

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

**COLEGIO OFICIAL DE TITULADOS MERCANTILES Y
EMPRESARIALES DE ARAGÓN**

**«LA NUEVA LEY 3/2009 SOBRE MODIFICACIONES
ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES».**

Zaragoza, 21 de octubre de 2009

**«LA NUEVA LEY 3/2009 SOBRE MODIFICACIONES
ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES».**

**I.- CUESTIONES PREVIAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RAZÓN
DE SER DE ESTA REFORMA.**

El día 4 de abril de 2009, se publicó en el BORME esta norma que **entró en vigor** a los tres meses de su publicación, es decir, **el 4 de julio de este mismo año**, (salvo en la materia referente a las fusiones transfronterizas intercomunitarias, que entraron en vigor al día siguiente de la publicación en BORME).

Esta norma viene a incorporar a nuestro ordenamiento las Directivas 2005/56/CE, 2006/68/CEE y 2007/63/CE del Parlamento Europeo y el Consejo.

Como viene siendo habitual, se aprovecha esta reforma para introducir modificaciones en otras cuestiones societarias como el régimen de autocartera, de las aportaciones no dinerarias y de asistencia financiera, como luego veremos.

El **ámbito subjetivo de aplicación** (art. 2) se extiende a **todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles**, bien por su objeto, (sociedades civiles con actividad y objeto mercantil) o por su forma

societaria, tanto personalistas, (colectivas y comanditarias), como capitalistas, (anónima, limitada, laborales, profesionales, etc.).

En lógica consecuencia, se ven afectadas todas las leyes especiales que regulan cada uno de los tipos societarios, así como el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, normas que vienen a ser sustituidas –o modificadas- por **una norma única de aplicación general a las sociedades mercantiles**. Esta es, sin duda, la principal ventaja de esta nueva Ley.

Se excluyen, únicamente, del ámbito de aplicación las sociedades cooperativas que continuarán rigiéndose por su normativa especial.

II.- MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN Y III.- NUEVAS OPERACIONES: SEGREGACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA.

Las operaciones societarias afectadas por esta norma son las siguientes:

1.- Transformación (arts. 8 a 21).

Como primera cuestión, el art. 4 regula de forma amplia todos los posibles **supuestos de transformación, permitiendo prácticamente**

cualquier tipo de transformación en uno u otro tipo societario, con máxima flexibilidad, incluso regulando el supuesto de sociedades en liquidación, siempre que no se haya iniciado la distribución entre los socios del patrimonio, (art.5).

Queda derogada la sanción de nulidad de pleno derecho que establecía el art. 223 LSA para los supuestos de transformación, no expresamente previstos en la norma.

Se unifica el régimen jurídico de la transformación para todos los tipos societarios, con la consiguiente **unidad de disciplina aplicable**, superándose, -¡por fin!- el casuismo que existía, por falta de coordinación entre las distintas normas societarias publicadas en los últimos años. (Los arts. 6 y 7, excluyen a las sociedades cooperativas y anónimas europeas, remitiendo a la legislación especial).

El **derecho de información** se regula de forma detallada en el art. 9 que establece lo siguiente:

«1. 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 podrán pedir su entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos:

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

1. *El **informe de los administradores** que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, e indique asimismo las consecuencias que tendrá para los socios, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.*

2. *El **balance de la sociedad a transformar**, que deberá estar cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha prevista para la reunión, junto con un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan podido tener lugar con posterioridad al mismo.*

3. *El **informe del auditor** de cuentas sobre el balance presentado, cuando la sociedad que se transforme esté obligada a someter sus cuentas a auditoría.*

4. *El **proyecto de escritura social o estatutos** de la sociedad que resulte de la transformación, así como, en su caso, otros pactos sociales que vayan a constar en documento público.*

2. *Los **administradores de la sociedad están obligados a informar a la junta de socios** a la que se someta la aprobación de la transformación, sobre **cualquier modificación importante del activo o del pasivo** acaecida entre la fecha del informe justificativo de la transformación y del balance puestos a disposición de los socios y la fecha de la reunión de la junta.*

*3. No será precisa la puesta a disposición o envío de la información a que se refiere el apartado primero cuando el acuerdo de transformación se adopte en **junta universal y por unanimidad**».*

Es de destacar esta última mención, a la innecesariedad de tales documentos, ya que tales formalidades encarecían y dilataba determinados procesos de transformación, de forma innecesaria.

