas de 1951

Posteriormente, en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951³⁴, se pudo apreciar por primera vez, lo que se viene conociendo como «Derecho de Oposición», este derecho se ubicaba en el artículo 145 de la misma ley. Como resultado de lo anterior, podemos apreciar como el legislador español optó en esta nueva norma por un sistema de protección *a priori*, recordemos que este concepto ya ha sido tratado en este trabajo.

Ahora bien, debemos exponer como desplegaba sus efectos este nuevo sistema de protección de los acreedores. En primer lugar, tras acordarse la fusión, la eficacia y la

³³ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales...cit.*, RB.5.

³⁴Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas.

ejecución de esta se paralizaba por un período no inferior a tres meses. Durante este período, los acreedores podían acceder al derecho de oposición.

Ejercitado el derecho de oposición, la fusión se mantenía paralizada, hasta que la sociedad garantizase los intereses de los acreedores o la sociedad liquidara el crédito del acreedor, por consiguiente, la fusión no podía consumarse hasta que no se garantizaran o liquidase los créditos de los acreedores.

A sí mismo, la ley de 1951 no efectuó una declaración pormenorizada de qué acreedores podían acceder al derecho de oposición, ya que la norma tan solo hacía referencia a «algún acreedor», este hecho trajo consigo una clara problemática, dado que podían acceder al derecho de oposición acreedores, cuyos créditos no se encontraban en peligro por la operación.

En definitiva, podemos comprobar como en la Ley de 1951 resultó ser un claro cambio paradigmático en lo que respecta a la materia estudiada en el presente trabajo, es decir, la protección de los acreedores. Dado que se evolucionó de un sistema completamente inviable, por la necesidad de acceder al consentimiento de todos los acreedores, a un sistema algo más flexible para la sociedad. No obstante, esta flexibilización resultó ser relativa, puesto que aún se les confería a los acreedores un exceso de protección, al permitirles paralizar el acto de ME,³⁵ hasta garantizar o liquidar el crédito.

1.3 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Por otra parte, antes de comenzar con lo referente al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas del año 1989, se debe subrayar el contexto histórico en el cual se promulgó dicha norma. Recordemos que esta norma fue promulgada después del ingreso de España a la Comunidad Europea, la adhesión de España tuvo lugar el 1 de enero de 1986. Por consiguiente, el TRLSA debía ser congruente con lo estipulado por los organismos de la Unión Europea.

³⁵ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales...cit.*, RB.5.2

En lo que respecta a la protección de los acreedores, se continuó con los postulados del anterior sistema, el promulgado en la ley de 1951, ya que, se continuó con el derecho de oposición de los acreedores. No obstante, esto no es del todo cierto, puesto que, si se siguió con el denominado derecho de oposición, pero este nuevo derecho de oposición ostentaba algunas modificaciones con relación a su antecesor, algunos ejemplos pueden ser, el cambio de liquidación del crédito por parte del deudor por la constitución de fianza mediante una entidad de crédito o la remisión de la ley a los supuestos de reducción de capital³⁶.

En definitiva, ha quedado patente como a lo largo del tiempo el legislador español ha venido regulando la protección de los acreedores, pasando de una total protección de los acreedores, en detrimento de los intereses de la sociedad, ya que en ocasiones se requería la aceptación y consentimiento de los acreedores. Hasta llegar a un sistema algo menos radical en lo que se refiere a la protección de los acreedores, dado que se abandona el sistema de consentimiento de los acreedores, y se opta por un sistema de oposición, mediante el cual el acreedor podía ejercer su derecho paralizando el acto de ME³⁷.

2. LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE 2009

Siguiendo con la línea temporal anterior, el legislador español en el año 2009 promulgó la Ley de Modificaciones Estructurales. Con su adopción, se armonizó en una misma norma los actos de ME por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, recuérdese que todo lo anterior a esta norma, referente a las modificaciones estructurales se encontraba de manera no unificada en leyes como el TRLSA o la LSL, posteriormente fueron desplazadas por la Ley de Sociedades de Capital.

Pues bien, tal y como ocurrió en la LSA de 1951 o el TRLSA de 1989, el derecho de oposición de los acreedores se mantuvo presente en la ley de 2009, concretamente en su artículo 44, dentro del capítulo referente a la fusión. Asimismo, y como ocurrió en la norma del año 1989, el derecho de oposición de los acreedores consagrado en la LME sufrió una reforma el año 2012.

³⁶ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales...cit.*, RB.5.4

³⁷ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales...cit.*, RB.5.1

Ahora bien, en este punto del presente trabajo, debemos dilucidar en qué actos de ME era de aplicación el derecho de oposición de los acreedores. En consecuencia, el derecho de oposición de los acreedores se encontraba incardinado en el artículo 44 de LME, por ende, dentro del Título II de la norma, cuyo contenido se aplica a la fusión. En lo que respecta a los demás actos de ME se les aplicaba el derecho de oposición de los acreedores, mediante remisión al artículo 44 de LME. En suma, se podía observar cómo en sede de escisión se aplicaba el artículo 89 de la LME, con base en este artículo se remitía al artículo 44. Lo mismo sucedía con el traslado del domicilio social, ya que su artículo 100 remitía otra vez al artículo 44.

A la vista de todo lo anterior, vemos como en sede de transformación no existía ningún artículo en virtud del cual se remitiera al artículo 44, por tanto, el derecho de oposición no se aplicaba a las transformaciones.

Visto todo lo anterior, debemos extraer una idea clara, a las transformaciones no se les aplicaba el derecho de oposición de los acreedores, mientras al traslado del domicilio social si se le aplicaba el derecho de oposición de los acreedores, recuérdese que actualmente denominamos este acto como transformación transfronteriza.

Como resultado de lo anterior, se nos genera un interrogante, si no se aplicaba el derecho de oposición en las transformaciones, ¿cómo se protegía los intereses de los acreedores ante una transformación?

Pues bien, a continuación, expondremos las dos modalidades de protección de los acreedores que existieron en la LME, primero expondremos el conocido como derecho de oposición, aplicable al traslado del domicilio social, y posteriormente el sistema usado en las transformaciones.

