



Roj: **SAP M 14562/2015 - ECLI:ES:APM:2015:14562**

Id Cendoj: **28079370282015100238**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/10/2015**

Nº de Recurso: **644/2013**

Nº de Resolución: **296/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0011715

Recurso de Apelación 644/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 666/2010

Apelante: **NUEVA ECONOLER SPAIN, S.L.**

PROCURADOR D. /Dña. VICTORIO VENTURINI MEDINA

LETRADO D. /Dña. RAÚL PARTIDO FIGUEROA

Apelado: ENERGIAS AVANZADAS NUMACO SL

PROCURADOR D. /Dña. ALVARO IGNACIO GARCIA GOMEZ

LETRADO D. /Dña. ANTONIO PRADA GAYOSO

SENTENCIA N° 296/2015

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a 23 de octubre de 2015

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 644/2013, interpuesto contra la Sentencia de fecha 19 de julio de 2012, dictada en el proceso ordinario número 666/2010, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, **NUEVA ECONOLER SPAIN, S.L.**, siendo apelada ENERGIAS AVANZADAS NUMACO, S.L., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 17 de septiembre de 2010 por la representación de **NUEVA ECONOLER SPAIN, S.L.** contra ENERGIAS AVANZADAS



NUMACO, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba:

"se dicte Sentencia por la que se declare que **NUEVA ECONOLER SPAIN**, S.L. es socio de EAN desde el mes de julio de 2009 como propietaria de las participaciones sociales de EAN números 451 a 900 (ambas inclusive), con el pleno ejercicio de sus derechos societarios desde dicho mes de julio de 2009, y se condene a EAN a inscribir en el Libro Registro de Socios de EAN a **NUEVA ECONOLER SPAIN**, S.L., en su condición de propietaria de las participaciones sociales de ENA números 451 a 900 (ambas inclusive), condenando también a la demandada a abonar las costas originadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid dictó sentencia con fecha 19 de Julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

"Que debo DESESTIMAR la demanda formulada por **NUEVA ECONOLER SPAIN**, S.L. contra ENERGÍAS AVANZADAS NUMACO, S.L., absolviendo a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de **NUEVA ECONOLER SPAIN**, S.L. se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, habiéndose señalado el día 22 de octubre de 2015 para la deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen precedentes de conveniente mención para la adecuada comprensión de las claves del litigio, y en definitiva del presente recurso, los siguientes:

1.- El día 1 de diciembre de 2008 la sociedad mercantil **ECONOLER** S.A. (en adelante, **ECONOLER**) inicia un proceso de escisión parcial mediante el traspaso en bloque de una parte de su patrimonio a una sociedad de **nueva** creación, **NUEVA ECONOLER SPAIN**, S.L. (en adelante, **NUEVA ECONOLER**) y con subsistencia de la sociedad escindida, esto es, una operación de las previstas en el Art. 252-1,b) de la Ley de Sociedades Anónimas .

2.- Dicho proceso culminó con el otorgamiento de escritura pública de escisión el 10 de junio de 2009, inscripción de la misma en el Registro Mercantil el 24 de junio de 2009 y publicación en el BORME el día 3 de julio de 2009.

3.- El bloque patrimonial segregado de **ECONOLER** y del que resultó beneficiaria **NUEVA ECONOLER** estaba integrado por las participaciones números 451 a 900 que la primera de dichas entidades ostentaba en la mercantil ENERGÍAS AVANZADAS NUMACO S.L. (en adelante, EAN). Dichas participaciones tenían estatutariamente vinculado el derecho de EAN de exigir de su titular **ECONOLER** el cumplimiento de dos prestaciones accesorias, a saber, la de proporcionar a EAN financiación para la construcción de instalaciones propias de su objeto social y la de promover los acuerdos necesarios para evitar las situaciones de quiebra, suspensión de pagos o entrada en causa de disolución obligatoria de la sociedad.

