

Abril 2009

Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Andrés Recalde, Luis Miguel de Dios y Alejandro Alberte

SUMARIO

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

- Consideraciones generales sobre los objetivos y el ámbito de la Ley
- Transformación de sociedades
- Fusión
- Escisión
- Cesión global de activos y pasivos
- Traslado internacional del domicilio social
- Modificación del régimen del capital y de la autocartera
- Otras modificaciones del derecho de la Sociedad Anónima
- Modificaciones de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

GÉNOVA 27, 28004 MADRID, TEL. 91 451 9300 FAX. 91 399 0632 www.cms-asl.com

AVDA. DE LA CONSTITUCIÓN 21, 41004 SEVILLA, TEL. 954 286 102 FAX 954 278 319

LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS OBJETIVOS Y EL ÁMBITO DE LA LEY

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la “Ley”) supone una de las reformas del Derecho español de sociedades más importantes de los últimos tiempos. Responde a la necesidad de adaptar el Derecho español a cambios normativos exigidos por el Derecho europeo. En alguna ocasión se trataba de nuevas Directivas (Directiva 2005/56/CE, sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital) o de reformas de Directivas preexistentes (Directiva 2007/63/CE que reforma la Directiva anterior sobre fusión y escisión en relación con el informe del experto independiente, o Directiva 2006/68/CE, que reforma la Directiva sobre el régimen del capital de las sociedades de capitales); en otras ocasiones, la reforma responde a la necesidad de adaptarse a una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que consideraba que el Derecho español en materia de derecho de suscripción preferente no se adecuaba a la normativa europea.

Pero la adaptación de la ley española a la normativa europea fue la ocasión que se aprovechó para afrontar una reforma de mucho más calado. Ante todo, y a ello responde la misma denominación de la Ley, se modifica todo el régimen de las modificaciones estructurales, es decir, de aquellas operaciones societarias que afectan a la estructura esencial patrimonial o personal de la sociedad. En la mayor parte, se regulan aquí figuras ya conocidas y tipificadas (transformación, fusión, escisión), pero cuya regulación se encontraba algo dispersa, aunque en todo caso partía del modelo previsto para las sociedades de capital y, especialmente, para la sociedad anónima. En otras ocasiones (la segregación o la cesión global de activo y pasivo) se han regulado algunas figuras de una manera completamente novedosa, con lo que se amplía el elenco de modificaciones estructurales hoy previstas. En esta materia destaca la opción por agrupar en una Ley especial el régimen aplicable a todas estas operaciones, extra-yéndolas de la Ley de Sociedades Anónimas o de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En efecto, en la medida en que en estas operaciones pueden intervenir muy diferentes formas societarias, la Ley, al igual de lo que sucedió en algún otro país, se ha inclinado por regular conjuntamente y de manera agrupada todas las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, con lo que se evita las constantes remisiones que caracterizaban la regulación anterior. Tan sólo quedarían fuera del ámbito de la ley las modificaciones estructurales de las cooperativas al amparo de la discutida negación de su carácter mercantil, si bien sí que se regula la transformación de una cooperativa o de otro tipo societario en una sociedad cooperativa. Con ello, se intenta facilitar la utilización de estas operaciones en el marco de reestructuraciones empresariales que pudieran cumplir una finalidad de “salvamento”, lo que cobra una gran importancia en momentos de crisis. En todo caso, el nuevo régimen pretende ofrecer racionalidad (lo que se refleja en principios comunes que presiden las diversas modificaciones reguladas) y agilizar su realización. Aunque, quizá, en ocasiones la Ley incluye reiteraciones

que resultarían innecesarias, de haberse establecido una “parte general” o común a todas las figuras reguladas.

Por otro lado, la Ley ha regulado el traslado del domicilio social al extranjero, que aunque en sentido estricto podrían negarse su carácter de modalidad estructural, comparte problemas con alguna de éstas (especialmente con las fusiones transfronterizas), lo que justifica la conveniencia de ofrecer soluciones similares y un tratamiento legislativo común.

En tercer lugar, la Ley se ha utilizado para introducir alguna modificación relevante en la Ley de Sociedades Anónimas que afecta al régimen del capital. Se trataba de cambios que venían exigidos por la reforma de la Directiva europea sobre la materia, una reforma que interesaba, sobre todo, al régimen sobre aportaciones no dinerarias y a las normas de la autocartera.

En fin, se ha aprovechado la ocasión para modificar otras reformas puntuales en la Ley de Sociedades Anónimas (introduciendo expresamente algún principio que anteriormente se consideraba vigente de forma implícita en el Derecho de sociedades, como es el principio de igual trato de los accionistas) y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

De todas maneras, en esta valoración global de una reforma tan importante no puede sorprender que la misma exposición de motivos la califique como “*solución transitoria*”. En efecto, las normas que ahora se aprueban no serían sino un paso hacia la Ley General de Sociedades, esa Ley destinada a sustituir la normativa especial prevista para tipo societario y el régimen de las sociedades mercantiles de Código de comercio. Por ello, la disposición final séptima habilita al gobierno para refundir en un único texto las leyes reguladoras de todas las sociedades y para incluir las previsiones aquí contenidas sobre modificaciones estructurales en esa futura ley.

Ahora bien, si ello es así, cabría discutir sobre la procedencia de una reforma que en muchas ocasiones no ha supuesto una modificación importante de la normativa anterior y cuando se ha modificado, se ha hecho en sentido que, al menos, podría calificarse como discutible.

