

LAS PROBLEMÁTICAS MODIFICACIONES ADICIONALES A LA TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

D. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Resumen: Las modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles (esto es, modificaciones del objeto, domicilio, capital social o cualquier otro extremo de la escritura) carecían de regulación expresa en la legislación mercantil societaria previa a la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME) -si bien quedaban sometidas a la previsión genérica (más bien, al recordatorio inane) del artículo 223 del Reglamento del Registro Mercantil, que se limitaba a indicar que debían cumplir con los “requisitos inherentes a esas operaciones”-. Ante esa inconcreción de régimen jurídico, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) había establecido una doctrina aparentemente contradictoria que generaba una importante inseguridad jurídica en la adopción de acuerdos de modificación estatutaria (particularmente, ampliaciones y reducciones de capital) simultáneamente a la transformación social, o con carácter instrumental para la misma. El artículo 17.2 LME ha venido a establecer un régimen legal expreso para dichas modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles que, sin embargo, no alcanza a resolver las dudas y dificultades interpretativas generadas por el régimen anterior.

Ante esta situación, continúa teniendo una especial relevancia la doctrina de la DGRN en esta materia—si bien es deseable una revisión detenida de sus resoluciones anteriores a la luz del nuevo régimen legal y de sus principios inspiradores. Así, en su Resolución de 16 de septiembre de 2009, la DGRN ya ha adelantado su interpretación del artículo 17.2 LME en un sentido que, en nuestra opinión, vulnera uno de los principios fundamentales del nuevo régimen de transformación: la suspensión de la eficacia del acuerdo de transformación (hasta su inscripción en el Registro Mercantil (*ex art. 19* de la propia LME)); y que, con carácter general y de forma preocupante, reduce la tutela de socios y acreedores en los procesos de transformación.

Este trabajo desarrolla algunas reflexiones críticas relativas al régimen aplicable a las modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles a la luz de la más reciente doctrina de la DGRN y de las primeras reacciones en el ámbito académico, y propone un ajuste del sistema previsto en la LME por vía interpretativa.

Principales disposiciones y resoluciones comentadas: artículos 10, 12, 15, 17 y 19 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1994, de 2 de febrero de 1996, de 29 de marzo de 2000, de 23 de febrero de 2001 y de 16 de septiembre de 2009.

Palabras clave: modificación estructural, transformación, modificación estatutaria simultánea, tutela de socios, protección de acreedores, doctrina de la DGRN.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Contradicciones en la determinación del régimen aplicable a las modificaciones adicionales antes de la LME.- III. El régimen de la LME y algunas de sus carencias.- IV. La máxima tutela o protección efectiva de socios, acreedores y terceros como principio rector en la determinación de los requisitos aplicables a las modificaciones adicionales a la transformación.- V. Apuntes para una propuesta de reinterpretación del artículo 17.2 LME

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas inherentes a la operación de transformación societaria es determinar el momento en que la sociedad deja de regirse por las normas de su "viejo" tipo societario (tipo de origen), para quedar sometida y pasar a regirse por las reglas propias de su "nueva" forma societaria (tipo de destino). Es pacífico que, *"en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica"* (art. 16 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, LME¹). Ante esta continuidad en la personalidad jurídica, es necesario que el legislador establezca el "punto de inflexión" en que la sociedad deja de ser "la que era" para pasar a ser "la que será" a resultas de la transformación. De otro modo, se pueden crear zonas de incertidumbre y dudas interpretativas que den lugar, al menos en algunas ocasiones, a una merma de los derechos de los afectados por la transformación: principalmente, los socios y los acreedores sociales. Sin embargo, la transición del tipo de origen al tipo de destino no puede separarse en fases estancas y es necesaria una cierta integración (o, al menos, coordinación) de las normas del tipo de origen y del tipo de destino para favorecer la transición entre formas jurídicas.

Para fijar este "punto de inflexión", tratando de preservar los derechos de socios y de acreedores y de facilitar la adaptación de la sociedad al nuevo tipo elegido; la LEM

¹ BOE núm. 82, de 4 abril 2009, págs. 31928-31964.

establece tres normas claras. En primer lugar, indica que el acuerdo de transformación se rige por las normas del tipo de origen (art. 10.1 LME), pero somete su contenido al necesario cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte (art. 10.2 LME). En segundo lugar, otorga a los socios que no hayan votado a favor de la transformación un derecho de separación (art. 15.1 LME); que refuerza, invirtiéndolo y configurándolo como un derecho de adhesión, en los casos en que, por efecto de la transformación, los socios hubieran de asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales (art. 15.2 LME). Por último, impone con carácter constitutivo la inscripción de la transformación, indicando claramente que "*la eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil*" (art. 19 LME).

Por tanto, el legislador establece que el acuerdo de transformación es el último acuerdo que la sociedad adopta conforme a las normas del tipo de origen y fija en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de transformación el punto de inflexión a partir del que la sociedad pasa a regirse por las reglas del tipo de destino, otorgando a los socios que no hayan votado a favor de la transformación el derecho a separarse de la sociedad transformada (o a no adherirse a la misma). Esta configuración del régimen aplicable a la transformación es el que mejor encaja con su función jurídica y económica, pues la transformación no es más que un instrumento jurídico orientado a la "economía procedimental" en el cambio de tipo societario². En efecto, las normas de la transformación vienen a simplificar los procedimientos y requisitos para alcanzar un resultado -el cambio de tipo societario- que, en todo caso, sería conforme al ordenamiento jurídico mediante la disolución de la sociedad y su posterior (re)constitución bajo un tipo societario distinto. Debe enfatizarse que las reglas relativas a las modificaciones estructurales no tratan de "*hacer posible lo imposible, sino de simplificar lo posible*"³. Por tanto, deberá tenerse siempre en cuenta el límite que deriva de la aplicación *a contrario* de este argumento: las normas relativas a la transformación no pueden (*rectius*, no deben) hacer posible lo que sería imposible conforme a la normativa societaria general.

² Es clásico el análisis de la transformación en términos de "economía de técnica jurídica"; véanse GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades. Teoría general*, Madrid, 1976, p. 354, y EMBID IRUJO, "Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el derecho español", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 28, abril 1999, pág. 34.

³ SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 3a ed., Köln, Heymanns Verlag, 1997, pág. 348 *apud* EMBID, "Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales ...", *ob. cit.*, pág. 35.

Así, es lógico que la adopción del acuerdo de transformación se rija por las normas del tipo de origen, que serían las que regularían el acuerdo de disolución, pero que se adopte con el contenido necesario para la constitución de la sociedad conforme al tipo de destino, puesto que sirve a todos los efectos de acuerdo de (re)constitución societaria. También es coherente que se otorgue a los socios el derecho a separarse (o no adherirse) a la nueva sociedad, en la que no estarían obligados a participar si se constituyese después de la disolución. Y, por último, no es menos importante que la inscripción de la escritura de transformación tenga carácter constitutivo, como lo tiene la inscripción de la escritura de constitución de las sociedades de capital (art. 33 de la Ley de sociedades de capital, LSC)⁴.

Sin embargo, esta delimitación conceptual y normativa no acaba de crear un régimen óptimo para la regulación de la transformación. En particular, estas reglas son insuficientes para establecer el régimen jurídico aplicable a aquellas modificaciones del contrato de sociedad o de los estatutos sociales que van más allá de la simple adaptación a los requisitos exigidos para la válida (re)constitución conforme al tipo de destino (es decir, modificaciones que no están intrínsecamente relacionadas con las *"menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte"*, vid. art. 10.2 LME). En particular, se plantean dudas relativas al régimen jurídico aplicable a las eventuales modificaciones del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos que se acuerden con motivo de la transformación o con carácter instrumental para la misma. Por su trascendencia, estas modificaciones vienen acompañadas en los distintos regímenes societarios con especiales normas de publicidad y de tutela de derechos de socios (mediante quórum y/o mayorías reforzadas de adopción de las decisiones) y de los acreedores sociales (mediante un derecho de oposición o normas especiales de extensión limitada de la responsabilidad patrimonial de

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 3 julio 2010, págs. 58472-58594 (corrección de errores en BOE núm. 210, de 30 agosto 2010, págs. 74916-74918). La LSC entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, excepto su artículo 515, que no será de aplicación hasta el 1 de julio de 2011 (DF 3ª).

