

**PROTECCIÓN DE ACREEDORES Y REGLAS PARTICULARES EN EL NUEVO RÉGIMEN DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES (TRANSFORMACIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO)**

Mónica Fuentes Naharro\*

La versión final de este trabajo será  
publicada en:  
*Estudios jurídicos en homenaje al profesor José  
Miguel Embid Irujo, 2025*

\* Catedrática (acr.) de Derecho Mercantil

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.

Universidad Complutense de Madrid.

Ciudad Universitaria s/n. 28040 Madrid

+00 34 913 94 54 93

[mfuentes@ucm.es](mailto:mfuentes@ucm.es)

*Documento depositado en el archivo institucional Docta Complutense*

© Mónica Fuentes Naharro

<b>I. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA DIRECTIVA DE MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA.....</b>	<b>2</b>
1. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	2
2. FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN TUITIVO DE LOS ACREEDORES EN LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS.....	3
2.1. <i>La necesidad de proteger el interés de los acreedores en operaciones transfronterizas</i> .....	4
2.2. <i>La necesidad de contar con un marco normativo armonizado</i> .....	6
3. REGLAS TUITIVAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA.....	11
3.1. <i>Caracterización general</i> .....	11
3.2. <i>Ámbito de protección</i> .....	12
<b>II. EL NUEVO RÉGIMEN ESPAÑOL DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES: CARACTERIZACIÓN Y SISTEMÁTICA .....</b>	<b>14</b>
1. CARACTERIZACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN: EXTENSIÓN (ARMONIZADORA) DEL RÉGIMEN DE LA DIRECTIVA A LAS OPERACIONES INTERNAS.....	14
1. SISTEMÁTICA DEL NUEVO RÉGIMEN TUITIVO DE ACREEDORES: REGLAS COMUNES Y REGLAS PARTICULARES .....	16
<b>III. REGLAS TUITIVAS PARTICULARES PARA ALGUNAS OPERACIONES EN EL NUEVO RÉGIMEN .....</b>	<b>18</b>
1. LAS TRANSFORMACIONES INTERNAS: EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE ACREEDORES .....	19
2. LAS TRANSFORMACIONES TRANSFRONTERIZAS: LA PRÓRROGA DEL FORO .....	20
3. LA ESCISIÓN: NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN.....	23
4. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO .....	28
<b>IV. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>30</b>

## **I. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA DIRECTIVA DE MOVILIDAD TRANSFRONTERIZA<sup>1</sup>**

### **1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La protección de los acreedores en las operaciones de modificación estructural siempre ha ocupado un espacio en la mente del legislador europeo, ya no sólo en el ámbito transfronterizo (al que nos referiremos luego y que se justifica por motivos adicionales, v. *infra*. 2), sino también en el ámbito interno. Así, la tercera (78/855/CEE) y sexta (82/891/CEE) Directivas de fusiones y de escisiones, posteriormente integradas en la Directiva consolidada 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, ya se ocuparon en su día de exigir a los derechos nacionales la previsión de medidas tuitivas para los acreedores en aquellas operaciones internas (cfr. art. 99 y 146)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Simplificación y digitalización de los procesos de movilidad y reestructuración societaria (PID2023-147982OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033”. Este trabajo recoge una parte -que se ha actualizado, ampliado y completado con fuentes y referencias en notas al pie de página- de lo ya publicado en la segunda edición del libro coordinado por los profesores Ángel Rojo, Luis J. Cortés, Ana B. Campuzano y Adoración Pérez Troya, bajo el título “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales”, en *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., Aranzadi, 2024, p. 449 y ss.

<sup>2</sup> Un detallado análisis del régimen tuitivo contenido en ambas Directivas puede verse, entre otros, en: ESCRIBANO GAMIR, C., *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción*

Importa señalar que los artículos 99 y 146 siguen vigentes en la Directiva 2017/1132, ya que la conocida como “Directiva de movilidad transfronteriza” (Directiva 2019/2121, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132, en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, “DMT”)<sup>3</sup> se centra en la protección de los acreedores en el ámbito de esas operaciones transfronterizas, pero no modifica el régimen de las fusiones y escisiones internas. Régimen para operaciones internas que, en algunos aspectos se reproduce y en otros, cuando menos, “inspira” el régimen tuitivo de esta categoría de sujetos en la Directiva de movilidad transfronteriza<sup>4</sup>.

No vamos aquí a reproducir los fundamentos que justifican la protección de los acreedores en las modificaciones estructurales internas, tema éste que ya ha sido tratado de forma cuidada por doctrina especializada a la que nos remitimos<sup>5</sup>. Pero sí parece imprescindible dejar apuntadas las razones que justifican que la Directiva incorpore unas reglas específicas de protección -algunas de ellas, compartidas con las operaciones internas, otras, adicionales o complementarias por el carácter transfronterizo de la operación- de esta categoría de *stakeholders* cuando las operaciones de modificación estructural tienen un carácter transfronterizo.

## 2. FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN TUITIVO DE LOS ACREEDORES EN LAS OPERACIONES TRANSFRONTERIZAS

La Directiva de movilidad transfronteriza persigue un doble fin. Por un lado, facilitar mediante la armonización legislativa la realización de las operaciones

---

*del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Aranzadi, 1997, y en ESTEBAN RAMOS, M. L., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Aranzadi, 2017.

<sup>3</sup> Aunque nos referiremos a la Directiva de movilidad transfronteriza a lo largo de nuestro trabajo, resulta oportuno precisar antes algo que, aunque pueda resultar superfluo —por obvio— nos parece importante: la Directiva de movilidad transfronteriza, no está llamada a ser una norma independiente con respecto al Derecho europeo vigente, sino que tiene por objeto —como su denominación refiere— la modificación de determinados aspectos de la Directiva 2017/1132 codificada o consolidada de sociedades. De este modo, todos y cada uno de los artículos de la Directiva de movilidad transfronteriza que analicemos a lo largo de este trabajo, aunque nosotros los adscribamos —como viene haciendo la doctrina científica— a ésta, no son tales en sentido estricto. Todos ellos son preceptos que modifican en su redacción o introducen *ex novo* preceptos en la Directiva 2017/1132.

<sup>4</sup> Nos referimos, especialmente, al derecho a reclamar garantías adecuadas que, aunque aquí no se trata de forma desarrollada, constituye el elemento nuclear y común de protección de los acreedores en estas operaciones. Hemos estudiado de forma más desarrollada este derecho en otros trabajos a los que nos remitimos: v. FUENTES NAHARRO, M., “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales”, cit., p. 449 y ss.; y, con algo más de detalle, en “La protección de los acreedores en el régimen de modificaciones estructurales: las reglas comunes”, en *Libro Homenaje a Ángel Rojo*, Aranzadi, 2024 (en prensa).

<sup>5</sup> Vid. Autores citados en nota al pie núm. 2 y referencias bibliográficas contenidas en sus trabajos. También, en este contexto, véanse los recientes trabajos de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales: justificación y medios de prueba en el RD Ley 5/2023”, *I&R*, núm. 11, 2023, p. 47 y ss.; “La protección de los acreedores frente a las modificaciones estructurales”, *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, (dir. J. Pulgar), La Ley, Madrid, 2024, p. 183 y ss.

transfronterizas de transformación, escisión y fusión. Por otro lado, tutelar los intereses dignos de protección en ese contexto. Ambos fines se infieren con claridad de sus Considerandos: mientras el Considerando (4) advierte de que “los derechos de las sociedades a realizar transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas deben ir de la mano y estar debidamente equilibrados con la protección de los trabajadores, los acreedores y los socios”, inmediatamente después, en el Considerando (5) se añade que la ausencia de un marco jurídico “para las transformaciones y escisiones transfronterizas da lugar a una fragmentación legal y a una inseguridad jurídica y, por tanto, a la existencia de barreras al ejercicio de la libertad de establecimiento. También conduce a una protección de los trabajadores, los acreedores y los socios minoritarios en el mercado interior que dista de ser óptima”.

## **2.1. La necesidad de proteger el interés de los acreedores en operaciones transfronterizas**

Todas las modificaciones estructurales pueden llegar, eventualmente, a lesionar el interés de los acreedores. Sin embargo, la amenaza es de distinta naturaleza en función del tipo de operación. Como se ha señalado, es oportuno diferenciar los casos en los que el deudor (la sociedad) cambia de *lex societatis* -como ocurre en la transformación transfronteriza- donde no se produce un cambio sustancial en la estructura patrimonial de la sociedad, de aquellos en los que se modifica la composición de la masa de activos a disposición de los acreedores, lo que ocurre en los supuestos de fusión o escisión, donde el cambio en la base patrimonial puede llegar a afectar negativamente a sus créditos<sup>6</sup>. De hecho, a partir de ese razonamiento, diversos autores han cuestionado la necesidad de reconocer -como hace la Directiva- a los acreedores de las transformaciones un derecho a exigir las garantías de sus créditos que, sin embargo, sí defienden, en sede de fusión o escisión<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de la distinción apuntada, la doctrina mayoritaria y algunos estudios empíricos llevan tiempo poniendo de manifiesto que los acreedores de las operaciones transfronterizas se enfrentan a peligros -en buena parte- comunes que los hacen dignos de protección. Así ocurre con el cambio de *lex societatis* a que tienen que enfrentarse los acreedores de una transformación transfronteriza -tal y como se expuso de forma cuidada en relación con el traslado de domicilio

---

<sup>6</sup> WINNER, M., “Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions”, *ECFR*, 2019, p. 50 y ss., señala que en una fusión la base patrimonial, generalmente, se incrementa. Sin embargo, en ocasiones, puede ocurrir justamente lo contrario, que disminuya, sobre todo si una compañía sobreendeudada se fusiona con otra que no lo está. Así, mientras, antes de la fusión dos grupos separados de acreedores (los de la sociedad absorbida y los de la adquirente) tienen acceso a activos diferenciados, tras la fusión, estos grupos comparten una sola base patrimonial. En otras palabras, es muy probable que la *ratio* entre activos y deudas cambie en comparación a la situación que existía antes de la fusión, y que ese cambio resulte favorable a los acreedores de una sociedad, pero desfavorable para los otros. En una escisión, la base del activo decrece, pero también lo hace el número de acreedores. Sin embargo, de nuevo, esta ventaja dependerá de la *ratio* entre activos y deudas y también de la situación de liquidez de cada sociedad beneficiaria.

<sup>7</sup> TEICHMANN, C., “Protección de acreedores en modificaciones estructurales transfronterizas”, *RDCP*, 30, 2019, p. 2; WINNER, M., “Protection of Creditors and Minority Shareholders”, cit., p. 44 y ss., en especial, p. 50 y ss.

social a otro Estado miembro de la Sociedad Europea (“SE”)<sup>8</sup>; peligro que, de forma similar, pueden afrontar los acreedores de una sociedad fusionada que se extingue o los de una sociedad escindida en el caso de que el patrimonio garantía de sus créditos pasa a formar parte de una sociedad domiciliada en otro país. Y es que, en todos estos casos, el cambio de la ley que gobernará en adelante la vida de la sociedad deudora puede ofrecer una protección sustancialmente menor para los acreedores. Como se sabe, los instrumentos tuitivos diseñados por el derecho de sociedades en los distintos ordenamientos para proteger a esta categoría de sujetos están basados en las reglas de formación y mantenimiento del capital o en las reglas sobre el capital mínimo. De ahí que la “intensidad” en la protección de los acreedores varíe de unos Estados a otros. Esto ocurre, por ejemplo, con ordenamientos que no son “*creditor friendly*” porque contienen normas mucha más permisivas -menos protectoras- del capital en cuanto a las distribuciones de resultados, reducciones de capital, o, incluso, de derecho de grupos<sup>9</sup>, etc. De ahí que el cambio de *lex societatis* pueda conllevar una reducción de los derechos que estos acreedores tenían en el Estado miembro de origen<sup>10</sup>.

