

El Confidencial 13/07/2023

Por **Augusto Piñel**

REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO DE 2023: ES 'MEJOR' EL REMEDIO QUE LA ENFERMEDAD
El modo en el que se ha aprobado la norma de forma urgente mediante real decreto-ley, por el adelanto electoral, ha impedido la inclusión de otras mejoras técnicas durante el trámite de enmiendas parlamentarias

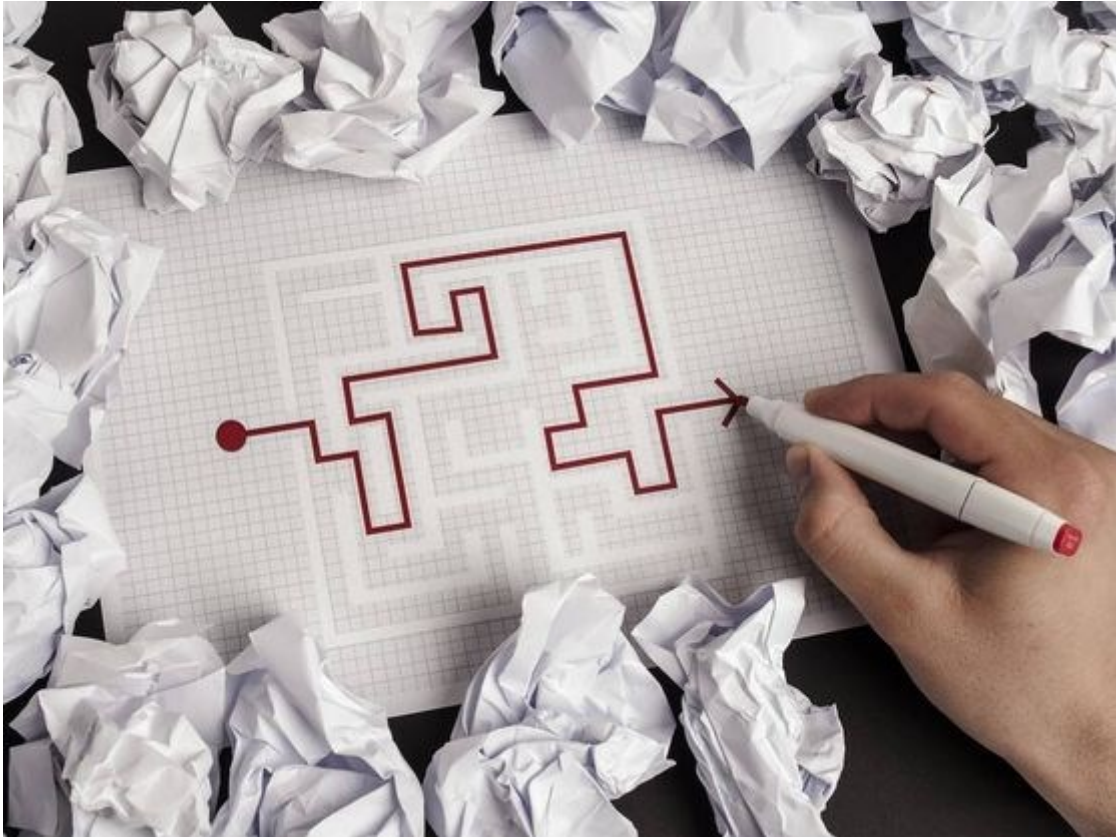


Foto: Pixabay/Eluj.

Este Real Decreto-ley 5/2023 (RDL 5/2023), ómnibus de título imposible (incluye referencias a la guerra de Ucrania y otras directivas europeas), contiene, entre sus variadas disposiciones, el nuevo régimen de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles por la necesaria y tardía adaptación del derecho español (el plazo de transposición finalizó el 31 de enero de 2023) a la Directiva (UE) 2019/2121, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre (libro primero del RDL 5/2023), también denominada Directiva de Movilidad.

La transposición del derecho europeo implica, además de la derogación de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la adaptación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) al nuevo régimen contemplado en el libro primero del RDL

5/2023, y la inclusión de modificaciones en el recientemente reformado Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

El nuevo régimen de modificaciones estructurales entrará en vigor el próximo 29 de julio de 2023, estableciéndose un régimen transitorio para las operaciones que se encuentren en curso antes de su entrada en vigor, de manera que la antigua norma (Ley 3/2009) se aplicará a las modificaciones estructurales cuyos proyectos hayan sido aprobados por las correspondientes juntas generales de las sociedades participantes antes del 29 de julio de 2023. Por tanto, habrá que analizar caso por caso las modificaciones a incluir en proyectos en curso que no hayan podido convocar la correspondiente junta general para su celebración antes de esa fecha (salvo, obviamente, aquellas en las que fuera posible la celebración de junta universal).