Mención especial merece la nueva regulación de la **participación de los socios** en la sociedad transformada que hace el art. 12, en especial, en su apartado 2 en cuanto al **socio industrial**:

*«2. En el caso de una sociedad con uno o más socios industriales que se transforme en un tipo social en el que no existan tales socios, la participación de éstos en el capital de la nueva sociedad transformada será la que corresponda a la **cuota de participación** que les hubiera sido **asignada en la escritura de constitución de la sociedad o, en su defecto, la que se convenga entre todos los socios**, reduciéndose proporcionalmente en ambos casos la participación de los demás socios.*

*La **subsistencia**, en su caso, de la **obligación personal del socio industrial** en la sociedad una vez transformada, exigirá siempre el **consentimiento del socio** y deberá instrumentarse como **prestación accesoria** en las condiciones que se establezcan en los estatutos sociales».*

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

En el caso de que la sociedad transformada tenga emitidas obligaciones convertibles, se exige su previa amortización, si el nuevo tipo societario no lo permite (art. 13).

En materia de **publicidad** se reduce el número de publicaciones del acuerdo de fusión a una única publicación en BORME y en un diario de gran circulación en el domicilio social, que puede sustituirse por una **notificación individual y personal** por escrito a todos los socios y titulares de derechos especiales, así como a los acreedores, siempre que se curse la notificación por un medio que permita acreditar la recepción (art. 14).

Se regula el **derecho de separación** (art. 15), sólo para aquéllos socios que no hayan votado a favor, remitiendo al régimen de separación regulado en la LSRL. (Hubiera sido deseable una regulación general, ya que la indicada remisión, sin duda, dará lugar a problemas prácticos de interpretación, cuando se trate de otros tipos societarios).

Como especialidad, se prevé la **separación automática de los socios que hayan votado en contra** si la sociedad se transforma en un tipo personalista que de lugar a la responsabilidad personal por deudas sociales, **salvo que se adhieran fehacientemente** dentro del plazo de un mes desde la adopción del acuerdo, si asistieron a la Junta, o desde la comunicación del acuerdo. De nuevo, se remite a la LSRL en cuanto a la valoración de las participaciones de estos socios automáticamente separados, (art. 100 LSRL).

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Los titulares de derechos especiales, -salvo que sean socios que hayan votado a favor del acuerdo,- pueden oponerse dentro del mes siguiente a la publicación en BORME o a la notificación escrita, en cuyo caso, «*la transformación no podrá tener lugar,*» (art. 16).

EL plazo de impugnación se fija en tres meses desde la inscripción (art. 20).

Se resuelve la cuestión de desde **cuando produce efectos** la transformación, fijándose en el momento de **inscripción en el Registro Mercantil** (art. 19).

La **responsabilidad por deudas anteriores** de los socios de sociedades personalistas que se transformen en sociedades en las que no se responda de forma personal, (capitalistas) prescribe, -no es pues, plazo de caducidad,- a los cinco años desde la publicación de la transformación en el BORME, salvo que los acreedores hayan consentido expresamente la transformación. (art. 21). Se modifica el régimen general del art. 949 CCom.

En el supuesto inverso, -poco habitual en la práctica,- transformación de sociedades capitalistas en personalistas, los socios pasan a responder de forma personal de las deudas anteriores a la transformación (art. 21).

El art. 17 prevé expresamente la posibilidad de que con la transformación se **incorporen nuevos socios**, debemos entender que mediante la oportuna ampliación de capital.