A mi juicio, resulta conveniente presentar las dos sistemas de tutela de los interés de los acreedores extraídos de la LME en relación con la transformación y el traslado del domicilio social, puesto que, en los siguientes puntos de este trabajo, podremos observar que ambos actos de ME, se encuentran actualmente bajo la denominación de transformaciones, y como el propio nombre del trabajo final de grado indica, nos debemos centrar en la protección de los acreedores en lo referente a las transformaciones

2.1 Derecho de oposición

Como se ha señalado anteriormente, el derecho de oposición de los acreedores se venía aplicando al traslado del domicilio social de la sociedad mercantil, con base en el artículo 100 de la LME, cuyo contenido remitía al artículo 44 de la misma ley.

En primer lugar, originalmente, la LME mantuvo sin grandes alteraciones lo establecido en la normativa del año 1989, ya que el derecho de oposición de los acreedores mantuvo su principal característica, la posibilidad de paralizar el acto de ME sin que esta pudiera surtir efecto, hasta que la sociedad garantizase el crédito del acreedor. A raíz de ello podemos observar como el legislador español continuaba apostando por el mantenimiento de un sistema *a priori*³⁸.

No obstante, este efecto paralizante se vio modificado mediante la reforma introducida por el RD-L 9/2012³⁹ en transposición de la Directiva 2009/109 CE, en virtud de esta reforma, se añadió el apartado cuarto del artículo 44 de la LME, ocasionando lo siguiente.

A partir de esta reforma, las operaciones de ME podían alcanzar su eficacia inclusive cuando algún acreedor hubiese accedido a su derecho de oposición. Como resultado de ello, nuestro sistema de protección de acreedores paso de ser un sistema de protección *a priori*, a otro tipo de sistema, el cual algunos autores calificaron como sistema mixto, dado que algunos efectos de protección se desenvolvían antes de la ME, mientras que otros efectos se desplegaban posteriormente.⁴⁰

En suma, de todo lo anterior, a juicio de NIETO CAROL, citando a VANESA MARTÍ MOYA⁴¹, el sistema español anterior a la introducción de esta reforma se venía caracterizando por ser un sistema altamente garantista para los acreedores, recordemos que confería la posibilidad de paralizar la operación, no obstante, una vez promulgada la reforma de 2012, la protección hiperbólica de los acreedores se moderó.

³⁸ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales...cit.*, RB.7.1

³⁹Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

⁴⁰ESCRIBANO GAMIR, RC. «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)», Diario La Ley, número 7855, Sección Doctrina, 10 de mayo de 2012.

⁴¹NIETO CAROL, U., *Estudios de Derecho de sociedades...cit.*, pp. 270.

Ahora bien, debemos dilucidar como desplegaba sus efectos el derecho de oposición de los acreedores desde la reforma del año 2012. Primero de todo, debemos destacar que los sujetos con legitimidad activa para acceder al derecho de oposición eran los acreedores, cuyos créditos hubieran nacido antes de la inserción del proyecto en la web de la sociedad o del depósito en el Registro Mercantil, y, además, el crédito debía encontrarse no garantizado. En otras palabras, objetivamente no todos los acreedores de la sociedad ostentaban legitimación activa para acceder al derecho de oposición, sino que, debía cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 44.2 de LME.

Asimismo, habiendo señalado los acreedores que ostentaban la legitimación activa para ejercer el derecho de oposición, se debe exponer el transcurso del procedimiento en sí mismo.

En primer lugar, el acreedor, que ostentaba los elementos antes señalados del artículo 44.2 de la LME, tenía el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de ME para presentar su desavenencia, conviene recordar que durante dicho plazo la ME no podía surtir efecto con base en el artículo 44.1 de la LME.

Seguidamente el acreedor se debía dirigir a los juzgados de lo mercantil del domicilio de la sociedad, para que estos determinaran si existía una situación de insuficiencia de las garantías, no obstante, como señala FERNÁNDEZ DEL POZO, L⁴². la cuestión de la judicialización del sistema se encontraba no determinado y en la práctica en pocas ocasiones se llegaba hasta tal extremo.

Siguiendo con el proceso, y en sede de registro, se debía hacer constar en el Registro Mercantil, donde se había inscrito la ME, mediante nota marginal el uso de ese derecho de oposición, haciendo constar que esa ME se encontraba en tela de juicio, puesto que algún acreedor había instado su derecho, y seguramente estuviera a la espera de que los juzgados de lo mercantil ratificarán la existencia de una insuficiencia de las garantías.

Finalmente, en caso de que se reuniera todos y cada uno de los elementos necesarios para acceder al derecho de oposición, el acreedor podía optar por varias vías, dependiendo de

⁴²FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 236.

qué punto se encontraba esa modificación, por un lado, se podía acoger a la mera constitución de una mejor garantía ofrecida por parte de la sociedad o, por otro lado, podía ir en contra del propio acto de modificación, pudiendo pedir la anulación del mismo.

A colación de todo lo que se ha venido diciendo, resulta relevante destacar que todos y cada uno de los elementos descritos sobre la forma de desplegar sus efectos el derecho de oposición conforme a la LME de 2009 a partir de la reforma de 2021, se encuentra íntegramente ratificado por la Resolución de DGRN de 15 de octubre de 2014, cuya resolución vino sustanciada por las cuestiones planteadas tras la modificación del año 2012, cuestiones basadas en la posibilidad de inscribir una ME en la que existía acreedores, los cuales habían alzado su derecho de oposición.

En definitiva, en sus inicios la LME se decantó por seguir la tradición normativa en lo que se refiere a la protección de los acreedores, dado que siguió instaurando el uso de un sistema *a priori*, basado en actuar de forma anticipada ante un acto de ME, habilitando el acceso de los acreedores a un sistema de protección denominado, «derecho de oposición», sistema basado en la paralización de la ME, a su vez, debemos recordar que esta denominación es heredada de la norma del año 1989.

Por su parte, el derecho de oposición no fue conferido a todos los acreedores de la sociedad, como sí ocurría en la norma del año 1951, puesto que tan solo podían acceder los acreedores cuyos créditos tuvieran los elementos del artículo 44.2 de la LME, dichos elementos eran de carácter temporal, crédito anterior al acuerdo y no vencido.