4.- Como quiera que la transmisión de dichas participaciones se produjo sin contar con el consentimiento de EAN, esta entidad se ha negado a reconocer en **NUEVA ECONOLER** la condición de socio en aplicación del Art. 24 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , precepto que condiciona la oponibilidad de la transmisión de participaciones con prestaciones accesorias al otorgamiento de ese consentimiento. Por otro lado, no consta que EAN llegase a ejercitar el derecho de oposición previsto y regulado en el Art. 243 de la Ley de Sociedades Anónimas (y, por remisión del mismo, en el Art. 166 de la misma ley) en el curso del proceso de escisión.

5.- Así las cosas, **NUEVA ECONOLER** interpuso demanda contra EAN con el fin de que se declarase su condición de socia de esta última desde el mes de julio de 2009 en que culminó la operación de escisión de **ECONOLER** y se condenase a la demandada a llevar a cabo su inscripción en el Libro Registro de Socios como titular de las participaciones números 451 a 900 (ambas inclusive)

6.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza **NUEVA ECONOLER** a través del presente recurso de apelación.

Pese a la actual vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, hemos de precisar que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución irán referidas al hoy derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que



se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, L.S.A.), y a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, L.S.R.L.), al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

Tampoco resulta aplicable al caso la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de acuerdo con su Disposición Transitoria Única, toda vez que el proyecto de escisión fue aprobado por acuerdo de 28 de mayo de 2009 (folio 842) y, por lo tanto, antes de la entrada en vigor de dicha ley que tuvo lugar poco después, el día 4 de julio de 2009. En consecuencia, la normativa a aplicar en relación con la modificación estructural experimentada por **ECONOLER** será la contenida en los Arts. 233 y ss. L.S.A. por remisión de su Art. 254 y, a su vez, por remisión del Art. 94 L.S.R.L.

SEGUNDO.- Que la mercantil EAN era -y es, como veremos- acreedora de la parcialmente escindida **ECONOLER** es algo sobre lo que no podemos albergar la menor duda, pues es acreedor todo aquel que ostenta un título jurídico que le habilita para exigir eficazmente de otra persona -el deudor- el cumplimiento de una prestación cualquiera consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa; y resulta evidente que el precepto estatutario anteriormente comentado constituía un título que facultaba a EAN para exigir de **ECONOLER** el cumplimiento de determinadas obligaciones de hacer contempladas como prestaciones accesorias.

Por otro lado, tampoco podemos desconocer que existe un principio general en el ámbito del Derecho de obligaciones con arreglo al cual, no siendo al acreedor indiferente la personalidad de su deudor en el momento de constituirse la obligación (en particular, las características relativas su solvencia, su grado de seriedad, etc...), no puede imponerse a aquel un cambio en la persona del obligado sin contar con su consentimiento. Este principio aparece positivizado de modo general en el Art. 1.205 del Código Civil a cuyo tenor "La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor" y tiene una concreta proyección práctica en el terreno societario del que ahora tratamos en los Arts. 65 L.S.A. y 24 L.S.R.L. que enseguida examinaremos. De hecho, la doctrina especializada en materia societaria ha destacado que la justificación del derecho de veto que se reconoce a la sociedad en los Arts. 65 L.S.A. y 24 L.S.R.L. se encuentra precisamente en eso, es decir, en tratarse de una forma de evitar que a la sociedad le cambien a su deudor sin su consentimiento (en este sentido, ALFARO AGUILA -REAL en "Prestaciones Accesorias" con cita del trabajo de LÓPEZ SÁNCHEZ "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima").

Ahora bien, de lo que aquí se trata no es tanto de constatar la evidente vigencia de dicho principio general como de dilucidar si, en atención al concreto ámbito en el que surge el conflicto que nos ocupa, que no es otro que el de una transmisión patrimonial (con asunción correlativa de deuda) producida en el seno de una operación de escisión societaria, deberá aplicarse a ultranza ese principio general que exige el consentimiento del acreedor para todo cambio de deudor o si, por el contrario, ha de prevalecer la singular modalidad de protección de los acreedores diseñada para operar en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, modalidad de protección que transmuta aquel derecho de veto propio del Derecho patrimonial general en un derecho relativamente más modesto pero igualmente eficaz como lo es el "derecho de oposición", esto es, la facultad que se otorga a los acreedores para exigir que la obligación que se transmite al nuevo deudor sea adecuadamente garantizada antes de que esa transmisión se opere.

