

Facultad
de Cien-
cias So-
ciales y
Jurídicas

Grado en
Derecho



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUSIÓN

Alumno: Cristina Casas Ibáñez

Julio, 2017

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES: RÉGI- MEN JURÍDICO DE LA FUSIÓN

Director: D. Alfonso Parras Martín.

Alumno: Cristina Casas Ibáñez.

Índice

Resumen/Abstract.....	6
Índice de abreviaturas.	7
1. Introducción.....	8
2. Concepto, clases de fusión e influencia de la fusión sobre los socios.	9
3. Proyecto de fusión.....	12
3.1 Elaboración del proyecto de fusión.....	12
3.2 Contenido del proyecto.....	13
3.3 Publicidad del proyecto.....	15
3.4 Informes sobre el proyecto de fusión.....	16
3.4.1 Informes de los administradores.....	16
3.4.2 Informe de expertos sobre el proyecto de fusión.....	17
4. Balance de fusión.....	19
4.1 Verificación y aprobación del balance.	21
4.2 Impugnación del balance.....	21
5. Acuerdo de fusión.....	22
5.1 Información anterior al acuerdo de fusión.	22
5.2 Decisión del acuerdo de fusión.....	24
5.3 Publicación del acuerdo.....	25
6. Formalización e inscripción de la fusión.....	25
7. Nulidad de la fusión.	26
8. Un tipo especial de fusión: fusiones transfronterizas intracomunitarias.	27

8.1 Diferencias entre fusiones transfronterizas y fusiones internas.	27
9. Conclusiones.....	29
Bibliografía.....	31

RESUMEN

A lo largo del presente trabajo estudiaremos la fusión como una opción de modificación de la estructura de una sociedad. Se trata de un elemento utilizado con frecuencia por las sociedades para aumentar su papel en el mercado. La operación de fusión se realiza a través de una serie de procedimientos bajo los requisitos establecidos por ley, que analizaremos en profundidad. Entre estos procedimientos se encuentra la elaboración de un proyecto en común que posteriormente deberá de ser acordado. Destacar la reciente incorporación de la figura de la fusión transfronteriza intracomunitaria debido al aumento del libre mercado entre los miembros de la Unión Europea.

Palabras clave: Fusión, sociedad, proyecto y acuerdo.

ABSTRACT

Throughout the present work we will study fusion as an option to modify the structure of a society. It is an element frequently used by companies to increase their role in the market. The merger operation is performed through a series of procedures under the requirements established by law, which we will analyze in depth. Among these procedures is the development of a joint project that must subsequently be agreed upon. To emphasize the recent incorporation of the intra-Community cross-border merger due to the increase of the free market among the members of the European Union.

Keywords: fusion, companies, project and agreement.

INDICE DE ABREVIATURAS.

Art.-artículo.

Arts.- artículos.

BOE- Boletín Oficial del Estado.

BORME- Boletín oficial del Registro Mercantil.

EEE- Espacio Económico Europeo.

LME- ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

LSA- ley de sociedades anónimas.

LSRL- ley de sociedades de responsabilidad limitada.

RM- Registro Mercantil

UE- Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN.

Las modificaciones estructurales de las sociedades se regularon de nuevo en el año 2009 a través de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades. Dicha norma pretende regular las figuras que en ella comprende, entre ellas la fusión que es el objeto de nuestro estudio, de manera igualitaria a todas las sociedades mercantiles con independencia de cuál sea su tipo social¹. Con anterioridad a dicha regla, estas transformaciones societarias estaban reguladas en leyes diferentes dependiendo de cual fuera su clase societaria, por ejemplo el Real Decreto Legislativo 1569/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) o la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), entre otros.

Actualmente la fusión entre empresas es uno de los principales métodos utilizados a la hora de modificar estructuralmente una sociedad mercantil. Se trata de un instrumento que ha sido utilizado a lo largo de la historia y que cada vez se refuerza más, no solo en el ámbito nacional sino que traspasa fronteras produciéndose en la actualidad fusiones entre compañías que tienen su residencia fiscal en diferentes países, al igual que regímenes jurídicos distintos.

A colación de lo anterior, una de las importantes novedades introducidas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante LME) se trata de la introducción de la fusión transfronteriza. Resulta necesario regular esta nueva figura para un funcionamiento adecuado del mercado interior entre países de la Unión Europea.² Para ello se añadió a nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 2005/56/CE en relación a las fusiones transfronterizas intracomunitarias para solucionar los problemas ocasionados por la regulación confusa existen sobre esta cuestión hasta la llegada de la nueva LME³. En cuanto a la fusión de sociedades ambas inscritas en territorio español decir que, según el art. 27.1 de la LME⁴, se regularan dependiendo de lo que se indique en dicha ley.

¹ Quijano González (2009, pp. 29-30).

² “Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.” Vid http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.html, el 24/4/2017.

³ Sequeira Martín, A. (2008) “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias” *Revista de Derecho de Sociedades*, pp. 34-35.

⁴ “Art 27.1 LME La fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española se regirá por lo establecido en esta Ley.” vid. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.html, visto el 24/4/2017.

La fusión para que se realice y sea válida debe ajustarse principalmente al articulado de la LME, se trata de un proceso que requiere una continuidad de tiempo y que debe efectuarse teniendo en cuenta una serie de requisitos y garantías para las sociedades implicadas en el proceso. A lo largo de nuestro trabajo, relataremos cual es este procedimiento, así como sus consecuencias entre otras cuestiones.

2. CONCEPTO, CLASES DE FUSIÓN E INFLUENCIA DE LA FUSIÓN SOBRE LOS SOCIOS.

En lo concerniente sobre que es la fusión nos basamos en el art. 22 de la LME⁵, por el que podemos establecer que la fusión es la unión de dos o más sociedades mercantiles inscritas que pueden dar lugar a una nueva sociedad o bien una de ellas integrar a la otra u otras, transmitiendo su patrimonio en conjunto⁶ atribuyendo a los socios de las sociedades antiguas acciones, participaciones o cuotas de la nueva sociedad creada o resultante. La fusión puede realizarse para obtener una sociedad nueva o resultante con mayor consolidación y consistencia que las anteriores desaparecidas.

De este concepto podemos extraer unos caracteres fundamentales. Es necesaria la intervención de mínimo dos conjuntos societarios para que se produzca esta modificación, así como tampoco se establece un máximo de sociedades que puedan fusionarse ya que se indica “dos o más”. Como otro de los caracteres básicos que podemos concluir de esta definición, es que las sociedades que pretendan fusionarse deben estar inscritas en el Registro Mercantil. En cuanto al patrimonio este se traspasa en conjunto de todas las sociedades participantes en este proyecto dando lugar a uno nuevo o bien uniéndose al patrimonio de una sociedad siendo esta la que subsiste. El tipo de transmisión es universal.