Además, a partir del año 2012, se introdujo el apartado cuarto del citado artículo, ocasionando que el derecho de oposición no podía paralizar el acto de ME. Es decir, el derecho de oposición de los acreedores heredado de la ley del año 1989, basado en la tutela paralizante y en un sistema *a priori*, se transformó en un sistema no paralizante basado en un sistema mixto.

2.2 Responsabilidad de los socios

En primer lugar, la LME 2009, en lo que respecta a las transformaciones, no reconocía el derecho de oposición a los acreedores consagrado en el artículo 44 de la misma ley.

Por consiguiente, ante la inaplicabilidad del sistema de protección de los acreedores, es decir, el derecho de oposición, los acreedores tenían acceso a otros mecanismos de protección de sus intereses, concretamente, al artículo 21 de la ley de 2009. En virtud de este, la posible protección de los acreedores se fundamentaba en la responsabilidad de los socios ante las deudas sociales.

Como resultado, en el caso de que la sociedad transformada accediese a una forma social, en virtud de la cual sus socios accedieran a la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas de la sociedad, los créditos anteriores a la transformación serían respondidos de manera personal, con base en el artículo 21.1 de la LME DE 2009.

Mientras que, por otro lado, en sentido inverso, si una sociedad transformada, accediese a una forma social de responsabilidad limitada, los créditos anteriores seguirán siendo garantizados de manera ilimitada durante un plazo de cinco años, es decir, los socios seguían respondiendo de manera personal ante los créditos anteriores. No obstante, lo anterior no era aplicable cuando los acreedores consintieran la transformación de la sociedad, con base en el artículo 21.2 de la LME de 2009.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA NUEVA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

1. CUESTIONES PREVIAS

La NLME ha realizado una reforma integral del régimen de las ME de las sociedades mercantiles, lo que ha incluido la derogación total de la LME de 2009. Como resultado de ello, se ha modificado el sistema de protección de los acreedores mediante la supresión del derecho de oposición de los acreedores en sede de las ME, sustituyéndolo por un nuevo sistema de protección de los acreedores, conocido como sistema de garantías debidas.

A juicio de autores como FERNÁNDEZ DEL POZO⁴³, esta alteración del sistema de protección era necesario, ya que el antiguo derecho de oposición de los acreedores presentaba una mala calidad regulatoria, al igual que un funcionamiento altamente deficiente.

No obstante, esta supresión del derecho de oposición de los acreedores en sede de ME no ha generado una desaparición total de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁴. Puesto que, siguiendo nuestro legislador una incoherencia sistemática, el derecho de oposición de los acreedores sigue vigente en la LSC. Concretamente en lo relativo a la reducción de capital de las sociedades anónimas y las sociedades limitadas. Conviene destacar que profundizaremos en el supuesto de reducción de capital en los apartados siguientes de este Trabajo Fin de Grado.

A su vez, la NLME se basa en un régimen homogéneo para todas las operaciones de modificaciones estructurales, sean internas o transfronterizas. Esto no es un hecho baladí, ya que la homogenización no viene impuesta por el legislador europeo, sino por el propio legislador español. Además, hay que tener en cuenta cómo esta homogenización genera una mayor complejidad en algunos supuestos en comparación con la antigua ley del año 2009. Reafirmando esta postura, en la Directiva de movilidad en sede de transformaciones, concretamente en el artículo 86 quaterdecies, se puede observar la necesidad de obtener el certificado previo emitido por los organismos públicos del Estado miembro, donde se constate que la sociedad no ostenta deudas pecuniarias con estos organismos.

Pues bien, al crear un régimen homogéneo para las ME, se observa como este requisito se extiende a todas las modificaciones, pasando de ser obligatorio tan solo para las ME transfronterizas a todas las modificaciones estructurales, tal y como se observa en los artículos 20. 3º o 64. 3º entre otros de la NLME. En pocas palabras, ha sido el propio legislador español quien ha generado una mayor complejidad en el sistema de ME de las sociedades mercantiles.

⁴³FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 183.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 183.

Si no fuera poco lo anterior, conviene hacer hincapié en la manera de efectuar la transposición de la Directiva de movilidad, pues el legislador español ha efectuado la transposición de la directiva mediante la figura del real decreto-ley. La elección del real decreto-ley puede generar una falta de calidad de la norma, al no ser esta debatida en el Parlamento, dejando a un lado todos los filtros parlamentarios, los cuales enriquecerían la norma.

No obstante, a juicio de autores como FERNANDEZ DEL POZO⁴⁵ el uso de esta figura jurídica resultó conveniente, a la vista del mal funcionamiento del sistema anterior, haciendo imperiosa su modificación. Cabe señalar que no se trata de un hecho aislado transponer de esta forma directivas sobre esta temática, tal y como he señalado en apartados anteriores del presente Trabajo Fin de Grado, pues mediante el Real Decreto 9/2012 se efectuó la transposición de la Directiva 2009/109, haciendo patente el uso del decreto-ley en otras ocasiones.

2. DIRECTIVA DE MOVILIDAD

En primer lugar, el legislador español se ha inspirado en la Directiva 2019/1132, en adelante «Directiva de Movilidad», para establecer el régimen de las modificaciones estructurales en la NLME. Esta Directiva se basa en el principio de la libertad de establecimiento.

El principio de la libertad de establecimiento⁴⁶ se encuentra consagrado en los artículos 49 y 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este principio resulta ser la piedra angular de la Directiva, dado que viene a dar un sentido completo a una de las ideas más importantes del mercado único europeo. Globalmente, me refiero a la idea originaria de establecer una zona de libre circulación de bienes, personas, servicios

⁴⁵FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*

⁴⁶La libertad de establecimiento constituye uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Con arreglo al artículo 49, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), en relación con el artículo 54 del TFUE, la libertad de establecimiento para las sociedades o empresas comprende, en particular, la constitución y la gestión de tales sociedades o empresas en las condiciones fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que comprende también el derecho de una sociedad o empresa constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro a transformarse en una sociedad o empresa sometida a la legislación de otro Estado miembro, siempre que cumpla los requisitos establecidos por la legislación de ese otro Estado miembro y, en particular, el criterio adoptado por este para establecer los puntos de conexión de una sociedad o empresa con su ordenamiento jurídico nacional.

y capitales, tal y como expuso Schuman en lo que hoy conocemos como la Declaración de Schuman del año 1950⁴⁷.