Además, como resultado de las operaciones transfronterizas, aunque ese cambio no tenga efecto en la ley aplicable a los contratos<sup>11</sup>, sí puede afectar a la jurisdicción competente, esto es, puede llegar a producirse un cambio (no en todos los supuestos)<sup>12</sup> del foro jurisdiccional competente para que los acreedores puedan reclamar sus créditos (o, si fuese el caso, ejecutar sus garantías)<sup>13</sup>. De

---

<sup>8</sup> Esta misma problemática, en relación con la Sociedad Europea, ha sido abordada por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE: traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en (dirs. G. Esteban/L. Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea: régimen jurídico, societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 121 y ss.; en detalle: PALAO MORENO, G., *El traslado de domicilio social de la sociedad anónima europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

<sup>9</sup> Así, en el caso específico de las transformaciones, además, el cambio de Ley aplicable reclama tener otra cuestión en mente, cual es la de que el cambio de *lex societatis* puede suponer un “empeoramiento” de la protección del acreedor si, por ejemplo, la filial que tuviera su sede estatutaria en un Estado miembro que cuente con un derecho de grupos que les proporcione ciertos remedios tuitivos (tal podría ser el caso de Alemania, Portugal o Italia), se transforma, transfiriendo su sede estatutaria a otro país sin derecho de grupos (como puede ser España) que resulte ser menos “*creditor friendly*”: FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE”, cit., p. 191; más recientemente, en: “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales”, cit., en especial, p. 59 y ss.

<sup>10</sup> Así se pone de manifiesto en: GERNER-BEUERLE, C. /MUCCIARELLI, F.M./SCHUSTER, E.P./ SIEMS, M.M. *Study on the Law Applicable to Companies*, June 2016, p. 222.

<sup>11</sup> Reglamento 593/2008 sobre la Ley aplicable a las relaciones contractuales (Roma I) OJ [2008] L 177/6, artículo 19. 3, sobre la residencia habitual de la sociedad, que será “*la determinada en el momento de celebración del contrato*”.

<sup>12</sup> Decimos que puede llegar a ocurrir porque no toda transformación transfronteriza implica un cambio del foro: v. PALAO MORENO, G., *El traslado de domicilio social*, cit., p. 185 y ss.

<sup>13</sup> A menos que el contrato contenga una cláusula del foro aplicable. Como se sabe, el “*forum shifting*” depende de las previsiones dispuesta sen el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 (Bruselas I), y de las previsiones establecidas en el contrato (v. siguiente nota al pie). Por lo que respecta a las deudas por responsabilidad extracontractual, el lugar donde ocurrió el

este modo, el acreedor tendría que demandar a su deudor -la sociedad- ante los tribunales de un Estado miembro distinto, esto es, el Estado miembro de destino en la operación de transformación transfronteriza, o el Estado miembro donde tenga su domicilio la sociedad absorbente o de nueva creación o la sociedad de nueva creación en virtud de la escisión<sup>14</sup>.

A la vista de lo expuesto, es claro, como se ha señalado, que el legislador europeo no comparte la visión de que las reglas de protección de los acreedores son “superfluas” porque éstos pueden protegerse mejor a través de instrumentos de derecho privado<sup>15</sup>. Y es que, como se sabe, estas soluciones “*tailor-made*” de las que disfrutaban los acreedores fuertes y experimentados (generalmente, acreedores financieros) no siempre están disponibles para los pequeños acreedores.

## **2.2. La necesidad de contar con un marco normativo armonizado**

Aunque nuestro derecho europeo ya contaba con una regulación de la fusión transfronteriza, no disponía de reglas detalladas que atendiesen a la protección de los acreedores y que proporcionasen soluciones suficientemente armonizadas en los distintos Estados miembros<sup>16</sup>. La única norma aplicable era la dispuesta para las fusiones internas en el artículo 99 de la Directiva 2017/1132. En el apartado primero de ese precepto (similar al art. 146.1 para las escisiones) se contenía un vago llamamiento a los Estados miembros a prever “*un sistema de protección adecuado*” para un concreto ámbito de protección: “*los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de esta publicación*”.

La única medida tuitiva concreta que contenía aquel artículo 99 era la exigencia de que los Estados miembros reconociesen a esos acreedores, “*al menos*” -esto es, como mínimo- el derecho “*obtener garantías adecuadas cuando la situación*

---

daño será el que determine la ley aplicable y atraerá la jurisdicción, sin importar dónde la sociedad demanda tenga su domicilio estatutario: Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Rome II) (art. 4.1).

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE...”, cit., p. 190; WINNER, M., “Protection of Creditors...”, cit., pp. 51 y 52, señala que, de acuerdo con el Reglamento Bruselas I (1215/2012), una Sociedad puede ser demandada donde tiene su domicilio, que de acuerdo con el artículo 63 será, bien el domicilio estatutario, bien donde la sociedad tenga su administración central y/o principal establecimiento. Todos estos factores pueden cambiar tras una operación transfronteriza. A falta de una jurisdicción especial ex art. 7 y ss. del Reglamento 1215/2012, esto puede obligar al acreedor a tener que litigar en otro Estado miembro. Señala este último autor que los peligros que derivan de un cambio de la *lex societatis* o de la jurisdicción donde plantear sus reclamaciones no son problemas para los acreedores de las sociedades absorbentes; de forma similar, los acreedores cuyos créditos no son transferidos por una escisión a otra sociedad situada en otro Estado miembro no tendrán este tipo de problemas.

<sup>15</sup> En defensa de esa visión, entre otros: ARMOUR, J., “Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law”, 63 *Modern Law Review*, 2000, p. 355; ENRIQUES, L./MACEY, J.R., “Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules”, 86 *Cornell Law Review* (2001), 1165, y la doctrina por ellos citada.

<sup>16</sup> De acuerdo: FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales”, cit., en especial, p. 59 y ss., incidiendo en las dificultades que planteaba la falta de armonización.

*financiera de las sociedades que se fusionen haga necesaria para [sic.] la protección y siempre que los citados acreedores no dispongan ya de tales garantías” y que cuando implementasen esa norma, para cuyo diseño tenían un amplio margen de libertad, debían garantizar a esos acreedores, al menos el derecho 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 fusión, la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad” (elementos, algunos de ellos, que como veremos, están presentes en el régimen de protección de acreedores de la Directiva de movilidad transfronteriza).*

La vaguedad y amplitud del artículo 99 de la Directiva 2017/1132, unido a que era una norma de mínimos, había dado lugar a normas de muy distinto carácter entre los distintos Estados miembros que dificultaban la realización de las fusiones transfronterizas, tal y como había puesto de manifiesto algún importante estudio<sup>17</sup>. Se habían adoptado enfoques muy diferentes de protección que, en un intento clasificatorio, podríamos dividir entre sistemas *ex ante* y sistemas *ex post*, en función del momento considerado relevante por cada derecho nacional para proteger a los acreedores.

El grupo de Estados que había adoptado medidas *ex ante* estableció normas en las que el momento decisivo para proteger a los acreedores era anterior a la adopción por la sociedad (por su órgano de socios) del acuerdo o, cuando menos, anterior a que éste fuese eficaz. Entre aquel grupo de medidas destacan dos: el derecho a oponerse, bloqueando o paralizando la operación, y el derecho a solicitar la garantía de sus créditos (la opción más empleada entre los Estados miembros, que tampoco abordaban de forma homogénea)<sup>18</sup>. Los Estados miembros que adoptaron medidas *ex post* lo que hacían era incorporar, como decíamos, medidas tuitivas que se activaban u operaban con posterioridad a la adopción y eficacia (inscripción) del acuerdo de operación transfronteriza<sup>19</sup>.

El caso español era un sistema algo peculiar porque el -ahora ya derogado- artículo 44 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“LME”) reconocía a los acreedores un derecho de oposición -tanto para fusiones internas como transfronterizas, que se aplicaba también a la escisión y al traslado de domicilio al extranjero- en virtud del cual se les reconocía, durante el plazo de un mes a partir de la publicación del acuerdo adoptado por la junta general -plazo que suspendía la operación<sup>20</sup>-, un derecho a oponerse a la modificación estructural -paralizándola- si consideraban que la sociedad no les había otorgado garantías adecuadas conforme a lo dispuesto en el artículo 44 LME (si bien, desde la modificación que este precepto sufrió por la

---

<sup>17</sup> BECH-BRUUN, *Study on the application of the cross-border merger directive*, September 2013, p. 52.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 56 y ss.

<sup>19</sup> TEICHMANN, C., “Protección de acreedores”, cit., p. 10

<sup>20</sup> En tanto el artículo 44 LME exigía esperar para inscribir la operación a que transcurriese el plazo de 30 días (desde la publicación del acuerdo) en él previsto. De ahí que se haya dicho que era “parcialmente paralizante” del proceso: SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, *RDBB*, 171, 2023, p. 70.

Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, ya no podía seguir calificándose de derecho de oposición en el sentido “tradicional”, esto es, de bloqueo de la operación<sup>21</sup>).

Las notables diferencias de modelos tuitivos en los distintos Estados miembros generaban dificultades cuando, por ejemplo, una sociedad sometida a una regulación nacional que optase por medidas protectoras *ex ante* se fusionaba con una sociedad sometida a un modelo regulatorio tuitivo *ex post*, ya que los plazos a cumplir en relación con la protección de los acreedores resultaban ser muy diferentes, manejándose en muchos casos una horquilla de uno a seis meses (aún peor, algunos Estados miembros ni siquiera establecían una fecha límite, de tal forma que la operación se enfrentaba al riesgo de que pasaran los

---

<sup>21</sup> Ello se debía a que la reforma facilitó un cauce específico para que los acreedores comunicaran al Registrador mercantil que habían ejercido su derecho de oposición y que la sociedad no lo había atendido debidamente, habiendo continuado con la operación. En tal caso, los acreedores solicitaban al Registrador que, por nota al margen de la inscripción de la operación, se hiciera constar el ejercicio de su derecho y, a partir de ahí, efectuada la anotación, el acreedor que pudiera acreditar haber ejercitado en tiempo y forma (mediante comunicación fehaciente) su derecho, disponía de 6 meses para interponer una demanda frente a la sociedad ante el Juzgado de lo mercantil solicitando la prestación de garantía del pago del crédito (RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., *La rescisión de las operaciones de reestructuración en supuestos de crisis: la rescisión de la escisión parcial*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 66 y 67). Con ello se evitaba que las discrepancias entre acreedores y sociedad deudora en orden a la existencia o suficiencia de las garantías pudieran provocar la suspensión de la ejecución de la operación y que la vulneración del derecho de oposición por parte de los administradores sociales pudiera constituirse en causa de ineficacia de la operación. De este modo, la tutela de esta categoría de sujetos se trasladó a un momento posterior al procedimiento de modificación estructural y a la perfección y eficacia misma de la operación, que despliega sus efectos a pesar de la oposición expresada por el acreedor (ESCRIBANO GAMIR, C., “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*, núm. 7855, 2012, p. 6; DÍAZ MORENO, A./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”, *RdS*, núm. 39, 2012, p. 199 y ss., en especial, p.223; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., *La rescisión de las operaciones de reestructuración*, cit., p. p. 68), convirtiéndose el artículo 44.4 LME en una regla de protección que comenzó a actuar *ex post*.

La doctrina registral interpretó el artículo 44.4 LME en el sentido de que el derecho del acreedor insatisfecho se limitaba a poder solicitar del Registrador mercantil la anotación de que ejerció su derecho en tiempo y forma para, luego, poder reclamar ante el Juzgado de lo Mercantil de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad esa garantía que consideraba adecuada y la sociedad no le había otorgado. Como ya señaló la RDGRN de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3253) [v. también las RRDGRN de 15 de octubre (RJ 2014/5525), 5 de noviembre (RJ 2014/6316) y 6 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6318)], aunque fuese *obiter dictum*, la previsión normativa del artículo 44.4 LME «*altera profundamente el contenido tradicional del derecho de oposición que ya no puede impedir la eficacia plena del procedimiento de fusión*», así como que «*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, sin perjuicio de las acciones que les reconoce el art. 44.4*». No obstante, ESTEBAN RAMOS, M.L., “Acreedores sociales y fusión de sociedades: pasado, presente y ¿futuro? Especial referencia al Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles”, *La Ley Mercantil*, núm. 101, abril de 2023, p. 5/26 admite que, aunque el derecho de oposición dejó de tener ese carácter impositivo, ese apartado 4º se había dispuesto para supuestos más limitados.

seis meses máximo del plazo de remisión del certificado exigido por el -anterior-artículo 127.2 de la Directiva 2017/1132<sup>22</sup>). De hecho, en la encuesta que se realizó, en el marco del estudio ya referido, a los *stakeholders*, quedó manifiesto que las diferencias normativas entre los distintos Estados causaban costes considerables y una enorme inseguridad jurídica<sup>23</sup>.