Se mantienen los principios de continuidad en la participación, modificaciones estatutarias y cumplimiento de requisitos del concreto tipo societario elegido, de forma muy similar al régimen anterior, así como las cuestiones formales referentes a la escritura de transformación (arts. 17 y ss.).

2.- **Fusión de sociedades (arts. 22 a 67).**

La nueva normativa regula de modo muy similar al régimen anterior cuestiones como el concepto de fusión (art. 22), tipos de fusión, propia e impropia, (art. 23) y continuidad en personalidad y en la participación de los socios, si bien, en este último caso, con la misma mención al socio industrial, ya referida en el apartado anterior (art. 24).

El **tipo de canje** debe establecerse sobre la base del «**valor real de su patrimonio**», pudiendo establecerse compensaciones en dinero que no excedan del 10% del valor (art. 25).

El art. 26 establece la **prohibición de canje de participaciones propias o «en poder de personas que actuasen en su propio nombre, pero**

por cuenta de estas sociedades», (supuestos éstos de titularidad fiduciaria muy difíciles de probar en la práctica).

El contenido del **proyecto de fusión** se amplía, debiendo incluir, (art. 31):

«1.- ***La denominación, el tipo social y el domicilio*** de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

2.- ***El tipo de canje*** de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.

3.- La incidencia que la fusión haya de tener sobre las ***aportaciones de industria*** o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

4.- Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan ***derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos*** de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

5.- Las ***ventajas*** de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los ***expertos independientes*** que hayan de intervenir,

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

*en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los **administradores** de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.*

*6.- La **fecha** a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a **participar en las ganancias** sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.*

*7.- La fecha a partir de la cual la fusión tendrá **efectos contables** de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.*

*8.- Los **estatutos** de la sociedad resultante de la fusión.*

*9.- La información sobre **la valoración del activo y pasivo** del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.*

*10.- Las **fechas de las cuentas** de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.*

*11.- Las posibles **consecuencias de la fusión sobre el empleo**, así como su eventual impacto de género en los **órganos de administración** y la incidencia, en su caso, en la **responsabilidad social de la empresa**».*

El proyecto debe ser aprobado por las respectivas Juntas de las sociedades implicadas en el plazo de seis meses, quedando, en otro caso, sin efecto (art. 30).

En cuanto a la **publicidad del proyecto de fusión** debe depositarse en el Registro Mercantil de cada sociedad y, una vez calificado, se remite al Registrador Mercantil Central para su publicación en el BORME. Hasta el depósito, no puede procederse a la convocatoria de las Juntas de aprobación de la fusión, salvo en el caso de Junta universal.

El **informe de administradores**, (art. 33) exige incorporar mención a *«las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores»*.

En cuanto al **informe de expertos independientes**, en el caso de que la sociedad resultante sea una anónima o una comanditaria por acciones, (art. 34), se regula en términos similares al vigente, manteniéndose la opción de designación de un único experto común para todas las sociedades.

El informe de expertos no es necesario si así lo acuerdan por unanimidad los socios con derecho de voto de todas las sociedades participantes o en el caso de sociedades íntegramente participadas.

La responsabilidad de los expertos independientes se remite de nuevo al régimen de los auditores de cuentas, si bien se matiza que podrá quedar excluida si el experto acredita que ha aplicado la diligencia y los

estándares propios en su actuación profesional, (supuesto de inversión de la carga de la prueba, que puede ser complejo en la práctica).

El art. 35 regula el supuesto especial de **adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente** en los siguientes términos:

*«En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído **deudas en los tres años inmediatamente anteriores** para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para **adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación** o que sean de **importancia por su valor patrimonial**, serán de aplicación las siguientes reglas:*

1. *El proyecto de fusión deberá indicar los **recursos y los plazos** previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.*

2. *El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar **las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos** y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.*

3. *El **informe de los expertos sobre el proyecto de fusión** debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se*

refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

*En estos supuestos será necesario el informe de expertos, **incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión**».*

De la lectura de este precepto resulta el gran número de «conceptos jurídicos indeterminados» que darán lugar a problemas en la aplicación práctica.

