

Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril: sus repercusiones registrales

por
ROSANA PÉREZ GURREA
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. TRANSFORMACIÓN:
 - 1. REQUISITOS:
 - A) *Acuerdo de transformación.*
 - B) *Información a los socios.*
 - C) *Otros requisitos.*
 - 2. EFECTOS:
 - A) *Derecho de separación de los socios.*
 - B) *Efectos sobre la responsabilidad de los socios.*
 - C) *Modificaciones adicionales a la transformación.*
 - 3. REPERCUSIONES REGISTRALES.
- III. FUSIÓN:
 - 1. CONCEPTO Y CLASES.
 - 2. EFECTOS.
 - 3. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN.
 - 4. FUSIONES ESPECIALES.
 - 5. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.
 - 6. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS.
- IV. ESCISIÓN:
 - 1. CLASES, REQUISITOS Y RÉGIMEN JURÍDICO.
 - 2. PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN.

3. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS JURÍDICAS: ESCISIÓN PARCIAL Y APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD.

V. CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO:

1. CONCEPTO.
2. PROCEDIMIENTO.

VI. OTRAS MODIFICACIONES SOCIETARIAS:

1. MODIFICACIONES EN LA LSA.
2. MODIFICACIONES EN LA LSRL.

VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 4 de julio entró en vigor la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Incorpora al derecho español la Directiva Comunitaria 2005/56/CE, relativa a fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (1). Igualmente se incorpora la Directiva 2006/68/CE, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. También se incorpora la Directiva 2007/63/CE, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo en lo referente al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. Con ello nuestro Derecho de Sociedades se pone al día, puesta al día que quedará completada una vez se ponga en marcha la modificación de la 1.^a Directiva del Consejo, 68/151/CEE, de 9 de marzo de 1968, por la Directiva 58/2003/CEE, de 15 de julio, con la definitiva implantación del Registro Mercantil Electrónico.

Aborda por primera vez una regulación completa y global de las sociedades mercantiles, intentando modernizar y actualizar el régimen jurídico de las operaciones que modifican la estructura de las mismas. En este trabajo vamos a analizar sin ánimo exhaustivo estas operaciones como la fusión, transformación, escisión, cesión global del activo y del pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, indicaremos las principales novedades, sus repercusiones registrales y las modificaciones introducidas en puntos esenciales del TR de la LSA y de la LSRL (2).

(1) Como señala Manuel GONZÁLEZ MENESES en la Revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre de 2009: «Lo importante es que la necesidad de incorporar los mandatos de la Directiva 2005/56 para los supuestos de fusiones transfronterizas de capital ha venido a ser la ocasión para una remodelación de toda nuestra normativa sobre fusiones y otras operaciones análogas». «Nos encontramos ante una norma que supone un paso adelante en el fomento de la conocida ingeniería societaria».

(2) La Disposición Final 7.^a de esta Ley prevé la elaboración en un plazo de doce meses de un TR bajo el título de «Ley de sociedades de capital» en el que se integrarán

Dicho esto procedemos a exponer el concepto de modificaciones estructurales, EMBID IRUJO las define como conjunto heterogéneo de operaciones que alteran decisivamente el marco jurídico, organizativo y patrimonial del negocio de fundación de la sociedad.

Se trata de operaciones de reestructuración que implican una variación sustancial del conjunto de relaciones derivadas del contrato de sociedad y que persiguen adaptar y adecuar la estructura de la empresa a las nuevas exigencias económicas y societarias. La Ley que estamos examinando es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.

II. TRANSFORMACIÓN

La transformación es una operación que permite el cambio de forma social, permaneciendo inalterada la identidad y personalidad jurídica de la sociedad que continúa subsistiendo bajo la nueva forma.

Por su carácter de operación única, la transformación supone una simplificación del procedimiento de cambio de forma jurídica, sin necesidad de disolver y liquidar la sociedad y constituir otra nueva de tipo social diferente.

Pese al mantenimiento de personalidad jurídica, la posición jurídica de socios y terceros se ve afectada por la regulación del nuevo tipo social adoptado por la sociedad, por lo que es necesario establecer mecanismos de protección adecuados para salvaguardar sus legítimos intereses.

Como supuestos de posible transformación se recogen en la ley los siguientes:

- Las sociedades mercantiles inscritas se pueden transformar en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, en sociedades cooperativas y en AIE incluyendo las AIEI y viceversa.
- Las sociedades civiles pueden transformarse en sociedades mercantiles.
- Las sociedades anónimas pueden transformarse en sociedades anónimas europeas y viceversa.
- Igualmente las cooperativas pueden hacerlo en cooperativas europeas y viceversa.

No es obstáculo para la transformación el que la sociedad esté en liquidación, siempre que no haya comenzado la distribución del patrimonio entre los socios.

las normas del Código de Comercio relativas a las sociedades comanditarias por acciones, el TR de la LSA y de la LSRL y el título de la LMV, relativo a sociedades anónimas cotizadas.

