



El derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital

Autor/a

José J. Rojas Martínez del Mármol

Profesor T.U. de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 20

Páginas 100-112

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1. INTRODUCCIÓN.

El derecho de oposición de los acreedores de las sociedades de capital en los casos de modificación estructural de éstas es una facultad que la ley les reconoce a los primeros en defensa de su crédito frente a un cambio en la persona del deudor (sociedad) que puede afectar a la garantía de su derecho.

La modificación de la parte deudora de una obligación encuentra en nuestro ordenamiento una primera regulación en el negocio

jurídico de **asunción de deuda**, negocio en virtud del cual un tercero asume la obligación de pagar una deuda de otro, sustituyéndose así la garantía patrimonial universal que venía garantizando el pago.

Dado que el nuevo deudor puede ser menos solvente que el anterior, la novación no puede llevarse a cabo sin el consentimiento del acreedor, siendo el mismo, por tanto, un elemento esencial de la asunción de deuda.

En las modificaciones estructurales de las sociedades nos encontramos ante una problemática parecida, pues también se produce un cambio en la persona del deudor (sociedad) que afecta de manera importante a la garantía de los créditos de sus acreedores. Para defender el interés de estos se podría optar por la misma solución dada a la asunción de deuda: exigir su consentimiento como requisito para las modificaciones estructurales. Esta medida sería muy efectiva para la protección de los intereses de los acreedores pero plantea dos inconvenientes:

- a) La obtención del consentimiento de los acreedores complica y ralentiza la operación societaria.
- b) Confiere a los acreedores una facultad que excede la naturaleza de su derecho de crédito: la de poder vetar la modificación de la sociedad.

Para tratar de evitar estos perjuicios nuestro legislador, al igual que el de los países de nuestro entorno, prescindió de exigir el consentimiento de los acreedores para las modificaciones estructurales y recurrió a otro sistema de protección de sus intereses.

Básicamente los sistemas de defensa de los intereses de los acreedores ante las modificaciones estructurales de las sociedades deudoras se pueden clasificar en:

A) *Sistemas de protección a posteriori.*

Elegido por la ley alemana (Parágrafo 25 de la Umwandlungsgesetz), no permite a los acreedores impedir la fusión pero les faculta a exigir una garantía tras la inscripción de ésta si demuestran que la misma supone un riesgo para el cobro de su deuda. Además, para reforzar la posición de los acreedores se introduce la responsabilidad personal de los administradores en caso de insolvencia de la

sociedad y un sistema de inoponibilidad de la confusión de los patrimonios fusionados a los acreedores.

B) *Sistemas de protección a priori.*

Suponen dar al acreedor el derecho a impedir la fusión hasta que su crédito no quede suficientemente garantizado. Este es el sistema elegido por el legislador italiano (Arts. 2445 y 2053 C.C. italiano de 1942) así como por el nuestro, como pasamos a resumir.

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951, en sus artículos 145 y 146, optó reconocer a los acreedores un derecho de oposición que les permitía impedir la modificación estructural en tanto no se les garantizase suficientemente su derecho de crédito.

La doctrina calificó su naturaleza jurídica como “derecho de asentimiento” (Según la doctrina mayoritaria, el derecho de oposición se configuraba como un **derecho de “asentimiento”**, ya que entre los consentimientos necesarios para que pueda realizarse el negocio jurídico de la fusión o escisión se incluía el de los acreedores sociales, pese a que, para reducir los costes de su obtención, se configuraba el consentimiento con la carga de actuación por parte del acreedor. Por tanto, pese a no ser el consentimiento del acreedor esencial del negocio jurídico, como en la asunción de deuda, el acreedor podía negarlo ejerciendo su derecho de oposición. Así, la no oposición de los acreedores era un requisito de validez de la fusión, de manera que ésta sería nula si no se respetaba el derecho aunque se hubiera inscrito), pues en caso de no satisfacer la sociedad sus créditos pendientes o prestar garantía a satisfacción de los acreedores, la operación societaria no podía ser eficaz ni inscribirse en el Registro Mercantil.

Así lo regulaba el artículo 145 la citada LSA: “*Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes*”.

En términos muy parecidos lo hicieron posteriormente el artículo 166 en relación al 243 de la LSA de 1989, el artículo 44.3 de la ley 3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante LME) y el artículo 227.2.2º del Reglamento del Registro mercantil, que exigía como requisito de la escritura pública sujeta a inscripción: “*La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad*”.