Si hay una última característica que puede predicarse de la Ley es su extrema complejidad, que se manifiesta en numerosos ámbitos, pero del que es un buen ejemplo la norma sobre entrada en vigor, que, con carácter general, se prevé para los tres meses posteriores a la publicación en el BOE, pero que en el caso de las fusiones transfronterizas se establece para la misma fecha de su publicación (disp. final octava). De igual forma, la falta de adaptación a la nueva Ley de las normas fiscales del impuesto de sociedades puede dificultar en el futuro próximo la determinación del régimen.

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES

Consideración general y supuestos de transformación

La Ley parte de la concepción más tradicional de la transformación como una operación en la que una sociedad decide adoptar la forma de otro tipo de sociedad mercantil, sin afectar a su personalidad jurídica. La continuidad entre una forma y otra no se rompe, ni es necesario proceder a la disolución y a la liquidación de la antigua sociedad; pero la nueva entidad permanece en el tráfico con una forma distinta, manteniendo los vínculos con las personas con las que se relacionaba la sociedad y, en principio, con el mismo componente subjetivo. En efecto, mientras que en la fusión, en la escisión o en la cesión global de activos y pasivos se produce un cambio en el sujeto titular de la empresa, no ocurre así en el caso de la transformación, en la que se conserva el objeto y la denominación.

La primera de las características del nuevo régimen de la transformación refleja una opción abierta que amplía los supuestos de transformación que se recogían antes. En efecto, entre la opción restrictiva de la Ley de Sociedades Anónimas (que sólo se ocupaba de la transformación de sociedades anónimas en colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, o de estos tipos societarios en una sociedad anónima) y la más flexible de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (que ampliaba el ámbito de tipos en los que cabía la transformación), la Ley se ha inclinado por la segunda posibilidad. Ello se justifica en la contemplación de la posibilidad de una realización de actividades económicas por tipos societarios no mercantiles.

La Ley utiliza una cláusula general para indicar que cualquier sociedad mercantil puede transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil; se admite también la transformación de una sociedad civil en una mercantil, pero no a la inversa, para lo cual sería necesario, en todo caso, que el objeto o actividad de la sociedad resultante se modificara también para dejar de ser mercantil; igualmente se contempla la transformación de una agrupación de interés económico en cualquier tipo de sociedad mercantil y a la inversa; en fin, se contempla también la posibilidad de transformar una cooperativa en cualquier sociedad mercantil o a la inversa, aunque la legislación de cooperativas se ocupa también de la transformación en una sociedad civil. También cabe transformar sociedades en liquidación siempre que no hubiera comenzado de la distribución del patrimonio entre los socios, lo que puede facilitar los procesos de saneamiento de sociedades en situaciones de insolvencia. Otros supuestos de transformación no serían posibles, dada la necesidad de su tipificación o previsión expresa en la Ley.

El acuerdo

Desde el punto de vista del procedimiento, la transformación debe acordarse por la junta de socios. Los requisitos y formalidades del acuerdo serán los que se establezcan en el régimen de la sociedad que se transforma.

La Ley establece con cierto detalle la información que se debe aportar a los socios antes de que estos decidan sobre la propuesta, una propuesta que la ley sólo previene que provenga de los administra-

dores (aunque no debe excluirse la posibilidad de la propuesta de alguno o algunos socios). En efecto, los administradores deben aportar un informe sobre los motivos y aspectos jurídicos y económicos de la transformación, y su implicación para los socios. Este informe debe incluir igualmente una mención a "*su efectual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social corporativa*"; esta información no será necesaria cuando el acuerdo de transformación se adoptase en junta universal y por unanimidad, si bien el citado acuerdo debería haberse referido a la renuncia de la información. Los administradores deben aprobar también el balance de la sociedad que se transforma, cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la reunión (cualquier modificación patrimonial importante en el interregno deberá ser objeto de información de los administradores), el informe del auditor de cuentas y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad resultante de la transformación. No dice la Ley, a diferencia de lo que ocurre con la fusión, si puede utilizarse el balance de ejercicio cerrado en el citado plazo de anticipación, aunque parecería razonable que así fuese.

El acuerdo de transformación puede venir acompañado de una incorporación de nuevos socios (con la consiguiente previsión sobre el capital si se trata de una sociedad de capitales) o de una modificación estatutaria. Si ésta supone un cambio de objeto, del domicilio, del capital o afecta a otros extremos de la escritura o estatutos, se deberán observar los requisitos específicos para tales acuerdos.

El acuerdo de transformación se publicará una vez en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y otra en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en la que tenga su domicilio la sociedad (en lugar de las tres publicaciones que preveía la legislación anterior). Pero esa publicación no es necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente y por escrito a todos los socios y a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones.

Protección de socios

La transformación no supone en ningún caso la liberación de las obligaciones pendientes de los socios frente a la sociedad (p. ej. el desembolso de los dividendos pasivos pendientes o la realización de prestaciones accesorias). Ello supone que, al igual que en el régimen vigente, cuando la transformación fuese de una sociedad en la que los socios responden personalmente por las deudas de la sociedad se mantendrá, la responsabilidad respecto de las deudas surgidas antes de la transformación.

La transformación de una sociedad en un tipo distinto puede traer graves consecuencias para los socios. Por ello, la Ley establece normas de protección que se basan en dos sistemas diferentes: con carácter general los socios que no votaron a favor se podrán separar de la sociedad de conformidad con lo previsto para las sociedades de responsabilidad limitada, solución que afectará sobre todo al régimen de valoración de las participaciones de los socios. La escritura de transformación contendrá la relación de los socios que hicieron uso del derecho de separación y el capital que representen. Esto supone un cambio muy importante con respecto del régimen vigente en donde no se prevé este derecho en el caso de transformación de una sociedad anónima en una sociedad de responsabilidad limitada.