La regulación del **balance de fusión** (art. 36 a 38) no sufre grandes modificaciones, si bien se sustituye el concepto «valor real» por «valor razonable», (como ha venido sucediendo ya en las últimas reformas mercantiles).

Se prevé expresamente que el **socio que se sienta perjudicado** en el tipo de canje pueda solicitar al Registro mercantil la designación de experto independiente que fije «**la indemnización compensatoria**» dentro del plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de fusión en el BORME.

En la **información a facilitar a socios y representantes de los trabajadores sobre la fusión** (art. 39) se añade que las modificaciones de activo y/o pasivo que puedan producirse con posterioridad a la redacción del proyecto y antes de la Junta de aprobación, «*habrán de comunicarse a la Junta de todas las sociedades que se fusionan*», sin establecerse plazo

concreto, (ni siquiera introduciendo «de inmediato» o término similar, lo cual, de hecho, puede dar lugar a defectos en el derecho de información). Se hace recaer esta obligación en los administradores de la sociedad o sociedades afectadas.

Las **convocatorias de Juntas** o la comunicación a los socios del proyecto debe realizarse con un mes de antelación, haciéndose las oportunas menciones al derecho de información en las mismas (art. 40.2).

El **acuerdo de fusión**, debe adoptarse en los exactos términos indicados en el proyecto, equivaliendo «*al rechazo*», cualquier acuerdo que lo modifique (art. 40.1).

Conforme a lo dispuesto en el art. 41, se mantiene la necesidad de **consentimiento de todos los socios** cuando el acuerdo suponga la transformación de una **sociedad capitalista en personalista**, añadiéndose también el de «*los titulares de derechos especiales distintos de las acciones o participaciones, cuando no disfruten, en la sociedad resultante de la fusión, de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, a no ser que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada, en su caso, por la asamblea de esos titulares.*» (El concepto «equivalentes», como concepto jurídico indeterminado puede dar lugar a problemas prácticos de aplicación).

El art. 42 regula de forma separada el supuesto de **acuerdo unánime** en los siguientes términos:

*«Cuando las sociedades participantes o la sociedad resultante de la fusión **no sean anónimas o comanditarias por acciones** y el acuerdo de fusión hubiera sido adoptado en junta de socios con la **asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad**, no serán aplicables las normas generales que sobre el proyecto y el balance de fusión se establecen en las Secciones II y III de este Capítulo. Tampoco se aplicarán las normas relativas a la información sobre la fusión previstas en el artículo 39 ni las relativas a la adopción del acuerdo de fusión, a la publicación de la convocatoria de la junta y a la comunicación, en su caso, a los socios del proyecto de fusión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 40.*

*La inaplicación de las normas señaladas en el párrafo anterior **no restringirá** los derechos de información que sobre el objeto y el alcance de la fusión, en particular sobre el empleo, que **corresponden a los representantes de los trabajadores**».*

Se reducen de tres a **uno los anuncios a publicar** en el BORME y de dos a uno la publicación en un diario de gran circulación en la provincia de cada uno de los domicilios de las sociedades participantes del acuerdo de fusión, con la consiguiente reducción de costes. No serán necesarias

publicaciones, si se notifica de forma individual y escrita a todos los socios y acreedores (art. 43).

En cuanto al **derecho de oposición**, (art. 44), la regulación es similar. Pueden oponerse los acreedores *«cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto y no haya vencido en dicho momento y hasta que se le garanticen tales créditos»*, no reconociéndose este derecho a los acreedores cuyos créditos consten ya *«suficientemente garantizados»*, (antes se decía adecuadamente garantizados, matiz, sin duda significativo).

No se producen modificaciones sustanciales en cuanto a la regulación de la escritura de fusión, los efectos de la inscripción en el Registro (arts. 45 y 46), pero sí en materia **de impugnación de la fusión** (art. 47), ya que la nueva normativa establece el principio de que *«ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley»*, sin perjuicio de los derechos de socios y terceros a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Asimismo el plazo **de impugnación por nulidad** se reduce de seis a **tres meses** desde la fecha desde que la fusión sea oponible al impugnante (art. 47.2).