En la práctica se ha destacado el buen funcionamiento de la anterior Directiva 2017/1132⁴⁸, cuyo objeto era abordar las fusiones transfronterizas. En consecuencia, a la luz de los efectos satisfactorios de la anterior directiva, se ha abordado, mediante la Directiva de movilidad, otros actos de ME, como pueden ser la transformación y la escisión, ambas transfronterizas.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

En primer lugar, debemos hacer alusión a los artículos 1 y 2 de la NLME, en virtud de los cuales se puede delimitar el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la norma. Así pues, dicha norma resulta ser aplicable a todas las ME internas o transfronterizas de las sociedades consideradas mercantiles, ya sea por forma o por el objeto.

Es destacable también que en el artículo 3 se establece un régimen de limitaciones y exclusiones en la aplicación de la norma, que afectan a las sociedades que se encuentra en una situación de liquidación de la sociedad o concurso de acreedores, generando así varias situaciones distintas de aplicabilidad.

La primera situación se basa en la posibilidad de que la sociedad en fase de liquidación pueda efectuar una ME, siempre y cuando esta fase de liquidación no haya llegado al punto de haber iniciado la distribución entre los socios del activo de la sociedad. Conviene recordar que esta situación se encontraba en los mismos términos en la antigua norma del año 2009.

⁴⁷Robert Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores, pronunció la Declaración que lleva su nombre el 9 de mayo de 1950. En ella proponía la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero cuyos miembros pondrían en común la producción de carbón y de acero.

⁴⁸La Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo (3) regula las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Las normas sobre fusiones transfronterizas representan un hito en la mejora del funcionamiento del mercado interior para las sociedades y empresas y su ejercicio de la libertad de establecimiento. Sin embargo, la evaluación de esas normas demuestra que necesitan ser modificadas. Además, conviene establecer normas que regulen las transformaciones y escisiones transfronterizas, puesto que la Directiva (UE) 2017/1132 contiene únicamente normas relativas a las escisiones nacionales de sociedades anónimas.

Por otro lado, la siguiente situación sí resulta ser una novedad, ya que se basa en la posibilidad de que una sociedad en concurso o sometida a un plan de reestructuración puede efectuar una ME. Esta novedad se basa no tanto en la aplicabilidad en las sociedades en concurso, puesto que, con anterioridad a la NLME, en la práctica se venía permitiendo acceder a los actos de ME a las sociedades en concurso a; la novedad reside en la permisividad expresa de la norma, algo que en la norma del año 2009 no ocurría. Puesto que, anteriormente, las sociedades en concurso accedían a las ME, al no existir una prohibición al respecto. Por tanto, mediante una interpretación *sensu contrario*, al no estar expresamente prohibida la aplicación de las ME a las sociedades en concurso, se efectuaba la aplicación.

Sin embargo, es destacable que en lo que respecta al traslado del domicilio social, lo que hoy conocemos como transformación transfronteriza, sí ha habido un cambio sustancial. Ya que anteriormente se negaba a las sociedades en concurso o liquidación acceder al traslado del domicilio social, todo ello según el artículo 93.2 de LME; mientras que en la NLME se ha suprimido lo relativo al concurso, prohibiendo tan solo el acceso a la transformación transfronteriza a las sociedades en liquidación concursal.

Por último, en los supuestos antes relatados, sociedades inmersas en concurso de acreedores, la protección de los acreedores no reside en la NLME, ya que la misma se ajusta a lo previsto en la Ley concursal, según el artículo 3.2 de la NLME.

4. NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

4.1 Cuestiones previas

En primer lugar, tal y como venimos señalando a lo largo del presente Trabajo Fin de Grado, al haber existido una derogación completa de la LME en favor de la NLME podemos observar una alteración total en lo referente a la protección de los acreedores. En consecuencia, el derecho de oposición de los acreedores se ha visto desplazado por un nuevo sistema de protección de los acreedores, este nuevo sistema a juicio de

FERNANDEZ DEL POZO⁴⁹, se sustenta bajo una condición híbrida, puesto que, despliega sus efectos de protección vía registro y a su vez vía judicial.

A su vez, tal y como venía ocurriendo en la LME, se puede seguir apreciando dos sistemas de protección de los acreedores, dependiendo del tipo de transformación que se lleve a cabo. Por ello, a continuación, profundizaremos en la aplicación del sistema de protección de los acreedores del artículo 13 de la NLME en el supuesto de transformación transfronteriza y, posteriormente, en el sistema de protección establecido en el artículo 32 de la NLME en los supuestos de transformación interna.

4.2 Transformación transfronteriza

La primera diferencia entre la anterior norma y la NLME, es terminológica. La normativa anterior empleaba la denominación «Derecho de oposición» para hacer alusión a la protección de los acreedores, mientras que la nueva norma suprime esta denominación y opta por tan solo incluir la denominación «Protección de los acreedores».

En segundo lugar, en lo que se refiere a la condición de acreedor con legitimación activa para acceder a la tutela ofrecida por la protección de los acreedores. Según el artículo 13.1 de la NLME, los requisitos de temporalidad siguen siendo iguales a los estipulados en la LME, ya que los créditos deben haber nacido con anterioridad a la publicación del proyecto y no deben haber vencido.

En tercer lugar, el plazo conferido a los acreedores para acceder al procedimiento del artículo 13 de la NLME, ha sido modificado. Ya que, podemos observar como en la norma derogada según su artículo 44, la operación no podía realizarse la operación de ME hasta el transcurso de un mes. Dicho plazo era concedido a los acreedores para acceder y hacer valer su derecho de oposición. No obstante, en caso de hacer valer su derecho de oposición, al transcurrir el plazo de un mes, la operación podía consumarse. En otras palabras, la operación se mantenía paralizada hasta el transcurso del mes, pero posteriormente, la operación se podía consumir, existiendo o no el ejercicio del derecho de oposición. No obstante, este plazo de suspensión de un mes ha desaparecido en la

⁴⁹FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 236.