Con la nueva regulación se amplía el concepto de transformación, sobre todo para la sociedad anónima que antes sólo podía transformarse en otro tipo de sociedad mercantil *ex* artículo 223 de la LSA (derogado), el cual añadía que salvo disposición legal en contrario, cualquier transformación en otro tipo de sociedad será nula.

No se contempla la transformación de sociedad mercantil en sociedad civil, con lo que se restringe el concepto que de la transformación tenía el artículo 87.2 de la LSRL (hoy derogado), que permitía la transformación de la limitada en sociedad civil cuando su objeto no fuera mercantil.

1. REQUISITOS

A) *Acuerdo de transformación*

La transformación de la sociedad habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios (art. 8.1). El acuerdo de transformación tendrá que ser adoptado con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma (art. 10.1).

En las sociedades anónimas y sin que sea posible delegar el acuerdo en el órgano de administración, el acuerdo debe adoptarse con el *quórum* reforzado del artículo 103. En las sociedades limitadas, el artículo 53.2 exige el voto favorable de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Asimismo, según el artículo 217 del RRM, en las sociedades colectivas será necesario el consentimiento de todos los socios colectivos y en las comanditarias simples se estará a lo dispuesto en la escritura social; respecto a las sociedades comanditarias por acciones el artículo 156 del Código de Comercio se remite a la LSA.

El acuerdo deberá incluir la aprobación del balance de la sociedad presentado para la transformación con las modificaciones que en su caso resulten procedentes, así como de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte *ex* artículo 10.2.

Según la RDGRN, de 2 de febrero de 1996, tiene por objeto «proporcionar a los socios información precisa sobre la composición y valor del patrimonio social y el de su participación en la sociedad, a fin de ejercitar los derechos que en cada caso les concede la ley».

B) *Información a los socios*

Para que los socios puedan decidir sobre la conveniencia y oportunidad de la transformación social, se establece a su favor un derecho de información

sobre los aspectos jurídicos y económicos de la transformación que se materializa en la necesidad de poner a su disposición los documentos que sirven de presupuesto a la operación.

Así al convocar la junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que deberán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos los siguientes documentos: 1.º El informe de los administradores que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación. 2.º El balance de la sociedad a transformar. 3.º El informe del auditor de cuentas sobre el balance presentado. 4.º El proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad que resulte de la transformación.

No será precisa la puesta a disposición o envío de la información cuando el acuerdo de transformación se adopte en junta universal y por unanimidad.

El acuerdo de transformación se publicará una vez en el *BORM* y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio (como vemos se reduce la publicidad del acuerdo de transformación antes se publicaba tres veces y ahora solo una). La publicación no será necesaria cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios a través de un procedimiento que asegure su recepción.

C) Otros requisitos

La transformación no libera por sí sola a los socios del cumplimiento de sus obligaciones frente a la sociedad. Así en el supuesto de transformación de sociedad anónima en otra forma social, se establecen dos requisitos particulares que han de cumplirse con carácter previo a la adopción del acuerdo de transformación:

1. Si el tipo social adoptado exige el desembolso total del capital social es necesario efectuar dicho desembolso o reducir el capital social por condonación de dividendos pasivos. La realidad de los desembolsos se ha de acreditar ante el notario autorizante de la escritura pública por algunos de los medios previstos al efecto, debiendo incorporarse a ésta en original o testimonio los documentos acreditativos.
2. Si la sociedad transformada tiene emitidas obligaciones de la clase que sean y en la que se transforma no está permitido emitirlas, es preciso la previa amortización o conversión en su caso de esas obligaciones.

Como límite, destacaremos que el 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.

2. EFECTOS

La tutela de los socios de la sociedad que se transforma se articula mediante el reconocimiento del derecho a separarse de la sociedad. Por otro lado, los titulares de derechos especiales distintos de las acciones pueden oponerse a la transformación impidiendo que ésta pueda llevarse a efecto.

A) *Derecho de separación de los socios*

Se concede un derecho de separación facultativo para los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de transformación, conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada. Están legitimados para ejercitar este derecho los socios que han votado en contra, en blanco, se han abstenido o no hayan asistido a la Junta General que adoptó el acuerdo. Adicionalmente se contempla la separación automática para los socios que por la transformación pasen a asumir responsabilidad personal por las deudas sociales.

La transformación no podrá tener lugar si dentro del mes siguiente a la publicación en el *BORM* se opusieran titulares de derechos especiales distintos de las acciones. El ejercicio del derecho de oposición determina como efecto que la transformación no pueda tener lugar y por tanto que el acuerdo adoptado devenga ineficaz.

B) *Efectos de la transformación sobre la responsabilidad de los socios*

Los socios que en virtud de la transformación asuman responsabilidad personal e ilimitada por las deudas sociales responderán en la misma forma de las deudas anteriores a la transformación. Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la transformación, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la transformación en el *BORM*.

C) *Modificaciones adicionales a la transformación*

Con carácter *ex novo* se regula la posibilidad de que la transformación de la sociedad pueda ir acompañada de la incorporación de nuevos socios. 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.