En el caso de creación de nueva sociedad, se podrá impugnar por las causas de nulidad que afecten al concreto tipo societario (art. 47.3).

Salvo consentimiento expreso de los acreedores a la fusión, los **socios de sociedades personalistas** que se extingan en el proceso de fusión, responderán durante un plazo de cinco años desde la publicación de la fusión en el BORME de las deudas previas a la fusión (art. 48).

La nueva normativa regula las denominadas «**Fusiones especiales**» entre las que se encuentran las siguientes:

- i) Fusiones impropias o de sociedad íntegramente participada (art. 49). La principal modificación, además de la mención al supuesto de fusión transfronteriza, es que se exige el informe de expertos y, en su caso, aumento de capital de la sociedad absorbente cuando ésta sea titular directa o indirectamente de la totalidad del capital de la absorbida.

Si como consecuencia de la fusión se produce una disminución del patrimonio neto de sociedades que no participen en la fusión, *«la sociedad absorbente tendrá que compensar a éstas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación»*, (art. 49.2)

- ii) Fusión de sociedad participada al 90% (art. 50). Constituye una novedad. En el caso de participación del 90% o superior, sin alcanzar el 100% del capital, no serán necesarios los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

de fusión, siempre que la sociedad absorbente ofrezca a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales por su valor razonable, dentro de un plazo que no podrá ser superior a un mes. Los socios disconformes con el valor razonable, pueden impugnarlo judicialmente en el plazo de seis meses. (Se exceptúa el caso de fusión transfronteriza).

En este supuesto, se puede excluir la celebración de Junta para la aprobación de la fusión por la sociedad absorbente, con los requisitos previstos en el art. 51, siempre que no soliciten su celebración por conducto notarial socios que representen el 1% del capital, en cuyo caso, deberán convocarla los administradores en los quince días siguientes para su celebración en el plazo máximo de dos meses desde el requerimiento notarial.

- iii) Supuestos asimilados (art. 52). Se aplica el régimen del art. 49 en el caso de **sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio**, así como en el caso de **absorción** cuando la absorbida fuera titular de forma **directa o indirecta de todas las acciones de la absorbente**. (Supuestos de nueva introducción).

En el caso de que la sociedad absorbida ostente de forma indirecta el total capital social de la absorbente o si las sociedades absorbidas y absorbente están indirectamente participadas por el mismo socio, será siempre necesario el informe de expertos y, en su caso, la ampliación de capital. Si la fusión provoca una disminución del patrimonio neto de las sociedades no participantes en la fusión, la absorbente deberá compensar en el valor razonable de dicha participación.

El art. 53 considera también supuesto asimilado aquella operación societaria *«mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla.»*

Los arts. 54 a 67 regulan de forma detallada **las fusiones transfronterizas intracomunitarias**.

3.- Escisión (arts. 68 a 80).

Tras una remisión general al régimen de la fusión (art. 73), la nueva normativa regula de forma separada los distintos supuestos de escisión (art. 68), incorporando, al igual que en la fusión, «supuestos asimilados». En concreto, son los siguientes:

- i) **Escisión total** (art. 69). Supone la extinción de la sociedad con división de todo su patrimonio en dos o más partes que se transmiten por sucesión universal a otras sociedades de nueva creación o preexistentes.
- ii) **Escisión parcial** (art. 70). En este caso, una o varias partes del patrimonio, que deben constituir una unidad económica, se transmiten a otra u otras sociedades ya existentes o de nueva creación, previa reducción de capital de la sociedad que hace la escisión parcial, pero sigue subsistiendo. En este caso, los socios de la sociedad que se escinde reciben participaciones, acciones o cuotas de las sociedades beneficiarias de la escisión.
- iii) **Segregación** (art. 71). El supuesto es similar a la escisión parcial, pero es la propia sociedad escindida, no sus socios, quienes reciben las participaciones de la sociedad beneficiaria de la escisión. Es una forma de constitución o toma de participación en una sociedad como «participada», que no constituye la adquisición del cien por cien de la misma.
- iv) **Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio** (art. 72). Este supuesto es aquél en el que una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo la propia sociedad las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria.