Este derecho de oposición **no se reconoció a todos los acreedores** sino solo a aquellos a los que iba a perjudicar la modificación societaria. Así el artículo 44.2 LME reconoció dos tipos de acreedores en atención a sus créditos:

a) *Acreedores sin derecho de oposición.*

Los acreedores cuyos créditos no cumplan los requisitos exigidos en esta norma no están facultados a oponerse a las modificaciones estructurales.

b) *Acreedores con derecho de oposición.*

Esta categoría está integrada por aquellos acreedores cuyos créditos cumplan estos tres requisitos:

- Hayan nacido antes de la publicación del proyecto de modificación estructural.
- No estén vencidos en ese momento.
- Y no se encuentran suficientemente garantizados.

Es importante destacar, con relación al último de los requisitos, la dificultad existente a la hora de concretar su concurrencia o no incrementada, si cabe, por el hecho de que la ley prescinde de precisar los criterios que precisan cuando un crédito se encuentra suficientemente garantizado.

La enorme subjetividad existente a la hora de establecer si la garantía del acreedor sufre o no merma con una modificación estructural permitió a todos los acreedores defender que su derecho de crédito no estaba suficientemente garantizado e incluirse unilateralmente en la categoría de titulares del derecho de oposición, exigiendo a continuación la máxima garantía para su crédito (el aval bancario) bajo la amenaza de vetar la modificación estructural propuesta.

2. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME POR LA LEY 1/2012 Y SUS CONTRADICCIONES.

La modificación de la redacción del artículo 44 LME en 2012 encuentra su fundamento en el artículo 3, 6) de la Directiva 2009/109 CE, que modificó la Directiva 82/891/CEE dando esta nueva redacción al apartado 2 del artículo 12 de ésta última:

“2. Con este fin, las legislaciones de los Estados miembros deberán prever, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad escindida, así como la de la sociedad a la que se transfiera la obligación conforme al proyecto de escisión, haga necesaria tal protección, y siempre que estos acreedores no dispongan ya de tales garantías.

Los Estados miembros establecerán las condiciones de la protección contemplada en el apartado 1 y en el párrafo primero del presente apartado. En cualquier caso, los Estados miembros deberán garantizar que los acreedores estén autorizados a dirigirse a la autoridad administrativa o judicial competente para obtener las garantías adecuadas, siempre que puedan demostrar, de forma convincente, que debido a la escisión la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad”.

Ante la finalización del plazo para la incorporación de esta norma al Derecho español, el artículo 44 LME fue precipitadamente modificado por el RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

La modificación introducida por el RDL fue posteriormente ratificada por la Ley 1/2012, de 22 de junio con el mismo nombre que el RDL.

El primer aspecto a destacar de esta reforma es que la propia a Exposición de Motivos (en adelante EM) del RDL deja constancia de la precipitación con la que se llevó a cabo:

*“El hecho de que el plazo de incorporación al Derecho español de la Directiva 2009/109/CE haya finalizado el pasado 30 de junio de 2011, justifica el recurso a la figura del Real Decreto-ley. En primer lugar, porque las sociedades de capital españolas no deben contar con un régimen legal más riguroso que las sociedades sometidas a las legislaciones de los demás Estados comunitarios, con efectos negativos, además, en la competencia frente a los demás Ordenamientos jurídicos de la Unión; y, en segundo lugar, por las gravosas consecuencias económicas de la multa que la Unión Europea impondría a España si persistiera el retraso en la transposición. Concurrían, pues, indudablemente, las **circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad** que, a tenor del artículo 86.1 de la Constitución, habilitan al Gobierno para adoptar disposiciones con rango de ley mediante Real Decreto-ley”.*

Esta misma EM y el posterior Prólogo de la Ley 1/2012, indican las finalidades perseguidas con la reforma del artículo 44 LME:

- Ser *“fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española”.*
- Evitar *“que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión”.*
- Ampliar *“las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor”... “el acreedor puede solicitar del Registro Mercantil que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio de ese derecho, permitiendo que, dentro de los seis meses siguientes*

tes a la fecha de esta nota marginal, pueda presentar demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad solicitando la prestación de garantía del pago del crédito”.