En definitiva, nos encontramos en presencia de un problema de naturaleza estrictamente jurídica como lo es el de determinar cuál sería la aplicable al caso de entre dos normas jurídicas en liza:

-Por una parte, el Art. 24-1 L.S.R.L. a cuyo tenor "Será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos inter vivos de cualquier participación perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias y para la transmisión de aquellas concretas participaciones sociales que lleven vinculada la referida obligación".

-Por otra parte, el Art. 243 L.S.A., epigrafiado como "Derecho de oposición", con arreglo al cual "1. La fusión (léase escisión en nuestro caso) no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio del acuerdo de la Junta general. Durante ese plazo los acreedores de cada una de las Sociedades que se fusionan podrán oponerse a la fusión en los términos previstos en el artículo 166. 2. En el anuncio del acuerdo de fusión deberá mencionarse expresamente el derecho de oposición establecido en el apartado anterior". Por su parte, el Art. 166 L.S.A., que complementa mediante la técnica de reenvío el referido Art. 243, dispone lo siguiente:

"1. Los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción del capital tendrán el derecho de oponerse a la reducción hasta que se les garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación.

No gozarán de este derecho los acreedores cuyos créditos se encuentren ya adecuadamente garantizados.



2. El derecho de oposición habrá de ejercitarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha del último anuncio del acuerdo.

3. La reducción del capital social no podrá llevarse a efecto hasta que la Sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la Sociedad por Entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para erigir su cumplimiento".

TERCERO.- Así planteada la cuestión, a lo que nos enfrentamos es a un concurso de normas que recaen sobre el mismo supuesto de hecho, concurso que es solo aparente en cuanto que, forzosamente, una de esas dos normas ha de prevalecer y aplicarse con preferencia sobre la otra para la resolución del litigio.

A la hora de determinar cuál haya de ser el sentido de esa prevalencia, consideramos que la mera aplicación del principio de especialidad, que es el que en apariencia ha guiado a la resolución recurrida, arrojaría en el supuesto que nos ocupa resultados insatisfactorios. Se trata, en efecto, de un principio que se desenvuelve en el ámbito de la pura lógica formal porque atiende, de manera aséptica, a la relación que existe entre la norma que define las características generales del supuesto de hecho que regula (norma general) y aquella otra norma (norma especial) que, contemplando un supuesto de hecho que contiene las notas definidas por la norma general, añade alguna característica peculiar no contemplada por esta, resolviéndose ese aparente conflicto mediante la aplicación prioritaria de la norma especial sobre la general.

En el supuesto ahora sometido a examen el principio de especialidad no nos permite solventar el problema porque, al ser diferentes los planos en los que las normas en conflicto operan, cualquiera de ellas podría ser considerada, respecto de la otra, como norma de carácter especial en función de cuál sea el punto de vista que se adopte. Así, si atendiésemos a la peculiaridad de la deuda que asume el tercero (prestación accesoriamente vinculada a una participación social), la norma especial sería el Art. 24 L.S.R.L. en la medida en que, regulando el Art. 243 L.S.A. la hipótesis general sobre el modo de proteger a cualquier tipo de acreedor ante el cambio de deudor que tiene lugar en el ámbito de una modificación estructural, el Art. 24 L.S.R.L., que se refiere a toda transmisión de participaciones sin excluir las que tienen lugar en el seno de las operaciones de modificación estructural, añadiría al supuesto de hecho general la peculiaridad referida solamente a aquellas deudas que consisten en prestaciones vinculadas a participaciones sociales. Inversamente, si atendiéramos no a la deuda transmitida sino al mecanismo mediante el que se opera la transmisión, la norma general sería el Art. 24 L.S.R.L. porque este precepto se refiere a la transmisión de participaciones con prestaciones accesorias en general, esto es, haciendo abstracción del instrumento jurídico concreto a través del cual el efecto traslativo pueda producirse, en tanto que el Art. 243 L.S.A. operaría como norma especial porque, al proteger a cualquier acreedor, estaría incluyendo también a aquella sociedad que lo es por razón de las prestaciones accesorias asociadas a los títulos transmitidos, pero a la circunstancia común contemplada por ambas normas (acreedores precisados de protección ante el cambio de su deudor) se añadiría la peculiaridad consistente en tratarse de un sistema de protección específicamente diseñado para las hipótesis en las que el cambio de deudor se produce como consecuencia de la modificación estructural de una sociedad mercantil.

