

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

REFORMA DE LA NORMATIVA SOBRE FUSIONES Y ESCISIONES**POR EL RDL 9/2012 DE 16 DE MARZO (2):****REFORMA DE LAS DENOMINADAS FUSIONES "SIMPLIFICADAS"****Y ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL DERECHO DE OPOSICIÓN DE ACREEDORES****Javier Juste Mencía**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado y Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

1. Modificación de las llamadas fusiones "hipersimplificadas" del art. 42 LME

El art. 42 regulaba las denominadas fusiones hipersimplificadas, en virtud de las que las operaciones entre sociedades que no fueran anónimas o comanditarias por acciones podían no sólo adoptar el acuerdo en junta universal y por unanimidad, sino también prescindir de gran parte de los requisitos necesarios para culminar un proceso de fusión. La nueva redacción de este precepto es la siguiente:

«1. El acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho.

2. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal.»

Las novedades que comporta la nueva norma pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) **Ámbito subjetivo:** a pesar de que la LME parecía posicionarse en contra de esta posibilidad, queda ahora claro que las sociedades anónimas pueden acordar una fusión en junta universal. Desde esta perspectiva, por lo tanto, son más las sociedades que pueden beneficiarse del proceso simplificado.
- b) **Contenido de la dispensa:** La operación, siempre que se acuerde en junta universal y por unanimidad (no vale la mayoría, el legislador mantiene la necesidad de que exista un previo consenso entre todos los socios, si no se desea comenzar desde cero la operación), puede aprobarse sin necesidad de haber depositado –se entiende, en el Registro mercantil- o publicado el proyecto de fusión y los demás documentos previstos en la ley. Esta dispensa resulta, hoy como antes, fundamental. Al mismo tiempo, se permite que no se emita el informe de los administradores. Nótese que el nuevo texto varía la dicción del anterior, que no hablaba de falta de presentación de documentos, sino de no aplicación de las normas generales sobre el proyecto y balance de fusión. La solución más sensata (tanto en la actualidad como antes, cabe

añadir) es la de dejar constancia de la aprobación de un proyecto completo que, aun no publicado con anterioridad, será el aprobado por el acuerdo de los socios.

- c) Documentos que no se exigían y ahora son necesarios. La noma derogada señalaba que no serían aplicables las normas generales sobre el balance de fusión. Como sabemos, en la práctica de algunos Registros mercantiles la norma se había interpretado en el sentido de que debía presentarse un balance de fusión, pero no resultaba necesario que cumpliera con los requisitos que la ley establece, fundamentalmente de carácter temporal. A partir de ahora, no existe dispensa en este campo, por lo que deberá aprobarse un balance de fusión acorde con lo dispuesto en los arts. 36 y, en su caso, 37 LME (auditado si la sociedad está sometida a verificación contable).

2. Modificación sustancial del derecho de oposición de los acreedores.

A pesar de que la exposición de motivos del RDL parece afirmar lo contrario, el nuevo artículo 44 LME transforma el derecho de oposición de los acreedores en España de una manera radical. Hasta ahora, el ejercicio del derecho de oposición por parte de los acreedores legitimados tenía como efecto la paralización de la operación, que no podía llevarse a efecto en tanto la sociedad no prestara garantía a satisfacción del acreedor; satisfacción que se entendía producida con el otorgamiento de una fianza solidaria por entidad de crédito, por la cuantía del crédito ostentado por el acreedor, y durante el plazo de prescripción de su acción contra la sociedad. La amplitud con que se ha regulado en España la impugnación de la fusión inscrita permitía entender que podía hacerse valer la nulidad de la operación cuando se violara este derecho.

Las normas comunitarias permitían –y así se ha hecho en otros ordenamientos– que el derecho de oposición sólo fuera eficaz si el acreedor alcanzaba a demostrar que la operación resultaba arriesgada para su posición. El legislador español, no obstante, decidió mantener el sistema “fuerte” de protección de acreedores, en línea con su tradición legislativa.

En este momento no era preciso reformar la norma, pues la directiva transpuesta no introduce ninguna novedad en este régimen. Es probable, empero, que la multiplicación de operaciones de modificación estructural en los últimos tiempos (con intervención de compañías con situaciones económicas difíciles) esté dando lugar a una más frecuente utilización del derecho de oponerse que corresponde a los acreedores, práctica frente a la que el Gobierno desea salir al paso, dado que puede desembocar en la paralización de operaciones necesarias o convenientes en términos de intereses generales.

La justificación de la explicación de motivos quizá no dé cuenta suficiente de la entidad de la reforma, cuando afirma:

“El real decreto-ley es fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española, en la que el reconocimiento de este derecho no se condiciona a que la situación financiera de la sociedad deudora haga necesaria una especial tutela. En esta materia, el carácter de régimen mínimo de protección que tiene el contenido de las Directivas 78/855/CEE, 82/891/CEE, 2005/56/CE y la que ahora se incorpora da legitimidad el mantenimiento en nuestro derecho de la ampliación subjetiva de los acreedores protegidos. Pero, siguiendo a la Directiva, a la vez que evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad en caso de legítima oposición puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión, el real

decreto-ley amplía las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor”.