NLME, pudiendo efectuarse la ME en cualquier momento. Conviene destacar que, en los supuestos de transformación transfronterizas, el plazo según el artículo 13.1 de la NLME, es de tres meses, desde de la publicación del proyecto.

Teniendo claro la nueva denominación del sistema protección, los acreedores legitimados para acceder a dicha protección y los nuevos plazos, debemos centrarnos en cómo se efectúa el procedimiento en sí mismo.

A. Informe experto independiente y Declaración de situación financiera

Antes de nada, debemos recordar que el nuevo sistema de protección de los acreedores se basa en un sistema de garantías debidas. Por consiguiente, la protección de los acreedores gira entorno a la idea de las garantías ofrecidas por los administradores de la sociedad a los acreedores de la misma.

Según el artículo 4.1. 4º de la NLME, los administradores en su proyecto de ME deben exponer las implicaciones de la operación de ME en relación con los acreedores, junto a todas las garantías ofrecidas a los acreedores, sean garantías reales o personales. Ahora bien, una vez elaborado el proyecto de ME, según el artículo 6.3 de la misma ley, los administradores pueden solicitar a un experto independiente, una valoración sobre la adecuación de las garantías presentadas en el proyecto de ME.

Por tanto, es este punto nos encontramos con dos posibles situaciones. La primera, los administrados solicitan la valoración del experto independiente y este emite su informe sobre la adecuación de las garantías. La segunda, se puede dar el caso de que los administrados pueden adjuntar declaración sobre la situación financiera de la sociedad, haciendo no necesario solicitar el informe del experto independiente. A continuación, profundizaremos en las implicaciones de cada una de las anteriores situaciones.

En relación con la primera situación, al basarse en la existencia de un experto independiente, resulta necesario primero profundizar en la propia figura del experto independiente. Según FERNANDEZ DEL POZO⁵⁰ la existencia de esta figura resultaba desconocida dentro de nuestro ordenamiento jurídico en sede de ME. Debido a la propia

⁵⁰FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 220.

estructura del sistema de protección de los acreedores de la LME, basado en un sistema de oposición, mediante el cual la insuficiencia de las garantías debía ser constatado vía jurisdiccional y no mediante informe de experto.

No obstante, no ocurre lo mismo en otras operaciones vinculadas a la sociedad. Puesto que, podemos observar el requerimiento del experto independiente en artículos como el 67 de la LSC. Con base en el mismo, el experto independiente debe emitir informe, cuyo contenido valora las aportaciones no dinerarias en sede de sociedad anónima. Por tanto, la figura del experto independiente no era ajena a nuestro ordenamiento jurídico, ya que se venía usando, pero en otras situaciones. Lo mismo venía ocurriendo en Estados de nuestro entorno como puede ser Italia. Donde podemos observar en el ordenamiento italiano, en el artículo 2503⁵¹, comma 1º CC, prevé la existencia de un experto independiente. A su vez en lo que concierne a la propia Directiva, podemos observar cómo la misma habilita a los Estados miembros a incluir en sus normas de transposición la figura del experto independiente.

Esta nueva figura en sede de ME, ha suscitado un debate en lo tocante a su obligatoriedad. Por ello, podemos ver opiniones opuestas. Por un lado, vemos opiniones como la de LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO⁵², según el cual, la inclusión de un experto independiente resulta ser totalmente desproporcionado, dado que el informe emitido por el experto resulta ser preceptivo inclusive en caso de que, tras la declaración de situación financiera realizada por los administradores, el acreedor solicite la confección de este informe. En contra de lo anterior, a juicio del autor FERNÁNDEZ DEL POZO la inclusión del experto independiente no trae consigo una desproporcionalidad para las partes intervinientes de la operación⁵³. Puesto que, esta nueva figura es la pieza fundamental para la desjudicialización del procedimiento.

Siguiendo con la idea del informe emitido por experto independiente, podemos ver como el artículo 13.1 de la NLME en sus subapartados 1º 2º, expone dos posibles situaciones, dependiendo de la información del informe, ya que puede determinar la suficiencia de las

⁵¹FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 219.

⁵²LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo régimen...», *cit.*, pp. 4.

⁵³FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 220.

garantías aportadas por los administradores, o, por el contrario, puede determinar que las garantías aportadas no son adecuadas.

Como resultado de lo anterior, podemos apreciar en caso de que el informe del experto independiente estime que las garantías son suficientes, el acreedor, que aun así guarda el convencimiento de que su crédito no está suficientemente garantizado, tan solo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho⁵⁴. Concretamente ante los Juzgados de lo Mercantil competente, todo ello con base en el Art. 13.1 2º de la NLME.

Por otro lado, si el informe cuya información estima la insuficiencia de las garantías ofrecidas al acreedor, este podrá acudir en primera instancia ante el Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad, el cual se dirigirá a la sociedad para que adecue sus garantías⁵⁵, todo ello con base en el Art. 13.1 1º de la NLME. Tras el proceso anterior, si se da el caso de que el acreedor sigue disconforme con las garantías ofrecidas, puede acceder a la vía jurisdiccional, en los mismos términos que en el supuesto de un informe, cuya información determina que las garantías son adecuadas.

Con respecto, a la segunda opción. Según el Art. 13.1. 3º de la NLME, podemos apreciar la situación en caso de no existir un informe emitido por experto independiente. Este supuesto se puede dar en los casos del artículo 15 de la NLME, según el cual la sociedad puede emitir declaración sobre la situación financiera de la sociedad. Logrando así, evitar en primera instancia la emisión del informe por parte del experto independiente. No obstante, emitida la declaración de situación financiera, los acreedores que se encuentren en desacuerdo con la información de la declaración, tienen la posibilidad de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un experto para que este emita informe sobre la adecuación de las garantías. Una vez emitido el informe por parte del experto designado por el Registrador, dependiendo de la información arrojada, si declara la adecuación o no adecuación de las garantías ofrecidas, se estará a lo dispuesto en los apartados 1º y 2º respectivamente⁵⁶ del artículo 13 de la NLME.