3. REPERCUSIONES REGISTRALES

La transformación se hará constar en escritura pública que ha de ser otorgada por la sociedad y por todos los socios que pasen a responder personalmente de las deudas sociales.

Además de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte, la escritura pública de transformación habrá de contener la relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la sociedad transformada. Si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopta así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social.

La eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, la transformación podrá ser impugnada en el plazo de tres meses.

III. FUSIÓN

1. CONCEPTO Y CLASES

La fusión es un procedimiento societario de concentración empresarial en virtud del cual dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

El régimen jurídico de la fusión se contiene con carácter general en los artículos 22 a 53 de la Ley de 3 de abril de 2009, sin perjuicio de las limitaciones que pueda imponer la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007.

Clases

- Fusión por creación de nueva sociedad o fusión propia: La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las socie-

dades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

- Fusión por absorción: Si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

2. EFECTOS

La fusión se apoya, tanto en los casos de fusión por creación de nueva sociedad como en los de fusión por absorción en tres presupuestos distintos que podemos considerar al mismo tiempo como efectos legales de la misma por ministerio de la ley y que son los siguientes:

A) *Extinción de alguna sociedad*

La fusión exige en todo caso la extinción de alguna de las sociedades participantes en la operación. En la fusión por creación de nueva sociedad se extinguen todas las sociedades fusionadas, ya que éstas integran sus socios y patrimonios en la nueva sociedad resultante. Y en la fusión por absorción se extinguen únicamente las sociedades absorbidas, de tal forma que la absorbente que pasa a integrar a los socios y patrimonios de aquéllas, conserva su propia identidad y personalidad jurídica.

B) *Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades extinguidas*

En cualquier supuesto de fusión, los patrimonios de las sociedades que se extinguen se transmiten en bloque a la nueva sociedad (fusión por creación de nueva sociedad) o a la sociedad absorbente (fusión por absorción). Lo característico de esta transmisión es que se produce a título universal, de tal modo que la sociedad resultante sucede a las extinguidas en el conjunto de sus relaciones jurídicas.

Por tanto, los distintos bienes, derechos y obligaciones integrados en el patrimonio de la sociedad extinguida se transmiten *uno actu* y en virtud de la propia fusión, sin necesidad de utilizar los negocios jurídicos precisos para la transmisión de cada uno de dichos elementos.

C) *Incorporación de los socios de las sociedades extinguidas a la nueva o a la absorbente*

La fusión no sólo implica la confusión de los patrimonios de las sociedades participantes, sino también la unión de sus respectivos socios. Así el artículo 24.1 de la Ley 3/2009 señala que: «Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades».

En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones o participaciones es una de las cuestiones que más ha cuidado la ley buscando la protección de los socios de la sociedad extinguida, debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir además una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal de las acciones o de las participaciones.

También se regula la prohibición de canje de participaciones propias en el artículo 26 de la Ley y la finalidad de esta prohibición es evitar la emisión de títulos que no lleven aparejada una aportación patrimonial.

3. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN

A) *Fase preparatoria*

Los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir *un proyecto común de fusión*. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto, con indicación de la causa. Una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones o participaciones.

El proyecto de fusión quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión dentro de los seis meses siguientes a su fecha. El contenido del proyecto de fusión se encuentra regulado en el artículo 31 de la Ley 3/2009.

Publicidad del proyecto de fusión: Los administradores están obligados a presentar un ejemplar del proyecto común de fusión para su depósito en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en la fusión. Efectuados el depósito y la calificación del Registrador, éste comunicará al Registrador Mercantil central, para su inmediata publicación en el *BORM*, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar.

La publicación de la convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito, salvo que se trate de la celebración de junta universal. En el anuncio en el *BORM* deberán constar la denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan, así como sus datos registrales.

Para mayor garantía de los socios y terceros, el proyecto de fusión deberá ser informado por los administradores y por expertos independientes:

1. Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores.
2. Cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, los administradores de cada una de las sociedades deberán solicitar del Registrador Mercantil correspondiente al domicilio social, el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que por separado emitan informe sobre el proyecto común de fusión. No obstante, los administradores de todas las sociedades que se fusionan podrán pedir al Registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe.

El balance de fusión es un documento meramente informativo de la situación patrimonial de las sociedades participantes en la fusión, pero imprescindible para la valoración de sus masas patrimoniales a efectos de la determinación del tipo de canje de los títulos.

La redacción y firma del proyecto de fusión condiciona a los administradores de cada sociedad a preparar el balance de su respectiva sociedad que servirá de base a la fusión. No es necesario que se trate de un balance especialmente elaborado para la fusión, pues la Ley 3/2009 en su artículo 36 tipifica: «El último balance de ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. Si el balance anual no cumpliera con ese requisito, será preciso elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual. En ambos casos podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables».

Verificación y aprobación del balance. El balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados

por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, y habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta.