Pese a que el carácter constitutivo de la escritura de constitución haya dado lugar a una importante discusión doctrinal acerca de su alcance (especialmente en relación con sociedades personalistas), no nos detendremos en este punto porque la literalidad del artículo 19 LME permite establecer, sin lugar a dudas, el carácter constitutivo de la inscripción de la escritura de transformación; ESPÍN GUTIÉRREZ, "Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en otros tipos sociales", en RODRÍGUEZ ARTIGAS Y OTROS (dirs), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo I: Transformación, fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias*, Madrid, Aranzadi, 2010, pág. 234. En este sentido, conviene destacar que el carácter constitutivo de la inscripción registral es común a todas las modificaciones estructurales reguladas en la LME; véase SÁNCHEZ ÁLVAREZ, "La Ley de modificaciones estructurales y el concepto de modificación estructural", en RODRÍGUEZ ARTIGAS Y OTROS (dirs), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo I: Transformación, fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias*, Madrid, Aranzadi, 2010, pág. 77.

la sociedad a los socios, en los casos en que estas modificaciones afectan a la garantía patrimonial de sus créditos). Sin embargo, estas normas difieren en función de los distintos tipos sociales. Y, precisamente por estas divergencias de régimen jurídico, en muchas ocasiones no será irrelevante para el socio o para el acreedor afectado por la transformación que la modificación en cuestión se someta a las normas del tipo de origen o del tipo societario de destino.

El ejemplo clásico, y que ha dado lugar a una notable litigiosidad es el de la reducción de capital con devolución de aportaciones que acompaña a la transformación de una sociedad anónima (SA) en sociedad de responsabilidad limitada (SRL) (*infra* § IV). Si la reducción de capital se somete a las normas reguladoras de esta modificación estatutaria para la SA, los acreedores tendrán un derecho de oposición para la tutela de sus créditos (art. 334 a 337 LSC). En cambio, si la reducción se somete a las normas propias de la SRL, los acreedores no gozarán de derecho de oposición, sino que contarán con la responsabilidad solidaria de los socios hasta el límite de lo percibido en concepto de restitución de la aportación social y por un plazo de cinco años (art. 331 a 333 LSC). Resulta manifiesto que la tutela dispensada a los acreedores de la sociedad anónima es superior y, por tanto, existe un interés preponderante en la aplicación de las normas de la SA que, en este caso, son las del tipo de origen⁵. Sin embargo, existirían la misma necesidad de tutela y el mismo interés preponderante en la aplicación de las normas propias de la SA si la transformación que se acompaña de la reducción de capital con devolución de aportaciones fuese en sentido inverso, esto es de una SRL a una SA. La aplicación del régimen de la SA sería, en este caso, el propio del tipo de destino. Por tanto, *hay cuestiones que no se resuelven fácilmente en atención al “punto de inflexión” o momento en que la sociedad pasa a someterse a las reglas del tipo de destino, sino que requieren un tratamiento más complejo.*

Hasta la aprobación de la LME en 2009, las modificaciones adicionales a la transformación de sociedades mercantiles carecían de regulación expresa en la legislación mercantil relativa a las sociedades de capital y, a mayores, en las normas del Código de comercio relativas al contrato de sociedad mercantil. Ni el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, ni la Ley de sociedades de responsabilidad limitada

⁵ LEÓN SANZ, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades nº 16, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 244-245. Véanse también, con referencias a otros trabajos, CABALLERO GERMAIN y VEIGA COPO, “La transformación”, en ARROYO, EMBID Y GÓRRIZ (coords), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, Vol. I, pág. A-45 y ESPÍN, “Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en otros tipos sociales”, ob. cit., págs. 240-241.

contenían mención alguna a las modificaciones adicionales o simultáneas a la transformación de las sociedades de capital, que regulaban con carácter parcial⁶. No obstante, sí que existía una previsión relativa a las “modificaciones estatutarias simultáneas” a la transformación en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo artículo 223 preveía que: “*cuando la transformación vaya acompañada de una modificación del objeto, domicilio, capital social o cualquier otro extremo de la escritura, habrán de observarse los requisitos inherentes a estas operaciones*” (énfasis añadido)⁷. Nótese que la norma no indicaba si “*los requisitos inherentes (sic) a estas operaciones*” eran los propios del tipo societario de origen o de destino en la transformación. Dada esta indefinición sobre el régimen aplicable a las modificaciones adicionales, el artículo 223 RRM establecía una previsión inane que no parecía contener más que un simple recordatorio y, por tanto, no aportaba ninguna clarificación al régimen aplicable a las modificaciones estatutarias adicionales a la transformación. No debe extrañar que, en la interpretación del artículo 223 RRM, surgieran dos tendencias interpretativas frontalmente contradictorias e irreconciliables: la de quienes consideraban que los requisitos a tener en cuenta eran los propios del tipo de origen, y la de quienes consideraban que, al contrario, debían ser los establecidos por las normas del tipo de destino (*infra* § II).

Ante esta inconcreción de régimen jurídico y en vista de la conflictividad a que dio lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se vio forzada a desarrollar una doctrina administrativa que supliera los defectos del artículo 223 RRM y tratara de unificar su interpretación y aplicación⁸. Sin embargo, las diversas resoluciones en que se fue concretando la doctrina interpretativa del artículo 223 RRM dieron lugar a criterios aparentemente contradictorios e incompatibles entre sí (al aplicar en algunas ocasiones los requisitos para las modificaciones estatutarias del tipo de origen y, en otras, las del tipo de destino; *cfr. infra* § IV), y que generaban una importante

⁶ Véanse, al respecto, los artículos 223 a 232 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), y los artículos 87 a 93 de la Ley 2/1995, de 23 marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL), en las versiones de estas disposiciones vigentes antes de su derogación por la LME. Téngase en cuenta que, con carácter general, han sido derogadas y sustituidas por la LSC, que las refunde.

Sobre la regulación de la transformación en la LSA, véase LEÓN, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, ob. cit., *in totum*. En relación con el régimen de transformación en la LSRL, véase AREÁN LALÍN, *La transformación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Civitas, 1991, *in totum*.

⁷ Real Decreto 1784/1996, de 19 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 julio 1996, págs. 23574-23636.

⁸ En relación con el polémico carácter vinculante de la doctrina de la DGRN para los registradores, véanse las consideraciones de IBÁÑEZ GARCÍA, “La calificación del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil (Análisis crítico de una doctrina esencialmente errónea)”, *Diario La Ley*, núm. 7439, 6 de julio de 2010, págs. 11-14.

inseguridad jurídica en caso de adopción de acuerdos de modificación estatutaria (particularmente, ampliaciones y reducciones de capital) simultáneamente a la transformación social, o con carácter instrumental para la misma (véase *infra* § IV)⁹.

Recientemente, consciente de la práctica consubstancialidad de estas modificaciones adicionales al acuerdo de transformación *en sí* y con el propósito de superar las insuficiencias del régimen anterior, el legislador societario les ha dedicado un precepto específico en el régimen aplicable a la transformación. El artículo 17 LME regula expresamente las "*modificaciones adicionales a la transformación*"¹⁰. Literalmente, el artículo 17.2 LME prevé que: "*cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social*" (énfasis añadido). Con esta precisión final, el legislador societario ha pretendido superar las insuficiencias del artículo 223 RRM, precisando que el acuerdo de transformación habrá de cumplir en todo caso con los requisitos establecidos por el tipo de destino (*infra* § III)¹¹.