Como novedad relevante, se regulan por primera vez las fusiones extraeuropeas y las escisiones transfronterizas, que carecían de un régimen jurídico específico que hacía necesario la coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades implicadas para confirmar su viabilidad. Por su parte, el anteriormente denominado traslado internacional del domicilio social se denomina ahora transformación transfronteriza, distinta de la transformación del tipo social o transformación interna en la que una sociedad española adopta un tipo social distinto sin alterar su nacionalidad.

Una de las cuestiones que ha resultado más controvertida desde la publicación del Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales el pasado 14 de febrero ha sido la estructura de la norma. Así, contiene un apartado primero de disposiciones comunes que aplican a cualquier modalidad de modificación estructural, y sin distinción de si son internas (nacionales) o transfronterizas. En el siguiente apartado se relacionan normas particulares para cada una de las modificaciones internas y finalmente las disposiciones aplicables a las transfronterizas. Seguramente sea por la falta de costumbre, pero esto hace que en ocasiones no resulte fácil e intuitivo conocer el detalle del régimen aplicable a cada modificación estructural.

Como resumen de las novedades en cuanto al procedimiento a seguir para la ejecución de una modificación estructural, se puede señalar que la nueva norma supondrá el alargamiento de los plazos por la inclusión de nuevos documentos (o la modificación del contenido de los que ya existían) o la necesidad de remitírseles a nuevos destinatarios. Ejemplos de lo anterior lo encontramos en la necesidad de elaborar un proyecto para la transformación, la necesidad de incluir o acompañar a los proyectos certificados de que las sociedades que participan en la modificación estructural se encuentran al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad social o la necesaria inclusión de un nuevo apartado en el informe de los administradores dirigido a los trabajadores de la sociedad correspondiente.

En el ámbito de la protección de los socios, destaca especialmente la modificación del procedimiento de separación en los supuestos de transformación en un tipo social distinto y en el supuesto específico de la fusión por absorción de sociedad participada en más de un 90%, exigiéndose, eso sí, que los socios que quisieran ejercitar el derecho deban votar en contra en la correspondiente junta general (cuando la regla hasta ahora solo exigía no votar a favor en caso de transformación, o no se exigía nada en el caso de la fusión).

Del mismo modo, se modifica el derecho de oposición de los acreedores, que se convierte ahora en el derecho a obtener las garantías adecuadas de la sociedad, pudiendo manifestar su disconformidad con las garantías ofrecidas por la propia sociedad (hasta cinco días antes de la celebración de la junta general) y debiendo acudir al registro mercantil correspondiente en el supuesto de que considere que son inadecuadas y, en última instancia, al auxilio judicial.

En relación con las modificaciones estructurales transfronterizas, interesa resaltar la necesidad de que una autoridad de cada Estado deba expedir un certificado previo a la operación que acredite la legalidad de cada operación conforme al derecho del Estado donde opera la sociedad participante. De manera acertada, España ha optado por designar a los registradores mercantiles como la autoridad competente para la emisión de este certificado.

Finalmente, hay que destacar que a diferencia de lo que se reflejaba en el anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales, el RDL 5/2023 suprime la necesidad, para las fusiones apalancadas, de que el experto independiente deba pronunciarse sobre si existe asistencia financiera. Este aspecto que se introdujo en su día en la tramitación parlamentaria de la antigua norma exigía que un experto en el ámbito económico no jurista se pronunciara sobre una cuestión esencialmente jurídica, lo que fue ampliamente criticada por la doctrina.

Quizás el modo en el que se ha aprobado la norma de forma urgente mediante real decreto-ley, por el adelanto electoral, ha impedido la inclusión de otras mejoras técnicas durante el trámite de enmiendas parlamentarias, pero el retraso acumulado en la transposición hace que en este caso sí que resulte "mejor el remedio que la enfermedad".



Augusto Piñel Rubio, socio de Gómez-Acebo & Pombo. Profesor de Derecho Mercantil en Cunef.