CUARTO.- Consideramos, por tal motivo, que los inconvenientes a los que nos conduce ese enfoque puramente formal (el inherente a la operatividad del principio de especialidad) pueden ser adecuadamente atajados mediante la aplicación de otro principio igualmente conocido en el ámbito de los concursos aparentes de normas, a saber, el denominado principio de consunción ("lex consumens derogat legem consumtam"), principio de acuerdo con el cual aquella norma que contempla de modo completo el valor que el ordenamiento pretende preservar en relación con un determinado tipo de supuestos de hecho debe prevalecer sobre -o absorber a- la norma que protege ese valor de un modo solo parcial.

Pues bien, es desde esa perspectiva no meramente formal, mediante la que se ponderan los valores en juego, desde la que nos encontramos en mejores condiciones de dar una respuesta satisfactoria al conflicto aparente entre el Art. 24 L.S.R.L. y los Arts. 243 y 166 L.S.A. Y es que no podemos desvincular ese conflicto de la propia tensión de intereses que históricamente se encontró en el origen del peculiar sistema de protección de los acreedores que finalmente fue diseñado para las hipótesis en las que el cambio de deudor se impone a aquellos en el seno de un proceso de modificación estructural de sociedades mercantiles. En efecto, ha sido ampliamente destacado en el terreno doctrinal que el reconocimiento a los acreedores del peculiar derecho de oposición que contempla el Art. 243 L.S.A. nació con vocación de superar las insatisfactorias consecuencias a las que en este ámbito conduciría la solución arbitrada por el Derecho patrimonial común, esto es, el derecho de veto contemplado por el Art. 1.205 del Código Civil, derecho de veto del que la autorización de la sociedad que contemplan los Arts. 24 L.S.R.L. y 65 L.S.A. no vendría a constituir sino una manifestación anecdótica en el campo del Derecho societario.



En tal sentido, se ha destacado ampliamente en la doctrina científica que la aplicación del derecho de veto que otorga el Art. 1.205 del Código Civil en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles equivaldría en la práctica a la negación de la posibilidad de llevarlas a cabo, ya que bastaría con que un solo acreedor negase su consentimiento, incluso con carácter abusivo o caprichoso, para que la operación quedase irremediabilmente frustrada, todo ello en detrimento de los socios, de los demás terceros, de las necesidades del tráfico mercantil y, en definitiva, de los intereses de la economía en general. De ahí que desde el principio se postulase el diseño, para al ámbito de las modificaciones estructurales, de algún sistema capaz de conciliar los intereses en juego, es decir, de un sistema que, garantizando el derecho de los acreedores a no ver mermada la garantía que les ofrecía la personalidad de su concreto deudor en el momento de constituirse la obligación, permitiera a las sociedades interesadas en la realización de una operación de fusión o de escisión llevarla a cabo con un mínimo grado de agilidad y sin enfrentarse a un poder omnímodo de los acreedores como lo sería el representado por el derecho de veto del Art. 1.205 del Código Civil (en tal sentido, R. URÍA en "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" y "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español"; ESTEBAN RAMOS en "Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión: instrumentos de protección"; CORTÉS DOMÍNGUEZ en "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles").

Y esa solución transaccional quedó materializada en el otorgamiento a los acreedores cuyos intereses se ven comprometidos en una operación de dichas características de un peculiar derecho -denominado "derecho de oposición"- regulado por los Arts. 243 y 166 L.S.A. que, sin concederles una facultad obstativa de carácter absoluto, atribuye a los acreedores la posibilidad de impedir que la modificación estructural se lleve a término en tanto en cuanto no se les haya garantizado convenientemente su derecho, garantía que puede obedecer a una doble modalidad: la que se convenga con cada acreedor a satisfacción de este o, en defecto de acuerdo, la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por entidad de crédito debidamente habilitada y por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor.