Impugnación del balance de fusión. La impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión. El socio que se considere perjudicado por la indemnización compensatoria, puede pedir el nombramiento de un experto al Registrador Mercantil para que fije dicha indemnización.

B) *El acuerdo de fusión*

Al convocar la junta a la que haya de someterse la aprobación de la fusión, es necesario que los administradores pongan a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales para su examen en el domicilio social una serie de documentos relativos al proyecto de fusión, los informes de los expertos y de los administradores, las cuentas anuales, el balance de las sociedades y las cuentas de los tres últimos ejercicios, etc... Además los administradores estarán obligados a informar a la junta de socios de las sociedades que se fusionen las modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta de socios que haya de aprobarla.

La fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan (3). Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta.

La publicación de la convocatoria de la junta o en su caso la comunicación del proyecto de fusión a los socios, habrá de realizarse con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta. Cuando la fusión se realice mediante la creación de una nueva sociedad, el acuerdo de fusión deberá incluir las menciones legalmente exigidas para la constitución de aquélla.

El acuerdo de fusión exigirá además el consentimiento de todos los socios que por virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, así como el de los socios de las sociedades que se extingan que

(3) En el caso de sociedades anónimas se aplica el *quórum* reforzado del artículo 103: En primera convocatoria se precisa la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean al menos el 50 por 100 del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria es suficiente la concurrencia del 25 por 100 de dicho capital. En el caso de sociedades de responsabilidad limitada es necesario obtener el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.

hayan de asumir obligaciones personales en la sociedad resultante de la fusión. También será necesario el consentimiento individual de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones cuando no disfruten en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida.

Como norma facilitadora de las fusiones en sociedades que no sean anónimas o comanditarias por acciones, el artículo 42 permite prescindir de los requisitos del proyecto, balance, información sobre la fusión y publicación de la convocatoria si se adopta el acuerdo en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad.

C) *Ejecución del acuerdo de fusión*

La fusión es una operación esencialmente formal. Una vez acordada por todas las sociedades interesadas hay que cumplir ciertos requisitos de publicidad y forma que la ley establece para su validez.

El acuerdo de fusión una vez adoptado *se publicará* en el *BORM* del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar que el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No será necesaria la publicación cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

Como sistema de protección de los acreedores sociales se articulan dos medidas:

1. Derecho de oposición de los acreedores. La fusión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de fusión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados.
2. Régimen de responsabilidad de los socios. Salvo que los acreedores sociales hayan consentido expresamente la fusión, los socios responsables personalmente de las deudas de las sociedades que se extingan

por la fusión contraídas con anterioridad, continuarán respondiendo de esas deudas. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la fusión en el *BORM*.

4. FUSIONES ESPECIALES

En función de la especial vinculación de las sociedades participantes, se distinguen los siguientes tipos de fusión también conocidas como fusiones especiales:

ABSORCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA. Conocida también como fusión impropia o abreviada, tiene lugar cuando la sociedad absorbente es titular, de forma directa o indirecta, de la totalidad de las acciones o participaciones en que se divide el capital de la sociedad o sociedades absorbidas. Estas fusiones se caracterizan por tener un proceso de ejecución más ágil y abreviado con menos requisitos que el previsto para las fusiones en general (antes reguladas en el art. 250 LSA).

FUSIÓN INVERSA. También conocida como fusión invertida, se trata de una fusión por absorción en la que la sociedad absorbida es titular de forma directa o indirecta de la totalidad de acciones o participaciones de la sociedad absorbente, por ejemplo, cuando la sociedad filial absorbe a su matriz.

Al igual que la absorción de sociedad íntegramente participada, la fusión inversa del proceso de ejecución simplificado.

FUSIÓN DE SOCIEDADES GEMELAS. También conocida como «fusión de hermanas», consiste en la fusión en cualquiera de sus clases de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio. El ejemplo típico es el de las sociedades, que no están participadas entre sí pero que están dominadas por una misma sociedad.

El proceso de ejecución de este tipo de fusiones se beneficia, en la medida de lo posible, de las particularidades en cuanto a la agilización de trámites previsto para la absorción de sociedades íntegramente participadas.

ABSORCIÓN DE SOCIEDAD PARTICIPADA AL 90 POR 100. Se trata de un nuevo supuesto de fusión introducido por la Ley 3/2009, que tiene lugar cuando la sociedad absorbente es titular directa del 90 por 100 o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad o de las sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción.

Este tipo de fusión cuenta con una simplificación procedimental consistente en que no son necesarios los informes de los administradores y de los expertos sobre el proyecto de fusión, siempre que se ofrezca por la sociedad absorbente a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales estimadas en su valor razonable, dentro de

un plazo que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza comunitaria.

5. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Escritura pública de fusión:

Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas.

Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido. Si se realiza por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones, participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas en cada caso, a cada uno de los nuevos socios.

Inscripción de la fusión:

La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.

Por tanto la inscripción en el Registro Mercantil tiene carácter constitutivo, ya que la eficacia de la fusión se hace depender legalmente de la inscripción en el Registro Mercantil de la nueva sociedad o de la absorción.