A falta de una indicación al respecto, no resulta claro si este derecho de separación será aplicable en el caso de una fusión heterogénea, en la que el resultado de la fusión suponga un cambio del tipo social en el que se integra algunos de los socios que participaban en las sociedades fusionadas.

Sin embargo, cuando la transformación tuviese como consecuencia que el socio asumiera la responsabilidad personal por las deudas sociales, el socio que no votó a favor quedará automáticamente separado de la sociedad, salvo que se adhiera en el plazo de un mes desde la fecha del último anuncio o desde la comunicación (solución que es diferente –sin razones aparentes para ello– de la prevista para una fusión cuyo resultado fuese la asunción por los socios de una responsabilidad personal por las deudas sociales, donde se exige el acuerdo unánime de los socios).

Inscripción de la transformación

La escritura de transformación debe ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que respondan personalmente. En la escritura deberán indicarse aquellas menciones que son necesarias para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte; en la escritura también deben mencionarse los socios que hubiesen hecho uso del derecho de separación y las participaciones, acciones o cuota que corresponda a cada socio en la sociedad transformada. En el caso en el que la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte exigiese un informe de expertos independientes respecto del patrimonio aportado (tal como ocurre con la sociedad anónima), éste deberá incorporarse a la escritura el informe.

La Ley expresamente reconoce efectos constitutivos respecto de la transformación a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil, solución que podría cuestionarse en la transformación de una sociedad personalista en otra sociedad personalista.

La transformación sólo podrá impugnarse en el plazo de tres meses.

Protección de terceros

Los acreedores no pueden oponerse a la transformación. Sin embargo, se establecen otras normas de protección que son similares a las vigentes. Los socios que respondían personalmente de las deudas sociales antes de la transformación, seguirán haciéndolo por las deudas contraídas antes de ésta. De esta responsabilidad se liberarán si los acreedores hubieran consentido expresamente a la transformación. La responsabilidad prescribe a los cinco años desde la publicación de la transformación en el BORM.

Cuando, en virtud de la transformación, los socios asumieran una responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales, responderán de la misma forma de las deudas anteriores.

Si se hubiesen emitido obligaciones y el tipo de sociedad resultante de la transformación no pudiese emitir este tipo de valores, el presupuesto de la transformación será la amortización o conversión de las obligaciones emitidas.

► FUSIÓN

Régimen General aplicable a la fusión interna

La Ley sobre Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles establece en el Título II el régimen aplicable a la fusión en general y a las fusiones transfronterizas intracomunitarias.

En cuanto al régimen relativo a la fusión interna, es decir, aquella que se realiza entre dos sociedades españolas, la Ley pretende simplificar el procedimiento hasta ahora vigente y, asimismo, reducir los costes operativos.

No se introducen cambios respecto del concepto y las clases de fusiones. En la fusión se produce una sucesión universal con transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad que es absorbido por otra o de dos o más sociedades que lo aportan a una tercera de nueva constitución. En canje o contraprestación por la transmisión patrimonial deberán entregarse a los socios de las sociedades que se extinguen, las nuevas acciones de la sociedad absorbente (acciones que se emiten en virtud del aumento de capital) o las acciones de la nueva sociedad resultante de la fusión.

La Ley menciona las consecuencias de la fusión respecto del socio o socios industriales que formaran parte de una sociedad que interviene en una fusión, supuesto que sólo tiene sentido para la participación de una sociedad personalista. De ello resulta que hay inconveniente para que intervengan en la fusión tipos diferentes de sociedades. En las fusiones heterogéneas cabe pensar que, además de las normas específicas de la fusión, habrán de aplicarse, también, las previstas para la transformación de sociedades.

El canje de acciones deberá establecerse sobre la base del valor real del patrimonio. Pero, eventualmente, si ello fuese conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

Principales novedades que incorpora la Ley

- i) El informe de expertos necesario para la fusión únicamente es obligatorio cuando la sociedad resultante fuera una sociedad anónima o una comanditaria por acciones, previéndose la posibilidad de que, aún siendo una sociedad anónima, pudiese omitirse dicho informe cuando lo acordara así por unanimidad, la totalidad de los socios con derecho a voto;
- ii) Si las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión no fuesen anónimas o comanditarias por acciones, y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado por unanimidad por la totalidad del capital social, no será necesario el proyecto de fusión, ni el procedimiento general previsto para su publicidad e información;
- iii) Se admite la fusión de sociedades en liquidación; y
- iv) Se regulan de manera muy discutible, las fusiones en las que la adquirente se endeuda para realizar la fusión.

Procedimiento

Los principales trámites previstos para el proceso de fusión no sufren variaciones esenciales con respecto al régimen hasta ahora vigente, es decir, la fusión se basa en un proyecto común de fusión de todas las sociedades participantes en la operación que deberán suscribir los administradores y que habrán de aprobar las juntas de todas ellas en dos meses. Como novedad es reseñable la necesidad de que en el proyecto común de fusión y en el informe de administradores se mencionen las consecuencias previstas de la fusión respecto del empleo de los trabajadores.