A su vez debemos indicar que existen diferentes tipos o clases de fusión, para ello hacemos referencia al art. 23⁷ de la LME del que concluimos que existen principalmente dos ejemplares de fusión que procedemos a explicar.

⁵ “art 22 LME. En virtud de la fusión, 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.”. vid http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2009.t2.html#a22, el 1/05/2017.

⁶ Ruano, A. J. M. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformación en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, (78), 51-88.

⁷ “art 23 LME. 1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades 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.

Por un lado podemos hablar de lo conocido como fusiones “*puras o propias*”⁸ en la que desaparecen todas las sociedades que son parte de la fusión, dando lugar a una nueva empresa. Esta nueva sociedad incluirá el patrimonio en bloque de todas y cada una de las sociedades que participan en el proyecto⁹. En este tipo existen tres pasos; en primer lugar, existe una disolución de las empresas que se van a fusionar, por otro lado se produce el proceso de fusión y por último se origina la constitución de la nueva sociedad resultante.

Por otro lado está lo que conocemos como fusiones por “*absorción*”¹⁰ en la que no se da lugar a una nueva sociedad, sino que, una de las participantes en el proceso abarca el capital de las otras empresas que si se disuelven a diferencia de esta. De este modo en esta clase de fusión encontramos la disolución de las empresas que transmiten el patrimonio a otra ya existente y lo que es la fusión. En este caso a diferencia de la anterior no se produce una constitución puesto que no hay una nueva empresa sino una ya existente que abarca el capital de otra u otras sociedades que pasan a disolverse.

Una vez que el proceso de fusión se lleva a cabo, la situación de los socios de las empresas que intervienen en ella soporta algunos cambios, aunque intentan que sean los mínimos, propios de esta modificación. Nos basamos en el art. 24.1¹¹ de la LME para afirmar que los empresarios de las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión toman posesión en parte de la nueva o resultante sociedad. Esto se lleva a cabo teniendo en cuenta la participación que estos socios tenían en la antigua empresa y en proporción a la dicha adquirirá acciones en el nuevo proyecto. De este precepto concluimos que existe un principio de continuidad de los socios por el cual no se puede prescindir de ningún socio de las sociedades antiguas en la nueva sociedad, de lo cual no resultaría acorde a derecho¹². Además de ello se debe seguir la regla de la proporcionalidad por la que el socio recibirá en la nueva sociedad acciones o participaciones similares a las que poseía en la antigua empresa de la que era parte. Este principio pretende

2. Si la fusión hubiese 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.”. Vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614>, el 1/05/2017.

⁸ Ruano,(2006) *Revista de estudios cooperativos*, p.57

⁹ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho* (Vol. 17, pp. 9-26).

¹⁰ Ruano,(2006) *Revista de estudios cooperativos*, op.cit (nota8) p.57

¹¹ “Art 24 LME. 1. 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. Vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614>, el 1/05/2017.

¹² Henao Beltrán, L. F. (2016). La tutela de los socios de las sociedades de capital en las operaciones de modificación estructural en el ordenamiento español y colombiano, p. 188.

proteger a los socios de las empresas participantes en la fusión para que no puedan ser excluidos en la sociedad resultante¹³.

Según CORTÉS DOMÍNGUEZ y PÉREZ TROYA¹⁴ que los empresarios sean integrados en las sociedades consecuencia de la fusión se debe a los derechos que estos tienen sobre los patrimonios de las sociedades participantes en el proceso. Si se excluyera a estos, sería una manera injustificada de privarle de sus derechos como socios.

El art. 24.2¹⁵ de la LME regula un tipo de situación especial cuando existen en las sociedades fusionadas socios industriales. Socio industrial es aquel que contribuye en la empresa aportando sus servicios y conocimientos y como cualquier socio tiene derecho a percibir beneficios en un reparto futuro¹⁶. En el caso de que en la sociedad resultante de la fusión no tengan cavidad este tipo de socios se les atribuirán en la nueva empresa las acciones proporcionales a las que se les hubieran atribuido en la antigua empresa según el acta de constitución de la misma; o bien, los socios decidirán cual serán las acciones que le corresponden. Esto siempre teniendo en cuenta que se reducirán proporcionalmente la participación del resto de empresarios.

En cuanto a cómo será el canje de acciones tenemos que tener en cuenta lo que el legislador establece en el art.25¹⁷ de la LME. Hay canje cuando se produce un desplazamiento del capital y se cambia el número de acciones en el que se fracciona su patrimonio. Según palabras de PÉREZ TROYA podemos decir que el canje es una “(...) *unidad de medida referencial que determina el número de acciones o participaciones de la sociedad resultante*

¹³ Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010) La igualdad de trato de los accionistas ¿Un principio general? En *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi, núm. 35, p. 19

¹⁴ Cortés Domínguez, L.F y Pérez Troya, A. (2010) La fusión de sociedades: concepto, naturaleza, supuestos y efectos. En Sáenz García De Alzibu, J.C. et al. *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Civitas-Thomson Reuters p. 848.

¹⁵ “Art 24 LME. 2 En el caso de una sociedad con uno o más socios industriales que se fusione en otra en la que no puedan existir tales socios, la participación de éstos en el capital de la sociedad resultante de la fusión se determinará atribuyendo a cada uno de ellos la participación en el capital de la sociedad extinguida correspondiente a la cuota de participación que le hubiera sido asignada en la escritura de constitución, o en su defecto, la que se convenga entre todos los socios de dicha sociedad, 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 que resulte de la fusión, exigirá siempre el consentimiento del socio y deberá instrumentarse como prestación accesoria cuando no puedan existir socios industriales.” Vid http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.t2.html el 8/05/2017

¹⁶ Vid <http://www.economia48.com/spa/d/socio-industrial/socio-industrial.htm>, el 10/05/2017

¹⁷ “Art 25 LME. 1. En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. 2. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.” Vid. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 10/05/2017.

que deben asignarse a los socios de las sociedades que se extinguen en sustitución de un número determinado de acciones o participaciones de éstas”¹⁸

Este artículo indica que en la fusión el tipo de canje se debe realizar teniendo en cuenta el patrimonio real y global de la empresa originaria. Se refiere a un *valor real* que debe calcularse teniendo en cuenta todos los aspectos dinámicos de la antigua sociedad ya que esta al estar en funcionamiento estaba en continuo cambio, así como balances de la sociedad y de la operación. El párrafo segundo del citado artículo establece una excepción y es que se puede entregar una contraprestación económica a los socios para ajustar el tipo de canje siempre y cuando no supere el 10% del valor de dichas acciones¹⁹.