Ante este panorama, la Directiva de movilidad transfronteriza ha optado por incorporar un régimen que otorgue una mayor armonización a esas operaciones, fin que queda expresado en el Considerando (22): “En la actualidad, las normas sobre protección de los acreedores varían entre los distintos Estados miembros, lo que añade una significativa complejidad al proceso de operación transfronteriza y genera incertidumbre tanto para las sociedades implicadas como para sus acreedores en relación con el cobro o la liquidación de su crédito”. Esa armonización, acometida en los artículos 86 *undecies*, 126 *ter* y 160 *undecies* (que en la traducción a lengua española se denomina, por error, art. 160 *quaterdecies*)<sup>24</sup> para transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas respectivamente, unifica entre otros aspectos el plazo en todos los derechos nacionales para que los acreedores ejerzan el “derecho a reclamar garantías adecuadas”: tres meses desde la publicación del proyecto. Ello, en cierta medida, alivia el problema antes referido.

No obstante, aunque no podemos ahora detenernos como mereciera en el análisis del alcance real de la armonización buscada por el legislador europeo, sí queremos anticipar la siguiente reflexión: es cierto que parte del régimen de protección de acreedores de la Directiva contiene medidas tuitivas imperativas o *ius cogens* que, necesariamente, deben ser implementadas por los Estados miembros y que ello logra un efecto armonizador de los derechos nacionales. Sin embargo, esa armonización sigue siendo relativa porque los derechos nacionales conservan cierto margen para ir “más allá” en sus respectivos sistemas tuitivos<sup>25</sup>. Así ha ocurrido con el Derecho alemán (§§314 y 316 UmwG)<sup>26</sup> o con el Derecho italiano (arts. 10, 28, Decreto legislativo 2 marzo

---

<sup>22</sup> Antes, el artículo 11.2 de la Directiva 2005/56 de fusiones transfronterizas.

<sup>23</sup> BECH-BRUUN, *Study on the application of the cross-border merger Directive*, cit., p. 58 y 59.

<sup>24</sup> En adelante, nos referiremos a él como 160 *undecies*, de acuerdo con la numeración que tiene la Directiva en todos los demás idiomas que hemos podido consultar.

<sup>25</sup> En esta misma línea, considerando que no era estrictamente necesario -por razones de la implementación de la DMT- eliminar el derecho de oposición: SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 64 y ss.

<sup>26</sup> Que concibe la protección de los acreedores (su derecho a obtener garantías adecuadas) como obstativo de la operación si no se ve satisfecho (cfr. §§314 y 316 UmwG). Sin perjuicio de un estudio más pormenorizado de ambos preceptos que en un trabajo de estas características no podemos acometer, de ellos puede colegirse, por un lado, que la operación queda en suspenso -no se podrá inscribir- durante los tres meses de que goza el acreedor para exigir garantías adecuadas; por otro lado, que tampoco se podrá inscribir hasta que la decisión del tribunal sea desestimatoria de la solicitud del acreedor (o bien, se le haya proporcionado la garantía que el juez haya determinado en su resolución).

2023, n.19)<sup>27</sup>, donde, aun incorporándose las particularidades del nuevo régimen que exige la Directiva, se sigue manteniendo el carácter obstativo o paralizador de la operación -a partir del ejercicio de sus derechos por los acreedores- si la autoridad judicial entiende que no se les han dado garantías “adecuadas”. Ello se traduce, una vez más, en la pervivencia de sistemas dispares entre sí. Disparidad que se agudiza aún más porque la Directiva también contiene reglas de implementación facultativa para los distintos legisladores nacionales (así ocurre, por ejemplo, con la denominada “declaración de solvencia”<sup>28</sup>).

De este modo, a partir de la trasposición de la Directiva, es correcto decir que no existirá en el Derecho de sociedades europeo un único sistema armonizado de protección de acreedores para las operaciones transfronterizas (intraeuropeas), sino diferentes sistemas (nos atrevemos a decir, que uno por cada Estado miembro) que serán, ciertamente, mucho más homogéneos -armonizados- en sus plazos y procedimiento de ejecución (lo que facilitará la realización de las operaciones), pero que tendrán grados sensiblemente distintos en términos tuitivos.

Ahora bien, como ya dijimos en un trabajo anterior, la libertad de los distintos derechos nacionales para ir más allá en sus sistemas tuitivos -en este caso, para los acreedores- no es ilimitada, ya que tiene que respetar la libertad de establecimiento reconocida por el derecho primario (arts. 49 y 54 TFUE) y la jurisprudencia del TJUE. Ello implica que, de acuerdo con el “test” o los “criterios” de *Gebhard*<sup>29</sup>, cualesquiera restricciones a la libertad de establecimiento deberán tener su fundamento en motivos de interés público, ser adecuadas para obtener el fin perseguido y ser proporcionadas.

---

<sup>27</sup> Aunque, como se ha dicho en la nota anterior, un estudio pormenorizado del derecho italiano no puede abordarse en un trabajo de estas características, es claro que para las operaciones transfronterizas que regula este Decreto legislativo 2 marzo 2023, n.19, se mantiene el carácter obstativo de la oposición del acreedor. De ahí que su artículo 10 (para las transformaciones) y del artículo 28 (para las fusiones), por un lado, también se impida emitir el certificado hasta que transcurran los tres meses desde el depósito del proyecto de que disponen los acreedores para solicitar garantías adecuadas (salvo que los acreedores consientan); y, por otro lado, que los acreedores podrán oponerse a la operación (paralizándola) si bien, el tribunal podrá ordenar que ésta continúe si considera infundado el riesgo de perjuicio para los acreedores o si considera que la sociedad ha prestado una garantía idónea.

<sup>28</sup> Así la denomina el Considerando (25) de la Directiva de movilidad transfronteriza, aunque en nuestro nuevo régimen de modificaciones estructurales se ha denominado “declaración sobre la situación financiera”.

<sup>29</sup> Denominado así por la Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard* case C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, parag. 37. Nos remitimos a lo ya expuesto en: FUENTES NAHARRO, M., “Cross-Border Conversions and the Company Law Package”, en *Stakeholder Protection in Restructuring* (dirs. E. Kovacs/M. Winner), Nomos, 2019, p. 13 y ss.; y en “La protección de los acreedores en las operaciones transfronterizas en la nueva Directiva 2019/2121”, *I&R*, núm. 2, 2021, p. 123 y ss.

### 3. REGLAS TUITIVAS PREVISTAS EN LA DIRECTIVA

#### 3.1. Caracterización general

El régimen tuitivo de la Directiva está compuesto por dos tipos de medidas: unas son comunes a las tres operaciones transfronterizas, otras se establecen con carácter particular en atención a la naturaleza específica -esto es, a los riesgos específicos para los acreedores- que generan algunas de ellas.

Esta distinción entre medidas tuitivas comunes y específicas (o particulares) resulta especialmente útil en nuestro caso porque el Derecho español ha seguido sustancialmente esa sistemática en la reforma del régimen de las modificaciones estructurales que se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio cuyo libro I se dedica al nuevo régimen de las modificaciones estructurales (tanto internas como transfronterizas), y al que nos referiremos en adelante como “RDLME”.

Son tres las medidas tuitivas de carácter *común* que, conforme exige la Directiva, todo Estado miembro debe, necesariamente, implementar:

Por un lado, las informativas o de publicidad, que exigen hacer constar en el proyecto de la operación que redactan los administradores: “*toda garantía ofrecida a los acreedores, tales como fianzas o prendas*” [cfr. arts. 86 *quinquies* f), 122 n) y 160 *quinquies* q)]. Esta medida se encuentra vinculada o, incluso, podríamos decir que es “instrumental” de las otras dos que se reconocen, también con ese carácter común, a los acreedores. Nos referimos, por un lado, al derecho a presentar “observaciones” a ese proyecto antes de la celebración de la junta general correspondiente; y, por otro lado, al derecho que se reconoce a los acreedores insatisfechos con las garantías ofrecidas en el proyecto a solicitar “*las garantías adecuadas*” ante la autoridad competente que determine cada Estado miembro. Ello, siempre que “ *puedan demostrar de forma creíble*” que existe un peligro concreto -de falta de pago o dificultad de cobro del crédito a su vencimiento- causado por la operación de modificación estructural, así como que no han obtenido garantías adecuadas de la sociedad (arts. 86 *undecies*.1, 126 *ter*.1, 2º y 160 *undecies*.1).

Por otro lado, la Directiva prevé una cuarta medida también común a las tres operaciones (arts. 86 *undecies*.2, 126 *ter*. 2 y 160 *undecies*.3), pero formulada como una mera habilitación dirigida a los legisladores nacionales (de carácter facultativo, por tanto), que “*podrán*” exigir a la sociedad(es) participante en la operación que preste una “declaración de solvencia” -así la denomina el Considerando (25)- formulada por los administradores sobre su capacidad para pagar los créditos en el futuro (tras la operación).

Luego, como decíamos, la Directiva contiene otro tipo de medidas *específicas o particulares*, que denominamos así porque han sido diseñadas sólo para ser aplicadas a determinadas operaciones transfronterizas en atención a su particular naturaleza y problemática. Por un lado, nos encontramos con la relativa a la continuidad del foro durante los dos años siguientes para las transformaciones (art. 86 *undecies*. 4); por otro lado, con la imposición de un régimen común de responsabilidad a las sociedades beneficiarias en las escisiones (art. 160 *undecies*.2). A estas medidas tuitivas específicas se suman

otras que el legislador español ha incorporado *motu proprio* (en tanto la DMT no le obligaba a ello) en el RDLME y que se aplican tanto a operaciones internas como transfronterizas. En todas estas reglas específicas o particulares nos centraremos en este trabajo.

### 3.2. **Ámbito de protección**

Creemos imprescindible subrayar que la Directiva de movilidad transfronteriza se muestra continuista con el ámbito ya tutelado -en el Derecho europeo- para las operaciones internas. De forma similar a como se observa en el artículo 99.1 y en el artículo 146.1 de la Directiva 2017/1132<sup>30</sup> para las operaciones de fusión y escisión internas, la Directiva de movilidad transfronteriza sigue protegiendo a los acreedores de las sociedades involucradas en la operación que ya lo eran antes de la publicación del proyecto y cuyos créditos, en aquel momento, no hubiesen vencido (arts. 86 *undecies*.1, 126 *ter*.1 y 160 *undecies*.1<sup>31</sup>): se sigue obligando a los Estados miembros a proteger a los acreedores “*cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación [fusión o escisión] transfronteriza y aún no hayan vencido en el momento de dicha publicación*”<sup>32</sup>. Por supuesto, este ámbito podía ser ampliado por el legislador nacional siempre que ello no supusiese, en la práctica, una restricción injustificada a la movilidad transfronteriza amparada por la Directiva en los términos de los artículos 49 y 54 TFUE (test de *Gebhard* y jurisprudencia del TJUE, como antes ya se ha mencionado).

Nuestro legislador nacional se ha limitado a reproducir el texto de la Directiva en relación con la definición de los acreedores tutelados (añadiendo a los obligacionistas, en los mismos términos que preveía el derogado art. 44.2 LME)<sup>33</sup>. Con ello se mantiene, en definitiva, el mismo ámbito subjetivo de protección que ya existía en nuestro Derecho antes de la reforma operada por el RDLME.

---

<sup>30</sup> Estos preceptos también disponían: “1. *Las legislaciones de los Estados miembros preverán un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de esta publicación*” (art. 99.1 y, art. 146.1, de forma casi idéntica).