Como operaciones registrales a practicar destacamos las siguientes:

Si la fusión da lugar a la creación de una nueva sociedad, se le abre a ésta la correspondiente hoja registral, practicándose en ella una primera inscripción en la que se recogerán las menciones legalmente exigidas para la constitución de la nueva sociedad y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

Si la fusión se verifica por absorción, se inscriben en la hoja abierta a la sociedad absorbente las modificaciones estatutarias que, en su caso, se hayan producido y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

Una vez inscrita la fusión, el Registrador cancelará de oficio los asientos de las sociedades extinguidas, por medio de un único asiento, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes.

Si las sociedades que se extinguen estuviesen inscritas en un Registro distinto, el Registrador comunicará de oficio haber inscrito la fusión, indicando el número de la hoja, folio y tomo en que conste.

Recibido este oficio, el Registrador del domicilio de la sociedad extinguida cancelará mediante un único asiento los de la sociedad, remitiendo certificación literal de los asientos que hayan de quedar vigentes para su incorporación al Registro que haya inscrito la fusión.

Cada uno de los Registradores Mercantiles implicados en la fusión han de remitir al Registrador Mercantil Central los datos necesarios para la publicación en el *BORM*.

La extinción de la sociedad absorbida sólo se produce tras la inscripción de la escritura de fusión en el Registro Mercantil correspondiente. En caso de cierre registral por falta de depósito de cuentas anuales, la fusión no podrá inscribirse y, por tanto, no se producen los efectos extintivos de la sociedad absorbida.

Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley. Quedan a salvo los derechos de socios y terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoque la nulidad.

Se cambia el sistema de impugnación de la fusión con respecto a la regulación anterior, se pasa de un sistema de presunción de validez y eficacia de la fusión inscrita pero susceptible de impugnación por causas de nulidad o anulabilidad de los acuerdos sociales a un sistema de eficacia convalidante de la inscripción de la fusión respecto de los vicios o defectos de que pudiera adolecer ésta, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la Ley 3/2009.

6. FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS

Con la finalidad de garantizar la efectividad del mercado interior de la UE y eliminar trabas a la libertad de establecimiento y circulación de capitales, se incorpora a la legislación española la Directiva Comunitaria 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

Su régimen jurídico se encuentra tipificado en los artículos 54 y siguientes de la Ley 3/2009 y supletoriamente se aplican las disposiciones que rigen la fusión en general.

IV. ESCISIÓN

1. CLASES, REQUISITOS Y RÉGIMEN JURÍDICO

La escisión de una sociedad mercantil inscrita podrá revestir cualquiera de las siguientes modalidades:

- 1.^a Escisión total: Consiste en la extinción de una sociedad con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.
- 2.^a Escisión parcial: Consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica (4) a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.
- 3.^a Segregación: Se introduce con carácter *ex novo* esta modalidad de la escisión. Hasta ahora esta figura no gozaba de tipificación mercantil a pesar de ser una operación utilizada en la práctica. Consiste en el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias (la diferencia con el supuesto anterior está en que no son los socios los que reciben las acciones de las sociedades beneficiarias, sino que las recibe la sociedad segregada).

Como operación especial se regula la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio: Se aplican también las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria. En

(4) En cuanto a qué debemos entender por unidad económica, en defecto de un concepto legal, acudiremos a la doctrina y a la jurisprudencia que, en general, la definen como el conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que constituyen, desde el punto de vista organizativo y de estructura, una explotación autónoma capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos (así RDGRN de 10 de junio de 1994).

definitiva, se trata de la creación de una nueva sociedad íntegramente participada por la escindida.

Régimen jurídico de la escisión: La escisión se rige por las normas establecidas para la fusión, con las salvedades contenidas en el capítulo de la escisión y entendiendo que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión. La escisión en la que participen sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se rigen por lo establecido en sus respectivas leyes personales.

2. PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN

A) *Proyecto de escisión*

El proceso de escisión se inicia con el proyecto de escisión que deberá contener, además de las menciones propias del proyecto de fusión, las siguientes:

- 1.^a La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.
- 2.^a El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones o participaciones que les correspondan en el capital de la sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto.

B) *Informe de los administradores sobre el proyecto de escisión*

En el informe sobre el proyecto de escisión que habrán de redactar los administradores de las sociedades participantes en la escisión se deberá expresar que han sido emitidos los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en esta Ley para el caso de que las sociedades beneficiarias de la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, así como el Registro Mercantil en que esos informes vayan a depositarse.

C) *Informe de expertos independientes*

Cuando las sociedades que participen en la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, el proyecto de escisión deberá someterse al informe de uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil del domicilio de cada una de esas sociedades. Dicho informe comprenderá, además la valoración del patrimonio no dinerario que se transmita a cada sociedad.

D) *Aprobación de la escisión*

La escisión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de escisión con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan.