Es de destacar además que tanto la Tercera Directiva 78/855/CE del Consejo de 9 de octubre de 1978 (para las fusiones) como la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1982 (para las escisiones) eran normas de mínimos, y que el legislador español, atendida dicha naturaleza, optó por superar esos mínimos brindando a los acreedores un régimen protector más intenso del que venía exigido por esas disposiciones armonizadoras. Y es que, en efecto, junto al reconocimiento de la facultad de exigir garantías, que es a lo que obligaban las directivas, se confiere en nuestra ley al acreedor una prerrogativa de gran interés: el ejercicio del derecho de oposición del Art. 243 L.S.A. tiene la virtud de interrumpir el proceso de modificación estructural en curso sin que este pueda reanudarse hasta que la garantía exigible no haya sido prestada en cualquiera de las dos modalidades antedichas (no tomaremos en cuenta, por no resultar aplicable, la norma contenida en el Art. 44 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales tras la reforma operada en el mismo por la Ley 1/2012).

QUINTO.- A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, en relación con las operaciones de escisión como la que ahora nos ocupa, el legislador español no se limitó tampoco a brindar a los acreedores un sistema de protección de los denominados "a priori" como lo es el representado por el derecho de oposición del Art. 243 L.S.A. sino que adicionalmente concibió en su provecho un sistema de protección "a posteriori" representado por un régimen subsidiario de responsabilidad solidaria que, en el concreto caso de las operaciones de escisión parcial como la que ahora nos ocupa, es una responsabilidad cuantitativamente ilimitada. En efecto, dispone el Art. 259 L.S.A. que "En defecto de cumplimiento por una Sociedad beneficiaria de una obligación asumida por ella en virtud de la escisión responderán solidariamente del cumplimiento de la misma las restantes sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si la sociedad escindida no ha dejado de existir como consecuencia de la escisión, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación" (énfasis añadido). En nuestro caso, esta responsabilidad comporta que si **NUEVA ECONOLER** llegara a incumplir las obligaciones accesorias vinculadas a las participaciones que adquirió, EAN gozaría de la posibilidad de exigir el cumplimiento íntegro de las mismas a su primitiva deudora, es decir, a **ECONOLER**. Significa ello en definitiva que, salvo por el carácter subsidiario de esta responsabilidad solidaria, carácter subsidiario que no tiene por qué originar a EAN especiales contratiempos, esta entidad, en tanto que acreedora, seguiría teniendo por deudora a quien siempre lo fue, por lo que, en cierto modo, ni siquiera podría afirmarse que se haya producido un cambio de deudor con liberación del primitivo.

Lo que habría, más que una novación subjetiva por cambio de deudor, sería, salvando las convenientes distancias derivadas del expresado carácter subsidiario de la responsabilidad, una hipótesis similar a la "delegación imperfecta o acumulativa" (también llamada "adpromisión") con la consecuencia de subsistir el antiguo deudor junto al nuevo e ilimitadamente obligado con él. Situación ésta que preservaría el derecho de EAN situándolo incluso en un nivel de protección superior a aquel del que originariamente disfrutaba al comportar el ingreso de un nuevo deudor (**NUEVA ECONOLER**) dentro del círculo de sus obligados y con plena subsistencia del deudor originario (**ECONOLER**). Cierto es que con carácter simultáneo a la aprobación asamblea del proyecto de escisión **ECONOLER** redujo su capital en 3.526.547,80 ? (folio 844), pero la



eventual merma de garantías que esta circunstancia pudiera llegar a suponer para EAN nunca podría ser un hecho a tomar en consideración cuando, pudiendo haber exigido con ocasión de esa reducción que su derecho de crédito por razón de prestaciones accesorias fuera oportunamente garantizado (en este caso en aplicación directa del Art. 166 L.S.A. y sin que resulte controvertida, en relación con la operación de reducción, la aplicabilidad del derecho de oposición que dicho precepto regula), se abstuvo de hacerlo.