<sup>31</sup> Recuérdese que, aunque la traducción española de la Directiva lo numera, incorrectamente, 160 *quaterdecies*, nosotros estamos refiriéndonos siempre a este precepto por su numeración correcta: 160 *undecies*. De hecho, la versión española enumera como tal 160 *quaterdecies*, ahí ya correctamente, el artículo dedicado al certificado previo a la escisión.

<sup>32</sup> Tampoco resuelve la Directiva una petición largamente defendida por la doctrina de aclarar si los acreedores “contingentes” quedan o no incluidos en el ámbito subjetivo de protección, ni en extender el periodo temporal más allá de la publicación de ese proyecto. Puede verse en las actas de las reuniones del ICLEG (<http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupID=3036>) que había un claro consenso dentro del grupo a favor de incluir a los acreedores „contingentes; lo que sí era controvertido era la cuestión de incluir sólo a los acreedores que lo eran antes de la publicación del proyecto de la operación (en la línea del art. 99.1 de la Directiva 2017/1132), o extenderla a todos aquellos que lo fuesen antes de la fecha en que el acreedor podía reclamar de la autoridad nacional la protección de su crédito.

<sup>33</sup> Los obligacionistas también podrán ejercer sus derechos en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la operación hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas (cfr. art. 13.4 RDLME).

También nuestro legislador ha conservado el mismo ámbito objetivo -esto es, los créditos protegidos por la norma- que ya observaban la Directiva 2017/1132 y la LME. Recuérdese que aquella ya preveía en sus artículos 99.1 (fusión) y 146.1 (escisión) para las operaciones internas (que se aplicaban analógicamente a las fusiones transfronterizas), que los créditos protegidos por la norma eran aquellos que *“hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto [...] y aún no hayan vencido en el momento de dicha publicación”*. Esta regla, como se sabe, se había trasladado al artículo 44.2 LME, donde se advertía: *“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”*.

Ahora, el nuevo artículo 13.1 RDLME reproduce, en parte<sup>34</sup>, el artículo 44.2 LME al advertir que: *“Los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del correspondiente proyecto, aun no hayan vencido en el momento de dicha publicación, que no estén conformes con las garantías ofrecidas o con la falta de ellas en aquel proyecto y hayan notificado a la sociedad su disconformidad, podrán, dentro del plazo de 1 mes para las operaciones internas y 3 meses para las transfronterizas a partir de dicha publicación: (...)”*. Por *“publicación”* deberá entenderse la que se hace en el BORME, bien del hecho de que el proyecto se ha insertado la página web de la sociedad, bien de que éste se ha depositado en el Registro Mercantil (cuando la sociedad carezca de esa página web). En los casos en que no sea necesaria la publicación del proyecto, como expresamente aclara el artículo 13.2 RDLME, la fecha de nacimiento del crédito a los efectos de la protección de los acreedores deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo adoptado por la junta general (*“o, en los casos que así proceda, por el consejo de administración o a la fecha de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor”*)<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Decimos que el nuevo artículo 13.1 RDLME reproduce sólo “en parte” el artículo 44.2 LME porque la Directiva de movilidad transfronteriza y la trasposición llevada a cabo por el RDLME, ha supuesto un profundo cambio de los plazos para el ejercicio por parte de los acreedores del derecho a solicitar garantías, de sus presupuestos legitimadores y de la carga de la prueba con que tales acreedores deben cumplir. Todas estas cuestiones, por afectar a las denominadas “reglas comunes” de protección, no se abordan aquí, pero han sido tratadas con detalle en otros trabajos a los que ya nos hemos remitido antes: FUENTES NAHARRO, M., “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales”, cit., p. 449 y ss.; y, con algo más de detalle, en “La protección de los acreedores en el régimen de modificaciones estructurales: las reglas comunes”, en *Libro Homenaje a Ángel Rojo*, Aranzadi, 2024 (en prensa).

<sup>35</sup> Se dice correctamente que la referencia a que los créditos no estén vencidos es -sigue siendo- lógica, ya que estamos hablando de un derecho a obtener garantías y si el crédito ya hubiera vencido, el acreedor podría emplear los mecanismos previstos en el derecho común para exigir su cumplimiento ESTEBAN RAMOS, M.L., “Acreedores sociales y fusión de sociedades”, cit., p. 11.

## **II. EL NUEVO RÉGIMEN ESPAÑOL DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES: CARACTERIZACIÓN Y SISTEMÁTICA**

### **1. CARACTERIZACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN: EXTENSIÓN (ARMONIZADORA) DEL RÉGIMEN DE LA DIRECTIVA A LAS OPERACIONES INTERNAS**

Pasado ya el plazo de que los Estados miembros disponían para trasponer la Directiva de movilidad transfronteriza (31 de enero de 2023), la norma de trasposición al Derecho español fue aprobada por el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, que se compone de cinco libros. El libro I (al que nos referimos en adelante como “RDLME”) corresponde no sólo a la obligatoria trasposición de la Directiva, sino a un nuevo régimen jurídico aplicable a *todas* las modificaciones estructurales (internas y transfronterizas) que deroga la LME.

El título primero del RDLME consta de dos capítulos donde ya se puede vislumbrar con claridad la sistemática del nuevo régimen legal. El capítulo I contiene disposiciones preliminares relativas a las limitaciones y exclusiones aplicables a las distintas operaciones de modificación estructural, mientras el capítulo II contiene las disposiciones que son “comunes” porque resultan aplicables a todas las modificaciones estructurales sin distinción —ya sean internas o transfronterizas, con las adaptaciones que resulten oportunas para cada tipo de operación— y que afectan, en esencia: (i) a la elaboración del proyecto de modificación estructural, (ii) a los informes del órgano de administración y de expertos independientes, (iii) a la publicidad preparatoria del acuerdo, (iv) a la aprobación de la operación proyectada y al acuerdo unánime de modificación estructural, (v) a la publicación e impugnación del acuerdo, (vi) a la protección de socios y acreedores, y (vii) a la eficacia y validez de la operación inscrita.

Todas estas disposiciones comunes se complementan con una serie de normas “específicas” para cada tipo de modificación estructural interna, que se encuentran localizadas en el título II: transformación por cambio de tipo social (capítulo I), fusión (capítulo II), escisión (capítulo III) y cesión global de activo y pasivo (capítulo IV). Como ha señalado la propia Exposición de Motivos, en este ámbito de las operaciones internas, la opción del legislador español ha sido la de armonizar su régimen con el de las operaciones transfronterizas. Ello se ha llevado a cabo manteniendo —en parte— en ese título II el texto de la antigua LME, pero procediendo al cambio de numeración del articulado y suprimiendo las menciones y especialidades para las fusiones transfronterizas que, ahora, se recogen en el título III, donde pasan a quedar reguladas todas las modificaciones estructurales de ese carácter (incluso, por decisión del legislador español, las escisiones con sociedades ya existentes y las cesiones globales de activo y pasivo, figuras ambas que no recogía la DMT).

Decimos que se mantiene sólo en parte el régimen de la anterior LME porque la armonización de operaciones internas y transfronterizas ha supuesto la extensión a las internas de algunas de las opciones adoptadas respecto de las transfronterizas. Las principales novedades (no todas ellas referidas en la

Exposición de Motivos) que se introducen en el régimen de las operaciones *internas* fruto de esa tarea de armonización son las siguientes:

- (i) El régimen de la transformación se ha modificado de forma notable tanto a nivel sustantivo como puramente nominal, distinguiéndose ahora entre la transformación interna -donde sólo se produce un cambio de tipo social- y la transformación transfronteriza (antes denominada “traslado internacional de domicilio”) donde se produce un cambio de *lex societatis* para la sociedad afectada por la operación. Ese cambio ha supuesto su equiparación procedimental al resto de operaciones, con todo lo que ello conlleva en términos de elaboración y publicidad de proyecto e informes.
- (ii) Se ha previsto de forma expresa —aunque antes ya se mantenía por algunos autores su admisión en Derecho español— un nuevo supuesto de fusión simplificada, asimilándose el supuesto de que un mismo socio sea dueño de todas las acciones o participaciones de las sociedades fusionadas, a aquél en el que unos mismos socios sean dueños en la misma proporción de todas las sociedades fusionadas, dado que no se aprecia motivo alguno que justifique una regulación diferente para las fusiones internas y para las transfronterizas.
- (iii) Se introducen dos importantes novedades en relación con la responsabilidad frente a acreedores en la escisión (interna y transfronteriza, aunque no todo obedece a la labor de implementación de la DMT). Por un lado, se limita la responsabilidad solidaria de la sociedad escindida o segregada por las obligaciones incumplidas por las sociedades beneficiarias, al activo neto que le hubiera quedado atribuido en virtud de la operación. Por otro, se hace responsable a las beneficiarias (con ese mismo límite) de las deudas incumplidas frente a los acreedores de la sociedad escindida (v. *infra* III.3). Este régimen se extiende, *mutatis mutandis*, a la cesión global de activo y pasivo.
- (iv) Por último, y no menos importante, se han extendido a las operaciones internas los nuevos mecanismos tuitivos previstos con carácter general en la Directiva para los socios minoritarios, acreedores (también para los trabajadores). Ello supone la introducción, entre otros, de importantes cambios en el hasta ahora conocido como derecho de separación de los socios, que ahora se denomina de “enajenación” a cambio de una “compensación adecuada”, así como la modificación del régimen de protección de los acreedores, sustituyéndose el clásico derecho de oposición (cuya naturaleza obstativa de la operación ya había quedado superada tras la reforma operada en la LME en 2012) por un derecho de los acreedores a solicitar garantías “adecuadas” que, por tratarse de una medida *común* a todas las operaciones, como ya hemos indicado con anterioridad, no será objeto de estudio en este trabajo.

Por otra parte, siguiendo con la sistemática del nuevo régimen, las modificaciones estructurales transfronterizas se abordan en los títulos III, relativo

a las intraeuropeas, y IV, que se dedica a las extraeuropeas. La regulación de estas últimas se justifica, según la Exposición de Motivos, a la vista del elevado número de operaciones que se producen en la práctica en este ámbito. La estructura de ambos títulos es semejante y no debe olvidarse que a todas estas operaciones resultan igualmente aplicables las disposiciones comunes.

El título III se estructura, a su vez, en tres capítulos. El capítulo I regula su ámbito de aplicación, que cuenta con las siguientes notas caracterizadoras:

En primer lugar, el legislador español, en su labor de transposición ha ido más allá del régimen de la Directiva y no sólo ha regulado las transformaciones, fusiones y escisiones (por creación de nueva sociedad) transfronterizas observadas en aquella, sino que ha regulado también las escisiones transfronterizas con sociedades ya existentes (escisiones por absorción) y la cesión global de activo y pasivo transfronteriza. En segundo lugar, este régimen sólo se aplica, a diferencia del régimen de modificaciones estructurales internas, a las sociedades de capital, esto es, sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada constituidas con arreglo al Derecho de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (“EEE”) y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de dicho Espacio.

El capítulo II contiene las disposiciones generales aplicables a todas las operaciones transfronterizas (arts. 84 a 95), mientras el capítulo III, contiene las disposiciones especiales que resultan aplicables a cada tipo de operación (arts. 96 a 120).