Sin embargo, esta precisión ha generado nuevas dudas de interpretación, dado que en estricta conformidad con su tenor literal, cabe seguir sosteniendo tanto que el cumplimiento exclusivo de los requisitos del tipo de destino es suficiente (esto es, excluyente de cualesquiera otros requisitos); como que el cumplimiento de estos requisitos es adicional al cumplimiento de los requisitos propios del tipo de origen (solución que, en nuestra opinión, parece cohonestarse mejor con lo previsto en el art. 10.2 LME). Pese a que esta cuestión se abordará en detalle (*infra* § III), conviene dejar ya apuntada la subsistencia de las dificultades interpretativas y de aplicación de las normas reguladoras de las modificaciones adicionales a la transformación.

⁹ Situación duramente criticada por CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO, "Resolución de 29 de marzo de 2000 (BOE de 16 de mayo de 2000)", *La Notaría*, núm. 5, mayo 2000, pág. 271.

¹⁰ La importancia de esta novedad ha sido subrayada por QUIJANO GONZÁLEZ, "Transformación de sociedades", *El Notario del siglo XXI*, núm. 28, noviembre-diciembre 2009, pág. 29.

¹¹ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 223 RRM no ha sido derogado por la LME.

En este sentido, no puede dejar de subrayarse que la necesidad de adaptación del RRM a las últimas reformas en materia de derecho societario es acuciante y que el desfase del RRM con la LME, la LSC y la Ley de auditoría de cuentas (tras su sustancial reforma por la Ley 12/2010, de 30 de junio; BOE núm. 159, de 1 julio 2010, págs. 57586-57625) puede plantear problemas de interpretación y aplicación de la normativa societaria con graves efectos en materia de seguridad jurídica. Advierte sobre esta necesidad QUIJANO GONZÁLEZ, "El proceso de elaboración de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", en RODRÍGUEZ ARTIGAS Y OTROS (dirs), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo I: Transformación, fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias*, Madrid, Aranzadi, 2010, pág. 36-37. No obstante, el análisis detallado de estas cuestiones excede las posibilidades de este trabajo.

Ante esta situación, debe destacarse que, en su Resolución de 16 de septiembre de 2009¹², la DGRN ya ha adelantado su concepción del artículo 17.2 LME, adoptando una interpretación literalista y rígida de este precepto y determinando, en resumen, que el cumplimiento de los requisitos específicos del tipo de destino debe exigirse de forma *exclusiva*. La nueva doctrina de la DGRN viene, por tanto, a liberar a las sociedades mercantiles de cumplir con los requisitos propios de su tipo de origen cuando adopten modificaciones adicionales o instrumentales para la transformación y, en particular, cuando modifiquen su objeto, domicilio, capital social u otros extremos de su escritura o de sus estatutos.

En nuestra opinión, esta interpretación vulnera el mandato legal de suspensión de la eficacia del acuerdo de transformación hasta su válida inscripción en el Registro mercantil (de carácter constitutivo, *ex art. 19 LME*), que constituye uno de los principios fundamentales del nuevo régimen de transformación. Adicionalmente, con este enfoque se debilita, con carácter general, la tutela de socios y acreedores en el marco de los procesos de transformación societaria (*infra* § IV). Además, esta incipiente doctrina de la DGRN todavía está lejos de resolver las dudas y dificultades interpretativas que suscita el artículo 17.2 LME y, por tanto, es necesario un esfuerzo interpretativo adicional del régimen vigente, en aras de un mejor equilibrio de los intereses implicados en todo proceso de transformación societaria (*infra* § V).

II. CONTRADICCIONES EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE A LAS MODIFICACIONES ADICIONALES ANTES DE LA LME

Como se ha apuntado brevemente, con anterioridad a la aprobación de la LME, el único precepto relativo a las modificaciones estatutarias simultáneas o adicionales a la transformación se encontraba en el todavía vigente artículo 223 RRM, que imponía (o, más bien, recordaba) la sujeción de estas modificaciones estatutarias a sus "*requisitos inherentes*"¹³. Como también se ha dicho, al no hacer mención al tipo social al que debía atenderse para la determinación de dichos requisitos (bien el de origen, bien el de destino), surgieron dos interpretaciones opuestas¹⁴.

¹² BOE núm. 242, de 7 octubre 2009, págs. 84806-84810.

¹³ En este extremo, debe ser bienvenido el cambio de redacción del artículo 17.2 LME, que abandona la expresión de requisitos *inherentes* para adoptar la de requisitos *específicos*—reconociendo, en definitiva, que no hay requisitos inherentes a las modificaciones estatutarias, que quedarán en cada momento sometidas a los procedimientos y exigencias establecidas por la legislación vigente y por los estatutos de la sociedad afectada.

¹⁴ Para un resumen de estas posiciones (aunque carente de toda referencia a trabajos doctrinales), véase el FD 2º de la RDGRN de 16 de septiembre de 2009, ya citada.

Por una parte, la denominada *interpretación doctrinal o estricta*¹⁵ propugnaba la sujeción a los requisitos propios del tipo social de origen, con fundamento en una interpretación literal y sistemática del precepto y, fundamentalmente, con apoyo en el diferimiento de la eficacia de la transformación hasta su válida inscripción en el Registro Mercantil (*supra* § I). En definitiva, se sostenía que, con carácter general y a modo de requisito sistemático, una sociedad (del tipo que sea) no puede someter sus acuerdos a las normas reguladoras de un tipo societario distinto. Por tanto, pendiente la inscripción del acuerdo de transformación, la sociedad "*todavía es la que era*" (tanto en el plano interno como en el externo) y, necesariamente, sigue sometida a las reglas propias de su tipo¹⁶.

Por el contrario, desde una *interpretación flexible o flexibilizadora*¹⁷, se interpretaba el artículo 223 RRM en el sentido de someter las modificaciones adicionales únicamente a los requisitos del tipo de destino. Fundamentalmente, esta posición se apoyaba en un razonamiento teleológico y de "economía procedimental" (*supra* § I). En la medida en que el régimen de la transformación tenga por finalidad simplificar los procedimientos y requisitos necesarios para cambiar de tipo social¹⁸, y teniendo en cuenta que la sujeción de la modificación adicional a los requisitos del tipo de destino podría alcanzarse válidamente y sin dificultades demorando su adopción hasta después de inscrita la transformación; se consideraba que la sociedad "*es ya la que va a ser*"¹⁹. Por tanto, no se apreciaba impedimento alguno para entender el requisito del artículo 223 RRM referido exclusivamente a las normas del tipo de destino. Esta interpretación llevaba

¹⁵ En esta línea, propugnaron la sujeción de las modificaciones estatutarias adicionales a las normas del tipo de origen URÍA, MENÉNDEZ y CARLÓN, "Acuerdo de transformación (art. 224)", en URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA (dirs), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo IX, Vol. 1º: Transformación de la SA (arts. 223 a 232 LSA)*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 37-41; SÁNCHEZ DE MIGUEL, "Transformación (artículos 223 a 232)" en SÁNCHEZ CALERO (dir), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas, Tomo VII: Transformación, fusión y escisión (arts. 223-259)*, Madrid, EDERSA, 1993, pág. 49; AREÁN, *La transformación de la SRL*, ob. cit., págs. 83-86; y DÍAZ MORENO, "La disciplina de la transformación en el Proyecto de Ley de Sociedades de responsabilidad limitada", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, Vol. 1, págs. 847-848. En términos menos claros, parece apuntar a la misma solución NIETO CAROL, "La transformación de la sociedad anónima", *Actualidad Financiera*, núm. 18, abril-mayo 1991, pág. 111.