Se regula en términos muy similares al régimen anterior, el proyecto (art. 74), el informe de administradores (art. 77), las atribuciones de activos y pasivos (art. 75), las modificaciones patrimoniales posteriores al proyecto de escisión (art. 79) y la responsabilidad por obligaciones incumplidas (art. 80).

En cuanto al **informe de experto o expertos independientes** queda claro que **sólo** es necesario en el caso de que las sociedades que participen **sean anónimas o comanditarias por acciones**, pudiendo **excluirse** *«cuando así lo acuerden la totalidad de los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto, de cada una de las sociedades que participan en la escisión.»* (art. 78).

El art. 76 establece que si **no se atribuyen a todos los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias** será necesario el consentimiento individual de todos los socios afectados. (El antiguo art. 252.2 LSA, lo exigía si se atribuían acciones o participaciones de una sola de las sociedades).

IV.- LA «NUEVA» CESIÓN GLOBAL DE ACTIVOS Y PASIVOS.

Se regula por primera vez como modificación estructural de forma detallada, -y mucho más compleja,- esta operación societaria introducida por primera vez por el art. 117 LSRL, en sede de liquidación, (posteriormente extendida a otros tipos societarios por el RRM).

La nueva regulación (arts. 81 a 91) hace perder a esta operación las ventajas de la sencillez y reducidos costes que la hacían especialmente útil en algunas situaciones.

La Ley contempla la cesión global de activos y pasivos con **subsistencia de la sociedad cedente**, (supuesto de difícil encaje en la práctica, pues en principio la sociedad queda vacía de contenido y de actividad).

La operación consiste en la **transmisión en bloque de todo el patrimonio** de una sociedad por **sucesión universal** a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, cuotas o participaciones del cesionario (art. 81).

En el caso de cesión a dos o más cesionarios, o «**cesión global plural**» en terminología legal, se exige que *«cada parte de patrimonio que se ceda constituya una unidad económica,»* (art. 82), requisito

innecesario, a nuestro juicio, pues hace inviables operaciones muy habituales en las que uno de los socios se adjudicaba la actividad y otro tesorería, derechos, etc.

Como especialidades se regulan la cesión global por sociedades en liquidación (art. 83) y la cesión global internacional (art. 84).

El nuevo régimen legal se complica al exigirse un **proyecto de cesión** (art. 85) e **informe de los administradores** (art. 86), en términos similares a la fusión. Ambos documentos deben ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores (art. 87.2).

Llama la atención que se ha suprimido la mención expresa a la necesidad de acuerdo adoptado por **mayoría cualificada** de la Junta, salvo por la remisión a los requisitos exigidos para la fusión.

El acuerdo debe ajustarse «*estrictamente*» al proyecto, no siendo por tanto susceptible de modificación por la Junta (art. 87).

En cuanto a la **publicidad** se mantiene una única publicación en BORME y en un diario de gran circulación en la provincia, sustituible por una notificación individual a socios y acreedores.

El derecho de **oposición de acreedores** debe ejercitarse en el plazo de un mes desde el último anuncio o desde la notificación personal, en las mismas condiciones y efectos que en la fusión (art. 88).

En lo que respecta a **la impugnación de la cesión**, remite al art. 47 referente a la fusión.

Se incorpora la **responsabilidad solidaria** por las obligaciones incumplidas por el cesionario de los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido en la cesión y, en su caso, de los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, así como de la propia sociedad no extinguida. Esta responsabilidad prescribe a los cinco años (art.91).

V.- **TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO.**

Por último, la Ley regula en los arts. 92 a 103 el **traslado internacional del domicilio social**. (Se excluye la aplicación de este régimen a las sociedades anónimas europeas).