## **1. SISTEMÁTICA DEL NUEVO RÉGIMEN TUITIVO DE ACREEDORES: REGLAS COMUNES Y REGLAS PARTICULARES**

Como ya hemos adelantado, el legislador español ha optado por extender el régimen de protección de acreedores diseñado en la Directiva para las operaciones transfronterizas, *mutatis mutandis*, a las operaciones internas. La idea de política jurídica que subyace en esta equiparación, aunque ha desaparecido de la actual Exposición de Motivos, sí se encontraba explicada en la del Anteproyecto de Ley (“APLME”)<sup>36</sup> que elaboró el Ministerio de Justicia. En su Exposición de Motivos se decía:

*“En este sentido, la opción de política legislativa finalmente adoptada para la transposición ha sido integrar todo el régimen de modificaciones estructurales, internas y transfronterizas, en un marco común tomando como punto de partida la propia Directiva, cuyas soluciones para las operaciones intraeuropeas se extienden en la medida de lo posible a las operaciones internas para, manteniendo la mayor simplicidad de estas últimas, evitar asimetrías y diferencias sin justificación de política legislativa, que en su caso pudieran favorecer un riesgo de búsqueda de*

---

<sup>36</sup> Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

*una jurisdicción de conveniencia (forum shopping) en un ámbito interno y transfronterizo. En definitiva, con esta armonización se evitará que el régimen de las modificaciones estructurales internas resulte más exigente que el de las modificaciones estructurales transfronterizas, pudiendo no obstante serlo menos, atendiendo a la ausencia en estos casos del elemento transfronterizo”.*

Esta decisión del legislador español ha dado lugar a un nuevo régimen de modificaciones estructurales que acoge, también, una nueva sistemática que se extiende a todo él (no sólo a las normas tuitivas de acreedores) y que se traduce en la previsión, por un lado, de unas reglas *comunes* (“Disposiciones comunes”) aplicables a la protección de los acreedores en *todas* las operaciones de modificación estructural, sin importar que sean internas o transfronterizas, y, por otro lado, en la previsión de diversas reglas *particulares o específicas*, primero, para cada tipo de operación interna y, después, para determinadas operaciones transfronterizas (como ocurre con la prórroga del foro para los acreedores en las transformaciones de este carácter).

A su vez, el régimen de las operaciones transfronterizas también viene precedido de una serie de “Disposiciones comunes”, donde se han incorporado algunas normas que no obedecen a la labor de trasposición, sino que son iniciativa del legislador español. Así ocurre con la que exige dejar constancia en el certificado previo de que los acreedores han iniciado una demanda judicial para solicitar garantías adecuadas (cfr. art. 87 RDLME) o con las que aclaran la aplicación de determinadas reglas tuitivas de los acreedores a determinadas operaciones transfronterizas (cfr. art. 112 RDLME, para las escisiones con sociedades ya existentes, o arts. 115 y 117 RDLME para la cesión global de activo y pasivo).

Aunque el grueso del régimen de protección de acreedores se encuentra en las reglas o disposiciones comunes, habiéndonos ya ocupado en detalle sobre esta cuestión en otros trabajos<sup>37</sup>, centraremos éste en las reglas que denominamos particulares o específicas. No obstante, antes, nos parece oportuno tener un contexto claro y completo del nuevo régimen de protección de acreedores; por ello pasamos a enunciar ahora -siquiera de forma telegráfica- las que calificamos como reglas tuitivas *comunes*:

El RDLME reconoce, con carácter común, una serie de nuevos derechos a los acreedores para su protección en el marco de cualquier operación de modificación estructural: (i) derecho de información sobre el contenido del proyecto en lo que la operación les afecta (art. 4.1.4º RDLME), (ii) derecho a presentar observaciones a ese proyecto antes de la junta general (art. 7.1.2º RDLME), y (iii) derecho del acreedor insatisfecho con las garantías ofrecidas por la sociedad a dirigirse a una autoridad administrativa o judicial -en función de la existencia y contenido del informe de experto independiente- para solicitar las garantías que considere -y acredite- adecuadas (arts. 13, 14 y 15 RDLME). Este derecho a reclamar garantías adecuadas representa la medida “nuclear” de protección de los acreedores y se ha traducido en la desaparición del derecho

---

<sup>37</sup> Vid. *Supra* nota al pie 34.

de oposición -muy matizado, como avanzábamos, tras la reforma de la LME en 2012- que les reconocía el artículo 44 LME (derecho de oposición que, en cambio, sí se mantiene en nuestro Derecho en otras operaciones sobre el capital social, cfr. art. 334 LSC).

Finalmente, también dentro del elenco de reglas tuitivas comunes de acreedores, procede llamar la atención sobre las siguientes cuestiones de régimen: (i) el ejercicio por parte de los acreedores del derecho a solicitar garantías adecuadas (art. 13.3 RDLME) no es obstativo de la operación (ni la paraliza ni impide su inscripción en el Registro Mercantil); (ii) la eficacia de las garantías está condicionada a que la operación surta efecto (art. 14.2 RDLME); (iii) en las operaciones transfronterizas, si el acreedor ha iniciado una demanda judicial para solicitar garantías adecuadas, ello tiene una repercusión informativa (cfr. 87.1 RDLME) en el certificado previo de la operación.

Por otro lado, como decíamos, se encuentran las reglas *específicas* o *particulares* de protección de acreedores para cada operación, aspecto en el que vamos a centrar las páginas siguientes.

### **III. REGLAS TUITIVAS PARTICULARES PARA ALGUNAS OPERACIONES EN EL NUEVO RÉGIMEN**

Las reglas (disposiciones) comunes de protección de acreedores a que antes nos referíamos, en algunas ocasiones no se aplican a algunas operaciones y, en otras, se ven complementadas por otras específicas o particulares que se suman a las disposiciones comunes (de ahí que éstas vayan precedidas de la mención: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones comunes sobre protección de acreedores...*”).

Algunas de estas reglas particulares vienen impuestas por la propia Directiva de movilidad transfronteriza -como ocurre en el caso de la transformación transfronteriza y la prórroga del foro-, mientras otras han sido incorporadas por el legislador español por iniciativa propia (entendiendo ésta como una iniciativa que no venía mandatada por la DMT, sino que obedece a un criterio de política jurídica de nuestro legislador). Estas reglas particulares se encuentran a lo largo del RDLME en relación con distintas operaciones:

En primer lugar, la transformación interna o por cambio del tipo social (cfr. art. 32.3 RDLME) tiene -si se quiere, mantiene- un régimen específico de responsabilidad frente a los acreedores idéntico al que contenía la derogada LME y excluye de forma expresa la aplicación de las disposiciones comunes sobre protección de acreedores.

En segundo lugar, para los casos de transformación transfronteriza, además de las reglas tuitivas comunes, los acreedores disponen de la prórroga del foro (art. 99 RDLME), que obedece a la trasposición del artículo 86 *undecies*. 4 de la DMT.

En tercer lugar, se ha previsto un nuevo régimen de responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión o segregación, tanto interna como transfronteriza, por las obligaciones incumplidas (art. 70 RDLME).

Por último, también se ha modificado el régimen de responsabilidad aplicable a las cesiones globales de activo y pasivo, tanto para operaciones internas como transfronterizas (art. 79 RDLME).

## 1. LAS TRANSFORMACIONES INTERNAS: EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE ACREEDORES

En las transformaciones internas o por cambio de tipo social los problemas a que se enfrentan los acreedores no son los mismos que se dan en las transformaciones transfronterizas, donde la modificación de la *lex societatis* ha llevado al legislador europeo a entender que, aquí, los acreedores están necesitados de una especial protección (v. *Supra* I.2). Tampoco son los mismos que enfrentan en el resto de las modificaciones estructurales internas. De ahí que en este tipo de operaciones, correctamente, el legislador haya excluido de manera expresa la aplicación de las normas comunes de protección de acreedores (art. 32.3 RDLME) y haya optado por conservar el régimen específico de responsabilidad que ya contenía el derogado artículo 21 LME, que ahora se reproduce de forma casi idéntica en el artículo 32 RDLME<sup>38</sup>.

Como ya se ha apuntado por algún autor<sup>39</sup>, la exclusión del régimen general de protección de acreedores tiene sentido en la transformación interna porque no hay transmisión en bloque de patrimonio activo y pasivo a otra sociedad -que es el fundamento esencial de la protección de esta categoría de sujetos-, sino que el problema estriba, bien en evitar la discriminación de unos créditos frente a otros en el caso de que los socios asuman responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales anteriores (lo que ocurre en la transformación de una sociedad capitalista en personalista), bien en que lo dejen de hacer en la nueva sociedad (caso de transformación de personalista en capitalista), lo que supondría la pérdida de garantías que esa responsabilidad personal de los socios proporcionada por las deudas existentes antes de la publicación del proyecto<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Este precepto dice: “1. Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación. 2. Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

<sup>39</sup> SEQUERIA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 97.

<sup>40</sup> No entramos por tanto en su examen y nos remitimos a lo ya dicho por la doctrina: V. por todos, LEÓN SANZ, F.J., “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (dir. F. Rodríguez Artigas et al), tomo I, Aranzadi, 2009, p. 89 y ss. SEQUERIA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 97, reprocha al RDLME no haber aclarado si la exigencia legal del necesario “consentimiento de los acreedores” para eliminar la responsabilidad de los socios que respondían

## 2. LAS TRANSFORMACIONES TRANSFRONTERIZAS: LA PRÓRROGA DEL FORO

Como ya vimos anteriormente, uno de los problemas que a los acreedores plantea la transformación transfronteriza era -además de los vinculados al cambio de *lex societatis* de su sociedad deudora- el eventual cambio de foro jurisdiccional que puede acarrear el cambio de domicilio estatutario de la sociedad para (algunos) acreedores. Esto es así porque, como se sabe, la cuestión de la competencia judicial está regulada por el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), cuyo artículo 4.1 establece que “*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”. Precisamente, a este peligro apunta el Considerando (24) de la Directiva de movilidad transfronteriza cuando dice que el cambio de nacionalidad puede dar lugar al “*cambio de foro y de Derecho aplicable*”. Porque, aunque es cierto que convencionalmente las partes pueden negociar el foro aplicable (ello, se ha señalado, no se hace necesario en los contratos de seguro, trabajo y con consumidores para los cuales la autonomía está limitada y hace innecesaria esta norma tuitiva)<sup>41</sup>, en la práctica, este tipo de pactos sólo los concluyen los acreedores financieros, quedando la deuda comercial y los pequeños acreedores en general, fuera de la protección que otorgan este tipo de cláusulas<sup>42</sup>. De ahí que la protección prevista en la Directiva esté justificada y dispense a los acreedores de las sociedades que trasladan su domicilio estatutario “*cross-border*”, una protección adicional que les permite presentar sus eventuales reclamaciones ante la jurisdicción inicialmente competente (la del Estado de origen), lo que supone una “*prórroga del foro*”<sup>43</sup>, aunque con un límite temporal de dos años a partir de la eficacia de la transformación<sup>44</sup>.

---

personalmente por las deudas sociales, requiere o no requiere el consentimiento de todos ellos, pudiendo afectar su consentimiento sólo frente a quien lo presta y no respecto a los que no lo han hecho; asimismo señala que tampoco el nuevo régimen aborda el tema de la posibilidad o no de su aplicación cuando la transformación se produce conjuntamente con alguna de las otras modificaciones estructurales.

<sup>41</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Traslados transfronterizos, marcos preventivos de reestructuración y protección de acreedores”, *RDCP*, 33, 2020, p. 13.

<sup>42</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores (1)”, en *Diario La Ley*, nº 9572, 12 de febrero de 2020, p. 19; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Traslados transfronterizos”, cit., p. 6, advierte que “aunque las partes pueden elegir la normativa que ha de regir la relación jurídica y la jurisdicción de acuerdo con el Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 (Roma I) Reglamento Roma I y el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 (Bruselas I bis), lo cierto es que esta posibilidad solo se utiliza en la práctica por los acreedores financieros, quedando potencialmente desprotegidos los acreedores comerciales”.

<sup>43</sup> Por todos, v. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad”, (disponible en: <https://almacenederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>).

<sup>44</sup> Cabe no obstante puntualizar que el cambio en la jurisdicción se produce cuando en una transformación transfronteriza se cambia, además del domicilio estatutario, también la sede real -administración central y/o establecimiento principal-; es ahí cuando surge el peligro referido y es ahí donde cobra su relevancia la norma tuitiva prevista en la Directiva de movilidad, al garantizar

La cláusula de la prórroga del foro se contiene en el apartado 4 del artículo 86 *undecies*, y exige a los Estados miembros (“velarán” dice la norma) que permitan que los “acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación también puedan iniciar un procedimiento contra la sociedad en el Estado miembro de origen en el plazo de dos años a partir de la fecha en que la transformación haya surtido efecto, sin perjuicio de las normas sobre competencia judicial aplicables en virtud del Derecho de la Unión o nacional o de un acuerdo contractual. La posibilidad de iniciar un procedimiento se sumará a otras normas relativas a la elección de foro aplicables con arreglo al Derecho de la Unión”.