Para conseguir estas metas, “Se modifica el apartado 2 del artículo 44 y se añade un nuevo apartado 4, con la siguiente redacción:

2. Dentro de ese plazo, los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición.

4. Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opues-

to podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición.

El Registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta ley”.

Esta precipitada reforma se hizo, tal y como queda reflejado en todo lo expuesto, mediante la simple adición al artículo 44 LME de algunos aspectos del mandato de la Directiva 2009/109 CE, lo que ha generado serias dudas y contradicciones a la hora de interpretar y aplicar el nuevo régimen jurídico del derecho de oposición de los acreedores sociales. Fundamentalmente se plantean los siguientes interrogantes:

1. ¿Pueden los acreedores impedir “a priori” una modificación estructural si sus créditos no han sido suficientemente garantizados?

Por un lado la respuesta parece ser afirmativa, ya que:

- El artículo 44.3 LME dicta que “En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, **ésta no**

podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía...”.

- Además, la intención de la ley, tal y como hemos visto, es la de ser *“fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española”* y ampliar *“las posibilidades de acción de los acreedores”*.

Tradicionalmente los acreedores podían impedir las modificaciones estructurales “a priori”. Ser fiel a esta tradición y ampliar las posibilidades de acción de los acreedores implicaría seguir reconociéndoles su capacidad de veto.

Por otro lado, Sin embargo, el análisis del cuerpo legal parece indicar lo contrario, es decir, que los acreedores ya no pueden impedir las modificaciones estructurales “a priori”. Así:

- Según la EM, la ley *“evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión”*.
- Además, el artículo 44.4 LME prevé la fusión llevada a efecto pese al *“ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior”*.

2. *En caso de que la modificación estructural se inscriba pese al ejercicio del derecho de oposición por los acreedores, ¿La única protección “a posteriori” de los mismos se lleva a cabo mediante la*

demanda en la que se solicite constitución de la garantía o cabe pedir también la nulidad de la modificación estructural?

La redacción de la Ley vuelve a ser confusa. Por un lado parece que la anulación de la modificación estructural es posible, ya que:

- El artículo 44.3 LME, mantiene su mandato imperativo: La fusión *“no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía...”*
- La ley sigue denominando a la protección del acreedor derecho de oposición, y no solo no ha cambiado la denominación de esta facultad sino que además dice, como hemos visto, que su intención es la de ser *“fiel a la tradicional configuración del derecho”* y ampliar *“las posibilidades de acción de los acreedores”*.

Pero la ley vuelve a mostrar contradicciones, pues también parece indicar que la modificación estructural inscrita no es anulable por el ejercicio del derecho de oposición:

- La EM dice que una de las finalidades perseguidas es la de evitar *“que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión”*.

El nuevo párrafo del artículo 44.4 LME podría interpretarse como que única opción de la que dispone el acreedor es “la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil

contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito” (Este aspecto es analizado con profundidad por CARRASCO PERERA, “Estrategias procesales y sustantivas en el nuevo régimen de oposición a la fusión escisión”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo 2012, ob. Cit., según el cual “El apartado 3 del art. 44 no ha sido modificado. El precepto contiene y contenía una indudable norma prohibitiva, que llevaba y aún ahora debería llevar aparejado el efecto anulatorio del art. 6.3 CC, privando de eficacia a la fusión/escisión concluida sin haberse garantizado suficientemente al acreedor el crédito que es fundamento de la oposición a la fusión o escisión (“ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad...”). Pero el nuevo apartado 4 tiene como supuesto de hecho la infracción de la norma prohibitiva, y establece una sanción distinta a la nulidad, aunque no claramente excluyente de la nulidad (“Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior”). Observemos que la norma no declara que el acreedor despedido pueda acudir a juicio a solicitar una garantía, sino que puede exigir constancia de nota marginal de oposición en el RM. La nota se cancelará de oficio si en seis meses no consta por anotación preventiva la demanda por la que se exige a la sociedad la prestación de la garantía. Interponer la demanda en cuestión no es el remedio reservado al acreedor en caso de contravención de la norma, sino la condición de posibilidad para que se prorrogue la nota marginal. Mas la norma no impone que el acreedor tenga que satisfacerse necesariamente de ese modo, ni que la nota marginal en cuestión constituya condición de procedibilidad de cualquier remedio o acción imaginable. Es sólo el remedio apropiado para mantener la nota marginal de