Los administradores de la sociedad escindida están obligados a informar a su junta general sobre cualquier modificación importante del patrimonio acaecida entre la fecha de elaboración del proyecto de escisión y la fecha de la reunión de la junta. La misma información deberán proporcionar, en los casos de fusión por absorción, los administradores de las sociedades beneficiarias y éstos a los administradores de la sociedad escindida para que a su vez informen a su junta de socios.

E) *Publicación del acuerdo de cesión*

El acuerdo de escisión, una vez adoptado, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

No será necesaria la publicación cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad.

F) *Ejecución de la fusión*

Por lo que respecta a las formalidades necesarias para la ejecución de la escisión acordada es necesario aplicar las disposiciones de la fusión relativas a la necesidad de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

G) *Tutela de acreedores*

En la Ley se establece un régimen de tutela de acreedores que se basa en dos ideas fundamentales: el derecho concedido a los mismos para impugnar el acuerdo de escisión y el establecimiento de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas:

1. Impugnación del acuerdo de cesión. La escisión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la escisión o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación del último de ellos. Dentro de ese plazo, podrán oponerse a la escisión los acreedores de cada una de las sociedades intervinientes cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de escisión, no haya vencido en ese momento y hasta que se les garanticen tales créditos. No gozarán de este derecho de oposición los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados.
 2. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas. De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias 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.
3. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS JURÍDICAS: ESCISIÓN PARCIAL Y APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD

Figura distinta de la escisión parcial es la denominada aportación de rama de actividad. La escisión parcial se caracteriza por implicar la división del patrimonio de una sociedad, constituyendo la parte escindida una unidad económica y su traspaso en bloque a otra sociedad beneficiaria, la cual tras el correspondiente aumento de capital, entrega en contraprestación las nuevas acciones emitidas a los accionistas de la sociedad escindida que simultáneamente reduce su capital en la cuantía necesaria. La escisión se caracteriza por tanto, por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial, constitutivo de una unidad económica correspondiente a la cuota de tales socios.

La aportación de rama de actividad (5) consiste, también, en la transmisión conjunta de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica, de una sociedad a otra, que deberá aumentar su capital social, pero sin que

(5) En cuanto al problema de si se pueden seguir realizando aportaciones de rama de actividad como simples aportaciones no dinerarias, una vez que se regula en el artículo 71 de la Ley, la figura de la segregación, destacamos el trabajo de Segismundo ÁLVAREZ en el *Diario La Ley*, núm. 7.253, de 1 de octubre de 2009, donde el autor estudia esta materia exponiendo las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en la materia.

ésta última incorpore a su esquema orgánico a los accionistas de la sociedad aportante, que siguen perteneciendo a la misma sociedad, sino que las nuevas acciones son entregadas a la sociedad aportante, que así pasa a ser, a su vez, socio de la sociedad que aumenta el capital. Esta figura ha sido recogida en la Ley 3/2009 bajo el nombre de segregación. La especialidad radica en que no son los socios los que reciben las acciones o participaciones, sino que las recibe la propia sociedad.

V. CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y DEL PASIVO

1. CONCEPTO

La LSRL regulaba, dentro de la liquidación de esta sociedad como una forma de liquidación simplificada, la cesión global del activo y del pasivo. Actualmente su regulación se encuentra en los artículos 81 y siguientes de la Ley 3/2009.

Consiste en la transmisión en bloque por parte de una sociedad inscrita de todo su patrimonio por sucesión universal a uno o varios socios o terceros a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. La sociedad cedente se extingue si la contraprestación es recibida totalmente por los socios.

Se denomina *cesión plural* aquella en que la transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad cedente se realiza a favor de dos o más cesionarios. En este caso se exige que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica (6).

Es posible la cesión de sociedades en liquidación siempre que no haya comenzado el reparto del patrimonio entre los socios.

Cuando cedentes y cesionarios fueran de distinta nacionalidad, la cesión se regirá por sus respectivas leyes nacionales. En las sociedades anónimas europeas se estará a su propio régimen.

2. PROCEDIMIENTO

A) *Proyecto de cesión*

Corresponde a los administradores de la sociedad redactar y suscribir un proyecto de cesión global en el que se hará constar: 1.º La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación

(6) Esta exigencia es una clara manifestación de que la cesión global es una modalidad estructural presidida por el principio de conservación de empresa.

del cesionario/s. 2.º La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables. 3.º La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio. 4.º La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. 5.º Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo. Los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global. Además los administradores deberán elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global.

B) Acuerdo de cesión global

La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose al proyecto de fusión con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión.

El acuerdo de fusión se publica en el *BORM* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social expresando la identidad de los cesionarios. También se expresará el derecho de socios y acreedores de obtener el texto íntegro, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. No será necesaria la publicación del acuerdo cuando se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquél.

La cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de este plazo los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para la fusión.

La omisión de referencia expresa a los obligacionistas determina que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la fusión, estos quedan excluidos de la posibilidad de ejercer el derecho de oposición a la cesión global del activo y del pasivo

C) Escritura de cesión e inscripción de la misma

La cesión global se hace constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La eficacia de la cesión global se produce con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la cesión se extingue como consecuencia de la cesión, se cancelarán los asientos registrales.