Con esta norma tuitiva, se ha dicho, la Directiva modifica el juego de las reglas sobre competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis y reduce el riesgo de conductas oportunistas por el deudor (irse al extranjero para incrementar el coste procesal de sus potenciales demandantes)<sup>45</sup>.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la prórroga del foro no es una norma novedosa en el Derecho europeo, donde podemos encontrar precedentes. Por un lado, una salvaguarda similar se recogía ya en el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, cuyo artículo 3.1, 2º no aplica la presunción de que el centro de intereses principales del deudor coincide con el domicilio social cuando hubiera habido un traslado de domicilio en los seis meses anteriores<sup>46</sup>; y, por otro lado, una norma en esta misma línea ya protege a los acreedores en el contexto del traslado de domicilio estatutario de la *Societas Europaea*, aunque sin limitación de tiempo (cfr. art. 8 del Reglamento 2157/2001)<sup>47</sup>.

La trasposición al Derecho español se ha realizado en virtud del artículo 99 RDLME, norma que forma parte de las disposiciones especiales sobre las transformaciones transfronterizas (Capítulo III, del Título III, dedicado a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas) donde se dispone

---

la expectativa de muchos acreedores (la mayor parte de los pequeños que no han podido protegerse convencionalmente del cambio de foro) de poder reclamar su crédito en la jurisdicción inicial durante dos años. Como señala WINNER, M., “Protection of Creditors and Minority Shareholders...”, cit., pp. 59 y 60, de acuerdo con el artículo 63 del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, basta con que la administración central o el establecimiento principal permanezcan en el Estado miembro de origen en orden a “retener” la jurisdicción en ese Estado (incluso si cambia el domicilio social).

<sup>45</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Modificaciones estructurales transfronterizas”, cit., (disponible en: <https://almacendederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>).

<sup>46</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Traslados transfronterizos...”, cit., p. 13, quien señala la Ley de sociedades del Estado de Delaware (art. 266.c.5).

<sup>47</sup> Este precepto establece en su apartado 16: “Se considerará que una SE que haya trasladado su domicilio social a otro Estado miembro, con respecto a cualquier reclamación que se suscitara con anterioridad a dicho traslado, tal como se define en el apartado 10, tiene su administración central y su domicilio social en el Estado miembro donde dicha SE estuviera registrada con anterioridad al traslado, aun cuando la demanda interpuesta contra la SE sea posterior al traslado”). Y de forma idéntica, el artículo 7 del Reglamento 1435/2003, de 22 de julio, para la *Societas Cooperativa Europaea*.

que “Sin perjuicio de otros foros de competencia judicial internacional durante los dos años posteriores a que la transformación haya surtido efecto, los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación podrán demandar a la sociedad ante los tribunales del domicilio social que ésta mantenía en el Estado de origen”.

Importa subrayar que la regla de la prórroga del foro se aplica, tal y como señalan los artículos 86 *undecies*. 4 DMT y 99 RDLME, “sin perjuicio de las normas sobre competencia judicial” que resulten aplicables (la norma española alude a “otros foros de competencia judicial internacional”, mientras la Directiva se refiere al “Derecho de la Unión o nacional o de un acuerdo contractual”) por lo que el efecto es que se puede reclamar en el Estado de origen además de en todas las jurisdicciones que proceda con arreglo al contrato o a las reglas de competencia judicial aplicables<sup>48</sup>. Cabe subrayar, no obstante, que el artículo 99 RDLME, en su segundo inciso, hace prevalecer de forma expresa los acuerdos de elección de foro y los convenios arbitrales sobre la regla de la prórroga del foro en los casos y términos previstos en sus respectivas regulaciones<sup>49</sup>.

Finalmente, queremos insistir en el carácter particular -exclusivo- de esta medida tuitiva para las transformaciones transfronterizas. Nótese que las operaciones de fusión y escisión transfronterizas pueden producir efectos similares para los acreedores y, sin embargo, para ellas no ha sido prevista (cfr. arts. 126 *ter* y art. 160 *undecies*), lo que ha suscitado en algún autor comparado cierta extrañeza<sup>50</sup>. Ante la pregunta de si el legislador nacional tenía capacidad para extender esta regla tuitiva, en su norma de transposición, a las fusiones y escisiones transfronterizas, la respuesta ha sido negativa: ello, porque la norma de la Directiva modifica el juego de las reglas sobre competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I bis<sup>51</sup>. De ahí que el legislador español se haya

---

<sup>48</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Traslados transfronterizos...”, cit., p. 13, quien a propósito de esta cuestión se cuestiona si eso es así aún en el caso de que antes de la transformación transfronteriza el acreedor no pudiera haber reclamado en esa jurisdicción por determinar el contrato o la ley aplicable en ese momento. A mi juicio la respuesta ha de ser negativa pues de lo que se trata es de evitar el perjuicio del acreedor con ocasión del traslado y en particular pues que se trate de defraudar un derecho de los acreedores. Así se deduce también del Considerando 24 que dice que la protección de los acreedores se justifica por «las posibles repercusiones del cambio de foro y de Derecho aplicable como consecuencia de la operación transfronteriza». Por tanto, si esa posibilidad de reclamar no existía no procede aplicar esta norma cuya finalidad es evitar la lesión de un derecho.

<sup>49</sup> Así lo señalan VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El nuevo régimen de las modificaciones estructurales: aspectos internacionales”, (dir. J. Pulgar) *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, La Ley, Madrid, 2023, p. 315 y 316.

<sup>50</sup> WINNER, M., “Protection of Creditors and Minority Shareholders...”, cit., p se pregunta por qué esta regla no ha sido introducida en otros tipos de operaciones transfronterizas, ya que, desde el punto de vista del acreedor, los efectos de las fusiones y escisiones que tiene este carácter pueden acarrear los mismos efectos. Probablemente, el legislador europeo percibió que este peligro era especialmente patente en las transformaciones, en las que puede haber un traslado de sede estatutaria y por tanto un cambio de *lex societatis* sin la correspondiente transferencia de activos.

<sup>51</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Modificaciones estructurales transfronterizas”, cit., (disponible en: <https://almacenderecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de->

limitado a trasponerla únicamente para la figura de la transformación transfronteriza<sup>52</sup>.

### 3. LA ESCISIÓN: NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES EN LA OPERACIÓN

La figura de la escisión en cualquiera de sus modalidades (total, parcial y segregación), tanto a nivel interno como a nivel transfronterizo, contempla una norma específica o particular -adicional, reiteramos, a las medidas comunes antes estudiadas<sup>53</sup>- de protección de acreedores en el artículo 70 RDLME, rubricado “Protección de acreedores y responsabilidad por las obligaciones incumplidas”. Se trata de un mecanismo tuitivo que opera *a posteriori*<sup>54</sup>, al igual que su precedente legislativo (el art. 80 LME). Sin embargo, aun cuando la técnica protectora del nuevo precepto sigue la línea de su precedente, el artículo 70 RDLME introduce novedades en su redacción que no sólo clarifican algunos aspectos sobre los que antes se discutía, sino que cambian de forma sustancial el régimen de responsabilidad de las sociedades que participan en la operación; régimen que, a continuación, trataremos de explicar sucintamente:

En primer lugar, en el nuevo régimen se sigue estableciendo una responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias participantes “*hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas en la escisión*”, como consecuencia del incumplimiento del pago de las deudas asumidas con ocasión de la operación (nótese, por tanto, que la responsabilidad es -sigue siendo- subsidiaria)<sup>55</sup> “*frente a los acreedores de la sociedad escindida o segregada por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas*”. Desaparecen así, con esta redacción, las

---

[movilidad](#)); también VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El nuevo régimen de las modificaciones estructurales: aspectos internacionales”, cit., p. 318.

<sup>52</sup> Crítico, sin embargo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La protección de los acreedores frente a las modificaciones estructurales”, cit., p. 273.

<sup>53</sup> El artículo 70.1 RDLME comienza advirtiendo: “*Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones comunes sobre protección de acreedores...*”, lo que subraya su carácter de norma complementaria o adicional, que no sustituye ni excluye el régimen general de protección de esta categoría de sujetos previsto en los artículos 13 y ss. RDLME.

<sup>54</sup> También opera de esta misma forma el previsto en la cesión global de activo y pasivo en el actual 79 RDLME (antiguo 91 LME), al que nos referiremos en el apartado 4.

<sup>55</sup> Sobre la subsidiariedad de esta responsabilidad solidaria (porque lo es en defecto de cumplimiento por parte de la sociedad beneficiaria a la que se transfirió la obligación), ya prevista en el artículo 259 LSA, v. entre otros: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. R. Uría, A. Menéndez y M Olivencia), tomo IX, vol. 3, Madrid, 1993, p. 161 y ss., en especial, p.174; CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 326 y ss.; CONDE TEJÓN, A., *La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural* (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores), *Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles*, Madrid, 2004, p. 564 y ss.

dudas que originaba la falta de mención a los acreedores de las segregadas que había generado el régimen anterior<sup>56</sup>.

En segundo lugar, una de las novedades más acertadas y relevantes del nuevo régimen estriba en que, aunque se sigue haciendo responsable solidaria “*si subsistiera*” -escisiones parciales, por tanto- a “*la propia sociedad escindida*”<sup>57</sup>, ahora, el legislador limita también la responsabilidad de esta última “*hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella*” (art. 70.1 RDLME)<sup>58</sup>. Se elimina así la -criticada y severa- regla prevista en el anterior artículo 80 LME de hacer responsable a la sociedad escindida de forma ilimitada “*por la totalidad de la obligación*”<sup>59</sup>.

Tanto la responsabilidad solidaria de las beneficiarias y de la escindida, como la limitación de esa responsabilidad a los activos netos que “permanezcan” en cada una, podría atribuirse a la redacción del artículo 160 *undecies*. 2 DMT, donde se dispone: “*Cuando un acreedor de la sociedad escindida no obtenga satisfacción de la sociedad a la que se atribuya el elemento del patrimonio pasivo, las demás*

---

<sup>56</sup> SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, p. 98; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La protección de los acreedores frente a las modificaciones estructurales”, cit., p. 271.

<sup>57</sup> Nótese que la norma no vuelve a mencionar a la operación de segregación ni a la sociedad “segregada”. V. *Infra*, nota al pie 67.

<sup>58</sup> Lo valoran positivamente: FERNÁNDEZ DEL POZO, “La protección de los acreedores frente a las modificaciones estructurales”, cit., p. 270; CONDE TEJÓN, A., “La reforma en la regulación de las modificaciones estructurales operada por el RDL 5/2023, de 28 de junio (1)”, en *La Ley Mercantil*, núm. 105, septiembre 2023, p. 9 y 10, advierte que la previsión del anterior artículo 80 LME por el que la sociedad escindida (o cedente) debía responder ilimitadamente de las deudas transmitidas o cedidas “probablemente era una incorrecta lectura de la responsabilidad patrimonial universal, es decir, que de las deudas se ha de responder con los bienes presentes y futuros, por lo que se consideraba que la sociedad cedente no podía eximirse de esa responsabilidad futura. Es incorrecta esta lectura porque presume que la sociedad cedente asume una responsabilidad mayor, tal vez por haber sido la que contrajo la deuda, pero de las deudas transmitidas ya responderá cada sociedad beneficiaria con sus bienes presentes (...) y con los futuros, que será los que produzca el negocio, por lo que ese principio no se rompe y resulta coherente que cada unidad económica responsa del riesgo y ventura de su actividad”.