3. PROYECTO DE FUSIÓN.

Para que se produzca una fusión entre sociedades se debe realizar un procedimiento regulado en la LME en el cual se deben desarrollar una consecución de actos realizados de una forma determinada marcados por un margen de tiempo. Hay diferentes pasos que ampliaremos a continuación.

3.1 ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE FUSIÓN.

Antes de redactar el proyecto propiamente dicho existen una serie de negociaciones entre los socios de las empresas que van a adoptar el proyecto de fusión. Se trata de proponer la redacción de un proyecto para fusionarse y una vez llegados a un acuerdo pasarán a la elaboración del proyecto, esto se hace a través de la elaboración de un documento denominado protocolo. Podríamos llamar a este tipo de negociaciones fase preparatoria ya que lo que se realiza es una especie de preparación, de relaciones entre los que con posterioridad elaborarán el proyecto. Es una fase informal, no es obligatoria en el proceso de fusión ni se encuentra regulada como tal, así como no suele crear obligaciones²⁰.

Para la elaboración del proyecto de fusión debemos tener en cuenta el art. 30²¹ de la LME, según el cual el proyecto de fusión no es más que un documento redactado en conjunto

¹⁸ Pérez Troya, A (1998). *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*. Marcial Pons, p. 71.

¹⁹ Henao Beltrán, L. F. (2016). La tutela de los socios de las sociedades de capital en las operaciones de modificación estructural en el ordenamiento español y colombiano. op. cit,(nota 12) p.207

²⁰ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op. Cit (nota 9) p.14.

²¹ “Art 30 LME. 1. Los administradores de cada una de las sociedades que participan 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. 2. Una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones,

bajo un proyecto en común por los administradores de las empresas dispuestas a fusionarse. Este documento debe tener un contenido mínimo que viene expreso en la ley y que los administradores deben valorar y realizar una visión crítica para ver si cumple con los requisitos y pudieran así dar su conformidad conforme a derecho a este documento, no es más que un método efectivo del derecho de información de los socios que van a realizar una fusión, esta información se debe producir con anterioridad a realizar la fusión y se encargarán de ello los órganos de administración de las sociedades que intervienen en el acuerdo. Dicha información debe llegar a todos los socios. Si se suscriben a este proyecto tendrá carácter vinculante para ellos. Deben estar todos y cada uno de acuerdo con ese proyecto y como bien indica este precepto de la LME, firmado por todos los administradores y si en algún caso alguno de los administradores no firmara este documento debe estar perfectamente justificada cual es la causa de esa falta, no basta con la negativa, sino que tiene que dar sus razones. De esta forma contribuirá a que este proyecto se haga conforme a derecho²² y le facilitará la labor al Registrador Mercantil que es el encargado de supervisar y controlar que este proyecto se haga conforme a derecho. El proyecto debe inscribirse en el RM.

3.2 CONTENIDO DEL PROYECTO.

Como bien hemos dicho con anterioridad, el proyecto de fusión debe tener un contenido mínimo que viene exigido por ley. Es en el art 31²³ de la LME donde se encuentran tasados todos y cada uno de estos contenidos. Este artículo habla de un contenido mínimo por lo que

participaciones o cuotas. 3. 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.” Vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 14/05/2017.

²²Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas. p.4890

²³ “Art 31 LME. El proyecto común de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes: 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, 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 transmite 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.” Vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 14/05/2017.

en el proyecto hay posibilidad de incluir otras cuestiones que ahí no vienen enumeradas pero que los administradores de las sociedades dispuestas a fusionarse consideren oportunas establecerlas en dicho proyecto. Ahora bien, debemos de exponer que en una primera impresión al leer el citado artículo y haciendo una interpretación literal parece ser que la ausencia de alguno de estos contenidos establecidos en el proyecto de fusión podría dar lugar a la nulidad de este acuerdo. Pero analizando en profundidad esta cuestión parece que esta no es la intención del legislador al redactar este precepto, sino que basta con que estas premisas se encuentren de un modo u otro en el proyecto, es decir, aunque solo sea para indicar que la mención que hace la ley sobre esa cuestión se halla vacía en ese caso en concreto de fusión, por ejemplo, si no se atribuyen ventajas a los administradores no es un contenido que pueda aparecer en el proyecto, en este caso solo cabría establecer que no se realizaran ventajas²⁴ para estos.

Hablemos ahora del contenido del art. 31 de la LME que entendemos que debe estar expuesto formalmente de una manera obligatoria para que se produzca de una manera efectiva el derecho de información de los socios. Debemos incluir:

- La identificación de las sociedades que van a fusionarse, es decir, el nombre de las mismas, tipo social y domicilio. Además se deben establecer estos mismos datos de la que será la nueva empresa resultante. Y los datos que identifican a estas en el RM.
- El tipo de canje de las acciones debe estar incluido, es decir, el cambio que va suponer la fusión en las acciones al pasar de una empresa a otra que es la resultante de la fusión.
- Es esencial igualmente *“La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmite a la sociedad resultante.”*
- *“Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.”*

Si faltase alguno de los contenidos aquí nombrados se lesionaría el derecho de información de los socios y puede dar lugar a la nulidad del proyecto de fusión. La omisión de los otros contenidos tasados en el art. 31 de LME no lesionaría el derecho de información de los socios al no existir la situación previa que da lugar a la necesidad de esa información²⁵.

Basándonos en el mismo art. 31 no debemos olvidar que hace mención a otras cuestiones que son también de sentido obligatorio según la interpretación literal y que no hemos nombrado anteriormente como preceptos de contenido obligatorio formal ya que no lesionarían el derecho

²⁴ Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas. op. cit (nota22) p.4891

²⁵ Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas. op. cit (nota22).p.4892

de información en algunos casos si no existiera el escenario que da lugar a la necesidad de poner esa información. Así como, el no incluir los derechos especiales o ventajas que se vayan a otorgar en la nueva sociedad debe ser entendido como que no existirán esos privilegios. En cuanto a la fecha a partir de la cual los socios podrán tener ganancias producidas por las acciones que tienen en la nueva sociedad si no se indican se debe considerar que esta será cuando finalmente se apruebe en definitiva la fusión de las sociedades e igualmente pasa con la fecha a partir de la cual se empezaran a producir efectos contables²⁶.