Los administradores deben elaborar un informe sobre el proyecto. Siempre que la sociedad beneficiaria o resultante de la fusión fuese una anónima o comanditaria por acciones, deberá elaborarse también un informe de experto nombrado por el Registrador mercantil que verse sobre el proyecto, pudiendo elaborarse un único informe común para todas las sociedades. Este informe debe versar sobre el conjunto de la operación y, en particular, sobre la adecuación del valor del patrimonio aportado y de la evaluación de canje realizada, imputándose a los expertos el mismo régimen de responsabilidad que el previsto para los auditores. No obstante este informe no será necesario cuando así lo hubieran acordado la totalidad de los socios con derecho de voto o de quienes pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto en cada una de las sociedades. Tampoco hay variaciones importantes en el régimen del balance de fusión.

La Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente

En el caso de fusión entre dos o más sociedades en la que alguna hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores con el objetivo de adquirir el control de otra, que participe en la operación de fusión o de compra de activos esenciales ("fusiones apalancadas") se establecen, en aras de la protección de socios y acreedores, las siguientes reglas:

- i) El proyecto de fusión debe indicar los recursos y plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control;
- ii) El informe de administradores sobre el proyecto de fusión indicará las razones que hubieran justificado la adquisición del control o los activos, así como justificar la operación de fusión y un plan económico y financiero con mención expresa de los recursos y objetivos que se pretenden conseguir; y
- iii) El informe de expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de los aspectos mencionados en los dos apartados anteriores, determinando además si existe asistencia financiera incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión.

La explicación de esta nueva norma probablemente fuese la de la intención de evitar en este tipo de operaciones una aplicación excesivamente estricta de la norma que prohíbe de manera absoluta la asistencia financiera. Pero el traslado al "experto independiente" de una tarea tan amplia e importante sobre cuestiones que exceden de sus competencias, no dejará de plantear problemas en el futuro. En

efecto, no parece que constituya una medida razonable la de trasladar a estos "expertos independientes" la realización de juicios sobre cuestiones estrictamente jurídicas.

Acuerdo de fusión

Sorprende, en cambio, el rigor y la escasa flexibilidad de la Ley en otras cuestiones relativas a la aprobación del acuerdo de fusión. Sobre todo, lo que resulta más discutible es la imposibilidad expresa de que la junta de socios introduzca cualquier tipo de modificación en el proyecto inicial de fusión, que se mantiene en los mismos términos en otras operaciones reguladas en la Ley. En efecto, si el acuerdo se aprobara con cambios respecto del proyecto, la Ley señala, expresamente, que deberá entenderse como un rechazo a la propuesta de fusión. Esta medida tan rigurosa se justifica, probablemente, en la intención de garantizar el derecho de información. Pero la misma justificación subyace en otros supuestos en los que, sin embargo, no se veda la posibilidad de un acuerdo de la junta que parcialmente se desvíe de la propuesta incluida en el proyecto inicial.

En todo caso, la fusión requiere el consentimiento específico de todos los socios que hayan de responder de las deudas de la sociedad, así como el de los socios de las sociedades que se extingan y que hubieran de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante de la fusión.

La simplificación es máxima en el caso en que las sociedades participantes o resultantes de la fusión no fuesen sociedades anónimas o comanditarias por acciones y el acuerdo se aprobase en junta de socios por unanimidad y con la asistencia o representación de todos los socios. En este caso no se aplicarán las normas generales sobre el proyecto y el balance. La norma parece excluir la posibilidad de una fusión aprobada en junta universal de una sociedad anónima o, al menos, la imposibilidad de que en este caso no se apliquen las exclusiones citadas.

El acuerdo de fusión se publicará en el BORME y en un diario (con lo que se acortan y abaratan las exigencias en materia de anuncios), pudiendo sustituirse estos anuncios si el acuerdo se comunica individualmente por escrito a todos los socios y acreedores.

Los acreedores podrán oponerse a la fusión antes de que transcurra un mes desde la fecha de publicación del último anuncio, sin que la fusión se pueda llevar a cabo, en tal caso, hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o hasta que se le notifique la prestación de fianza solidaria por la cuantía del crédito.

La fusión debe formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, teniendo esta inscripción, de nuevo, un valor constitutivo.

En la línea del derecho vigente, también se establece un régimen muy restrictivo respecto de la impugnación de la fusión.

Las Fusiones especiales: régimen simplificado

Al igual que en el régimen vigente, la Ley prevé la simplificación de trámites cuando una sociedad absorbente fuera titular directo de las acciones de la absorbida, prescindiendo en este caso de la necesidad de incluir en el proyecto de fusión las menciones que ya hoy no

son necesarias (mención al tipo y procedimiento de canje en el proyecto de fusión), así como los informes de administradores y del experto, el aumento del capital de la sociedad absorbente, e incluso tampoco se requiere –lo que constituye una novedad– que la fusión la apruebe la junta general de la sociedad absorbida.

Sin embargo, se ha ampliado de forma muy importante el perímetro de los supuestos de fusiones especiales y de las que se asimilan a éstas.

En particular, en el caso de que la sociedad absorbente fuese titular de forma indirecta de la totalidad de las acciones de la absorbida, es decir, en el supuesto de una fusión entre la “abuela” y la “nieta”, se establece un régimen especial por el que deberá aportarse el informe de expertos y, dice la Ley, “*en su caso*” se deberá realizar el aumento de capital de la sociedad absorbente. Esta última indicación resulta poco comprensible porque si se trata de una fusión de una entidad enteramente participada, no tiene sentido alguno que se realice un aumento de capital en la sociedad absorbente, ya que no habría nuevos accionistas a quienes hubiera que entregar las acciones. Por otro lado, en estos casos se pueden producir riesgos para los acreedores de la sociedad de en medio (la “hija”), cuyo patrimonio se ve disminuido por la absorción de su filial por parte de su matriz, ya que estos acreedores no pueden oponerse a la fusión pues su deudora no participa en la operación. La Ley obliga en este caso a la sociedad absorbente a compensar a su filial por el valor razonable del patrimonio que desaparece de su activo. Pero esta previsión puede privar de sentido económico a la fusión.

