

MADRID

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

BARCELONA

Diagonal, 467 bis
08048 Barcelona
Tel: (34) 93 415 34 00

BILBAO

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

MÁLAGA

Miguel 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, 38
36201 Vigo
Tel: (34) 996 44 33 00

LAS PALMAS

Buenos Aires, 8
35002 Las Palmas
Tel: (34) 928 38 38 36

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC4R 1QS - Londres
28046 Madrid
Tel: (34) 91 582 91 00

JUNIO 2009

ESTRATEGIAS OPERATIVAS PARA LAS FUSIONES SIMPLIFICADAS (ARTS. 49 Y 52 LME)

Javier Juste Mencía

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha
y miembro del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo*

1. Preliminar

Entre las numerosas cuestiones que suscita la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME), parece oportuno dar algunas indicaciones sobre las pautas que se han de seguir en los casos que más frecuentemente abordamos en la Firma, en cualquiera de sus departamentos, como son las fusiones simplificadas, hoy denominadas especiales (junto con la absorciones de filiales poseídas al noventa por ciento, que no se abordan en este documento).

Todo lo que se indica aquí será revisado en el momento en el que se promulguen los nuevos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil (de momento, no hay noticia sobre cuándo se producirá la reforma). La ausencia de texto reglamentario invita a ser particularmente cautos en el diseño de las operaciones y a presentar una redacción, acorde con la ley, que no presente dificultades añadidas de inscripción.

En el caso de las fusiones de sociedades filiales, participadas íntegra y directamente al cien por cien por la absorbente, las novedades son escasas respecto del régimen previsto en el aún vigente artículo 250 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). En cambio, en los casos de las fusiones de filiales íntegra pero indirectamente participadas, fusiones inversas y fusiones entre filiales íntegra e indirectamente participadas por la misma sociedad, han de adoptarse algunas cautelas añadidas.

2. Absorción de filial íntegra y directamente participada por la sociedad absorbente

Este es el supuesto mejor conocido y más utilizado en la práctica. Con la nueva LME se prevé una simplificación procedimental análoga a la hasta ahora prevista: no hará falta referirse al tipo de canje (en esta operación ni hay ni debe preverse canje) ni a la fecha en que se participará en las ganancias sociales; tampoco dar información sobre la valoración del activo y el pasivo ni las fechas de las cuentas anuales tomadas en consideración.

La principal novedad consiste en la **posible supresión de los acuerdos de fusión por parte de las juntas generales, lo que supone atribuir la competencia, si se desea, al órgano de administración de cada una de las sociedades.**

a) En cuanto a la **sociedad absorbente**, la posibilidad de omitir el acuerdo de la junta y sustituirlo por el del órgano de administración se encuentra recogida en el artículo 51 LME, previsto también para el caso de absorción de sociedad directamente participada al noventa por ciento por la absorbente. Debe tenerse presente que en estos casos resulta preciso cumplir algunos requisitos de **publicidad**, que pueden ser costosos:

- Publicación de anuncio en el BORME
- en un diario de gran circulación en la provincia en las (sic) que cada una de

las sociedades tenga su domicilio con una antelación de un mes a la fecha prevista para la absorción de la participada. Cabe la duda sobre cuántos anuncios hay que publicar en los diarios si las sociedades tienen sus domicilios en provincias distintas, por lo que parece preferible la solución del anuncio en el BORME. Esta publicidad no sustituye al depósito del proyecto en el Registro (cfr. art. 32); la norma sólo es especial respecto del 39 (información sobre la fusión).

- Si la sociedad absorbente es una **sociedad limitada** en cuyos estatutos esté prevista la posibilidad de convocar junta mediante comunicación personal y escrita a los socios (art. 46.2 LSRL), **resulta preferible indudablemente convocar la junta general**, pues la simplificación del procedimiento ofrecido por la ley (que, por cierto, estaba prevista en la directiva sólo para las anónimas, en algunos países europeos necesariamente abiertas) no es real.

- Contenido del anuncio: debe expresarse el derecho de todos los socios **y de los acreedores sociales de todas las sociedades afectadas (¿?)** a examinar en el domicilio social o recibir gratuitamente el proyecto de fusión (los informes de los administradores y de expertos no son necesarios, como hemos visto, en este supuesto). Debe mencionarse también el derecho de los socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social, a **solicitar que se convoque la junta para aprobar la fusión**, derecho que debe ejercerse en los quince días siguientes al último de los anuncios y que obliga a que la junta se celebre en los dos meses siguientes al requerimiento.

b) Puede omitirse ahora también la junta general de la **sociedad absorbida**. Habrá ocasiones en que la norma no encierre ninguna simplificación real: el órgano de administración de la absorbente puede decidir la fusión al actuar como socio único de la absorbida. Si se utiliza la facultad prevista en este artículo, será necesario convocar, además, al órgano de la filial.

3. Absorción de sociedad íntegra e indirectamente participada

Esta operación (absorción de subfilial o «abuela-nieta») plantea con el nuevo régimen una serie de **dificultades que la hacen desaconsejable** si el cliente tiene otras opciones.