3.3 PUBLICIDAD DEL PROYECTO.

Una vez elaborado el proyecto de fusión este debe ser publicado de una manera en la que cualquier usuario pueda tener acceso a la lectura de este documento, siguiendo las pautas que vienen perfectamente reguladas en el art. 32²⁷ de la LME. Según el nombrado precepto el proyecto de fusión debe ser publicado en cada una de las páginas web de todas las empresas que intervienen en el proceso y de esto se encargaran de una manera obligatoria los administradores de esas sociedades. Una vez expuesto el proyecto en la web, las empresas pueden de una manera opcional, sin carácter obligacional, entregar una copia de este proyecto en el RM correspondiente a la empresa. Anteriormente los administradores si estaban obligados a entregar en el RM una copia para que esta fuera depositada allí²⁸. Cuando los administradores de las sociedades publiquen este documento de manera online en la página de su empresa, este también se publicará en el BORME haciendo referencia a la página web donde se encuentra y además el día en el que se produjo la inclusión de este. El proyecto para que se publique debe

²⁶ Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas. op. cit (nota22) p.4892

²⁷ "Art 32 de la LME 1 Los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. El hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página web se publicará de forma gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", con expresión de la página web en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la web del proyecto y la fecha de la misma se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquélla, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación. La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. La inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión. 2. Si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación gratuita en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar. 3. La publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"" vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 18/05/2017.

²⁸ Vid <http://blog.efl.es/actualidad-juridica/publicidad-del-proyecto-de-fusion/> el 20/5/2017.

tener su contenido perfectamente certificado por el RM, se establece un plazo de cinco días siguientes a la última certificación de este para su publicación.

También exponer que el legislador instaura un periodo mínimo de un mes de antelación para la publicación del proyecto con las pautas anteriormente indicadas, antes de la celebración de la junta en la que se vaya a acordar la fusión de las empresas. Y además se establece que *“la inserción del proyecto de fusión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición a la fusión.”*

En el apartado segundo del art. 32 de la LME se establece una excepción en el caso de que las empresas que vayan a fusionarse no tengan página web. En este caso los administradores de estas sociedades deben entregar una copia del proyecto de fusión en el RM correspondiente para su posterior publicación de una manera gratuita. Esto es algo que cada vez se produce con menos frecuencia ya que debido al auge de internet y del mercado online la gran mayoría de sociedades suelen disponer de una página web, por esta misma cuestión se introdujo la novedad de la publicación del proyecto en las páginas de las sociedades como regla general. Además y para concluir lo concerniente a la publicidad establecer que el anuncio de la convocatoria de juntas de socios no puede realizarse si no se ha publicado el proyecto en el BORME. En definitiva, antes de decidir el proyecto de fusión debe estar este publicado.

3.4 INFORMES SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN.

El proyecto de fusión va acompañado de unos correspondientes informes sobre el mismo para que este pueda producir efectos. Haciendo referencia a la LME debemos exponer que hay dos tipos de informes para el proyecto de fusión. Por un lado encontramos el *informe de los administradores* regulado en el art. 33 obligatorio en todos los casos de fusión y de otro lado encontramos el *informe de expertos sobre el proyecto de fusión* establecido en el art.34 de la citada ley y que será necesario en determinados casos. A continuación procedemos a la explicación de ambos.

3.4.1 INFORMES DE LOS ADMINISTRADORES.

Nos basamos en el art. 33²⁹ de la LME según el cual los administradores de todas y cada una de las empresas que van a fusionarse deben realizar un documento escrito y detallado

²⁹ “Art 33 de la LME 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” vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 22/05/2017.

denominado informe en el cual se deben de introducir unos datos esenciales. Deben realizar una explicación de los *aspectos jurídicos y económicos* del proyecto haciendo hincapié en lo referente al tipo de canje de participaciones, acciones o cuotas y además de las repercusiones que puede tener la fusión para los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades implicadas. Analizando el citado art y viendo que expresa el contenido al que tienen que hacer especial referencia los administradores de las sociedades para la elaboración del informe, podemos afirmar que se le otorga una mayor importancia a los aspectos económicos en lugar de los aspectos jurídicos.

En el proceso de fusión como bien sabemos intervienen dos o más empresas cada cual con sus administradores, aunque el proyecto de fusión tiene que ser común y el mismo para todas esto no es lo que ocurre con el informe de los administradores. Cada una de las empresas intervinientes realizan su informe redactado por los administradores, no tiene por qué ser el mismo para todas aunque si han de tener todas como referencia el proyecto común de fusión³⁰.

3.4.2 INFORME DE EXPERTOS SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN.

Para el análisis de este punto nos basamos fundamentalmente en el art. 34 de la LME en el cual el legislador ha recogido lo concerniente al informe de expertos independientes de las empresas que participan en la fusión para que estos realicen un informe sobre el proyecto.

Con este tipo de informe lo que se pretende lograr es que la fusión se realice de una manera correcta, dando para ello una garantía técnica de expertos en este ámbito, otorgando veracidad a las cuestiones más delicadas en el proceso de fusión y declarar así que la fusión será una manera viable y beneficiosa para los implicados en ella. Los expertos se basarán para ver la viabilidad de la fusión en el proyecto común de fusión, analizando las cuestiones que en este aparecen y concluyendo así estos cual será el resultado y viendo que todo está realizado de una manera beneficiosa y acorde con la ley, prestando principal interés y cautela en las atribuciones de capital que cada uno de los socios van a realizar. Se trata en definitiva de un mecanismo más para dar seguridad y que todo se realice acorde a la ley³¹.

Debemos de exponer que a diferencia del informe de los administradores de la sociedad que se debe realizar siempre, en todos los casos de fusión, el informe de expertos no es obligatorio en todos los casos. Solo será necesario este tipo de informe cuando entre las

³⁰ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op cit. (nota 9) p. 20.

³¹ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op cit. (nota 9) p. 18.

sociedades participantes en la fusión se encuentre alguna que sea anónima o bien comanditaria por acciones.

La elaboración de este informe le corresponde a expertos en la materia pero totalmente independientes de las sociedades que van a participar en la operación. La decisión de cuál será el experto que lo realice le corresponde al registrador mercantil correspondiente dependiendo el lugar donde se encuentre el domicilio social de la empresa que participa en el proyecto de fusión. También el registrador puede nombrar a varios para que realicen informes por separado y diferentes. Esto es en el caso de que se realicen informes por separado de expertos por cada una de las empresas que participan en la operación de fusión, no obstante puede ocurrir que todas las sociedades participantes lleguen a un acuerdo para que se elabore un informe de expertos común, es decir, un único informe. En este último caso la designación del experto o expertos le corresponderá al registrador mercantil correspondiente dependiendo del lugar en el que tendrá el domicilio social la empresa resultante de la fusión según se indique en el proyecto común de fusión³².

Debemos tener en cuenta los aspectos beneficiosos que puede tener elegir a un único experto para la elaboración de un informe común, así como, los aspectos perjudiciales. Como argumento positivo podemos decir que en el caso de elegir un único informe se abarataría en costes ya que solo habría que pagar por un único informe entre todas las empresas participantes. Además el tiempo invertido sería menor, ya que solo habría que elaborar un informe y no tendríamos que esperar a recibir el informe de cada uno de los expertos de cada sociedad participante. Ahora bien, como argumento negativo y muy importante debemos exponer que con la elaboración de un único informe se reducirían las garantías que tendríamos al tener más informes, ya que se podría comparar entre todos los informes de expertos ver las posibles contradicciones entre unos y otros, y así concluir de una manera más clara y contundente la viabilidad del proyecto³³.