⁵⁴LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo ...» *cit.*, pp.4.

⁵⁵LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo ...» *cit.*, pp.4.

⁵⁶LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo ...» *cit.*, pp.4.

Por tanto, la declaración de situación financiera no resulta ser absoluta en lo que se refiere a la concreción de la suficiencia de las garantías ofrecidas, dado que, en caso de discrepancia, se debe emitir informe por medio del experto independiente.

En lo que se refiere al informe del experto independiente y la declaración de la situación financiera, se debe recalcar el juego de la presunción. En virtud de lo anterior, se puede observar una presunción *iuris tantum*, puesto que, salvo prueba en contrario, se entiende que el crédito se encuentra suficientemente garantizado, si el informe considera las garantías adecuadas o se ha emitido la declaración de situación financiera, todo ello según el artículo 15 de NLME. A juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO, la presunción puede jugar a favor tanto del deudor como del acreedor⁵⁷. En consecuencia, la presunción arrojada por el informe y la declaración de situación financiera puede ser desvirtuada por el acreedor, mediante los cauces del artículo 13 de la NLME.

En definitiva, podemos apreciar como el nuevo sistema de protección de los acreedores introducido por la NLME, tiene un claro carácter dinamizador de estas operaciones, ya que se ha intentado suprimir el uso de los órganos jurisdiccionales. No obstante, a juicio de autores como FERNÁNDEZ DEL POZO⁵⁸ este nuevo sistema se ha quedado a caballo entre el sistema antiguo y las nuevas pretensiones, dándonos como resultado un sistema híbrido de protección, basado en protección vía registral y protección vía judicial.

B. Otras medidas de protección de los acreedores

Ahora bien, dilucidado la protección de los acreedores en virtud del artículo 13 de la NLME, aplicable a las transformaciones transfronterizas. Debemos dar paso a las medidas complementarias en lo que se refiere a protección de los acreedores, en los dos tipos de transformación transfronteriza, intraeuropea y extraeuropeas. Estos mecanismos complementarios son una serie de novedades aportadas por la Directiva de Movilidad y que pueden retrasar los procesos de transformaciones transfronterizas⁵⁹.

En primer lugar, dilucidaremos las novedades en sede de transformación intraeuropea. Con base en el artículo 90 de la NLME, observamos necesaria emisión de certificado

⁵⁷LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo ...» *cit.*, pp. 218.

⁵⁸FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 237.

⁵⁹LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo...» *cit.*, pp.18.

previo, emitido por el Registrador Mercantil del domicilio de la sociedad. Dicho certificado debe centrarse en la ratificación de la legalidad de la operación y el cumplimiento de las condiciones exigidas por la legislación española. El plazo conferido al Registrador Mercantil para la emisión de dicho certificado es de tres meses⁶⁰. Además, dicho certificado fue criticado por parte de la doctrina durante la tramitación de la Directiva de Movilidad, ya que a juicio de la misma puede suponer un retraso y un aumento de costes a las operaciones transfronterizas⁶¹.

En segundo lugar, con base en el artículo 99 de la NLME, los acreedores ostentan la posibilidad durante dos años posteriores a la transformación de acceder a la vía jurisdiccional, presentando demanda ante los tribunales del domicilio social del Estado de origen⁶².

La novedad introducida por la NLME, en cuanto a las transformaciones extraeuropeas, se encuentra en el artículo 125 de la misma ley. En virtud de este, observamos dos reglas de aplicabilidad. Primero, se aplica a las sociedades españolas, las cuales se transforman conforme derecho de un país tercero. Por tanto, para poder efectuarse dicha transformación, el país de destino, el Estado tercero, debe permitir el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. A su vez, la otra regla de aplicabilidad actúa en sentido inverso, se aplica a las sociedades de países terceros, los cuales se transforman en sociedad española conforme al derecho español. En este caso, se debe acompañar la transformación con informe emitido por experto independiente, sobre la suficiencia del patrimonio neto de la sociedad transformada para cubrir el capital social mínimo exigido el Derecho español en relación con el tipo social.

En definitiva, podemos afirmar que en las operaciones transfronterizas entra en juego la protección de los acreedores, consagrado en el artículo 13 de la NLME y dos elementos complementarios, centrados en la protección de los acreedores, la conservación del foro del antiguo domicilio social y el certificado preceptivo del Registrador Mercantil.

⁶⁰LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo...» *cit.*, pp.4.

⁶¹LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo...» *cit.*, pp.19.

⁶²LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo...» *cit.*, pp.19.

4.3 Transformación interna

Actualmente, en la NLME, sigue imperado el criterio de la inaplicabilidad del sistema de protección de los acreedores a las transformaciones internas, según lo expuesto en el artículo 32.3⁶³ de la NLME. No obstante, en sede transformaciones internas, sí se debe informar de las implicaciones de la operación a los acreedores, según el artículo 4.1. 4º de la NLME. No obstante, dentro del contenido de esta información no es necesario contener las garantías que se ofrecidas a los acreedores⁶⁴.

Ahora bien, tal y como ocurría en la LME, en sede de transformaciones, la protección de los acreedores en la NLME se basa en la extensión de la responsabilidad de los socios de la sociedad, todo ello con base en el artículo 32 de la NLME. Dicho artículo actúa de igual manera que venía actuando el artículo 21 de la LME. Por tanto, en sede de transformaciones internas, la NLME no ha traído consigo ninguna alteración en lo que respecta a la protección de los acreedores, ya que como podemos observar, el sistema de extensión de la responsabilidad de los administrados sigue siendo el mismo.

Ahora bien, debemos señalar en un supuesto de transformación interna, donde sí resultará de aplicación el anterior sistema de protección de los acreedores. Me refiero al supuesto de transformación interna que conlleve simultáneamente una reducción de capital por la separación de sus socios. Este hecho genera en nuestro ordenamiento jurídico una incoherencia legislativa, puesto que, el derecho de oposición de los acreedores sigue existiendo en sede de reducción de capital de las sociedades anónimas y limitadas, dándonos casos particulares, como es la transformación interna con reducción de capital. No obstante, el derecho de oposición se aplica de manera distinta, dependiendo si nos encontramos en sede sociedad limitada o sociedad anónima.