La clave reside en que, hasta ahora, sencillamente, no se evitaba en absoluto que la “infracción de los deberes a cargo de la sociedad” afectara a la eficacia de la fusión o escisión: al contrario, la consecuencia del ejercicio era la imposibilidad de llevarla a cabo. Por esta razón, causa sorpresa que se afirme que el RDL es fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición, o que se amplían las posibilidades de acción de los acreedores cuando no se respeten sus derechos. Hasta ahora, la infracción del derecho, suponemos, daba lugar a la nulidad de la fusión; desde este momento, en cambio, se les ofrecen acciones judiciales que tienen como presupuesto el mantenimiento de la eficacia de la operación. En síntesis, el régimen de la oposición de los acreedores es ahora el siguiente:

- a) El art. 44 mantiene el plazo de un mes para el ejercicio del derecho, antes de cuyo transcurso la fusión no puede ser realizada.
- b) El tenor literal del artículo introduce alguna variación respecto de los acreedores legitimados, cuando el proyecto de fusión no se inserte en la página web, sino que sea depositado en el Registro: hasta ahora, eran aquellos cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de publicación del proyecto, según la nueva norma, el crédito debe haber nacido antes de la correspondiente al depósito. En consonancia con la reforma, están legitimados se menciona como momento temporal relevante el de la inserción en la página web del proyecto de fusión. En ambos casos,

como antes, no pueden estar vencidos en ese momento. Se añade ahora que, en el caso de no necesidad de publicación o inserción del proyecto (lo que, según acabamos de ver, consiente el art. 42 reformado para un número mayor de sociedades), tendrán derecho de oposición los acreedores cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de publicación o notificación individual del acuerdo de fusión. Permanece la referencia a la legitimación de los obligacionistas, y la afirmación de que no poseen ese derecho los acreedores cuyos créditos estén ya suficientemente garantizados.

- c) La principal novedad está en el apartado cuatro del precepto, que ahora dice:

“Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición.

El Registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta ley”

La fusión, por lo tanto, puede seguir adelante y quedar inscrita a pesar del ejercicio del derecho de oposición, que ahora debe ser ejercitado mediante comunicación fehaciente, requisito de forma que antes no era estrictamente necesario (aunque muy conveniente, por razones obvias). El remedio que ahora otorga el legislador y que, según la exposición de motivos antes citada, "amplía las posibilidades de acción" del acreedor, es el de iniciar un procedimiento judicial para solicitar la prestación de garantía conforme a la ley.

El precepto menciona, en relación con este ejercicio, dos asientos registrales: de una parte, la nota marginal de haber ejercitado el derecho de oposición; de otra, la anotación preventiva de demanda, que impide la cancelación automática de la primera a los seis meses.

Hay que suponer que la posibilidad de ejercer la acción judicial –de condena a prestar garantía– no depende de la puesta en marcha de estas medidas registrales, cuya eficacia, entendemos, debe ser fundamentalmente disuasoria para las sociedades que se fusionan, si es que se puede considerar que cumple esa función la circunstancia de dar publicidad al litigio por insuficiencia de garantía. Por lo demás, el fondo del asunto consistirá, previsiblemente, en la discusión acerca de si el crédito del demandante está o no suficientemente garantizado. Lo que traerá consigo litigios que, al menos hasta el momento, no se habían producido con frecuencia. Téngase en cuenta que, mientras no se modifique el RRM (todavía no adaptado a la LME), en la escritura de fusión debe constar la declaración sobre la inexistencia de oposición o, en su caso, la identidad de quienes se hubieran opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiera prestado la sociedad (art. 227 RRM). A partir de ahora, la declaración más previsible de los otorgantes de la escritura consistirá en la identificación de los

acreedores y la consideración de hallarse los créditos suficientemente garantizados.

3. Sustitución del balance de fusión por otra información financiera en sociedades cotizadas

En los casos en que la sociedad cotice en un mercado secundario oficial, vale como balance de fusión la información financiera semestral, siempre que el correspondiente informe haya sido cerrado y publicado en los seis meses anteriores al proyecto de fusión (art. 36.3, 45). Esta norma permite aligerar notablemente los trámites de las fusiones entre cotizadas, cuando se realicen en periodo distinto al primer semestre del año.

4. Otras reformas

Junto con las comentadas, se han producido otras reformas, de menor alcance.

- a) Es posible ahora, siempre que lo consientan todos los socios con derecho a voto, dispensar a los administradores del deber de informar sobre las alteraciones importantes del patrimonio posteriores al proyecto de fusión, pero anteriores al acuerdo (art. 39.3). Se supone que la dispensa se producirá, en su caso, durante el acuerdo de fusión.
- b) En materia de fusiones simplificadas, se altera el régimen de la oferta de adquisición de acciones o participaciones a los titulares de hasta el diez por ciento del capital social, que no esté en poder de la absorbente, por parte de esta sociedad (art. 50.2 LME). Hasta la reforma, y para el caso de que los socios no estuvieran de acuerdo con el precio, la ley señalaba que estos socios podían ejercitar acciones para obligar a la sociedad a la adquisición por el valor razonable fijado en

el procedimiento. Junto con esta opción, ciertamente costosa, el legislador les ofrece ahora que un auditor nombrado por el Registrador mercantil proceda a esa valoración. Aunque

la ley no lo señale expresamente, hay que esperar que el precio así fijado sea el que la sociedad esté obligada a satisfacer a los socios que aceptan salir de la sociedad.