³² “Art 34.1 de la LME Cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan 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 lo anterior, los administradores de todas las sociedades que se fusionan a que se refiere el apartado anterior podrán pedir al registrador mercantil que designe uno o varios expertos para la elaboración de un único informe. La competencia para el nombramiento corresponderá al registrador mercantil del domicilio social de la sociedad absorbente o del que figure en el proyecto común de fusión como domicilio de la nueva sociedad” <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 22/05/2017.

³³ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op cit. (nota 9) p. 19.

Otro aspecto sobre los informes de expertos como bien indica el punto segundo del art. 34 de la LME es que “*Los expertos nombrados podrán obtener de las sociedades que participan en la fusión, sin limitación alguna, todas las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias*”. El legislador a redactado esta idea ya que es necesaria la colaboración de las empresas que participan en el proyecto para que los expertos puedan tener toda la información necesaria y suficiente para realizar un estudio profundo y exhaustivo de la operación. Si no tuvieran conocimiento sobre los detalles de las empresas, así como de sus documentos, los expertos no podrían desarrollar de una manera correcta su función y este informe resultaría inútil.

Este informe debe estudiar el proyecto de fusión en conjunto pero haciendo alusión y profundizando en ciertas cuestiones más que en otras. El art.34.3³⁴ habla sobre la estructura y contenido del informe. Este estará estructurado en dos bloques, en el cual en el primero se analizará la forma en la que se ha hecho el tipo de canje y si esta es adecuada. Además enumerando los valores a los que conducen y cuál sería la parte que correspondería a cada socio en la sociedad fusionada. En el segundo bloque el experto analizará y dará su veredicto sobre la adecuación del capital en la sociedad resultante. Esto lo hará valorando el patrimonio que cada socio ha aportado de su antigua sociedad y viendo si realmente le corresponde el que le ha sido otorgado en la nueva sociedad resultante fruto de la fusión. Esto no es más que otra de las medidas de protección empleadas para que no se perjudique a los interesados en la fusión³⁵.

En el último apartado de este mismo artículo se establece una excepción al contenido de informe y es que se puede prescindir de la primera parte de este en el caso de que todos los socios con derecho a voto de las sociedades que participan en la fusión así lo acuerden.

4. BALANCE DE FUSIÓN.

En este punto vamos a estudiar lo que es el balance de fusión. Para ello comenzamos exponiendo lo que es un balance a secas. Podemos definir un balance como un documento que deben realizar todas las empresas en el cual se establece la situación financiera y económica de

³⁴ “Art 34.3 de la LME. El informe del experto o de los expertos estará dividido en dos partes: en la primera, deberá exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado; y en la segunda, deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. vid” <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 24/05/2017.

³⁵ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op cit. (nota9) p. 19.

la sociedad en un determinado momento³⁶. Los balances deben realizarse de una manera periódica a lo largo de la actividad empresarial.

Una vez dicho lo que es considerado un balance de una empresa debemos decir que, un balance de fusión es el último aprobado por los administradores de todas las sociedades que participan en el proyecto de fusión. Teniendo en cuenta que este debe haberse realizado entre los seis últimos meses con anterioridad a la realización del proyecto de fusión, según el art. 36.1 de la LME.

En el mismo artículo se regula la situación que se debe hacer en el caso de que el último balance de la empresa no hubiese sido aprobado dentro de los 6 meses anteriores al proyecto, es decir, fuese más antiguo. En este caso cuando no se cumple este requisito, basándonos en el art. 36 de la LME se debe realizar con obligatoriedad un nuevo balance de la empresa después del día primero del tercer mes teniendo en cuenta y como punto de partida temporal la fecha de elaboración del proyecto de fusión. Además en el apartado segundo de este mismo art.36 se establece que los balances pueden ser modificados para añadir información que sea relevante que no se encontrará en los asientos contables expuesta.

En el art.36.3 de la LME se establece una excepción en la cual no es necesario presentar el balance de fusión. Basta con un informe financiero semestral. Esto se produce cuando participan en la fusión sociedades anónimas cotizadas con negociaciones en un mercado secundario. Este informe al igual que el balance de fusión debe estar cerrado en los seis meses anteriores al proyecto y debe ponerse a disposición de los socios para que se cumpla el derecho de información.

Todas las empresas tienen que presentar el balance. Con el balance de fusión se pretende conseguir unas garantías y tiene una serie de funciones; es un elemento más para contribuir a que el tipo de canje de acciones se realice correctamente, además con este balance se pretende facilitar la elaboración para el informe de los expertos, es un documento más para completar el derecho de información de los socios. Es una manera más también de contribuir y hacer efectivo el derecho de información de los socios y una manera de expresar con claridad la situación financiera de cada una de las sociedades implicadas en el proyecto de fusión³⁷. Se basa en la necesidad de que los socios deben conocer completa y exhaustivamente cual es la situación de la empresa y de esta forma ejercer su derecho al voto de una manera consciente.

³⁶Vid http://www.gabilos.com/cursos/curso_de_contabilidad/el_balance_activo_y_pasivo.html el 1/6/2017

³⁷ Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas. op cit. (nota 20) p.4917

Además podemos establecer según el profesor Lázaro Sánchez que el fin de estos balances es también entre otros ver la situación económica y financiera de las empresas que intervienen en la fusión para establecer cuál será el capital de la sociedad nueva o resultante de esta modificación³⁸.

4.1 VERIFICACIÓN Y APROBACIÓN DEL BALANCE.

Lo concerniente a la verificación y aprobación del balance de fusión viene establecido en el art. 37 de la LME. La función de verificación le corresponde al auditor de cuentas de la sociedad. Este será el encargado de comprobar que el balance y toda la información contable comprendida es el mismo es real. Ahora bien esto será así como bien establece el artículo en el caso de que “*exista obligación de auditar*”.

Una vez que este sea verificado, habrá de ser aprobado. Esto se hará en la junta de socios que tendrá lugar para resolver la fusión. Uno de los temas a debatir en esa junta será expresamente el balance de fusión. Reiteramos que está es una de las medidas para la efectividad del derecho de información.

4.2 IMPUGNACIÓN DEL BALANCE.

Como bien hemos dicho con anterioridad, el balance de fusión tiene un carácter meramente informativo, no vincula a los socios de las empresas dispuestas a realizar la operación de fusión. El balance se realiza entre otras cosas para facilitar y simplificar la revisión del tipo de canje viendo la situación financiera de las empresas que desean fusionarse en ese momento y comparando esta con la situación que tendrían en la nueva sociedad o resultante.