En lo tocante a las sociedades limitadas, podemos observar que el artículo 333 de la LSC permite que los estatutos concedan a los acreedores un plazo de tres meses para que estos puedan ejercitar su derecho de oposición, siempre y cuando sus créditos no se encuentren satisfechos o garantizados. Por ende, el derecho de oposición en caso de reducción de capital debe estar establecido estatutariamente.

⁶³FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 204.

⁶⁴FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de...», *cit.*, pp. 204.

En cambio, en lo que concierne a las sociedades anónimas, podemos observar que, en los artículos 334-337 de la LSC, el acceso al derecho de oposición tiene su fundamento directamente en la LSC, y no en los estatutos sociales de la sociedad. Con base en el artículo 334.1, están legitimados para acceder al derecho de oposición los acreedores que ostentan un crédito anterior al acuerdo de reducción de capital. A su vez, el crédito no debe encontrarse desembolsado o no suficientemente garantizado. El plazo concedido a los acreedores para acceder al derecho de oposición es de un mes, según el artículo 336 de la LSC.

En lo que respecta a los efectos de acceder al derecho de oposición, podemos observar cierta similitud con el derecho de oposición de la LME, anterior a la reforma del año 2012. Ya que, con base en el artículo 337 de la LSC, la reducción no puede surtir efecto hasta que la sociedad no garantice o constituya una fianza solidaria en su favor por una entidad de crédito. Por tanto, podemos apreciar un derecho de oposición mediante el que la operación no puede surtir efecto, dando como resultado una tutela paralizante en favor de los acreedores.

5. ENTRADA EN VIGOR Y RÉGIMEN TRANSITORIO

Debemos hacer especial mención al régimen transitorio⁶⁵ de NLME, cuyas implicaciones a juicio de ALVAREZ ROYO-VILLANOVA resultan tener especial transcendencia. Es bien sabido que el régimen transitorio en cualquier norma resulta ser sumamente importante, no obstante, en el caso que nos compete cobra especial relevancia, ya que entran en concurso dos disposiciones de la norma, las cuales, dependiendo de cómo se interpreten, se puede estimar una fecha de aplicación u otra.

La problemática reside en la aplicación de la DT 1º ⁶⁶, en concurso con la DF 9º ⁶⁷. Toda la controversia, reside en la relación del término «a la entrada en vigor de este real

⁶⁵ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «El derecho transitorio del RDL5/2023 y las modificaciones estructurales», en *El almacén del Derecho*, 2023.

⁶⁶ “Las disposiciones del libro primero del presente real decreto-ley se aplicarán a las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles cuyos proyectos no hubieren sido aún aprobados por las sociedades implicadas con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley.”

⁶⁷ “El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación, excepto las previsiones del libro primero y del título VII del libro quinto, que entrarán en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

decreto-ley» usado en la DT 1º. Dado que, la propia DF 9º arroja dos fechas diferentes, por un lado, destaca que toda la norma, menos el libro primero (donde se encuentra la NLME), debe entrar en vigor al día posterior de la publicación en el BOE y, por otro lado, señala que el libro primero debe entrar en vigor al mes de su publicación en el BOE. En resumidas palabras, cuando la DT 1º se refiere «a la entrada en vigor» no se tiene claro si se hace referencia al término general de la norma, el día siguiente a la publicación o la entrada en vigor del libro primero de la norma. A juicio del autor antes citado, la controversia se debe resolver estimando que se refiere a la entrada en vigor del libro primero.

Una vez dilucidada la fecha de aplicación de la norma según la interpretación de ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, se nos plantea otro problema de interpretación, ya que cuando la DT 1º habla sobre «cuyos proyectos no estén aprobados aún», no hace ninguna aclaración a si se refiere a la aprobación por parte de los administradores de la sociedad o por la junta de esta. Todo ello genera un grave problema, ya que las operaciones de ME que se encuentren en curso, no tienen la certeza de determinar a qué norma se deberían ceñir en ese estado de las cosas, pues dependiendo de cómo se interprete esta, la sociedad se debe ceñir a la anterior normativa, a la NLME.

Según S. ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, la correcta interpretación de la norma es considerar que las modificaciones aprobadas por la administración de la sociedad con fecha anterior a la entrada en vigor del libro primero del Real decreto-ley se deben ceñir íntegramente por la antigua norma. Cabe señalar que esta interpretación resulta ser totalmente acertada⁶⁸, ya que ha sido la línea interpretativa en la que se han situado todos los agentes del mercado, dando por válida la consecución de la antigua norma sobre los proyectos ya aprobados por los administradores, dejando a un lado la interpretación de la aprobación por parte de la junta.

⁶⁸CERRATO, I., «Impacto del RD – ley 5/2023, sobre el régimen de las modificaciones estructurales: primeras (y cautas) impresiones» en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 999, 2023.

VI. CONCLUSIONES

Las ME de las sociedades mercantiles constituye una modificación estatutaria que, a su vez, resulta ser un cambio esencial en la estructura tanto patrimonial como contractual de la sociedad mercantil. El concepto de ME no apareció en nuestro ordenamiento hasta el año 2009, con la promulgación de la LME, proviniendo dicho concepto de la doctrina administrativa de la DGRN, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Los actos de ME son la transformación, la fusión, la escisión y cesión global de pasivo y activo.

Una sociedad se transforma cuando realiza una alteración de su tipo social. Ahora bien, esta alteración trae consigo una serie de efectos característicos. Según GARCÍA DE ENTERRÍA e IGLESIAS PRADA estos son: la invariabilidad de la responsabilidad de los socios, la invariabilidad de la participación social y la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad. Entre estos efectos, la continuidad de la personalidad jurídica supone una enorme ventaja para la sociedad, puesto que, si se diera el caso de extinción la personalidad jurídica de la sociedad, la misma perdería todos y cada uno de los lazos jurídicos anteriores a la transformación.