Se puede impugnar en la misma forma y plazo que en el caso de fusión.

D) *Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas*

De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y según los casos los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión o la propia sociedad que no se hubiera extinguido por la totalidad de la obligación.

La responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años.

VI. OTRAS MODIFICACIONES SOCIETARIAS

En las Disposiciones Finales de la Ley 3/2009 se da nueva redacción a algunos artículos de las leyes de sociedades de capital y se añaden otros nuevos. Se introducen modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, regulando excepciones a la exigencia del informe del experto independiente y en el régimen de la autocartera, así como una referencia expresa al principio de igualdad de trato.

Se adapta el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles a la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 18 de diciembre de 2008).

Vamos a examinar las principales modificaciones introducidas en la LSA y en la LSRL.

1. MODIFICACIONES EN LA LSA

- Se modifica el artículo 11.1, cuando se establezcan en los estatutos los llamados bonos de fundador, los mismos estatutos deben prever un sistema de liquidación para los supuestos de extinción anticipada de estos derechos especiales.
- Se modifica el artículo 15.2 relativo a la responsabilidad de la sociedad en formación. Con la denominación de sociedad en formación se alude a la situación en que se encuentra una sociedad cuya escritura pública de constitución ya ha sido otorgada y que sin embargo aún no se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, por lo que carece de personalidad jurídica. Viene a aclarar lo establecido por la reforma de la Ley de impulso de la productividad, de 28 de diciembre de 2007, tipificando:

«Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las

facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas designadas a tal fin por los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio por las aportaciones de los socios. Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiera obligado a aportar».

Como excepción a lo anterior se establece que si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con la del otorgamiento de la escritura fundacional y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, se entiende que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderá la sociedad en formación y los socios en los términos indicados.

- El artículo 38 regula el informe de los expertos independientes en el caso de aportaciones no dinerarias con las siguientes novedades:
 - a) El valor que se le dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos. Según el artículo 133 del RRM sólo procedía denegar la inscripción cuando el valor escriturado superase en un 20 por 100 al valor asignado por el experto.
 - b) Se establece de forma expresa la responsabilidad del experto por los daños causados por la valoración frente a acreedores, socios y la propia sociedad. La acción para exigirla prescribe a los cuatro años.
 - c) Se establece de forma expresa la exigencia de competencia profesional del experto.
- Además se introducen los artículos 38 bis, 38 ter y 38 quater mediante los que se exceptúan de la necesidad del informe de experto independiente las aportaciones consistentes en valores mobiliarios cotizados en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, así como de bienes cuyo valor razonable se hubiera determinado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocido para esos bienes. En estos casos, los administradores deberán elaborar un informe con el contenido regulado en la ley sobre las aportaciones no dinerarias.

Como medio de publicidad de ambos informes, se establece que los mismos deberán depositarse en el Registro Mercantil en el plazo

máximo de un mes a partir de la fecha efectiva de la aportación y se incorporarán como anexo a la escritura de constitución o a la de ejecución del aumento del capital social.

- Se modifica el artículo 41.1 relativo a la denominada «fundación retardada». Con esta denominación se hace referencia a las cautelas legales que se establecen para evitar que durante el periodo inicial de existencia de la sociedad se puedan producir de forma encubierta aportaciones no dinerarias bajo la apariencia de adquisiciones onerosas de bienes, eludiendo el cumplimiento de los controles legales sobre la realidad y valoración de dichas aportaciones y en perjuicio de la integridad del patrimonio social.

Este mecanismo legal consiste en que para que la sociedad pueda realizar adquisiciones onerosas desde el otorgamiento de la escritura de constitución o a partir de la transformación en este tipo social y hasta dos años de su inscripción en el Registro Mercantil han de ser aprobadas por la junta general de accionistas si el importe de aquéllas excede de la décima parte del capital social.

Con la convocatoria de la junta deberá ponerse a disposición de los accionistas dos informes: uno elaborado por los administradores, y otro por uno o varios expertos independientes designados por el Registrador Mercantil.

- Las modificaciones introducidas en el artículo 42 en materia de dividendos pasivos afecta a la forma y plazo de desembolso y se concretan en los siguientes aspectos:
 - En los estatutos sociales se ha de prever obligatoriamente la forma y el plazo máximo para el desembolso de los dividendos pasivos, suprimiéndose la referencia a que en defecto de previsión estatutaria corresponde a los administradores fijar dichos extremos.
 - Como alternativa a la publicación en el *BORM* del acuerdo de los administradores exigiendo el desembolso de los dividendos pasivos se contempla la notificación de dicha decisión a los afectados, lo que supone un ahorro de costes para la sociedad.
 - Se fija en un mes el plazo mínimo que debe mediar entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio en el *BORM* y la del pago efectivo de los dividendos pasivos.
- Se introduce un nuevo artículo 50 bis para reconocer de forma expresa el principio de igualdad de trato a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas.
- Se introducen modificaciones en el régimen de la autocartera. La autorización de la Junta para adquirir acciones propias puede tener ahora una duración máxima de cinco años (antes sólo dieciocho meses); la

adquisición en ningún caso puede provocar que el patrimonio neto resulte inferior al capital social; el límite cuantitativo de la autocartera permitida se eleva del 10 por 100 del capital al 20 por 100 para las sociedades no cotizadas, manteniéndose en el 10 por 100 para las cotizadas, siendo los administradores responsables del control de estos límites; será nula la adquisición de acciones no desembolsadas, salvo en adquisiciones a título gratuito o con prestaciones accesorias; y por último se reformula el requisito de no compromiso de la suficiencia patrimonial de la sociedad.