¹⁶ Véase la RDGRN de 29 de marzo de 2000 (BOE núm. 117, de 16 mayo 2000, págs. 17847-17848) y la RDGRN de 23 de febrero de 2001 (BOE núm. 80, de 3 abril 2001, págs. 12466-12467).

¹⁷ En esta línea, pueden consultarse los trabajos de GARDEAZÁBAL, "La transformación en la ley de sociedades de responsabilidad limitada", en GARRIDO DE PALMA Y OTROS (dirs), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Trivium, 1998, Tomo II, pág. 563; y de VARA DE PAZ, "Transformación: concepto, función y caracteres. Supuestos. Transformación de una sociedad anónima", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 16, enero-junio 2001, págs. 82-83 (aunque el autor parece quedar muy limitado por la RDGRN de 5 de mayo de 1994, sobre la que nos detendremos).

¹⁸ Recuérdese que, en ausencia de este régimen legal, para alcanzar el mismo resultado sería necesaria la disolución y posterior (re)constitución de la sociedad bajo un tipo societario distinto, con todas las modificaciones estatutarias que se desease introducir; véase *supra* nota 3 y texto correspondiente.

¹⁹ Véase la RDGRN de 5 de mayo de 1994 (BOE núm. 137, de 9 de junio 1994, págs. 18186-18188).

implícito el reconocimiento de la eficacia interna del acuerdo de transformación antes de su inscripción en el Registro Mercantil y, por tanto, soslayaba la suspensión legal de los efectos del acuerdo de transformación. Esta dificultad se trataba de paliar mediante la imposición de una condición suspensiva implícita a los acuerdos de modificación adicional que, en el fondo, venía a suspender su eficacia hasta la válida constancia registral del acuerdo de transformación, dando lugar a una teoría de eficacia de completamiento de la inscripción en el Registro Mercantil.

No faltaban, en todo caso, *posiciones eclécticas o integradoras*, que propugnaban la aplicación ponderada y acumulativa de los requisitos exigidos por los tipos de origen y de destino para las modificaciones estatutarias adicionales a la transformación²⁰; si bien esta alternativa tampoco se encontraba exenta de dificultades para su aplicación práctica, dada la difícil y casuística armonización de los requisitos aplicables conforme a las distintas normativas concurrentes.

Así las cosas, no puede sino concluirse que la realización de modificaciones adicionales o simultáneas a la transformación social quedaba inmersa en una situación de indeterminación normativa que dificultaba su instrumentación y mermaba de manera significativa la seguridad jurídica, tanto de los operadores económicos que se planteaban la realización de este tipo de operaciones complejas de modificación estructural, como de los socios y acreedores afectados por estos procesos, que veían como se reducían, o podían reducirse, las garantías de que disponían.

III. EL RÉGIMEN DE LA LME Y ALGUNAS DE SUS CARENCIAS

El artículo 17.2 LME pretende superar las dificultades que suscitaba la determinación del régimen jurídico aplicable a las modificaciones adicionales a la transformación en el régimen previgente (en particular, las derivadas de la parquedad del art. 223 RRM; *supra* § I) y prevé que: *“cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme*

²⁰ Por ejemplo, LEÓN, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, ob. cit., pág. 243, que propugna, como criterio general, la toma en consideración tanto de las exigencias *“que regulan esa materia en la forma que se abandona como las del tipo que se elige”*. Sin embargo, mantiene una postura menos clara al respecto en LEÓN SANZ, “Acuerdo de transformación (art. 224 LSA), en ARROYO, EMBID Y GÓRRIZ (coords), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, Vol. III, págs. 2174-2175 (*“esta clase de modificaciones [estatutarias que no resulten inherentes al cambio de forma] han de ser compatibles con lo dispuesto en el tipo elegido. En su adopción se habrá de integrar el régimen de la transformación con el de la modificación de estatutos”*).

a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social" (énfasis añadido)²¹. Pese a que se trata de una disposición aparentemente simple -que, en una interpretación literal, parece someter estas modificaciones adicionales *únicamente* al régimen del tipo de destino²²- la norma no alcanza a disipar las anteriores dificultades de determinación de la normativa aplicable, por varias razones.

En primer lugar, resulta prácticamente imposible que en una misma junta y en unidad de acto (ya sea en un mismo punto del orden del día, o en puntos consecutivos), sea posible adoptar acuerdos conforme a lo previsto en normativas societarias diversas (y mayor será la dificultad cuanto mayor sea la disparidad entre el tipo social de origen y el de destino)²³. Adicionalmente, se plantea la problemática central de la posible vulneración de la condición suspensiva impuesta por el artículo 19 LME a todo acuerdo de transformación, cuya eficacia "*quedará supeditada a la inscripción de la escritura*

²¹ Conviene destacar, sin embargo, que esta precisión se incluyó durante la tramitación parlamentaria, dado que el equivalente al artículo 17 LME (art. 15) del Proyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOCG, Congreso, de 30 de mayo de 2008, Serie A. Núm. 4-1) tenía un tenor prácticamente idéntico al artículo 223 RRM y no precisaba si los requisitos aplicables a la modificación estatutaria debían ser los del tipo de origen o destino. Concretamente, la precisión relativa a la aplicación de los requisitos del tipo de destino se introdujo en el trámite de informe de la Ponencia, tras la presentación de la enmienda núm. 30 por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que la justificó en los siguientes términos: "*Evitar en el futuro criterios divergentes en los Registros mercantiles actualmente observados en orden a si las modificaciones deben realizarse conforme a la ley de uno u otro tipo social*" -la relevancia de esta modificación ha sido enfatizada por QUIJANO, "El proceso de elaboración de la Ley", ob. cit., pág. 35-.

En vista de esta exigua e inane justificación (que hubiera servido del mismo modo para justificar la aplicación de los requisitos del tipo de origen, la aplicación conjunta de los tipos de origen y de destino, o cualquier combinación imaginable de requisitos de cualquier tipo societario), no parece que la reforma legislativa haya sido fruto de la debida consideración y análisis, y no es de extrañar que haya dejado al menos tanto problemas sin resolver como el precepto anterior. La califica de "*peregrina justificación*", ÁVILA NAVARRO, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009*, Barcelona, Bosch, 2009, págs. 24-25. En términos similares, se ha considerado que la modificación del régimen legal se ha producido de forma subrepticia y sin una justificación alusiva a su potencial alcance material, por lo que debe ser criticada por arbitraria y excesiva; SACRISTÁN REPRESA, "Transformación de sociedad anónima en otros tipos sociales", en RODRÍGUEZ ARTIGAS Y OTROS (dirs), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo I: Transformación, fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias*, Madrid, Aranzadi, 2010, pág. 149. También en términos muy críticos ("*el legislador ha optado por dar una solución exageradamente simplista a una problemática múltiple y compleja*"), véase ESPÍN, "Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en otros tipos sociales", ob. cit., págs. 238-244.

²² Véanse los comentarios de GÓMEZ PORRÚA, "La transformación de las sociedades mercantiles (Estudio del nuevo régimen establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)", *Derecho de los Negocios*, núm. 226-227, julio-agosto 2009, págs. 21, 27 y 39 nota 65 ("*el régimen aplicable a estas operaciones no será ahora el de la sociedad que se transforma, sino el propio de la sociedad resultante de la transformación; circunstancia que habrá que tener en cuenta para la correcta interpretación*" del art. 223 RRM); GARRIDO DE PALMA, "Transformación", en ANSÓN PEIRONCELY, BANACLOCHE PÉREZ Y GARRIDO DE PALMA, *La Ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 2010, pág. 36 ("*exigiendo lógicamente el [art. 17.2 LME] -en evitación de confusiones- que en estos casos se observen los requisitos legales propios del nuevo tipo social. Exigencia que hay que dejar subrayada*"); y CABALLERO y VEIGA, "La transformación", ob. cit., pág. A-46. En contra, véase ÁVILA, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 24-25 y 35-36 (quien considera que "*esa interpretación literalista no es sostenible*", que conduciría a resultados absurdos y caprichosos).