constancia de la oposición, a los efectos que puedan ser procedentes. Y hay efectos específicos de la nota que no se agotan en su función instrumental de una demanda; la nota consta en el RM y amenaza la persistencia de la fusión/escisión, siquiera sea una amenaza de un peligro inconcreto. Aunque es un asunto interesante, no voy a elucidar si la práctica de la nota marginal y la posterior anotación preventiva de demanda constituyen presupuestos necesarios para la posterior demanda (la que fuere). Con independencia del recurso a la acción del apartado 4 del art. 44, cabe dudar si el acreedor puede solicitar— además de la práctica de la nota marginal— la nulidad de la fusión. Aunque con la nueva jurisprudencia civil sobre el alcance del art. 6.3 CC (cfr. STS 7 octubre 2011, y allí citadas), no es seguro que lo dispuesto en el apartado 4 constituyera una sanción excluyente del efecto de nulidad, sin embargo ha de predicarse esta exclusión, ya que la sanción de nulidad haría imposible la sanción específica del apartado 4, y sólo debe proponerse la compatibilidad entre nulidad y sanción específica cuando ambas sanciones resultaran compatibles, lo que no es el caso, porque el remedio del apartado 4 es incompatible con la nulidad. Pero entonces surge como nueva duda si la exigencia del art. 227.2.2ª del RRM tiene algún sentido, y qué deberán declarar los otorgantes sobre la existencia o inexistencia de oposición por parte de los acreedores; salvo que se limiten a declarar, que es lo aconsejable, que los créditos de los opositores se hallan suficientemente garantizados, sin dar más explicaciones ante el RM.)

- Además, según el artículo 47.1 LME dispone que *“Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley...”*

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME.

Basándonos en la exégesis de las normas expuestas y en la interpretación sistemática y teleológica de las mismas, consideramos que el sentido del artículo 44 LME ha de ser el siguiente:

PRIMERA.- Subsistencia del derecho de oposición.

La exégesis del artículo 44 LME no deja lugar a duda respecto a la existencia del derecho de oposición de los acreedores, que se ve reforzada por los argumentos de la Exposición de Motivos de la Ley, que señala como finalidad de la misma la de ser *“fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española”* y ampliar *“las posibilidades de acción de los acreedores”*.

SEGUNDA.- Un nuevo requisito para el pleno ejercicio del derecho de oposición: resolución judicial reconociendo su existencia.

Conforme al artículo 44.2 LME, el pleno ejercicio del derecho de oposición exige determinar previamente qué acreedores son titulares del mismo.

Hasta la reforma de 2012, eran los propios acreedores los que se autocalificaban como titulares del derecho de oposición y la simple comunicación fehaciente de los mismos

a la sociedad ejercitando su derecho servía para impedir la modificación estructural.

Entendemos esta actuación unilateral ha cambiado. Y ello recurriendo a la Directiva 2009/109 CE (que dio origen a la reforma del artículo 44 LME). El artículo 3, 6), reproducido anteriormente, tiene mucho más contenido que el introducido al artículo 44 LME, ya que dispone como requisito para que los acreedores sociales puedan hacer valer la defensa de su derecho de crédito que

- Los *“acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad (...) haga necesaria tal protección, y siempre que estos acreedores no dispongan ya de tales garantías.*
- Y que ***“puedan demostrar, de forma convincente, que debido a la escisión la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad”***.

Hemos de tomar en consideración también este contenido de la Directiva para dar un sentido sistemático, íntegro y congruente a la modificación del régimen jurídico del derecho de oposición. Así, para el pleno ejercicio de su derecho, el acreedor habrá de demostrar previamente de forma convincente que la satisfacción de su crédito está en juego, es decir, que su crédito cumple los requisitos que establece el artículo 44.2 LME: que es anterior a la publicidad del proyecto de modificación estructural, que no está vencido y que no está suficientemente garantizado.

En este punto persiste el problema de la omisión por parte del art. 44 LME respecto a la concreción de los requisitos para calificar si un

crédito está suficientemente garantizado o no. Una buena referencia para determinar este aspecto podría ser la prevista en la misma Directiva: que la modificación estructural ponga en juego la satisfacción del derecho de crédito.