Una vez dicho esto debemos hacer referencia al art.38 de la LME que hace alusión a lo relativo a la impugnación del balance de fusión. Este puede ser refutado en el caso de que un socio establezca que el tipo de canje expuesto en el proyecto de fusión le es pernicioso. En el caso de que se dé esta situación, el socio que considera ser perjudicado, puede pedir al registrador mercantil correspondiente dependiendo de donde se encuentre el domicilio social de la empresa, la designación de un experto independiente para que establezca cual es la indemnización compensatoria que le corresponde. Esto debe estar expuesto en los estatutos o bien ser decidido en la junta que resolverá la operación. A su vez se establece un límite temporal que será de un mes a contar desde la publicación del acuerdo de fusión en el BORME. Cabe

³⁸ Lázaro Sánchez, E.J. (2009) El balance de la fusión. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi, núm. 32, p. 235.

destacar como bien dice el art.38 de la LME que “*la impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión*”.

5. ACUERDO DE FUSIÓN.

Ahora pasamos a analizar la forma en la que se debe producir el acuerdo de la operación que es objeto de nuestro estudio. En primer lugar, decir que el acuerdo de fusión debe ser establecido por todas y cada una de las sociedades intervinientes en esta modificación. Estas decidirán si acordar o no la fusión tras analizar diferentes cuestiones, entre otras, su situación patrimonial y cuáles serán los derechos que los socios tendrán en la nueva o resultante empresa y la cuantía y forma en la que le serán examinados los derechos que estos tenían en la sociedad que desaparece, ayudándose para ello del proyecto de fusión, así como de los informes que deben acompañarlo y del balance³⁹. El acuerdo de fusión está regulado en la LME en concreto en los artículos que van desde el 39 al 44 ambos incluidos.

5.1 INFORMACIÓN ANTERIOR AL ACUERDO DE FUSIÓN.

Antes de la celebración y convocatoria de la junta de socios, en la que se decidirá finalmente sobre la fusión, se deben poner a disposición de los socios, accionistas, representantes de los trabajadores y otros sujetos con interés legítimo una serie de documentos con el fin de que estos tenga la información suficiente para cerciorarse antes de tomar la decisión en la junta. Estos documentos como bien dice el artículo 39 de la LME deben de publicarse en la página web de todas y cada una de las empresas participantes en la operación de fusión. Teniendo en cuenta la redacción de este artículo procedemos a enumerar cuales son estos documentos⁴⁰;

- El proyecto de fusión.
- Los informes de los administradores.
- Los informes de los expertos independientes a la sociedad.
- Cuentas anuales e informes de gestión de los 3 últimos ejercicios y los correspondientes informes de auditores.

³⁹ Alcantar Moreno, M. J., González Miranda, M. A., Mulato Morales, L., Romero Ríos, M. D. L. Á., & Santillán Flores, P. M. (2009). *Fusión de sociedades* (Doctoral dissertation). p.17

⁴⁰ Izquierdo, R. J. S., & Martí, E. M. (2002). La concentración empresarial en cooperativas agrarias. Formulación de un modelo económico para los acuerdos de fusión. *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 33-52.

- El balance de fusión de todas las empresas.
- Los estatutos sociales en escritura pública, así como los pactos relevantes que deban constar en documento público.
- El proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad o si el resultado será una sociedad fruto de una absorción los estatutos de la sociedad absorbente
- Por último, se debe identificar a todos los administradores de las empresas que participan en la operación, la fecha en la que tomaron posesión de su puesto e igualmente con los que vayan a ser propuestos como administradores para la nueva sociedad fruto de la fusión.

En el punto segundo del artículo 39⁴¹ de la LME se regula el supuesto de que la empresa que participa en la fusión no disponga de página web, un supuesto poco común ya que con el auge de las tecnologías y el mercado online todas las empresas suelen tener página web. Bien, si se da este caso, los socios y representantes de los trabajadores pueden solicitar, conforme a derecho, si así lo desean que se les proporcione una copia íntegra de los documentos nombrados anteriormente en el domicilio social de la empresa para que procedan a examinarlos. También pueden solicitar para cada uno la entrega y envío, siempre gratuito, de un ejemplar de estos documentos.

En el caso de que se produzcan cambios de especial relevancia en el activo y pasivo de las sociedades debe tenerse en cuenta que tiene carácter obligatorio informar de esos cambios a las juntas de las empresas que participan en la fusión. Estos cambios son los que se dan entre el espacio temporal en el que se redacta el proyecto de fusión hasta que se convoca y se reúne la junta para aprobar el acuerdo. Esto está regulado en el párrafo tercero del artículo 39 de la LME.

Debemos hacer alusión a art. 42.1 de la LME para hacer un apunte de importancia, en este artículo encontramos una excepción a la publicación en la web de los documentos dictados anteriormente. Debemos decir que la norma general es que estos documentos sean puestos a disposición de los interesados, solo que, en esta ley también se regula un caso en el que esto no

⁴¹“Art 39.2 de la LME. Si la sociedad no tuviera página web, los socios, los obligacionistas, los titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores que así lo soliciten por cualquier medio admitido en Derecho tendrán derecho al examen en el domicilio social de copia íntegra de los documentos a que se refiere el apartado anterior, así como a la entrega o al envío gratuitos de un ejemplar de cada uno de ellos.” vid <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 4/06/2017.

sea necesario. Esta singularidad se da cuando es aprobado el acuerdo de fusión en junta universal por unanimidad de todos los socios y además, por cada una de las empresas operantes⁴². Se trata de una singularidad dada por un acuerdo unánime de fusión.

5.2 DECISIÓN DEL ACUERDO DE FUSIÓN.

Podemos decir que esta es una de las partes más importantes de toda la operación. Es aquí donde los socios de todas las empresas que participan en esta modificación estructural de su sociedad deben decidir si adoptar el acuerdo o no.

Se exigen una serie de formalidades a la hora de adoptar el acuerdo, para analizarlas vamos a tener como principal referencia el art. 40 de la LME. El acuerdo se debe decidir por las juntas de socios de cada una de las sociedades participantes en el proyecto. Este acuerdo debe ajustarse al proyecto de fusión redactado con anterioridad en todas sus condiciones y características. Si se modificara algún elemento del proyecto sería motivo suficiente para la negativa a adoptar este proyecto propio de fusión⁴³. Los socios en esta junta únicamente pueden posicionarse a favor o en contra del proyecto. La aprobación de la fusión requiere la aprobación por todos los socios de las sociedades que se encuentran implicados en el proyecto⁴⁴.