La Ley regula un tipo especial de fusión simplificada en que la sociedad absorbente sea titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad absorbida. En este caso no se exigen los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que la sociedad absorbente ofrezca a los socios de la sociedad absorbida la adquisición de sus acciones o participaciones, estimadas en su valor razonable dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. Adicionalmente, se prevé que la aprobación de la fusión por parte de la Junta General de la sociedad absorbente no será necesaria si se cumplen determinados requisitos.

El régimen de las fusiones especiales tradicionales se extiende a la fusión de sociedades íntegramente participadas por el mismo socio, así como a la fusión de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones de la sociedad absorbente (fusión inversa). Especialmente problemática resultará la fusión inversa de la sociedad enteramente dominante (fusión inversa de la “abuela” por la “nieta”), ya que en este caso, las acciones de la sociedad absorbida no podrán entregarse a su filial ni a la filial de la filial sin que se corra el riesgo de una vulneración grave de las normas de la autocartera.

Fusión transfronteriza intracomunitaria

La Ley incorpora la Directiva de Fusiones Transfronterizas, facilitándose la realización de fusiones intracomunitarias entre sociedades de diferentes países, que ya se venían realizando incluso en ausencia de una regulación específica.

Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias aquellas que se realizan entre dos sociedades del Espacio Económico Europeo, de forma que una de las sociedades que se fusionan está sujeta a la legislación española. Este tipo de fusiones deviene únicamente aplicable para las sociedades de capital.

A las fusiones transfronterizas le son aplicables las disposiciones dispuestas en la Ley respecto de las fusiones internas.

Cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registrador mercantil controlará la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión.

Conviene destacar como novedad la previsión de ciertos derechos de implicación de los trabajadores como el derecho de consulta, información y participación. Respecto al derecho de participación de los trabajadores, la Ley prevé incorporar un nuevo título a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. En el caso de que la sociedad resultante de la fusión sea española, los derechos de implicación de los trabajadores se regirán por la legislación española.

► ESCISIÓN

La Ley prevé las dos modalidades tradicionales de escisión –la escisión total y la parcial–; pero la principal novedad sería la regulación de la filialización y la segregación como tipo autónomo de modificación estructural, asimilando estas figuras a la escisión.

Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. Del mismo modo, la filialización se define como la situación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones de la sociedad beneficiaria.

El régimen de la escisión se regirá por lo dispuesto para la fusión, a salvo de las especialidades previstas como la inclusión en el Proyecto de escisión de la designación y reparto de los elementos del activo y pasivo que han de transmitirse, o el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, no procediendo esta mención en los casos de segregación.

En relación con las modificaciones patrimoniales posteriores al proyecto de escisión, la Ley obliga a los administradores de la sociedad escindida a informar a su junta de socios sobre cualquier modificación importante del patrimonio acaecida entre la fecha de elaboración del proyecto de escisión y la fecha de reunión de la junta.

En cuanto a las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria que resulten incumplidas, las demás sociedades beneficiarias responderán solidariamente hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.

► CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

La Ley regula por primera vez y con cierto detalle la cesión global de activo y pasivo *“rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación”*. Su finalidad va más allá de una mera simplificación de la liquidación, pues lo que se pretende es proporcionar *“un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas”* (Exposición de Motivos de la Ley).

Con ella se permite a *“una sociedad inscrita”* la transmisión en bloque de todo su patrimonio a uno o varios socios o a terceros por sucesión universal (con todos los derechos y obligaciones).

La cesión puede realizarla también una sociedad que se encuentra en periodo de liquidación, siempre que no hubiera comenzado la distribución del patrimonio entre los socios. Sin embargo, no se impide la reactivación posterior de la sociedad.

Se establece un importante límite a la figura, que afecta al supuesto en que la contraprestación consistente en acciones, participaciones o cuotas que se entregan al cesionario. La prohibición se explica porque este supuesto remitiría al régimen de la fusión o de otras modificaciones estructurales típicas y, en especial, al de la segregación. En efecto, la Ley pretende que la cesión global no se utilice para la creación o reorganización de un grupo mediante la participación de la sociedad cedente en el capital de la cesionaria.

La Ley también permite que la cesión no se realice a favor de una sola sociedad sino de dos o más, en cuyo caso exige que la parte de patrimonio que se cede constituya una unidad económica, previsión similar a la prevista para la escisión parcial y para la segregación.

Cuando la contraprestación que se satisface por la cesión la recibirán los socios y no la sociedad, la consecuencia será la extinción de la sociedad cedente. Parece claro, por tanto, que se suprimiría el periodo de liquidación de la sociedad, que se subsumiría en el procedimiento de cesión global de activo y pasivo. No obstante, terminado el proceso, deberá procederse a la cancelación de la hoja abierta a sociedad en el Registro Mercantil. Sin embargo, para evitar este efecto bastaría con que una parte de la contraprestación se entregara a los socios y otra a la sociedad. De la misma forma, la extinción podría evitarse también mediante un aumento de capital con aportación patrimonial y continuación del mismo o de otro objeto social.