Por tanto, en tanto el acreedor no obtenga el reconocimiento judicial de la existencia de su derecho de oposición no podrá ejercerlo plenamente, limitándose su ejercicio hasta ese momento a comunicar a la sociedad su intención y plantear la demanda judicial, sin poder impedir la modificación estructural, tal y como sucede en el caso abordado por la Resolución DGRN del 15 de octubre de 2014. Lo que sí podrá es, como dice la propia resolución, hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente.

Una vez sentenciado por el juez competente que el acreedor es titular del derecho de oposición, surge la cuestión del alcance de este derecho, y este es ya otro asunto que pasamos a tratar.

TERCERO.- El contenido del derecho de oposición. La anulación de la modificación estructural.

Según el diccionario de la R.A.E. oponer significa “*entorpecer o impedir su efecto*”. Si la voluntad del legislador hubiese sido la de modificar el contenido del derecho de oposición debería haber modificado este término.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 44.3 LM la modificación estructural no puede consumarse en tanto no se preste la garantía a los acreedores con derecho de oposición. El

proceso de ejercicio del derecho de oposición será el siguiente:

- En primer lugar, el acreedor ha de comunicar fehacientemente a la sociedad el ejercicio de su derecho en el plazo de un mes desde la publicidad del acuerdo social.

El acreedor que quiera ejercer plenamente su derecho habrá de interponer una demanda judicial solicitando que se le reconozca como titular del derecho de oposición e incluso la adopción de medidas cautelares (Consideramos que lo más eficiente en la práctica será recurrir a la paralización de la fusión como medida cautelar, tal y como propone ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014”, Diario La Ley, Nº 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014, Año XXXV.)

- con relación a la modificación estructural que afecta a su crédito.
- Una vez interpuesta la demanda se hará constar en el Registro Mercantil mediante nota marginal el ejercicio del derecho de oposición (si se cumplen los requisitos del artículo 44.4 LME para la inscripción) con lo que se hace público que la modificación estructural podría ser anulada.
- En caso de obtener una resolución favorable, el acreedor podrá hacer valer su posición jurídica, que le permitirá:

- Exigir la constitución de la garantía a la que le faculta el artículo 44.3 LME.
- Impedir la modificación estructural si aún no se ha inscrito o solicitar su anulación por incumplimiento de una norma imperativa en base al artículo 6.3 C.C.

En cuanto a la aplicación del artículo 6.3 C.C., consideramos que la interpretación sistemática de todo el artículo 44 LME no excluye la nulidad para el caso de contravención del mandato del artículo 44.3, ya que la facultad de interponer una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil en la que se solicite la prestación de garantía se produce por la simple adición a esta norma del mandato de la Directiva 2009/109 CE.

Si el legislador, en vez de añadir esta opción, hubiese querido modificar el régimen del derecho de oposición tendría que haber cambiado su denominación y haber pasado a llamarlo derecho a exigir garantía.

4. LA RESOLUCIÓN DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2014

La cuestión planteada ante la Dirección General de los Registros y el Notariado y que dio lugar a la Resolución de 15 de octubre de 2014 se refiere únicamente a la primera de las cuestiones planteadas anteriormente: ¿Procede o no la inscripción de una escisión en la que existe una disputa entre las partes respecto a la suficiencia de la garantía?

El pronunciamiento de la DGRN nos parece acertado, y entendemos que los argumentos de la Resolución son encajan en la interpretación que hemos propuesto anteriormente del artículo 44 LME, concretamente:

a).- En relación a la necesidad de un pronunciamiento judicial que reconozca la existencia del derecho de oposición para su pleno ejercicio por parte del acreedor:

- *“La misma dicción del párrafo añadido no es especialmente feliz pues se refiere al supuesto de ejercicio del derecho de oposición por acreedor “legítimo”, cuando **es precisamente la legitimidad de la reclamación del acreedor la que estará en discusión** bien porque la o las sociedades involucradas no reconozcan el carácter anterior del crédito, su carácter no vencido, la insuficiencia de la garantía existente o cualquier otra circunstancia que implique la existencia del derecho de oposición”*
- *“el derecho de oposición del acreedor puede existir o no al depender su nacimiento de la concurrencia de circunstancias cuya **apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes**”.*
- *“A falta de acuerdo o de prestación de fianza por entidad de crédito, el conflicto generado entre los acreedores y las sociedades involucradas en la fusión o escisión tendrá su adecuada respuesta en el ámbito que le es propio, el judicial, sin perjuicio de la plena eficacia de la fusión alcanzada mediante su inscripción en el Registro Mercantil”.*

b).- En cuanto a que el ejercicio del derecho de oposición (en tanto este no haya sido reconocido por una resolución judicial) no paraliza el procedimiento de modificación estructural:

- “...el procedimiento de fusión y la **inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho** y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009”.
- “... el derecho de oposición no satisfecho **no es impedimento a la inscripción**, esta debe llevarse a cabo sin perjuicio de que el registrador practique la nota marginal a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 44 si así lo solicita el acreedor. Como afirmara la Resolución citada:
- “**a falta de un acuerdo entre los interesados sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición**, la reforma estructural es plenamente eficaz de concurrir los requisitos previstos en la Ley y **debe procederse a la inscripción**, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009”.

Nos parece también importante destacar que la DGRN en este último párrafo no diga que el acreedor exija la constitución de una nueva garantía ante el juez competente sino que utilice el término más amplio “hacer valer su posición jurídica”. Esta amplitud del término consideramos apoya nuestra interpretación de

que las facultades del acreedor no se limitan a solicitar al juez la constitución de la garantía.

5. CONCLUSIONES

Consideramos que la reforma del artículo 44 LME ha generado razonables dudas a la hora de interpretar cual ha de ser el alcance y contenido del derecho de oposición de los acreedores sociales en los casos de modificación estructural de su sociedad deudora, y que estas dudas deberían ser resueltas en una reforma más profunda y sistemática de esta materia, que concrete si estamos ante un derecho de protección del acreedor “a priori” o “a posteriori” y, a partir de ahí, determine exactamente cuáles son los mecanismos exactos de los que dispone el acreedor para defender su derecho de crédito ante el perjuicio que le pueda causar esa modificación.

Dicho esto, consideramos que el vigente artículo 44 LME ha de interpretarse en base a dos principios: la subsistencia del derecho de oposición del acreedor, que le permite impedir la modificación estructural, y la necesidad de una resolución judicial reconociendo la concurrencia de los requisitos del artículo 44.2 LME para que el acreedor pueda ejercer plenamente el derecho de oposición e impedir la modificación estructural en curso o consumada.

Bibliografía:

- ALFARO AGUILA REAL, J., en el blog Derecho Mercantil España: <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2012/03/la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de.html><http://derechomercantilesmana.bl>

ogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-la-reforma-del-derecho-de.html.

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8411, Sección Doctrina, 31 de Octubre de 2014, Año XXXV.
- CARRASCO PERERA, A., “Estrategias procesales y sustantivas en el nuevo régimen de oposición a la fusión escisión”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo 2012.
- CORTÉS Y PÉREZ TROYA, “Fusión de sociedades”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IX, vol. 2.º, Madrid, 2008, págs. 375 a 378.
- DÍAZ MORENO, A. y JUSTE MENCÍA, J., “Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital”, *Revista de derecho de sociedades*, núm. 39, 2012, ISSN 1134-7686, págs. 199 a 228.
- ESCRIBANO GÁMIR, M. L., “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 art. 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, *Diario LA LEY*, núm. 7855, de 10 de mayo de 2012, año XXXIII.
- ESCRIBANO GÁMIR, C., *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Pamplona, 1988.
- ESCRIBANO GÁMIR, C., “Derecho de oposición de los acreedores sociales”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, T. I, *Transformación, fusión, fusiones transfronterizas intracomunitarias* (dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO, ESTEBAN VELASCO), Pamplona, 2009.
- ESCRIBANO GÁMIR, C., “La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada”, en *RDS*, núm. 28, 2007.
- ESTEBAN RAMOS, L. M., “El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El Nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, junio 2013.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2.ª ed., Dykinson, 2013.

- GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de los accionistas y acreedores*, Madrid, 1993, pág. 291.
- JUSTE MENCÍA, J., “Reforma de la normativa sobre fusiones y escisiones por el RDL 9/2012, de 16 de marzo: reforma de las denominadas fusiones "simplificadas" y alteración sustancial del derecho de oposición de acreedores “, & *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, marzo de 2012, págs. 1-5.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., en su blog http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012_03_01_arhive.html.
- *Study on the application of the cross-border mergers directive*, Lexis-legal, september 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf, págs. 52 a 60.