En principio, el régimen es el descrito *sub 2*, con especialidades¹.

a) **Siempre es preciso elaborar el informe de un experto independiente**, incluso si se trata de sociedades limitadas. Otra cosa es que el mencionado informe no tenga, en realidad, ni objeto ni destinatario claros.

b) La ley dice que «será exigible, en su caso, el aumento de capital de la sociedad absorbente». En realidad, este aumento no responde a aportación patrimonial alguna, por lo que no debería haberse consentido. **Debe informarse de este extremo al cliente** y, si es posible, evitar el aumento, que abrirá, paradójicamente, un desequilibrio entre patrimonio y capital de la sociedad afectada. Es de esperar que la expresión, no desprovista de misterio, sobre la exigibilidad, «en su caso», permita inscribir fusiones de este tipo sin aumento de capital derivado de la fusión.

¹ Ha causado, con razón, perplejidad, el modo con que el legislador se refiere a estas especialidades: «Cuando la sociedad [...], además de tener en cuenta lo dispuesto en el apartado anterior, será siempre necesario [...]» el informe de expertos y un aumento de capital. Curiosamente, el apartado anterior dispensa de la redacción del informe de expertos y del mencionado aumento. La norma sólo tiene sentido si se omite la frase en cursiva.

c) La sociedad filial intermedia (o sociedad madre, en la terminología pseudo-familiar generalmente aceptada) **debe ser compensada por la matriz** (o abuela) **por el valor razonable de la participación que pierde en la sociedad absorbida**. Esta norma ha de aplicarse siempre que la fusión provoque una disminución de su patrimonio neto (lo que, salvo error mío, sucederá siempre que el valor de la absorbida sea superior a cero). La norma pretende proteger a los acreedores de la sociedad que, por no fusionarse ésta, carecen del derecho de oposición (cfr. art. 44 LME). Es innecesariamente gravosa, pero suficientemente clara.

No debería existir ningún inconveniente societario para, en el momento inmediatamente posterior al pago de la compensación, devolverla en todo o en parte mediante dividendo (con el límite del art. 213 LSA) o reducción de capital (con oposición de acreedores o mecanismo alternativo de garantía en el caso de una sociedad limitada).

d) A la vista de todo lo anterior, en ocasiones podrá ser preferible realizar la operación en dos actos: doble fusión simplificada (pero normalmente, si el cliente ha planteado absorber sólo a la subfilial, no se ajustará a sus necesidades) o combinación de fusión hija-nieta y escisión de nieta a favor de la abuela.

4. Fusión inversa (absorción de filial por matriz tenedora de la totalidad del capital social)

Esta operación puede acogerse al régimen simplificado antes descrito.

Conviene tener presentes, no obstante, los siguientes puntos:

a) La previsión de un aumento de capital no es contraria a las normas sobre autotransmisión de acciones propias, como

sucede en la absorción de una filial por la matriz. Pero la adquisición de acciones o participaciones existentes, adquiridas por la filial en virtud de la fusión, daría lugar a la creación de una autocartera (en principio, lícita, en virtud de los artículos 77b LSA y 40.1a LSRL) sujeta a los requisitos del artículo 79 LSA. Lo razonable **es otorgar a los socios de la matriz extinguida, directamente, los títulos de la filial que aquélla poseía, sin necesidad de aumentar el capital.**

b) Si los estatutos de la filial absorbente contienen derechos especiales (quizá procedentes de una fase anterior a la de unipersonalidad) o no recogen las diferencias que puedan haberse reconocido en la matriz absorbida, **será preciso modificar los estatutos para salvaguardar la paridad de canje interna.**

c) Literalmente esta operación podría aprobarse sin necesidad de junta de la matriz absorbida y sin concesión de un derecho a la minoría para la convocatoria. **NO es aconsejable, sin embargo, omitir el trámite**, pues probablemente es un supuesto no pensado por el legislador que puede fácilmente lesionar los derechos de los minoritarios.

5. Fusiones entre filiales de una sociedad dominante, titular directa de todas ellas

En estos casos, la opción por el régimen simplificado es verdaderamente optativa.

6. Fusiones inversas o entre filiales no participadas directamente entre sí o por la sociedad dominante

El principal problema práctico que plantea este supuesto es el de la necesaria compensación, exigida también aquí, junto con el informe de los expertos. Con el inconveniente añadido de que no siempre se podrá recurrir al posterior reparto de

dividendos o reducción del capital a favor de la absorbente (que puede pertenecer a una «estirpe» de filiales distinta dentro del grupo).

En estos casos parece preferible **realizar una operación ordinaria** (con canje, aumento, etc.), solicitando sin embargo la eliminación del informe de los expertos sobre la base del artículo 34.5 LME (acuerdo de todos los socios). No es seguro que esta dispensa sea admisible en la actualidad, pero puede defenderse muy razonablemente, ya que las sociedades han decidido no acogerse al régimen simplificado —que exige informe en todo caso—, por lo que debe aplicarse el general.