<sup>59</sup> Ese diferente tratamiento antes previsto en el artículo 80 LME, mucho más severo para la sociedad escindida o segregada, se justificaba en la “libertad” de la escindida para configurar la operación, ya que es ella la que delimita las masas patrimoniales que se transmiten a cada beneficiaria (RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., *La rescisión de las operaciones de reestructuración*, cit., p. 91). Este régimen, sin embargo, había suscitado importantes críticas: ESTEBAN RAMOS, M.L., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión*, cit., p. 335 y ss., considerando esta responsabilidad ilimitada “injustificada” y ya apuntaba entonces como mejor solución la del artículo 2506 *quater* del Codice civile, que limitaba la responsabilidad de la sociedad escindida al patrimonio neto retenido. En sentido similar, también críticos, entre otros: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión”, cit., pp. 177 y 178, advierte que esta norma pone en cuestión la existencia misma de sucesión universal en el supuesto de escisión parcial; ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, p. 4952 y ss.; ESCRIBANO GAMIR, C., “La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid*, núm. 36, 2011, pp.14-19.

sociedades beneficiarias y, en el caso de una escisión parcial o de una escisión por segregación, la sociedad escindida junto a la sociedad a la que se atribuya el elemento del patrimonio pasivo serán responsables solidarias de dicha obligación. Sin embargo, el importe máximo de la responsabilidad solidaria de cualquier sociedad que participe en la escisión se limitará al valor, en la fecha en que la escisión surta efecto, de los activos netos atribuidos a esa sociedad<sup>60</sup>. Por tanto, si consideramos, que la sociedad escindida o segregada también “participa” en la escisión, parece correcto extender a ella el beneficio de la limitación de la responsabilidad que establece la Directiva. Ciertamente es, no obstante, que la referencia al límite<sup>61</sup> de los activos netos “atribuidos” que hace la norma a continuación también permite interpretar -de forma más estricta- que el legislador europeo se refiere únicamente, al imponer esa limitación, a las sociedades beneficiarias porque a ellas parece referirse la norma cuando habla de “atribución” de activos (y no a la escindida). Aun así, no parece que merezca más esfuerzo profundizar en esta labor de exégesis de la norma europea porque, incluso desde esta segunda interpretación más estricta, creemos que el legislador español tenía en su mano la opción de política jurídica -como así ha hecho, siguiendo la línea del legislador italiano- de ir más allá y extender a la sociedad escindida ese beneficio de la limitación de responsabilidad en aras de proteger su patrimonio y, consiguientemente, a sus acreedores<sup>62</sup>.

En tercer lugar, otra novedad importante -también tuitiva de la sociedad escindida y de sus acreedores- es la introducida en el artículo 70.2 RDLME, cuando dispone: “*En esos mismos términos responderán solidariamente las sociedades beneficiarias de las deudas de la sociedad escindida nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión y no vencidas en ese momento*”. Esta responsabilidad de las sociedades beneficiarias por las deudas de la escindida<sup>63</sup> era una posibilidad -no acogida por nuestro anterior legislador- que ya se ofrecía a los Estados miembros en el artículo 146.6 de la Directiva 2017/2011 para las escisiones internas (“*Los Estados miembros pueden prever que las sociedades*

---

<sup>60</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>61</sup> Limitación que el artículo 146.3 de la Directiva 2017/1132 para las escisiones internas no impone, sino que prevé como una facultad para los legisladores nacionales: “*En la medida en que un acreedor de la sociedad a la que se ha transferido la obligación, conforme al proyecto de escisión, no hubiese obtenido satisfacción, las sociedades beneficiarias serán solidariamente responsables de esta obligación. Los Estados miembros pueden limitar esta responsabilidad al activo neto atribuido a cada una de estas sociedades distintas de aquellas a las que se hubiere transferido la obligación*”.

<sup>62</sup> Limitación que impone, por ejemplo, tal y como ya se refería en la nota al pie 59, el ordenamiento italiano en el apartado 3 del artículo 2506 *quater* del Codice civile, cuando se dice: “*Cada sociedad responderá solidariamente, en la medida del valor real de los activos netos que le hayan sido atribuidos o que permanezcan en su poder, de las deudas de la sociedad escindida que no hayan sido satisfechas por la sociedad a la que correspondan*” (la traducción y el subrayado es nuestro).

<sup>63</sup> Nótese que la redacción de la norma omite cualquier referencia a la sociedad segregada. V. *Infra* las reflexiones en torno a esta cuestión y la nota al pie 67.

*beneficiarias respondan solidariamente de las obligaciones de la sociedad escindida*) que debe valorarse de forma positiva<sup>64</sup>.

Como señala el Preámbulo del RDLME, la incorporación de esta novedad en el régimen de responsabilidad de la escisión resultaba especialmente oportuna por dos razones: *“por un lado, porque este régimen de responsabilidad permitiría evitar la declaración de un elevado número de concursos de acreedores de las sociedades escindidas, lo que acontece frecuentemente en la práctica; y, por otro lado, porque habiéndose optado en la transposición de la Directiva UE 2019/2121 por extender su ámbito de aplicación también a sociedades que se encuentren bajo marcos de reestructuración preventivos (planes de reestructuración/planes de continuación) siendo esta una opción acorde con la Directiva, es importante evitar que, colocado el pasivo más numeroso en la sociedad escindida, esta no pueda atender a su satisfacción, frustrándose la ejecución de dichos planes y viéndose abocada en su caso a un procedimiento judicial concursal (concurso de acreedores)”*.

En cuarto lugar, de forma también positiva debe valorarse la mención incluida en el apartado 3 del artículo 70 RDLME a que, en cualquiera de los supuestos antes contemplados, *“la responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión o segregación prescribirá a los cinco años”*. Con ello, el nuevo artículo 70.3 RDLME cubre la laguna que existía en el anterior artículo 80 LME<sup>65</sup> y ofrece también para escisiones y segregaciones una fecha límite de responsabilidad que aporta una seguridad jurídica que, de forma contradictoria, sólo se recogía en el régimen anterior para la cesión global de activo y pasivo (cfr. art. 91.2 LME)<sup>66</sup>.

Todas estas novedades han sido recibidas, con carácter general, con satisfacción por la doctrina que hasta ahora se ha ocupado de ellas. Ello no obsta, sin embargo, a que nuestros autores reprochen a la redacción del nuevo artículo 70 RDLME que persista o, incluso, genere algunas nuevas dudas interpretativas:

Por un lado, se ha reprochado la falta de mención expresa a la operación de segregación cuando el artículo 70.1 RDLME se refiere a la responsabilidad solidaria de las beneficiarias y de la propia sociedad escindida frente a los acreedores. No obstante, creemos que es fácil colegir que esta omisión se debe: (i) bien, como se ha dicho, a un error de redacción que debe ser subsanado por

---

<sup>64</sup> Con ella se cubre acertadamente el vacío legal que existía bajo la LME, cuyo régimen no contemplaba qué sucedía con respecto a la responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la operación en el supuesto de incumplimiento por parte de la sociedad escindida de las deudas no asumidas por las beneficiarias y que permanecían en su pasivo: v. SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 100.

<sup>65</sup> CONDE TEJÓN, A., “La reforma en la regulación de las modificaciones estructurales operada por el RDL 5/2023, de 28 de junio (1)”, cit., p. 9; SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 100.

<sup>66</sup> Véase, resaltando críticamente esta incoherencia entre los artículos 80 y 91.2 LME, a: CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, Aranzadi, 2014, p. 276; GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Civitas, 2016, p. 466 y ss., p. 474.

el intérprete remitiéndose al concepto de escisión de la norma y que, como se sabe, tiene carácter polivalente, ya que incluye dentro de él no solo a la escisión total y parcial, sino también a la segregación (art. 58.1.3ª RDLME)<sup>67</sup>; (ii) bien - explicación que creemos más plausible- a un afán del legislador por no repetir en tres ocasiones en el mismo apartado de la norma la referencia a la escisión y a la segregación, asumiendo que la operación de segregación en este contexto se entiende implícita -sin gran dificultad- porque desde un primer momento, ese apartado primero define a los acreedores protegidos como los de la sociedad “*escindida o segregada*”.

Por otro lado, más dudas ha suscitado la omisión de cualquier mención a la sociedad segregada y al proyecto de segregación que se aprecia en la regla del artículo 70.2 RDLME. Algún autor ha entendido que, en este caso -a diferencia del anterior- la omisión no se debe a ningún error, sino que es consciente y acertada. Se argumenta en este sentido que las sociedades beneficiarias no deberían asumir esa responsabilidad frente a la sociedad segregada porque “por la propia estructura de la segregación, no queda disminuido el valor de su patrimonio frente a sus acreedores al compensarse su salida con la entrada en él de otros activos como contraprestación” (ex art. 61 RDLME)<sup>68</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, precisamente el carácter polivalente del concepto “escisión” (que incluye a la segregación ex art. 58.1.3ª RDLME) impide dar por resuelta la dificultad exegética apuntada.

Finalmente, también el término empleado por el artículo 70 RDLME de “deudas asumidas” en lugar del de “obligaciones” (al que alude la rúbrica del precepto y que ya contenía el derogado art. 80 LME), ha suscitado algunas dudas interpretativas entre nuestros autores, ya que podría llegar a entenderse que el ámbito de protección de la norma se limita a las meras deudas dinerarias y no al cumplimiento de las obligaciones en general. Nos parece, sin embargo, que esta última (obligaciones, en general) parece la interpretación más correcta si tenemos en cuenta que con esta operación se produce una transmisión en bloque por sucesión universal del pasivo de la sociedad escindida o segregada (arts. 59 a 62 RDLME)<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Estas dudas surgen por la redacción del precepto, que, aunque al principio alude a los acreedores de la sociedad “*escindida o segregada*”, luego dice que “*responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas en la escisión y, si subsistiera, la propia sociedad escindida, hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella*”. Omite, por tanto, volver a referirse a la segregación y a la sociedad segregada. Ello ha sido criticado por SEQUERIA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 99, quien denuncia la imprecisa redacción del precepto y propone una interpretación “extensiva del concepto en cuanto su carácter polivalente incluye dentro de él no solo la escisión en sentido estricto y en sus diferentes modalidades, sino también a la segregación (art. 58.1.3º)”.

<sup>68</sup> V. SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 99, quien considera que el artículo 70.2 RDLME acierta la excluir la referencia a la segregación.

<sup>69</sup> Tal y como señala SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, cit., p. 98.

#### 4. LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

El nuevo régimen de modificaciones estructurales recoge la figura de la cesión global de activo y pasivo tanto interna como transfronteriza -no prevista en la DMT- y dedica un precepto específico de protección de acreedores en estas operaciones<sup>70</sup>. Se trata del artículo 79 RDLME, rubricado “Responsabilidad solidaria de las obligaciones incumplidas”, que sustituye al derogado artículo 91 LME.

El nuevo precepto establece ahora en su apartado primero (primer inciso) que *“de las deudas incumplidas que hayan nacido antes de la publicación del proyecto de cesión no vencidas en ese momento y que hayan sido asumidas frente a los acreedores de la sociedad cedente por un cesionario responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión. (...)”*. De este modo, la protección específica que proporciona el artículo 79 RDLME descansa sobre la responsabilidad solidaria de todos los cesionarios por el incumplimiento, por parte de alguno de ellos, de las deudas asumidas frente a los acreedores de la sociedad cedente hasta el límite del activo neto que le haya sido atribuido a cada uno de ellos en la operación (en el caso de que existiese más de uno).

En este concreto aspecto, la nueva norma mantiene la regla del anterior artículo 91.1 LME, donde ya se preveía que: *“De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión (...)”*<sup>71</sup>. Pero la nueva redacción es más clarificadora, mejorando la redacción de su precedente porque aclara de forma expresa algo que antes sólo estaba implícito: que la responsabilidad solidaria afecta a las deudas de los acreedores de la sociedad cedente, nacidas y no vencidas antes de la publicación del proyecto<sup>72</sup>.

Adicionalmente, el nuevo precepto recoge -en términos casi idénticos a lo dispuesto en el derogado art. 91.1 LME- la responsabilidad de los socios de la

---

<sup>70</sup> De nuevo, de forma similar a como hacía el artículo 70.1 RDLME para la escisión, el artículo 79.1 RDLME, para la cesión global comienza diciendo: *“Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones comunes sobre protección de acreedores...”*, lo que subraya su carácter de norma complementaria o adicional, que no sustituye ni excluye el régimen general de protección de esta categoría de sujetos previsto en los artículos 13 y ss. RDLME.