- Se incrementan los supuestos en que se exige un *quórum* reforzado para la constitución de la Junta. Se modifica el artículo 103 para incluir entre estos supuestos: la supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, la cesión global del activo y del pasivo y el traslado de domicilio social al extranjero.
- Se modifica el régimen del derecho de suscripción preferente dando nueva redacción al artículo 158.1 para introducir dos modificaciones sustanciales: se restringe el derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con aportaciones dinerarias (antes era para toda clase de aumentos) y no se reconoce ya este derecho a los titulares de obligaciones convertibles. En consonancia con ello se modifica el artículo 293 en el que también se suprime el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles a favor de los titulares de emisiones anteriores.
- En cuanto al derecho de oposición de los acreedores regulado en el artículo 166, se precisa cuándo los acreedores pueden oponerse a un acuerdo de reducción del capital social: Sólo pueden oponerse aquellos cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción de capital, no estén vencidos y no se les hayan garantizado.
- En consonancia con la nueva regulación establecida para la fusión y cesión del activo y del pasivo se modifica el artículo 266 que dice: «La disolución de la sociedad abre el período de liquidación».

2. MODIFICACIONES EN LA LSRL

- Se modifica el artículo 21.5, que exceptuaba de responsabilidad solidaria por la valoración de sus aportaciones no dinerarias a los socios cuyas aportaciones hubieran sido sometidas a valoración pericial conforme al artículo 38 de la LSA, para referirse ahora al caso en que las aportaciones no dinerarias sean valoradas de conformidad con lo previsto en la LSA.

- Se modifica el artículo 53.2 para incluir nuevos supuestos que requieren el *quórum* reforzado de votación de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. Se añaden los relativos a la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital social, cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.

VII. CONCLUSIONES

La Ley 3/2009 regula las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles estableciendo un régimen jurídico general y respondiendo así al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos. Se trata de una Ley de gran importancia para la práctica de los diferentes profesionales del Derecho y considero que se articula sobre dos ideas fundamentales: simplificación procedimental y ampliación tipológica.

Se regulan operaciones de reestructuración que implican una variación sustancial del conjunto de relaciones derivadas de la sociedad y que persiguen adaptar y adecuar la estructura de la empresa a las nuevas exigencias económicas y societarias. Es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución. Queda pendiente la elaboración de un TR bajo el título de «Ley de sociedades de capital» en el que se integren las normas de los diferentes cuerpos legales que regulan esta materia evitando así la dispersión normativa.

En un momento de crisis como el actual, la gran cantidad de procedimientos concursales existentes pone de manifiesto la necesidad de cohesionar las normas concursales con el iter procedimental tipificado en la Ley. Con ella se unifica y actualiza el régimen jurídico de las operaciones que modifican la estructura de las sociedades mercantiles considerando como tales la transformación, fusión, escisión o cesión global del activo y del pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social; y todo ello a la espera de un posterior desarrollo legislativo y jurisprudencial.

RESUMEN

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES SOCIEDADES MERCANTILES

En este trabajo vamos a analizar la Ley 3/2009, de 3 de diciembre, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Su importancia estriba

ABSTRACT

STRUCTURAL MODIFICATIONS BUSINESS PARTNERSHIPS

This paper analyses Act 3/2009 of 3 December on structural modifications of business partnerships. The importance of the act resides in the fact that it is

en que se aborda por primera vez una regulación completa y global sobre aspectos de gran trascendencia para las sociedades mercantiles, incorporando al Derecho español la Directiva Comunitaria 2005/56, relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital. Esta Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales consistentes en la transformación, fusión, escisión, cesión global del activo y del pasivo, así como el traslado internacional del domicilio social. Se aplica a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto bien por la forma de su constitución.

the first Spanish law to tackle the full, comprehensive regulation of certain points of great importance for business partnerships, by incorporating EC Directive 2005/56 on cross-border mergers of limited liability companies into Spanish law. The object of Act 3/2009 is to regulate structural modifications consisting in transformations, mergers, splits, comprehensive transfers of assets and liabilities and international changes of company address. The act applies to all partnerships that are regarded as business partnerships, due either to the nature of their purpose or the form of their organisation.

(Trabajo recibido el 28-4-2010 y aceptado para su publicación el 26-7-2010)