²³ En este sentido, resulta plenamente acertada la crítica de SACRISTÁN, "Transformación de sociedad anónima en otros tipos sociales", ob. cit., pág. 148 ("*carece de lógica que el acuerdo principal se rija por la normativa de un tipo societario y el complementario por otro distinto*").

pública en el Registro Mercantil". Conforme a la literalidad del precepto, no cabe diferenciar entre una eficacia en el plano interno (que permitiría la adopción de los acuerdos siguientes a la transformación conforme al tipo de destino) y en el plano externo de la sociedad transformada (dado que la constancia registral sigue siendo la de la sociedad sometida a los requisitos del tipo de origen). En nuestra opinión, el tenor literal del artículo 19 LME es meridiano e impone la ineficacia absoluta del acuerdo de transformación, tanto interna como externamente, hasta el momento de su válida inscripción en el Registro Mercantil²⁴. Por último, y quizá con mayor relevancia, la aplicación acrítica del artículo 17.2 LME puede generar diferencias de trato y mermas en los derechos de los socios y/o los acreedores de la sociedad transformada que no se justifican desde una perspectiva normativa y que no parecen haber sido debidamente consideradas por el legislador societario y la DGRN (*infra* §§ IV y V)²⁵.

En relación con los socios, debe tenerse en cuenta que se les podría limitar de manera muy significativa el ejercicio pacífico de su derecho de separación (o adhesión) reconocido en el artículo 15 LME. Recuérdese que la Ley otorga al socio que no haya votado a favor de la transformación el plazo de un mes para valorar si está interesado en mantener su participación en la sociedad transformada o no. Por tanto, se plantea un primer problema de legitimación de los socios que no hayan votado a favor de la transformación para participar en las deliberaciones y votaciones correspondientes a las eventuales modificaciones adicionales a la transformación. De una parte, se plantean problemas si el socio se abstiene de votar en estos acuerdos y, en cambio, decide posteriormente no separarse (o adherirse) a la sociedad transformada. En estos casos, se habrán adoptado acuerdos sin las debidas garantías de su derecho de voto. De otra parte, si el socio que no ha votado a favor de la transformación no se abstiene en las deliberaciones y votaciones relativas a las modificaciones adicionales, se plantean problemas en un doble plano. Primero, surge la duda de si el socio habría venido a renunciar a su derecho de separación (o a ejercitar su derecho de adhesión) de manera implícita, al inmiscuirse en los asuntos sociales con posterioridad al acuerdo de transformación. Y, en segundo lugar, si se acaba reconociendo la facultad de separación (o de no adhesión) al socio, se podrían vulnerar los derechos de voto *de los demás* socios, que quedarían vinculados por acuerdos adoptados teniendo en cuenta las

²⁴ Cuestión que sólo algunos autores favorables a la sumisión exclusiva al tipo de destino toman en la debida consideración; véase CABALLERO y VEIGA, "La transformación", ob. cit., pág. A-46.

²⁵ SACRISTÁN, "Transformación de sociedad anónima en otros tipos sociales", ob. cit., pág. 149.

deliberaciones y el voto de quien, en puridad, no debería haber participado en la junta. Las dificultades que se atisban en este ámbito son, como se ve, de gran calado²⁶.

En relación con los acreedores, sirva recuperar aquí el ejemplo ya analizado de reducción de capital con devolución de aportaciones que acompaña a una transformación de SA en SRL, o viceversa (*supra* § I). En general, en todos los casos en que se produzca una modificación en la garantía que los acreedores tienen para el cobro de sus créditos -bien sea por una reducción del patrimonio de la sociedad transformada, bien sea por una mayor dificultad derivada de las normas reguladoras de la ejecución forzosa de sus créditos frente a la sociedad y, en su caso, frente a los socios personalmente responsables- parece preferible otorgar a los acreedores los mecanismos de tutela más estrictos (generalmente, otorgarles un derecho de oposición), con independencia de que deriven de las normas del tipo de origen o del de destino²⁷.

Por todo lo anterior, no deben quedar muchas dudas acerca de la insuficiencia y de las dificultades de interpretación y aplicación de la solución dada al tratamiento de las modificaciones adicionales a la transformación por el artículo 17.2 LME. Situación que es síntoma de mayores carencias del régimen de transformación previsto en la LME y de su limitada capacidad para dar un tratamiento integral y completo a modificaciones estructurales realmente complejas. En nuestra opinión, estas lagunas se aprecian, además de en el artículo 17.2 LME, en la regulación de la incorporación de nuevos socios con motivo de la transformación (art. 17.1 LME) y en la ausencia de reglas relativas a la que puede considerarse *transformación implícita* (o transformación que resulta de otra modificación estructural, como la fusión), de las que nos ocuparemos brevemente a continuación.

En primer lugar, en relación con la *incorporación de nuevos socios*, el artículo 17.1 LME prevé expresamente la posibilidad de que la transformación de la sociedad vaya acompañada de una alteración en la composición de su accionariado o del grupo de socios, al establecer que "*la transformación de la sociedad podrá ir acompañada de la incorporación de nuevos socios*". En todo caso, esta previsión deberá compatibilizarse

²⁶ No obstante, un análisis pormenorizado de todas las situaciones en que podrían producirse problemas similares resultaría tremendamente casuístico y excede las posibilidades de este trabajo.

²⁷ En contra del reconocimiento de un derecho de oposición a la transformación para los acreedores sociales, véase ESCRIBANO GÁMIR, *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las Sociedades Anónimas*, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades n° 10, Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 341-342 (aunque sus razonamientos parecen descansar en buena medida en la presunción de existencia de *otro* derecho de oposición, derivado de una simultánea reducción de capital o del hecho de que la transformación sea *implícita* en una operación de fusión).

con el derecho absoluto e inderogable, pero renunciable individualmente, a la continuidad de los socios en su participación; regulado por el artículo 12.1 LME, que prevé expresamente que “[e]l acuerdo de transformación no podrá modificar la participación social de los socios si no es con el consentimiento de todos los que permanezcan en la sociedad”²⁸.

En definitiva, el artículo 17.1 LME prevé la posibilidad de que la transformación conlleve la entrada de nuevos socios, al igual que puede implicar la salida de aquéllos que, según el caso, ejerciten su derecho de separación o no ejerciten su derecho de adhesión en los términos del artículo 15 LME. Es decir, que la transformación es una modificación estructural idónea para la reconfiguración de la estructura de propiedad de la sociedad transformada. Pese a su aparente sencillez, se trata de una previsión que plantea no pocas dificultades de interpretación²⁹. Al no indicar claramente los requisitos aplicables al acuerdo por el que se autorice la incorporación de nuevos socios (ya sea conforme a las normas del tipo de origen, ya sea de acuerdo con las del tipo de destino), tal acuerdo podría entrar en conflicto con las previsiones legales o estatutarias que resultaran de aplicación antes de la transformación (o, en caso contrario, con posterioridad a la misma) -por ejemplo, en relación con las mayorías aplicables a la adopción del acuerdo de admisión de nuevos socios-.