<sup>71</sup> Sobre la naturaleza y el régimen de responsabilidad del artículo 91 LME v. entre otros: GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo*, cit., p. 466 y ss. Esta autora (v. *ibidem*, pp. 469 y 470, así como autores citados por ella en nota al pie 381) ya ponía de manifiesto una duda suscitada por la redacción del artículo 91.1 LME que el RDLME no ha resuelto (tal y como la autora recomendaba al legislador hacer) y que, por tanto, sigue vigente: la de que en la cesión global “a favor de un único cesionario no subsiste la responsabilidad de los socios de la cedente ni la de la propia sociedad porque no se produce una fragmentación del patrimonio con la consiguiente reducción de garantía para sus acreedores”; o bien la de que, desde otro sector minoritario, defiende que esa responsabilidad es aplicable tanto en casos de cesión plural como en los que la cesión se produce en favor de un solo cesionario: CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, cit., pp. 275 y 276.

<sup>72</sup> SEQUEIRA, A., *La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales*, cit., p. 100.

cedente “*hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión*”. Esto ocurre, como se sabe, en el caso de que éstos hubieran recibido la contraprestación, lo que conllevaría la extinción de la sociedad cedente.

El cambio más relevante del nuevo régimen se ha producido en relación con la responsabilidad solidaria de la propia sociedad cedente -si subsiste- por las obligaciones incumplidas por algún cesionario. Ahora, el artículo 79.1 RDLME, en su segundo inciso, advierte que: “*Así mismo, responderá según los casos, los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella*”. Ello supone introducir una importante novedad, cual es la de que la sociedad cedente responderá también de forma limitada (como hacen las cesionarias). Antes, recuérdese, el artículo 91.1 LME advertía que su responsabilidad lo era “*por la totalidad de la obligación*” (en términos, por tanto, similares a los previstos para la sociedad escindida en el art. 80 LME), lo que había sido objeto de duras críticas por parte de nuestra doctrina, tanto en relación con la escisión<sup>73</sup> como con la cesión global, por resultar excesiva en comparación con los intereses que protege<sup>74</sup>.

La limitación de la responsabilidad que para la sociedad cedente recoge la reforma introducida ha sido bien acogida -aunque no de forma unánime- por nuestra doctrina<sup>75</sup>. Sin embargo, aun cuando la finalidad perseguida por el legislador es loable (y coherente con la limitación de responsabilidad prevista en el art. 70.1 RDLME para la escindida), nos parece que parte de este precepto ha sido redactado con deficiente técnica legislativa. Mientras la referencia a la responsabilidad solidaria de los socios -continuista de la anterior- es correcta, la opción de política jurídica de hacer responsable a la sociedad cedente hasta “*el límite de los activos netos que permanezcan en ella*” merece alguna crítica, por la confusión que puede generar su redacción. Ello se debe a que, en el supuesto de la cesión global, la cedente transmite todo el patrimonio sin extinguirse; por lo tanto, no “permanece” en ella activo neto alguno, ya que cede todo su patrimonio a cambio de una contraprestación del cesionario(s) que, como se sabe, no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de éste. Por lo tanto, la expresión

---

<sup>73</sup> V. *Supra* nota al pie 59.

<sup>74</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, cit., p. 276, critica que el artículo 91 LME no limite la responsabilidad de la sociedad cedente que subsiste ni cuantitativa ni temporalmente.

<sup>75</sup> CONDE TEJÓN, A., “La reforma en la regulación de las modificaciones estructurales operada por el RDL 5/2023, de 28 de junio (1)”, cit., p. 9, advierte que este cambio, tanto respecto de la sociedad escidente como de la sociedad cedente, “es coherente con el objetivo del mecanismo, que es que de las deudas existentes en el momento de la operación siga respondiendo el mismo bloque patrimonial que existía antes de la misma, y eso es lo que se consigue con esta limitación, de forma que cada sociedad responde de las deudas hasta el importe de lo recibido en la operación o con lo que ha restado, lo que sumado es el bloque patrimonial de la sociedad escidente o cedente en el momento de la operación”. Sin embargo, muy crítico se muestra SEQUEIRA, A., *La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales*, cit., pp. 101 y 102, que considera que no debiera responder la sociedad cedente e, incluso, entiende que la ausencia de mención a ella en el artículo 79.2 RDLME cuando recoge la regla de limitación de la responsabilidad solidaria de los cesionarios a cinco años, es porque implícitamente el legislador entiende su ausencia de responsabilidad.

empleada por el legislador es claramente desafortunada. No se debería haber trasladado, como se ha hecho, de forma casi mimética, los términos del régimen de responsabilidad solidaria de una sociedad escindida sin extinción (cfr. art. 70.1 RDLME), en los que la referencia a los activos que “permanecen” en la sociedad es correcta, al caso de la cesión global, donde lo que recibe la sociedad es una contraprestación. Por ello, hubiera sido más correcto que, si lo que el legislador deseaba era equiparar la responsabilidad de las sociedades escindidas y cedentes que no se extinguen, se hubiera empleado en el caso de estas últimas la misma referencia a la contraprestación que se hace respecto de los socios.

Por último, no podemos dejar de señalar que el nuevo artículo 79.2 RDLME se ha limitado a reproducir el tenor de su precedente (art. 91.2 LME) en cuanto se refiere a la prescripción de la responsabilidad de los cesionarios y socios de la cedente. Con ello, desafortunadamente, se sigue perpetuando la criticada distinción que el anterior régimen contenía respecto de la limitación temporal de la responsabilidad solidaria de los sujetos participantes en las operaciones de cesión global: mientras que para los socios y cesionarios la responsabilidad quedaba limitada a cinco años, para la sociedad cedente no se dispone norma especial de prescripción de su responsabilidad. Ello, como ya se dijo en su día, puede desincentivar optar por un diseño de la operación de cesión global en que se prevea la continuación de la sociedad cedente<sup>76</sup>.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LEDESMA, C., “Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, p. 4927 y ss.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “La nueva regulación de las modificaciones estructurales de sociedades. Problemas prácticos”, *La Ley Mercantil*, núm. 106, Octubre, 2023.

-----“Primeras dudas sobre la nueva regulación de la fusión”, en <https://almacenederecho.org/primeras-dudas-sobre-la-nueva-regulacion-de-la-fusion>)

-----“El Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales. Principales novedades y propuestas de mejora”, *RdS*, núm. 68, 2023, p. 88 y ss.

c (disponible en [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es))

---

<sup>76</sup> Si bien, entonces las críticas no sólo se limitaban a la falta de límite temporal, sino también a la falta de un límite cuantitativo de la responsabilidad que, ahora, con el nuevo régimen, ya ha desaparecido: GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo*, cit., p. 475; CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, cit. p. 276

ARMOUR, J., "Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law", 63 *Modern Law Review*, 2000, p. 355 y ss.

BECH-BRUUN, *Study on the application of the cross-border merger directive*, septiembre 2013.

CERDÁ ALBERO, F., *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

CONDE TEJÓN, A., "La reforma en la regulación de las modificaciones estructurales operada por el RDL 5/2023, de 28 de junio (1)", en *La Ley Mercantil*, núm. 105, septiembre 2023 (disponible en [www. smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

-----*La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural* (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores), *Colegio de Registradores de la propiedad, mercantiles y bienes muebles*, Madrid, 2004

CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, Aranzadi, 2014.

DÍAZ MORENO, A./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", *RdS*, núm. 39, 2012, p. 199 y ss.

ENRIQUES, L./MACEY, J.R., "Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules", 86 *Cornell Law Review* (2001), p. 1165 y ss.

ESCRIBANO GAMIR, C., "La protección de los derechos de crédito de los acreedores sociales en el Derecho español frente a las operaciones de reestructuración empresarial: La armonización de la Directiva UE 2019/2121, del PE y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, de movilidad transfronteriza", en *Derecho de Sociedades, Concursal y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje al profesor Adolfo Sequeira Martín*, Sepin, Madrid, 2022.

-----"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*, núm. 7855, 2012.

-----*La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Aranzadi, 1997.

-----"La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión y de la sociedad parcialmente escindida", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid*, núm. 36, 2011.

ESTEBAN RAMOS, M.L., "Acreedores sociales y fusión de sociedades: pasado, presente y ¿futuro? Especial referencia al Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles", *La Ley Mercantil*, núm. 101, abril de 2023 (disponible en [www. smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

----*Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Aranzadi, 2017.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE: traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, en (dirs. G. Esteban/L. Fernández del Pozo) *La sociedad anónima europea: régimen jurídico, societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 121 y ss.

----“La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales: justificación y medios de prueba en el RD Ley 5/2023”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones (I&R)*, núm. 11, 2023, p. 47 y ss.

---“La protección de los acreedores frente a las modificaciones estructurales”, *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, (dir. J. Pulgar), La Ley, Madrid, 2024, p. 183 y ss.

FUENTES NAHARRO, M., “La protección de los acreedores en las modificaciones estructurales internas y transfronterizas”, en *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., (coords. A. Rojo, L.J. Cortés, A.B. Campuzano y A. Pérez Troya), Aranzadi, 2024, p.449 y ss.

-----“La protección de los acreedores en el régimen de modificaciones estructurales: las reglas comunes”, en *Libro Homenaje a Ángel Rojo*, Aranzadi, 2024 (en prensa).

----“El acuerdo sobre la modificación estructural”, *La nueva Ley de modificaciones estructurales* (dir. J. Pulgar), La Ley, Madrid, 2024, p. 127 y ss.

-----“La protección de los acreedores en las operaciones transfronterizas en la nueva Directiva 2019/2121”, *Revista General de Insolvencia & Reestructuraciones ((I&R)*, núm. 2, 2021, p. 123 y ss.

----“Cross-Border Conversions and the Company Law Package”, en *Stakeholder Protection in Restructuring* (dirs. E. Kovacs/M. Winner), Nomos, 2019, p. 13 y ss.

GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Civitas, 2016.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad”, (disponible en: <https://almacenederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>)

GERNER-BEUERLE, C., MUCCIARELLI, F.M., SCHUSTER, E., SIEMS, M., *Study on the Law Applicable to Companies*, junio, 2016.

LEÓN SANZ, F.J., “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (dir. F. Rodríguez Artigas et al), tomo I, Aranzadi, 2009, p. 89 y ss.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “La Directiva 2019/2121, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (IV)”, en *GA-P.*, febrero, 2020 (disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-directiva-2019-2121-sobre-transformaciones-fusiones-y-escisiones-transfronterizas-iv-la-proteccion-de-los-acreedores/>).

PALAO MORENO, G., *El traslado de domicilio social de la sociedad anónima europea*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

PULGAR EZQUERRA, J., “Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores (1)”, en *Diario La Ley*, nº 9572, 12 de febrero de 2020 (disponible en [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

-----“Principios de política jurídica, sistemática y ámbito de aplicación de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales”, *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, (dir. J. Pulgar), La Ley, Madrid, 2024, p. 43 y ss.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. R. Uría, A. Menéndez y M Olivencia), tomo IX, vol. 3, Madrid, 1993, p. 161 y ss.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., *La rescisión de las operaciones de reestructuración en supuestos de crisis: la rescisión de la escisión parcial*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

SCHMIDT, J., “Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package”, *ECFR*, 2019, p. 222 y ss.

SEQUEIRA, A., “La protección de los acreedores en el nuevo régimen de las modificaciones estructurales”, *RDBB*, 171, 2023, p. 59 y ss.

TEICHMANN, C., “Protección de acreedores en modificaciones estructurales transfronterizas”, *RDCP*, 30, 2019 (disponible en [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

VIRGÓS SORIANO, M./GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El nuevo régimen de las modificaciones estructurales: aspectos internacionales”, (dir. J. Pulgar) *La nueva Ley de modificaciones estructurales*, La Ley, Madrid, 2023, p. 295 y ss.

WINNER, M., “Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions”, *ECFR*, 2019, p. 44 y ss.