Procedimiento y protección de socios y acreedores

La Ley se ha preocupado de atender a las exigencias que se suscitan en materia de protección de los socios y de los acreedores tanto de la sociedad cedente como de la cesionaria. En el primer caso, porque la cesión supone un vaciamiento de los activos societarios que podrían conducir a una extinción, por la vía de hecho, de la sociedad por imposibilidad de realizar el objeto social. En el segundo caso, porque la cesión global de todo el activo y el pasivo conduce a una radical alteración que incide directamente sobre los acreedores como consecuencia del cambio de su deudor.

La cesión global de activo y pasivo debe ser consecuencia de un acuerdo adoptado por la junta de socios de la cedente, acuerdo que debe cumplir con los requisitos previstos para la fusión. Al igual que en otros casos, no se admite que la junta acuerde la realización de la

cesión, desviándose del proyecto presentado inicialmente por los administradores.

El acuerdo debe publicarse en el BORME o en un diario de gran circulación de la provincia con mención expresa del nombre del cesionario o cesionarios, y del derecho de socios y acreedores a obtener el texto íntegro del acuerdo, así como del derecho de los acreedores a oponerse a la operación. La publicación no será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente a todos los socios y acreedores por procedimiento que asegure la recepción en su domicilio.

Sin embargo, la Ley no parece haber atendido a la incidencia que puede tener la cesión sobre los socios de la sociedad cesionaria, tal como, en cambio, adecuadamente se considera en otras modificaciones estructurales con sucesión universal.

Al igual que en otras modificaciones estructurales, la cesión global de activo y pasivo debe partir de un proyecto que han de elaborar los administradores de la sociedad cedente con una serie de menciones que la Ley establece con cierto detalle y que afectan a los datos de identificación de la cesionaria, fecha de efectividad de la cesión, valoración del patrimonio cedido, contraprestación satisfecha y a las consecuencias de la cesión global sobre el empleo. A este proyecto debe acompañarlo un informe de los administradores. Estas exigencias podrían resultar en ocasiones demasiado prolijas. Probablemente el amplio contenido del proyecto resulta excesivo si la cesión global de activo y pasivo se realiza en el marco de un proceso liquidatorio simplificado. En este caso, sería suficiente con un informe sobre la operación que, además, no debería ser de los administradores sino de los liquidadores.

La cesión global de activo y pasivo no requiere ni la información contable, ni el informe de expertos independientes sobre la operación y su valor, que se exigen en otras modificaciones estructurales.

La protección de los acreedores se sustenta en el derecho que se les reconoce a oponerse a la cesión, derecho que puede ejercitarse en los mismos términos que en la fusión.

Transcurrido el plazo de oposición, la cedente y cesionaria deben otorgar escritura pública en la que se recogerá el acuerdo que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, atribuyéndose a la citada inscripción un valor constitutivo. A diferencia de otras modificaciones estructurales, nada se dice en este caso sobre la obligación de que el acuerdo se acompañe del proyecto elaborado por los administradores.

En garantía de los acreedores se establece también que, en caso de incumplimiento por la cesionaria de las obligaciones derivadas de la cesión global de activo y pasivo, responderán solidariamente los demás cesionarios hasta el límite del activo neto que se les atribuyó en la cesión, así como lo socios hasta el límites de lo que hubieran percibido como contraprestación por la cesión. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años. En fin, la responsabilidad se extenderá a la sociedad cedente, si ésta no se hubiera extinguido. En este caso la responsabilidad no estará limitada y el periodo de prescripción será el que corresponda a la obligación considerada.

► TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL

La Ley establece el régimen legal aplicable al traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad mercantil española y el de una sociedad extranjera al territorio español, rigiéndose por lo dispuesto en los Convenios Internacionales con España y con lo dispuesto en la misma Ley.

El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad española sólo podrá realizarse si el Estado a cuyo territorio se traslada permite el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. A estos efectos se deberá realizar un proyecto de traslado, informe de administradores, acuerdo de la junta de accionistas o socios, derecho de oposición y certificación del Registrador Mercantil. Es importante destacar el derecho de separación a los socios que voten en contra del acuerdo de traslado. El traslado del domicilio social surtirá efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio.

El traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad, si bien deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad.

► MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL CAPITAL Y DE LA AUTOCARTERA

Generalidades

La aprobación de la Ley de Modificaciones Estructurales se ha utilizado para incorporar el contenido de la Directiva 2006/68/CE que modificaba la Directiva sobre constitución de la sociedad anónima y el mantenimiento y modificaciones de su capital, y al que debía adaptarse el Derecho español.

Como es sabido, en el momento actual esta es una cuestión muy polémica, en la que se vienen enfrentando las propuestas importadas del ámbito anglosajón que pretenden una modificación radical (sustitución) del tradicional régimen de protección de los acreedores a través del capital, y otras tesis más conservadoras y apegadas al Derecho continental de las sociedades de capital. La Directiva ha sido calificada en ocasiones como “*de transición*”, porque no se quiso dar el paso más radical hacia aquella sustitución del capital que algunos demandaban. Sin embargo, sí que se aligeraron exigencias en relación con la exigencia del informe de los expertos independientes y se admitió la posibilidad de una flexibilización del régimen de las acciones propias y de la asistencia financiera. La Ley ha modificado a estos efectos diversos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, pero ha sido aún más prudente.