De manera destacada, en los casos de transformación de una sociedad anónima, al no constituir la transformación un supuesto de inexistencia del derecho de preferencia en los aumentos de capital (a diferencia de otras modificaciones estructurales, como la fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo; *vid.* art. 304.2 LSC), se plantean dudas en materia de existencia y exclusión de derecho de preferencia en el aumento de capital necesario para dar entrada a nuevos socios³⁰. Igualmente, se plantean dudas en torno a la posibilidad de condicionar recíprocamente el acuerdo de transformación a la

²⁸ Como recalca ÁVILA, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., pág. 36. Téngase en cuenta que este derecho ya se recogía en los derogados artículos 229 LSA y 88.3 LSRL. Véanse URÍA, MENÉNDEZ y CARLÓN, *Comentario al régimen legal (Transformación de la SA)*, ob. cit., pág. 103; y VARA DE PAZ, “Transformación”, ob. cit., págs. 99-100.

²⁹ Véanse, por ejemplo, en relación con el deber de información y los requisitos de adopción del acuerdo, las consideraciones de GÓMEZ PORRÚA, “La transformación de las sociedades mercantiles ...”, ob. cit., pág. 21.

³⁰ LEÓN SANZ, “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31, julio-diciembre 2008, pág. 28 (“*en el caso de las sociedades de capital, [la incorporación de nuevos socios] presupone la adopción de un aumento del capital social*”). En los mismos términos, GARRIDO DE PALMA, “Transformación”, ob. cit., págs. 35-36.

Sobre la compleja instrumentación del derecho de suscripción preferente y los numerosos problemas que genera, véase, con numerosas referencias a otros trabajos, GARCÍA GREWE, *El derecho de suscripción preferente como problema*, Madrid, Aranzadi, 2010.

aprobación de la incorporación de nuevos socios -lo que podría vulnerar el derecho de voto de los socios (en los términos ya adelantados *supra*), que no podrían votar libremente, por ejemplo, a favor de la transformación y en contra de la incorporación de nuevos socios-. Más aún, tampoco queda claro si la eficacia de la incorporación de los nuevos socios queda condicionada a la válida inscripción de la transformación (aunque no parece que quepa otra interpretación según lo previsto en el art. 19 LME, *supra* § I), ni si es posible o no modular los efectos de la incorporación de los nuevos socios -por ejemplo, anticipando o retrasando, por ejemplo el derecho a participar en ganancias respecto de la fecha de adopción del acuerdo de transformación (al modo de lo previsto para la fusión en el art. 31.6 LME)-. Por tanto, no son pocas ni irrelevantes las dificultades de interpretación y aplicación que genera el artículo 17.1 LME en relación con la incorporación de nuevos socios a resultas o con motivo de la transformación.

En todo caso, en nuestra opinión, la problemática asociada a la incorporación de nuevos socios con ocasión de la transformación social -fundamentalmente, la indeterminación del régimen regulador de la modificación adicional (sea el del tipo de origen o el de destino) y la suspensión o no de la eficacia del acuerdo de incorporación- es esencialmente idéntica a la del resto de modificaciones adicionales a la transformación reguladas en el artículo 17.2 LME y, por tanto, no la analizaremos de manera separada. Quepa adelantar que abogamos, también en este aspecto, por la aplicación del régimen más tuitivo de los derechos de los socios que hayan adquirido su condición antes de la transformación (*infra* § V).

Por otra parte, y como se ha mencionado, el caso quizá más significativo de las insuficiencias normativas del régimen de transformación previsto en la LME puede encontrarse en el supuesto de *transformación societaria implícita* resultante de una fusión o, dependiendo de la instrumentación de la operación, de una escisión total o, incluso, de una escisión parcial. En estos casos en que, como consecuencia de otro tipo de modificación estructural, los socios se ven afectados *de facto* por una transformación societaria (por ejemplo, socios de una SA que pasan a serlo de una o varias SL), se plantea una duda equivalente a la que nos viene ocupando: ¿deben aplicarse acumulativamente los requisitos de la modificación estructural de que se trate y los de la transformación, especialmente el derecho de separación o adhesión del artículo 15

LME? o, al contrario, ¿basta con aplicar los requisitos correspondientes a la modificación estructural principal?³¹

En nuestra opinión, en los casos en que la fusión, o cualquier otra modificación estructural, implique una transformación de la forma social en que el socio mantenga su participación social (mediante acciones, participaciones o cuotas), debe optarse claramente por la aplicación directa, que no analógica, del artículo 15 LME por diversos motivos. En primer lugar, por la identidad de razón y, prácticamente, de supuesto de hecho en el caso de la transformación “explícita” y de la transformación implícita. En segundo lugar, por la necesidad de prevenir operaciones fraudulentas, en que la fusión (u otra modificación estructural) no sea más que una operación encubierta de transformación societaria que pretenda enervar el derecho de separación o de adhesión de los socios. Y, por último y con carácter más destacado, como exigencia del criterio de máxima tutela o de protección efectiva de todos los afectados por el proceso de modificación estructural (en este caso, los socios)³². Consideramos que es este el criterio en el que hay que ahondar para tratar de resolver las dificultades creadas por el diseño de las modificaciones estructurales y, en particular, por la posibilidad de adoptar acuerdos híbridos (por ejemplo, de fusión y transformación implícita) o modificaciones adicionales a la transformación (ex art. 17.2 LME).

IV. LA MÁXIMA TUTELA O PROTECCIÓN EFECTIVA DE SOCIOS, ACREEDORES Y TERCEROS COMO PRINCIPIO RECTOR EN LA DETERMINACIÓN DE LOS REQUISITOS APLICABLES A LAS MODIFICACIONES ADICIONALES A LA TRANSFORMACIÓN

³¹ En términos similares, se plantea esta duda interpretativa VICENT CHULIÁ, “Ley de modificaciones estructurales: Opciones de la ley”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 28, noviembre-diciembre 2009, pág. 12 (que apunta que una “interpretación sistemática y teleológica de la Ley deben conducir a una respuesta afirmativa”); y GARRIDO DE PALMA, “Reflexionando sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, enero-marzo 2010, pág. 365.

³² Véase LEÓN, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, ob. cit., pág. 243-246, que indica claramente que las normas de tutela de socios y acreedores deben aplicarse cuando la modificación estatutaria se adopte conjuntamente con la transformación.

En términos generales, sobre la idoneidad de este criterio o principio general de tutela de socios y terceros para el análisis, integración y aplicación del régimen de transformación (y, en general, de modificación estructural de las sociedades mercantiles), véase EMBID, “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Fusión, escisión y otros procedimientos similares)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 9, enero-junio 1991, pág. 16; e idem, “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales ...”, ob. cit., págs. 34-35 y 45. Véanse también ROJO, “La transformación de sociedades anónimas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 590, enero-febrero 1989, págs. 47-53; y MASSAGUER, “La cesión global de activo y pasivo”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 228, abril-junio 1998, pág. 657. Aparentemente en contra, aunque en términos muy vagos, parece abogar por una reducción de los derechos de los socios, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “... el concepto de modificación estructural”, ob. cit., pág. 46 (quien lamenta que “tal y como está configurado, el ejercicio del derecho de separación de los socios, puede hacer inviable a posteriori la ejecución de una [modificación estructural]”; y, por tanto, parece poner en un segundo plano la tutela de sus derechos frente a la ejecutabilidad o firmeza de las modificaciones estructurales).