En cuanto a la convocatoria de las juntas generales de las sociedades que decidirán el proyecto debemos de establecer que existen una serie de formalidades que han de ser cumplidas; en primer lugar, el anuncio de la convocatoria de esta junta debe hacerse a cada uno de los socios con un mes de antelación como mínimo a la fecha en la que tendrá lugar la junta general para decidir sobre a fusión. En segundo lugar, se establece que la publicación a la convocatoria debe tener un contenido exigido por ley, que es el contenido mínimo exigido para el proyecto de fusión. Por último se debe a ver entregado en el RM, con anterioridad a la convocatoria, una copia del proyecto común de fusión.

Para que finalmente se apruebe la fusión tiene que existir la concordancia entre todas las juntas generales de las sociedades que operan en esta modificación. Las juntas deben aprobar

⁴² “Art 42.1 de la LME. 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.” <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 8/06/2017.

⁴³ “Art 40.1 de la LME. 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. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta.” <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614> el 8/06/2017.

⁴⁴ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op. cit. (nota 9) p. 23.

por mayoría el acuerdo. Además establecer que el acuerdo se realiza sobre la totalidad del proyecto de fusión, no puede adoptarse de una manera parcial, tiene que ser algo en bloque. Si se realiza cualquier cambio puede tener como consecuencia la negativa de la operación⁴⁵.

5.3 PUBLICACIÓN DEL ACUERDO.

Tras la pronunciación de forma positiva ante el acuerdo de fusión de cada una de las juntas de las sociedades participantes este debe ser publicado en el BORME y también en un periódico de especial transcendencia de la zona donde tengan su domicilio social cada una de las empresas intervinientes. El anuncio debe tener un contenido exigido por ley, establecido en el art. 43.1 de la LME, en concreto expone que debe aparecer el derecho que tienen los socios y acreedores a adquirir una copia del acuerdo adoptado y del balance de fusión, y su derecho de oposición.

En el art.43.2 se establece una excepción al apartado anterior que se produce cuando se haga constar de una manera fehaciente la comunicación del acuerdo a cada uno de los socios y acreedores. Esto se puede hacer mediante una carta certificada por ejemplo enviada al domicilio de cada socio y acreedor.

6. FORMALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA FUSIÓN.

La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades exige un requisito formal para que la fusión sea válida. Este está recogido en el artículo 45 de la LME en el cual se establece que el acuerdo de fusión debe ser elevado a escritura pública, es decir, ante notario. Además se le debe adjuntar a este el balance de fusión, o en su caso, si no existe este, el informe financiero.

En el apartado segundo del mismo artículo 45, se establece otra formalidad pero distinguiendo entre el tipo de fusión, es decir, si la fusión dará como resultado una nueva empresa o bien la fusión se realiza mediante la absorción de una empresa a otra u otras. En el primer caso, cuando la empresa será de nueva creación, se exige además de la escritura *“las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido.”*

En el segundo caso, cuando la fusión se realiza por absorción, en la escritura se deben de adjuntar *“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 o las*

⁴⁵ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op. cit.(nota 9) p. 23.

participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios.”

Ahora bien, después de cumplir esta serie de formalidades una vez adoptado el acuerdo de fusión este aun no surte efectos. Esta se hace completamente eficaz cuando se inscribe en el RM correspondiente dependiendo de donde se encuentre el domicilio social de la empresa nueva o resultante, la inscripción por tanto tiene carácter constitutivo. Como consecuencia de la inscripción de la sociedad fruto de la fusión, se produce la cancelación de las inscripciones de las empresas extinguidas por esta operación⁴⁶. Esto viene determinado en el artículo 46 de la LME.

7. NULIDAD DE LA FUSIÓN.

Como en otras muchas operaciones realizadas acorde a nuestro derecho, ante la situación de fusión también cabe la posibilidad de ejercitar una acción de nulidad contra esta operación. La acción de nulidad ha sido recogida por el legislador en el artículo 47 de la LME bajo la rúbrica de *“Impugnación de la fusión.”* Basándonos en este precepto afirmamos la posibilidad de nulidad de fusión bajo una serie de condiciones.

Esta acción no podrá ejercitarse después de que esta haya sido inscrita en el RM conforme a los requisitos establecidos en la LME, al ser la inscripción de la fusión un elemento constitutivo no es posible ejercitar esta acción antes de su inscripción. Además, esta acción tiene un límite temporal, pues ha de ser interpuesta entre los tres meses siguientes a la fecha en la que la fusión fue oponible a quien defienda la nulidad de la misma.

En el caso de que finalmente se produjera una nulidad dictada por sentencia, esta debe ser inscrita en el RM y además publicada en el BOE. Debemos de tener en cuenta que como bien dice el art. 47 de la LME esta sentencia *“no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad surgida de la fusión.”* Esto quiere decir que una vez inscrita la sociedad consecuencia del proceso de fusión, esta comienza a surtir efectos, por lo tanto comienza interactuar en el tráfico jurídico, contrayendo obligaciones y derechos. Esto puede llevar a que la fusión sea impugnada afectando a la empresa resultante o nueva, pero este apartado del art.47 establece que a pesar de que se produzca la nulidad de la fusión, las

⁴⁶ Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho*. op. cit. (nota9) p. 24.

obligaciones que han sido contraídas deberán de ser respondidas y lo harán las sociedades que participaron en la operación de una manera solidaria.

8. UN TIPO ESPECIAL DE FUSIÓN: FUSIONES TRANSFRONTERIZAS INTRACOMUNITARIAS.

Hablamos de fusiones transfronterizas intracomunitarias de aquellas en las que intervienen empresas de diferente nacionalidad que se encuentran dentro del Espacio Económico Europeo, y una o más de ellas tienen su domicilio social en nuestra nación y se le aplica la legislación española. Es decir, de este concepto podemos desglosar una serie de características esenciales para este tipo de fusión. De un primer modo, deben intervenir como mínimo dos empresas con domicilio social dentro del EEE y además de acuerdo con las leyes de un Estado miembro de la misma. De otro lado, deben ser empresas pertenecientes a países diferentes. Y además, para que sea fusión transfronteriza intracomunitaria una de ellas debe estar basada en las leyes españolas⁴⁷.

La LME recoge el concepto de este tipo de fusiones en su artículo 55 y en el mismo hace una restricción con respecto a las sociedades españolas que pueden operar en este tipo de fusión, pues según este precepto no todas pueden intervenir en este procedimiento. Según el art. 55.2 solo pueden ser parte en las fusiones transfronterizas las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada. Es decir el legislador hace una limitación a las sociedades españolas dependiendo de su tipología social.