Aportaciones no dinerarias y adquisiciones onerosas posteriores a la constitución de la sociedad

Especialmente importantes son las modificaciones del régimen de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de valoración de las aportaciones no dinerarias. Se trata de reformas exigidas por la Directiva europea que afectaban al informe de los expertos independientes

sobre las aportaciones no dinerarias. Este se sigue exigiendo, como es lógico, una vez que se mantiene el principio del capital como cifra de retención patrimonial. Pero en determinados casos se considera que no es necesario y que la exigencia indiscriminada del informe puede suponer un coste que encarezca la constitución y funcionamiento de sociedades. En particular, así sucede:

- (i) Cuando la aportación consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario y que, por tanto, tienen un valor “objetivo” de mercado, como ya se prevenía desde 2005. En este caso habrá que estar a la definición de *valor negociable* del Derecho del mercado de valores (aunque se discute que ello valga para la aportación de los demás *instrumentos financieros*, y, en particular, para los futuros y opciones). La aportación se valorará al precio medio ponderado al que se hubiesen negociado los valores en el último trimestre anterior a la fecha de la aportación. No obstante, si se hubieran producido “*circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes*” los administradores deberán solicitar el nombramiento de experto independiente. La variación es la que pudiera producirse entre el precio medio ponderado del último trimestre y el que corresponde en el momento de la aportación.
- (ii) De igual manera, el informe no se considera necesario cuando los bienes que se aportan hubiesen sido ya objeto de valoración por experto independiente no designado por las partes en los seis meses anteriores a la realización de la aportación. Una vez más, los administradores deben solicitar el nombramiento de experto independiente si concurren “*nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación*”. Y, si no lo hicieren, la solicitud al registrador mercantil puede presentarla el accionista o accionistas titulares de al menos el 5% del capital social.

Cuando no es necesaria la elaboración del informe de experto independiente, los administradores tienen que presentar un informe cuyo detalle lo establece la misma Ley y en el que debe incluirse la declaración de que no se han producido “*circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial*”.

Al margen de ello, se introducen otras reformas:

- i) La exigencia de que el experto independiente disfrute de “*competencia profesional*”, previsión que exigirá, probablemente, un desarrollo reglamentario posterior;
- ii) El valor que se atribuya a la aportación en la escritura no debe superar al valor que le atribuyó el experto independiente, de manera que no sería suficiente con la indicación por éste de que la aportación cubre el valor nominal y la prima;
- iii) La expresa previsión de que “*el experto responderá frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores de los daños causados por la valoración*”, teniendo que soportar el experto la carga de probar que actuó con la “*diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada*”; esa responsabilidad “especial” de los expertos independientes no

será óbice para aplicar la responsabilidad propia de los auditores de cuentas, prevista en su propia legislación, cuando el experto independiente fuese un auditor; en este caso parece que debería ser el tercero quien hubiera de demostrar la negligencia del auditor;

- iv) La previsión de un régimen especial de publicidad que afecta al informe de valoración del experto independiente y, en su caso, al de los administradores.

También se ha modificado la norma que regula las adquisiciones onerosas por la sociedad de bienes con dos años de posterioridad a la inscripción (y no a la constitución, como prevé la Ley ahora) (la llamada “fundación retardada”). El objetivo es extender en este caso la obligación de dotar de publicidad al informe del experto.

Autocartera

En materia de autocartera son varias las modificaciones legislativas producidas como consecuencia de la necesidad de adaptarse a la Directiva comunitaria que, en este caso, denota una clara inclinación hacia las propuestas de flexibilización del anterior régimen. Sin embargo, la reforma española ya ha sido calificada como “de mínimos” o “de gran prudencia”.

En relación con la adquisición derivativa de las propias acciones:

- i) La limitación cuantitativa a la adquisición de las propias acciones se mantiene, aunque los límites se fijan en el 20% con carácter general, y del 10% en el caso de las sociedades cotizadas.
- ii) Se prevé que la autorización de la junta para la realización de negocios sobre las propias acciones se pueda extender hasta 5 años.
- iii) Se modifica la redacción de la norma que exigía que la adquisición se realizase con medios libres, exigiéndose ahora que la adquisición “no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles”, y se incluye una definición del “patrimonio neto”.
- iv) Se prohíbe la adquisición de acciones parcialmente desembolsadas (salvo que se realicen a título gratuito) y de las que incorporen el deber de realizar prestaciones accesorias.

También se modifican las normas que regulan las consecuencias de la infracción de las prohibiciones, con fines preferentemente aclaratorios respecto del régimen anterior.

En materia de asistencia financiera, no se ha seguido en la Ley la propuesta del Borrador de Anteproyecto que presentó la Comisión General de Codificación de ir en el sentido abierto por la Directiva, lo que hubiera conducido a un régimen más flexible que el actual. En efecto, el texto definitivo de la Ley ha conservado la norma previgente, con la rigurosa (y discutida) prohibición general de cualquier forma de asistencia financiera.

▶ OTRAS MODIFICACIONES DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

La Ley se ha aprovechado para incorporar en la Ley de Sociedades Anónimas otras reformas.

Privilegios de fundadores

La primera de las modificaciones que conviene mencionar en este ámbito es la que se refiere a las ventajas de los fundadores y promotores de la sociedad anónima. Se mantiene el texto previgente con la inclusión de una adición, en virtud de la cual “*los estatutos habrán de prever un sistema de liquidación (compensación) para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales*”. Con ello se pretende que la existencia de estos derechos especiales no constituya un lastre para la operativa societaria y, en particular, para la eventual realización de modificaciones estructurales.