SEXTO.- En definitiva, podemos afirmar que, al diseñar un peculiar sistema de protección de los acreedores ante el cambio de su deudor para los casos en los que ese cambio trae causa de una modificación estructural, el Art. 243 L.S.A. (y su complemento natural, el Art. 166 L.S.A.) es la norma que contempla de modo más completo el valor que se pretende preservar en la medida en que atiende no solo a la adecuada protección del interés de los acreedores en no ver mermadas sus garantías por el cambio de su deudor sino que nace precisamente con la vocación de conciliar ese interés con el interés de las sociedades mercantiles concernidas y, en suma, con la presencia de un interés general de naturaleza económica en propiciar o facilitar la ejecución de esa clase de operaciones. Por el contrario, el Art. 24 L.S.R.L. (y su correlativo, el Art. 65 L.S.A.) atiende exclusivamente a garantizar el interés del acreedor sin consideración alguna a la necesidad de armonizarlo con esos otros valores comprometidos en el seno de una modificación estructural. En consecuencia, nos parece claro que, en tanto que norma que consume o absorbe al Art. 24 L.S.R.L., el Art. 243 es la norma de aplicación prioritaria para solventar un conflicto como el que ahora nos ocupa.

Y, en vista de lo razonado, parece oportuno aclarar que si a lo que nos enfrentábamos era, como se ha visto, a un concurso aparente de normas jurídicas que forzosamente debía solventarse mediante la determinación de aquella de las normas en conflicto cuya aplicación es excluyente respecto de la otra, el hecho de que hayamos alcanzado la conclusión de que en el presente caso la norma prevalente es el Art. 243 L.S.A. constituye razón sobrada y más que suficiente para excluir, acogiéndose así uno de los argumentos esgrimidos en su recurso por **NUEVA** ECOLOMER, la aplicabilidad al caso del Art. 24 L.S.R.L., que es el único título jurídico en el que se amparaba la demandada EAN para fundamentar su negativa a reconocer a aquella en calidad de socio. En cambio, una vez determinada la norma positiva cuya obligada aplicación conduce inequívocamente a dicho resultado, no nos parece en modo alguno necesario tratar de reforzar ese resultado acudiendo, como también nos propone la apelante, a la -siempre insegura- asimilación entre el mecanismo traslativo característico de una operación de escisión parcial (de "traspaso en bloque" nos habla el Art. 252,1,b L.S.A.) y las reglas de transmisión propias de la sucesión universal de carácter hereditario.

Dicho de otro modo: si existe norma positiva que resuelve el problema, resulta ocioso especular en torno a la naturaleza de la figura jurídica que, por asimilación, pueda encontrarse relacionada con dicha norma (en la tesis de la actora, la figura de la sucesión universal). De ahí que la solución que en la presente resolución se adopta no guarde la menor relación con la solución que pueda merecer -cualquiera que esta sea- el problema relativo al modo de protección exigible en el seno de una modificación estructural para los derechos de preferente adquisición existentes en la sociedad cuyos títulos se transmiten. Porque en este último caso nos encontraríamos ante prerrogativas que otorgan preferencia pero que no configuran un derecho de crédito y que, a diferencia de lo que sucede -como con cualquier otro crédito- con el crédito derivado de la existencia de prestaciones accesorias, no han merecido en la normativa reguladora de las modificaciones estructurales una singular forma de protección, de tal suerte que esas prerrogativas quedarían irremediable y definitivamente frustradas si la transmisión que tiene lugar como culminación de la modificación estructural llegara efectivamente a operarse sin tomarlas en consideración. Se trata, por tal motivo, de una problemática enteramente diferente sobre la que no nos corresponde ocuparnos en el presente litigio.