En línea con lo anterior, debe destacarse que, pese a la aparente contradicción en la doctrina de la DGRN en materia de requisitos aplicables a las modificaciones adicionales a la transformación (sobre la base del art. 223 RRM) que aplica en ocasiones los requisitos del tipo de origen y, en otras, los del tipo de destino; en sus principales resoluciones en la materia, el criterio fundamental seguido por la DGRN ha sido efectivamente la *toma en consideración de los derechos de los socios y de los acreedores*. En concreto, la DGRN se ha guiado generalmente por la ponderación del impacto que hubiera tenido el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos aplicables a la modificación estatutaria en cuestión bajo el régimen societario de origen o de destino (dependiendo de cuál hubiera sido el régimen aplicado en el caso concreto)³³. Por tanto, el principio rector o idea fuerza (*Leitmotiv*), no es otro que la máxima tutela o la protección efectiva de los socios y terceros (acreedores) afectados por la transformación y la modificación estatutaria adicional, como pone de manifiesto un repaso atento a las diversas resoluciones de la DGRN de los últimos quince años.

La *RDGRN de 5 de mayo de 1994* consideró ajustada a derecho una transformación de SA en sociedad colectiva pese al incumplimiento de los requisitos de publicación *proprios del acuerdo de transformación en sí*, conforme a la LSA (FD 2º). Si bien la controversia versaba sobre los requisitos relativos al acuerdo principal y no a las modificaciones adicionales a la transformación, la DGRN adoptó un criterio material o antiformalista, consistente en la evaluación de la tutela que el requisito incumplido procuraba a los socios, a los acreedores sociales y a terceros. En vista de que *en esta modalidad concreta de transformación* el requisito (formal) incumplido no añadía una protección efectiva ni a los socios ni a los acreedores (que veían incrementada la garantía patrimonial de sus créditos, que pasaban a estar garantizados personal e ilimitadamente por los antiguos accionistas, ahora socios colectivos), la DGRN optó por determinar la validez del acuerdo pese al incumplimiento del requisito en cuestión.

La adopción del criterio de tutela de socios, acreedores y terceros como principio rector en la determinación de los requisitos aplicables a todo acuerdo de modificación adicional a la transformación también es clara y expresa en la *RDGRN de 2 de febrero de 1996*³⁴, que indica sin ambages que *"la solución de la cuestión planteada exige precisar el alcance del requisito frente a socios y frente a terceros"* (FD 2º). En ese caso

³³ Para una revisión sucinta de estas resoluciones, véase ESPÍN, "Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en otros tipos sociales", ob. cit., págs. 240-241.

³⁴ BOE núm. 71, de 22 marzo 1996, págs. 11098-11099.

concreto, en el marco de una transformación de SA en SRL, se determinó que el incumplimiento de los requisitos de estructura del balance conforme a la normativa aplicable al tipo de origen (SA) no generaba ninguna merma de seguridad jurídica ni para socios ni para terceros y, en consecuencia, se consideró que la aprobación del balance de transformación con estructura distinta al balance ordinario de las sociedades anónimas no obstaba a la validez del acuerdo de transformación.

De manera similar, la *RDGRN de 29 de marzo de 2000* mantiene una posición claramente garantista de los derechos de los acreedores de la sociedad transformada (en ese caso, de nuevo, una SA que se transforma en SRL) y, ante una reducción de capital simultánea a la adopción del acuerdo de transformación, requiere el cumplimiento del régimen que entiende más tuitivo de sus derechos—que resulta ser el correspondiente al tipo de origen. Por su claridad, merece la pena destacar el razonamiento de la DGRN:

“para la eficacia del referido acuerdo de reducción, no resulta indiferente desde la perspectiva de los terceros—acreedores—que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas o en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; mientras que en la primera se atribuye a cada acreedor la facultad de oponerse a que la reducción del capital social se lleve a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del titular del crédito o hasta que se notifique a éste la constitución de la fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito (artículo 166), en el sistema de la segunda no se atribuye a los acreedores derecho de oposición alguno (salvo que estatutariamente se establezca, conforme al artículo 81), sino acción para exigir a los socios beneficiados por la restitución de aportaciones una responsabilidad por las deudas sociales que es limitada tanto en el «quantum» como en su duración (artículo 80). Por todo ello, y pese a la simultaneidad e interdependencia que en el presente caso existe en los acuerdos de reducción del capital social y transformación, habrán de ser observados los requisitos prevenidos específicamente para la reducción del capital social en la Ley de Sociedades Anónimas” (FD 2º, énfasis añadido).

En efecto, no cabe duda de que el derecho de oposición otorgado a los acreedores de la SA en los casos de reducción de capital con devolución de aportaciones o condonación de dividendos pasivos es una garantía superior a la responsabilidad que se impone a los socios de las SRL en caso de reducciones de capital con devolución de aportaciones

(*supra* § I)³⁵. Por tanto, tampoco cabe dudar del perjuicio que se irrogaría a los acreedores sociales si se permitiera la supresión de su derecho de oposición a la reducción de capital al instrumentar esta modificación estatutaria como modificación adicional a la transformación.

En la *RDGRN de 23 de febrero de 2001*, en otro supuesto de transformación de SA en SRL y reducción de capital simultánea con restitución de aportación a los socios, se exige de nuevo el cumplimiento con los requisitos del tipo de origen (SA), por considerarlo el más tuitivo de los derechos de los acreedores. De la literalidad de la resolución, parece poder extraerse un criterio de *máximo rigor* en el tratamiento de las modificaciones estatutarias (especialmente la alteración de la cifra de capital), desvinculando la aplicación de la norma más protectora (SA) del tipo de origen en la transformación (y abogando por su aplicación en todo caso): "*en los casos de simultaneidad de los acuerdos de transformación y reducción de capital, habrán de observarse los requisitos prevenidos específicamente para la reducción de capital en la Ley de Sociedades Anónimas*" (FD 1º), si una interpretación de conjunto de a resolución debe llevarnos a limitar este requisito al hecho de que la sociedad todavía constase inscrita bajo la forma social de SA en el Registro Mercantil (FD 2º)³⁶.

Por tanto, se aprecia de manera clara cómo la doctrina de la DGRN no se ha basado en el criterio de aplicación de las normas relativas a la modificación estatutaria del tipo de origen o del tipo de destino (a diferencia de lo que ha hecho el legislador en el art. 17.2 LME), sino que ha determinado en cada caso la aplicación de las normas que ofrecían una mayor tutela o una protección más efectiva de los intereses de los socios y los acreedores afectados por la transformación. Sin embargo, esta continuidad en la aplicación del criterio material o principio rector de la máxima tutela o protección más efectiva se ha visto interrumpida recientemente.

En la *RDGRN de 16 de septiembre de 2009*, en otro caso de transformación de SA en SRL con simultánea reducción y ampliación de capital social, la DGRN recopila su doctrina anterior y se hace eco de las contradicciones de régimen jurídico que se han generado al

³⁵ En términos similares, LEÓN, *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, ob. cit., pág. 245. Parcialmente en contra, aunque formulado en términos generales, sobre la inexistencia (y falta de justificación) de un derecho de oposición de los acreedores a la transformación y la suficiencia de las reglas de responsabilidad propias de la reducción de capital de la SRL, véase ESCRIBANO, *La protección de los acreedores sociales ...*, ob. cit., págs. 340-349.