La nueva Ley regula los dos supuestos:

- i) **Traslado del domicilio de una sociedad española al extranjero** (art. 93 y 95 y siguientes).

La nueva Ley establece taxativamente, como norma imperativa, que sólo es posible esta opción respecto de aquellos Estados cuya legislación permita el **mantenimiento de la personalidad jurídica, excluyéndose expresamente en los casos de sociedades en liquidación o en concurso de acreedores**. Se pretende evitar que mediante un traslado de domicilio, se intente buscar la aplicación de un régimen jurídico más favorable o beneficioso y entorpecer los derechos, fundamentalmente, de terceros y acreedores. Recuérdese que la normativa concursal es de orden público.

El régimen legal del traslado al extranjero del domicilio de una sociedad extranjera es complejo. Se exige un **proyecto** muy detallado (art. 95) e **informe** de administradores (art. 96).

La Junta para la aprobación de este acuerdo debe convocarse con, al menos, **dos meses de antelación a la fecha de celebración y mediante publicación en BORME y en un diario** de gran circulación en la provincia del domicilio social (art. 98). Obsérvese que esta formalidad se exige a todos los tipos societarios, aunque en los Estatutos se establezca otra forma de convocatoria u otros plazos.

En la convocatoria debe constar:

a) Domicilio actual y nuevo domicilio en el extranjero.

b) Derecho de información sobre el proyecto y el informe de administradores.

c) Ejercicio de los derechos de separación de los socios (art. 99) y de oposición de los acreedores (art. 100).

Una vez adoptado el acuerdo, con las mayorías que conforme al tipo societario corresponda a cada sociedad (art. 97), se debe **presentar la escritura en el Registro Mercantil** del domicilio inicial para que, previa su calificación, el Registrador proceda al **cierre** del mismo para nuevas inscripciones (art. 101).

El traslado de domicilio **surte plenos efectos desde la inscripción en el Registro del nuevo domicilio** (art. 102). Una vez se acredite mediante certificación la inscripción en el nuevo Registro, (certificación que, aunque no lo diga la norma, deberá presentarse sometida a traducción jurada y, si es exigible, estar debidamente apostillada), el Registrador español procederá a **cancelar la inscripción de la sociedad**. Asimismo, deben presentarse los anuncios de dicha inscripción en el BORME y en un diario de gran circulación en el antiguo domicilio.

ii) **Traslado a territorio español del domicilio social.**

El art. 94 regula este supuesto, estableciendo como principio que, en el caso de ser sociedades constituidas conforme a la normativa de un **Estado que forme parte del Espacio Económico Europeo, no afectará a su personalidad jurídica**. En caso de ser un Estado que no forme parte, se exige **informe de un experto independiente** que establezca que el patrimonio neto cubre el capital exigido por el Derecho español.

La escritura deberá incorporar todos los **requisitos para la inscripción de la sociedad conforme a la normativa española aplicable, según el tipo societario** elegido, (certificado de denominación, Estatutos, nombramientos etc.).

VI.- **MODIFICACIONES EN OTRAS NORMAS MERCANTILES.**

Como viene siendo habitual, además de las derogaciones, esta norma ha introducido sustanciales modificaciones en la legislación societaria.

i) **Ley de Sociedades Anónimas.**

Modificaciones:

- Se modifica el art. **11.1** en cuanto a la necesaria regulación en estatutos de la liquidación de las ventajas y derechos de fundadores.
- Cambia también el art. **15.2**, incluyendo el apoderamiento a los administradores cuando el día de constitución y comienzo de operaciones coinciden, para realizar los actos necesarios, salvo disposición en contrario en los estatutos o en la escritura.
- El **art. 38** referente a las aportaciones no dinerarias y responsabilidad del experto independiente, incluye una regulación más precisa.
- Se modifica el **art. 41** referente a las adquisiciones onerosas realizadas en los dos años siguientes a la constitución o transformación e inscripción en el Registro, exigiéndose que se ponga a disposición de los accionistas el informe de los administradores que justifique la asignación, así como el de expertos independientes en cuanto a su valoración.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