Ahora bien, ante un supuesto de ME, los acreedores pueden verse afectados por los riesgos resultantes de la propia operación. Por tanto, el interés de los acreedores, concretamente en el cobro de los créditos, debe verse protegido mediante algún tipo de sistema de protección. Determinar qué sistema de protección es adecuado no resulta ser fácil, ya que, en todo momento, el sistema de protección debe instaurar un equilibrio entre los intereses de los acreedores y el interés de la sociedad. Podemos constatar la existencia de sistemas de protección *a priori* o *posteriori*, siguiendo el ejemplo de países de nuestro entorno, como son Italia y Alemania. En el caso particular de la normativa española, a lo largo de los años la protección de los acreedores ha pasado por varios estadios normativos, pasando por sistemas *a priori* hasta sistema mixtos.

Históricamente en España en sus inicios, la protección de los acreedores en el caso de efectuarse una ME se encontraba en el Ccm y el CC, en virtud de ello, la protección de los acreedores se basaba en un sistema de protección hiperbólico, dado que el sistema de protección se basaba en la idea de la novación del crédito. En consecuencia, la sociedad

debía acceder al consentimiento de todos los acreedores para efectuar la ME. Esto cambio radicalmente, mediante la promulgación de la LSA de 1951. Esta nueva norma introdujo por primera vez el concepto «Derecho de oposición» de los acreedores en caso de ME. Por ende, la sociedad no debía acceder al consentimiento de todos los acreedores como ocurría anteriormente. No obstante, los acreedores seguían ostentado un alto grado de protección y decisión frente a la sociedad, dado que ostentaban la capacidad de paralizar el acto de ME, hasta que su interés no fuera garantizado. Posteriormente, este efecto paralizante se vio matizado, a raíz de la reforma del año 2012 de la LME, cuyo contenido dejaba sin efecto la paralización de la ME, permitiendo que se consumara la operación.

A la vista de todo lo anterior, se puede apreciar como la sensibilidad del legislador ha cambiado a lo largo de los años, puesto que se ha pasado de un sistema de protección de los acreedores totalmente hiperbólico, habiendo un desequilibrio en favor de los intereses de los acreedores en detrimento de los intereses de la sociedad, hasta un sistema cuyo contenido resultaba ser más equilibrado, ya que desapareció el efecto paralizante.

Pues bien, la LME ha sido derogada por la NLME, cuyo contenido se fundamenta en la correcta y apresurada transposición de la Directiva de movilidad. La promulgación de esta nueva norma ha supuesto un cambio integral en la normativa española, en lo que se refiere a ME. En lo que respecta el presente Trabajo Fin de Grado, se ha podido apreciar como a raíz de esta nueva norma se ha eliminado el sistema de protección de los acreedores basado en el «Derecho de oposición», dando paso a un sistema de protección conocido como sistema de garantías debidas. No obstante, la eliminación del derecho de oposición no ha sido completa, ya que, siguiendo una incoherencia sistemática, el derecho de oposición sigue en vigor en sede de reducciones de capital.

El nuevo sistema descansa sobre la existencia de dos figuras, la existencia de la declaración de situación financiera y el informe de experto independiente. Esta inclusión de un experto independiente ha suscitado un debate en la práctica, generando opiniones dispares, como puede ser LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO, el cual interpreta que la inclusión del experto resulta ser desproporcionada, al aumentar los costes de la operación, mientras que, autores como FERNÁNDEZ DEL POZO, argumentan la necesidad de inclusión de un experto independiente, dado el nuevo sistema de protección basado en las garantías debidas. En lo tocante al nuevo sistema de protección, se puede observar la

inclusión de nuevos plazos para acceder al sistema de protección de los acreedores, dependiendo del tipo de operación, interna o transfronteriza.

Finalmente, el régimen transitorio de la NLME ha sufrido deficiencias en su interpretación, fundamentado principalmente en la falta de claridad de las DT 1º y DF 9º.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1 Monografías

GARRIDO DE PALMA, V., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARRANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones de las sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

NIETO CAROL, U., *Estudios de Derecho de sociedades, Colegio Notarial De Valencia, Diez años de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La protección de acreedores frente a las modificaciones estructurales», *La nueva ley de modificaciones estructurales*, Pulgar Ezquerria (dir), La Ley, Madrid, 2024.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J.L., «Las modificaciones estructurales de las sociedades» Menéndez, A., Rojo, A., *Lecciones de Derecho Mercantil* (dir), ed. 21º, Civitas, 2023.

ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, 2º edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil Tomo I*, Aguirre, Madrid 1982.

2 Revistas

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «El derecho transitorio del RDL5/2023 y las modificaciones estructurales», *El almacén del Derecho*, 2023.
URL:<https://almacenederecho.org/el-derecho-transitorio-del-rdl-5-2023-y-las-modificaciones-estructurales>

CERRATO, I., «Impacto del RD – ley 5/2023, sobre el régimen de las modificaciones estructurales: primeras (y cautas) impresiones», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 999, 2023.

URL:<https://cms.law/es/esp/publication/impacto-del-rd-ley-5-2023-sobre-el-regimen-de-modificaciones-estructurales-primeras-y-cautas-impresiones>

BOQUERA MATARREDONA, J., «La transformación de las sociedades mercantiles» en *Noticias de la Unión Europea*, N.º 309, 2010.

URL:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3290221>

LÓPEZ MARTÍNEZ-ACACIO P., «Principales aspectos del nuevo régimen de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles», *Deloitte legal*, 12 de julio de 2023, pp. 1-21.

URL: <https://elderecho.com/wp-content/uploads/2023/07/articulo-LME-El-Derecho.pdf>

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J.J., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2014 sobre el Derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las Sociedades de Capital», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 63, 2015, pp. 211-226.

URL: <https://vlex.es/vid/comentario-resolucion-dgrn-15-644409281>

GÁLVEZ CRIADO, A., «Líneas históricas de la novación subjetiva por cambio de deudor con especial referencia al Derecho Castellano», *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, 2006, pp.159-183.

URL: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100004

ESCRIBANO GAMIR, RC. «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)», *Diario La Ley*, número 7855, Sección Doctrina, 10 de mayo de 2012.

URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906185>