³⁶ Véase el comentario de MARROQUÍN MOCHALES y FERNÁNDEZ-LOECHES MARTÍNEZ, "Transformación de una sociedad anónima que mantiene acciones propias y dividendos pasivos en sociedad de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27, enero-junio 2006, págs. 329-334 (que no realizan ninguna crítica a la doctrina de la DGRN comentada).

determinar en algunas ocasiones la adopción de las normas del tipo de origen (RDGRN de 23 de febrero de 2001) y, al contrario, las propias del tipo de destino en otros casos (RDGRN de 5 de mayo de 1994 y RDGRN de 2 de febrero de 1996) (FD 2º). Sin embargo, de manera un tanto criticable en nuestra opinión³⁷, en su resolución de septiembre de 2009, la DGRN no menciona el criterio de máxima tutela o de protección efectiva de los socios y acreedores que había servido de hilo conductor y de patrón básico de análisis en todas las resoluciones analizadas -y que, como hemos visto, diluye (si no elimina) cualquier contradicción aparente en la elaboración de esta doctrina si se analiza desde el criterio de la aplicación bien del tipo de origen, bien del tipo de destino-. En cambio, la DGRN opta por tener en cuenta el artículo 17.2 LME (aunque no lo aplica directamente porque el caso que dio lugar a la resolución versaba sobre hechos previos a la aprobación y entrada en vigor de la LME) y por interpretarlo de manera restrictiva³⁸. Sin ofrecer una justificación suficiente, la DGRN considera que la literalidad del precepto exige *exclusivamente* el cumplimiento de estos requisitos³⁹. No obstante, esta no es la única interpretación posible (*supra* § II), ni la más conforme con el resto de las normas relativas a la transformación (*supra* § III), ni con el criterio de máxima tutela o de protección efectiva de socios y acreedores -que, como hemos visto, es el que venía orientando la doctrina de la DGRN en esta materia y el que, en nuestra opinión, debe tomarse como base para la revisión del régimen aplicable a las modificaciones estatutarias adicionales a la transformación (para la que ofrecemos algunos apuntes en la siguiente sección).

V. APUNTES PARA UNA PROPUESTA DE REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 17.2 LME

Como hemos apuntado repetidamente a lo largo del trabajo, en nuestra opinión, la mejor solución normativa a la problemática relativa a la determinación del régimen aplicable a las modificaciones adicionales a la transformación es la *aplicación*

³⁷ En contra, véase GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, “Comentario a la RDGRN de 16 de septiembre de 2009”, disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/resoluciones/2009-OCTUBRE.htm> (visitada por última vez el 06/12/2010). El autor considera, quizá de forma un tanto excesiva, que la eficacia de esta doctrina: “*tras la entrada en vigor de la Ley 3/2009, es muy limitada, pues a partir de ahora no existirá el problema, pues todos los acuerdos simultáneos, es decir adoptados en la misma Junta que acuerde la transformación, se deberán ajustar a la nueva forma social adoptada.*” No obstante, el propio comentarista pone de manifiesto que existe un riesgo de fraude (en su ejemplo, por la certificación separada de acuerdos adoptados en una misma junta universal) que parece reforzar la necesidad de replantearse la doctrina establecida por la DGRN en su resolución.

³⁸ Interpretación que ha sido mantenida en términos bastante rotundos en los primeros comentarios al régimen de transformación en la LME (*supra* III).

³⁹ Recuérdese su tenor literal: “*Cuando la transformación vaya acompañada de la modificación [de] extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social.*”

acumulativa o sintética de los requisitos propios (particularmente los sustantivos⁴⁰) de las modificaciones estatutarias, tanto conforme al tipo de origen como al de destino⁴¹ y con apego al principio rector de la máxima tutela o de la protección efectiva de los socios y los acreedores afectados por la transformación. La evaluación y determinación de las normas aplicables a cada supuesto concreto requieren de una aproximación caso por caso, que no es posible realizar detalladamente aquí (especialmente si se tiene en consideración la amplitud del perímetro de transformación establecido por el art. 4 LME, en que se prevén numerosos supuestos posibles de transformación que implican a sociedades mercantiles y otros tipos de personas jurídicas con gran disparidad de regímenes legales).

No obstante, sirvan como apuntes para la necesaria reinterpretación del artículo 17.2 LME las siguientes consideraciones generales. En primer lugar, deberán aplicarse siempre las normas más tuitivas de los socios y acreedores. En todo caso, se deberá garantizar de una parte, el ejercicio libre e irrestricto del derecho de separación (o adhesión) de los socios conforme al artículo 15 LME y, de otra parte, favorecer la existencia de un derecho de oposición de los acreedores a la transformación si implica modificación perjudicial en la garantía que los acreedores tienen para el cobro de sus créditos -bien

⁴⁰ Esencialmente en los mismos términos, véanse ÁVILA, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, ob. cit., págs. 25 y 36 [en términos rotundos, “*parece necesario entender que los acuerdos de «acompañamiento» se toman según las reglas formales de la sociedad que va a transformarse (informes, convocatoria, quórum, notificaciones, derechos de terceros, etc.), pero con los requisitos de fondo que rijan el tipo social que va a adoptarse (contenido del acuerdo, importe del capital resultante, etc.)*”]; y SACRISTÁN, “Transformación de sociedad anónima en otros tipos sociales”, ob. cit., pág. 149 (que considera que deben tenerse especialmente en cuenta “*una serie de circunstancias, como las de carácter temporal, en relación con la eficacia de la inscripción registral (art. 19 LME), de condicionamiento voluntario de los acuerdos y de la mencionada repercusión en los intereses en juego*”).

También se ha planteado una solución algo más compleja, por su condicionalidad, por DELGADO GIL, “La transformación de sociedades”, en SÁNCHEZ ÁLVAREZ (coord.), *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, Cizur Menor, Aranzadi-Garrigues, 2008, pág. 177-179 (que somete la modificación estatutaria al tipo de destino si el acuerdo puede adoptarse con posterioridad a la transformación sin afectarla y, en cambio, lo somete a los requisitos del tipo de origen si el acuerdo posterior condiciona al de transformación; estableciendo, pues, un test de difícil aplicación). En términos similares, véase ESPÍN, “Transformación de sociedad de responsabilidad limitada en otros tipos sociales”, ob. cit., págs. 242-244.

⁴¹ En este sentido, compartimos plenamente la posición del profesor LEÓN en relación con la LSA, ya adelantada, (*El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, ob. cit., pág. 243). No obstante, como ya hemos apuntado (*supra* nota 20), parece haber cambiado ligeramente su enfoque en sus comentarios más recientes: véase LEÓN, “Comentario al Proyecto de Ley ... Transformación”, ob. cit., págs. 27-28, donde sostiene que, en los casos de modificaciones estatutarias acordadas junto con la transformación, “*se deberá aplicar cumulativamente el régimen de la transformación y lo dispuesto para la modificación de los estatutos que se adopte*” (posición que, en nuestra opinión, viene a limitar la aplicabilidad cumulativa de los requisitos propios del tipo de origen, salvo que se entiendan incluidos en los propios de la transformación, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 LME –posibilidad que, aunque no deba descartarse, parece poco clara-); o, incluso, haber adoptado una posición literalista del artículo 17.2 LME, véase LEÓN SANZ, “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS Y OTROS (dirs), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Tomo I: Transformación, fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias*, Madrid, Aranzadi, 2010, pág. 123 (“*La adopción de otras modificaciones estatutarias junto con la transformación queda sujeta a los requisitos específicos previstos en las disposiciones que regulen el nuevo tipo social*”).

sea por una reducción del patrimonio de la sociedad transformada, bien sea por una mayor dificultad en la ejecución forzosa de sus créditos frente a la sociedad y, en su caso, frente a los socios personalmente responsables-. En segundo lugar, y como criterio residual o de cierre, si en un determinado caso no es posible esta síntesis –es decir, no es posible anticipar al momento de la transformación la protección correspondiente al tipo de destino- será inevitable el diferimiento de las modificaciones adicionales a la efectiva inscripción de la transformación en el Registro Mercantil. Como ya apuntamos al inicio, no podemos perder de vista (*supra* § I) que las reglas relativas a las modificaciones estructurales no tratan de "*hacer posible lo imposible, sino de simplificar lo posible*" y que, por tanto, se debe hacer posible lo que sería imposible conforme a la normativa societaria general.

Consideramos que estos criterios son plenamente compatibles con la literalidad del artículo 17.2 LME y con su interpretación teleológica y sistemática, por lo que no sería necesaria reforma alguna para adoptar la posición defendida en este trabajo.