- El art. 42 da nueva regulación a los dividendos pasivos, estableciendo: « 1. *El accionista deberá aportar a la sociedad la porción del capital que hubiera quedado pendiente de desembolso, en la forma y dentro del plazo máximo previstos en los estatutos sociales.* 2. *La exigencia del pago de los dividendos pasivos se notificará a los afectados o se anunciará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Entre la fecha de envío de la comunicación o la del anuncio y la fecha del pago deberá mediar, **al menos, el plazo de un mes.**»*

- Sufre una **modificación sustancial el régimen de autocartera** en sus **arts. 75** (referente al régimen de adquisición derivativa de acciones propias), **76** (infracción de los límites legales y consecuencias), **78** (obligación de enajenar acciones propias), **79.3** y **84** (sobre reservas indisponibles).

- Se modifica el **art. 103**, incluyendo las operaciones estructurales, entre otras y exigiendo la concurrencia en primera convocatoria del 50% del capital con derecho a voto.

- Se precisa la redacción del **art. 158.1** en el sentido de aclarar que el derecho de suscripción preferente sólo procede en las ampliaciones con aportaciones dinerarias.

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

- En materia de reducción de capital, se modifica el **art. 166** referente al derecho de oposición de los acreedores.
- Se modifican también los **arts. 266** sobre apertura del periodo de liquidación y el **293** referente a la emisión de obligaciones convertibles.

Se introduce los siguientes **nuevos preceptos**:

- **Art. 38 bis**: Regula supuestos en los que el **informe de experto independiente** en las aportaciones no dinerarias **puede excluirse**, (valores que coticen en mercado oficial, mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario y activos ya valorados por experto independiente dentro de los seis meses anteriores, por ejemplo, con ocasión de un préstamo hipotecario).

Se prevé que el accionista titular del 5% pueda solicitar el nombramiento de experto independiente al Registrador Mercantil, si no lo hubieran solicitado los administradores, procediendo su designación.

- **Art. 38 ter**: Se establece la emisión de **informe por los administradores sobre aportaciones no dinerarias**, en el

caso de que las aportaciones se efectúen sin informe de expertos independientes.

- **Art. 38 quater:** Los informes antes referidos deben depositarse en el Registro Mercantil en el plazo de un mes desde la fecha de efecto a aportación, incorporándose como anexo a la escritura de ampliación o constitución.
- Se introduce un **art. 50 bis** que establece el principio de igualdad de trato en los siguientes términos: *«La sociedad deberá dar un igual trato a los accionistas que se encuentren en condiciones idénticas».*

ii) **Ley de sociedades de responsabilidad limitada.**

Además de las derogaciones, se modifican el **art. 21** excluyendo la responsabilidad de los socios por aportaciones no dinerarias si se valoran conforme a lo dispuesto en la LSA y el **art. 53.2** en cuanto a las mayorías reforzadas, que pasa a tener la siguiente redacción.

«1.º El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

*2.º La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, **dos tercios de los votos** correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.»*

- iii) **Se introduce un nuevo título en la Ley 31/2006 de 18 de octubre sobre implicación de los trabajadores de sociedades anónimas y cooperativas europeas**, en lo referente a fusiones transfronterizas.
- iv) Destacamos la Disposición Adicional Primera referente a **los derechos laborales derivados de modificaciones estructurales** que establece que: «1. Lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral.

*2. En el supuesto de que las **modificaciones estructurales** reguladas en esta Ley **comporten un cambio en la titularidad de la empresa**, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo».*

La Disposición Final Séptima habilita al Gobierno para en el plazo de doce meses refundir en **un único texto denominado «Sociedades de Capital»**, aclarando, armonizando y regularizando la LSA, LSRL, el Código de Comercio, y la LMV.

Zaragoza, 14 de octubre 2009.