SÉPTIMO.- Finalmente, indicar que no nos parece atendible la objeción que plantea EAN cuando argumenta que, en tanto que obligaciones de hacer, el contenido de las prestaciones accesorias objeto de este litigio no es de carácter patrimonial, circunstancia que imposibilitaría, en su sentir, el ejercicio del derecho de oposición regulado en el Art. 243 L.S.A. Y es que basta con examinar las modalidades de ejecución subsidiaria reguladas en los Art. 706 y 709 de la L.E.C. para comprobar que las obligaciones de hacer son susceptibles, por definición, de traducción a su equivalencia pecuniaria. Que esa operación de traducción pueda resultar más compleja o exigir un mayor grado de esfuerzo o laboriosidad que si se tratase de una obligación directamente pecuniaria no nos permite afirmar que la evaluación cuantitativa resulte inviable (en tal sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ en "Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles", citando a otros autores: GÓMEZ PORRÚA, SEQUEIRA MARTÍN, SÁNCHEZ CALERO, ALONSO UREBA, etc...).

También arguye EAN que no le resultaba posible ejercitar ese derecho de oposición del Art. 243 L.S.A. por cuanto las prestaciones accesorias objeto de litigio tienen el carácter de obligaciones condicionales. Ahora bien, aun suponiendo que ello sea así, olvida la apelada que el Art. 1.121 del Código Civil otorga al acreedor de una obligación condicional la posibilidad de ejercitar las acciones (o más ampliamente, de "desarrollar los actos", como es generalmente admitido) que resulten necesarias para la conservación de su derecho. Y



no cabe la menor duda de que la exigencia de garantías que el derecho de oposición del Art. 243 L.S.A . comporta puede considerarse como verdadero paradigma de esa clase de actos conservativos a los que alude el mencionado precepto, pues no en vano se persigue mediante su ejercicio el objetivo de preservar la efectividad del derecho de crédito ante la expectativa de un cambio de deudor. Además, hay que tener en cuenta que son precisamente los acreedores titulares de créditos que sean inmediatamente exigibles quienes carecen de la posibilidad de acogerse al derecho de oposición (Art. 166-1 L.S.A . por remisión del Art. 143), y ello ante la sencilla consideración de que en presencia de tal hipótesis no existe mayor garantía de efectividad que aquella que consiste en exigir lisa y llanamente, en su caso en vía judicial y mediante el ejercicio coetáneo de la oportuna pretensión cautelar, el cumplimiento de la obligación correspondiente.

Considerando, en consecuencia, que no resulta aplicable al caso la disciplina relativa al derecho de veto que contempla el Art. 24 L.S.R.L . por ser de preferente aplicación el derecho de oposición regulado en los Arts. 243 y 166 L.S.A ., derecho este del que la demandada EAN se abstuvo de hacer uso en su momento, se está en el caso de estimar en sus propios términos el recurso de apelación interpuesto con la consiguiente estimación de la demanda, y ello sin que, en vista de la conclusión alcanzada al respecto, resulte ya necesario entrar en el examen de los restantes argumentos que la apelante **NUEVA ECONOLER** había hecho valer con carácter meramente subsidiario.

OCTAVO.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C ., y tampoco en relación a las originadas en la precedente instancia toda vez que la cuestión planteada en el litigio -modo de resolver el conflicto aparente de normas concurrente entre los Arts. 24 L.S.R.L . y 243 L.S.A . cuando el cambio de deudor se produce a consecuencia de una modificación estructural- suscita fundadas dudas de carácter jurídico que no han sido hasta la fecha despejadas por la doctrina jurisprudencial. Todo ello en aplicación del temperamento previsto en el Art. 394-1 "in fine" de la misma ley .

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de **NUEVA ECONOLER SPAIN S.L.** contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- la demanda interpuesta por **NUEVA ECONOLER SPAIN S.L.** contra **ENERGÍAS AVANZADAS NUMACO S.L.**, declaramos que **NUEVA ECONOLER SPAIN S.L.** es socia de **ENERGÍAS AVANZADAS NUMACO S.L.** desde el mes de julio de 2009 como propietaria de las participaciones sociales números 451 a 900 (ambas inclusive) de dicha demandada disfrutando de los derechos plenos inherentes a dicha condición, y condenando -como condenamos- a la demandada a inscribir a la demandante en su Libro de Socios en calidad de titular de las referidas participaciones sociales.
- 3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.