Dividendos pasivos

También se ha modificado el régimen de los dividendos pasivos, desapareciendo la previsión de que en defecto de previsión estatutaria, el plazo y la forma para el desembolso lo pueden determinar los administradores. Ello parece conducir a la conclusión de que los estatutos necesariamente han de hacer una expresa referencia al plazo (o, al menos, al plazo máximo) y a la forma de desembolso de los dividendos pasivos, cuando estos existieren.

Igualdad de trato

Por otro lado, se reconoce expresamente el principio de “*trato igual a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas*”. Este principio se recogía en la Directiva del capital e implícitamente la mayor parte de los autores lo consideraba vigente como una aplicación o manifestación particular del deber de buena fe en el ámbito del derecho de sociedades. La Ley ha optado por su expresa incorporación al Derecho positivo, en la línea de lo que hicieron otras legislaciones, con lo que el citado principio tendría un efecto general que obliga a todos los órganos sociales a tratar igual a quienes son iguales. En la sociedad anónima, en todo caso, la igualdad debe considerarse en armonía con el principio que otorga los derechos políticos y económicos en función de la participación de los accionistas en el capital social.

Constitución de la junta en supuestos especiales

Se modifica la norma que establece el quórum especial para la constitución de la junta general en los supuestos especiales que afectan a los asuntos de mayor trascendencia (modificación de estatutos, aumento o reducción del capital, disolución, fusión, o escisión), quórum que se extiende a la supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, a la cesión global de activo y pasivo, y al traslado del domicilio al extranjero.

Derecho de oposición de los acreedores

Se modifica la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el derecho de oposición de los acreedores. De este modo, el derecho de oposición que se reconoce a los acreedores cuyo crédito no hubiera nacido antes de la fecha del último anuncio de la reducción sólo se establece, si el crédito no hubiera vencido hasta ese momento, lo que supone una medida de flexibilización que pretende facilitar la operación.

Derecho de suscripción preferente de titulares de obligaciones convertibles

Con el objeto de adecuarse a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2008, en la que se declaró que algunos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas infringían la Segunda Directiva, la Ley modifica el régimen del derecho de suscripción preferente de acciones en los aumentos de capital para excluir del mismo a los titulares de obligaciones convertibles. Adicionalmente, en los supuestos de emisión de obligaciones convertibles, se excluye el derecho de suscripción preferente de los titulares de obligaciones convertibles de emisiones anteriores y se prevé que la junta general pueda acordar la supresión del derecho de suscripción preferente de los accionistas en determinadas condiciones.

► MODIFICACIONES DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La Ley ha reformado, por último, dos preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:

- i) Por un lado, el que establece que los socios no responden del valor otorgado a las aportaciones no dinerarias, si éstas se sometieron a valoración de conformidad con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas;
- ii) Y, por otro lado, se da nueva redacción al precepto que establece el quórum especial para las modificaciones de mayor trascendencia para la sociedad (fusión, escisión, disolución, etc.), requisitos que ahora se extienden a la supresión o limitación del derecho de preferencia en los aumentos de capital, al acuerdo de cesión global de activo y pasivo, y al traslado del domicilio social al extranjero.

LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Abril 2009

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es un despacho de abogados con más de 70 años de historia, que ofrece a sus clientes un servicio global que armoniza el concepto tradicional de la práctica de la abogacía con los nuevos retos que plantea la sociedad actual. El Despacho basa su operativa de trabajo en una relación personal, directa y de confianza con el cliente, adaptándose a las necesidades propias de cada uno. CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de CMS.

CMS es una organización de despachos de abogados europeos independientes de reconocido prestigio. La alianza CMS ofrece a sus clientes asesoramiento legal y fiscal de calidad en transacciones nacionales e internacionales. Combina de manera perfectamente coordinada una gran experiencia a nivel local con presencia significativa en toda Europa. Incluye 9 despachos miembros, más de 2.240 abogados en 48 ciudades y 28 países. La organización CMS está asociada con The Levant Lawyers (con oficinas en Beirut, Abu Dhabi, Dubai y Kuwait).

Áreas de asesoramiento del Despacho

Bancario y Financiero	Laboral	Propiedad Industrial, Intelectual y Nuevas Tecnologías
Civil, Medioambiente y Urbanismo	Mercado de Valores	Público
Comunitario y Competencia	Mercantil, Fusiones y Adquisiciones	Sectores Regulados
Inmobiliario	Procesal	Tributario

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta Newsletter, se pueden poner en contacto con la Responsable del Departamento de Documentación del Despacho [Ana Gimeno](#) o con cualquiera de las personas señaladas al número de teléfono (34) 91 451 93 00 o fax (34) 91 399 30 70.

[Luis Miguel de Dios](#)

[Andrés Recalde](#)

[Alejandro Alberte](#)

La Newsletter sobre la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles pretende constituir un resumen de las principales novedades introducidas por dicha norma. Los asuntos tratados en la misma han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos de los Departamentos de Derecho Mercantil de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad del sector ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

© CMS* Albiñana & Suárez de Lezo. Madrid, 2007. Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto del contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él.

CMS es una organización de despachos de abogados europeos independientes de reconocido prestigio. La alianza CMS ofrece a sus clientes asesoramiento legal y fiscal de calidad en transacciones nacionales e internacionales. Combina de manera perfectamente coordinada una gran experiencia a nivel local con presencia significativa en toda Europa. Incluye 9 despachos miembros, más de 2.240 abogados en 48 ciudades y 28 países.

La organización CMS está asociada con The Levant Lawyers (con oficinas en Beirut, Abu Dhabi, Dubai y Kuwait).