En cuanto a las normas que se le aplican, a este tipo de fusiones se le aplica un capítulo específicamente para ellas en la LME y además se establece que la situaciones no reguladas ahí, se le aplicarán las reglas generales de la fusión dispuestas en esa misma ley, según el artículo 55 de la misma.

8.1 DIFERENCIAS ENTRE FUSIONES TRANSFRONTERIZAS Y FUSIONES INTERNAS.

Como bien hemos dicho con anterioridad, a las fusiones transfronterizas se le aplican los artículos de la LME para la fusión interna pero solo en el caso de que no exista un artículo específico para este tipo de fusiones especiales que regule la cuestión que se desea resolver.

⁴⁷ Uría Menéndez, M. (2009). La nueva ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Cuando hablamos de fusión interna nos referimos a la fusión que se produce con sociedades que se encuentran en nuestro país y le es de aplicación la legislación del estado español. Pues bien, una vez aclarado este concepto debemos de exponer que a pesar de tratarse de la misma operación, hay ciertas diferencias entre la fusión interna y la fusión transfronteriza propiamente dicha. Procedemos a enumerar cuales son las principales disconformidades que encontramos en este tipo especial de fusión.

En el artículo 57 de la LME se regula un supuesto que crea una diferencia con las fusiones internas, pues en él se establece la posibilidad de que al menos la legislación de una de las sociedades de la EEE admita la compensación en efectivo como tipo de canje, *“superando el diez por ciento del valor nominal”*.

En cuanto al proyecto común de fusión debemos hacer alusión a lo que el legislador ha redactado en el artículo 59 de la LME. Establece que el proyecto de fusión transfronteriza debe incluir el contenido mínimo para el proyecto común de la fusión interna establecido en el art. 31 de la misma norma, pero además debe este incluir una serie de particularidades. Estas particularidades vienen plasmadas en el art. 59.2 de la LME y son las siguientes; *“las ventajas particulares atribuidas a los expertos que estudien el proyecto de fusión transfronteriza, así como a los miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades que se fusionen.”* Y *“si procede, la información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos de participación en la sociedad resultante”*.

Otra diferencia se encuentra en el informe que deben presentar las sociedades que participan en la operación de fusión. En el art. 60 de la LME se hace alusión a esta cuestión. En el propio artículo se hace referencia al art. 33 de la misma ley, es decir, se debe seguir este con carácter general y es en el art. 60 donde se regulan una serie de especialidades o diferencias. En cuanto a quienes serán los destinatarios en la fusión transfronteriza son los socios de las empresas que participan y los representantes de los trabajadores o bien los mismos trabajadores. Además en la fusión transfronteriza, se puede incorporar al informe en caso de que existiera, un texto en el que los trabajadores expresen su opinión acerca de la operación. Este informe debe estar presente en todos los casos de este tipo especial de fusión.

Otra de las especialidades a destacar es el control de legalidad a las que están expuestas este tipo de fusiones. En el caso de que la sociedad fruto de la fusión se encuentre en territorio español, le corresponderá este control de legalidad al Registrador Mercantil correspondiente

dependiendo de donde se encuentre el domicilio social. El registrador ejercerá esta fusión con anterioridad a que esta sea inscrita en el RM, pero todo esto depende si la sociedad resultante tendrá nacionalidad española o no.

Como última diferencia a destacar y a su vez como novedad en esta nueva ley de modificaciones estructurales de las sociedades mencionamos la inclusión en nuestro OJ el art.16 de la Directiva 2005/56/CE que trata sobre la participación de los trabajadores en la nueva sociedad fruto de la fusión. Este es plasmado en la LME en el art. 67⁴⁸.

9. CONCLUSIONES.

Existen diferentes modificaciones estructurales a las que pueden someterse las sociedades, pero de las más comunes en nuestro país es la fusión. Con esta operación las sociedades, que suelen tener fines e inquietudes comunes, pueden coger una posición más fuerte y determinante en el mercado, ya que suele ser utilizado por empresas pequeñas para aumentar su capital y fortalecer su patrimonio.

El legislador con la redacción de la reciente ley de modificaciones estructurales de las sociedades lo que ha pretendido es simplificar el proceso y unificarlo en un solo cuerpo legal. Con anterioridad a esta ley, existían varias normas que regulaban este proceso dependiendo del tipo social de las empresas.

El hecho de someterse al proceso de fusión ocasionará algunos cambios, no solo en las sociedades sino, también en las personas vinculadas a ellas. El legislador a puesto medidas de seguridad para que estas consecuencias no sean negativas, es decir, con el principio de continuidad de los socios no se baraja la posibilidad de que se pueda excluir a ninguno de los socios de las empresas extinguidas por la fusión en la sociedad resultante. De este modo, podemos afirmar que el legislador lo que busca con diferentes medidas de protección es que la operación genere una situación positiva en todos los ámbitos que rodean a las empresas que se sometan a esta operación.

Se establece un procedimiento a seguir para que la fusión sea válida y acorde a derecho. En primer lugar se realiza el proyecto común de fusión en el cual se debe incluir los aspectos más importantes de la operación. La elaboración de este proyecto está marcada por el derecho de información de los socios, mediante el cual se les facilitará a los socios los documentos e

⁴⁸ Uría Menéndez, M. (2009). La nueva ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. op.cit (nota 47)

informes pertinentes realizados por cada una de las sociedades para que puedan decidir sobre el proyecto con total conocimiento de la situación de la sociedad en todos los aspectos, incluido el financiero mediante el balance de fusión y las posibles consecuencias que tendrá realizar la fusión. El acuerdo del proyecto debe ser adoptado por todas las sociedades mediante una junta de socios y el proyecto se debe aceptar en un bloque en conjunto, de este modo el legislador consigue evitar que en esta fase se introduzca modificaciones esenciales que dañen el principio de información que se ha seguido en todo momento y que también está presente en esta fase.

Una de las principales novedades que se ha incluido en la nueva ley LME, es la inclusión de la figura de las fusiones transfronterizas intracomunitarias. Resulta conveniente por el aumento del comercio internacional, sobre todo con la política de libre mercado de la UE. En definitiva, la fusión es una operación muy utilizada por las sociedades para conseguir un mayor papel en el mercado tanto interior como en la UE.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcantar Moreno, M. J., González Miranda, M. A., Mulato Morales, L., Romero Ríos, M. D. L. Á., & Santillán Flores, P. M. (2009). *Fusión de sociedades* (Doctoral dissertation).
- Alonso Espinosa, F. J. (2002). El proyecto de escisión de sociedades anónimas.
- Alonso Ureba, A. (2008). Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo. *Revista de Derecho de Sociedades*, 2(31), 69-81.
- Anibarro, S. H. (2010). Simplificar el Derecho de Sociedades.
- Artigas, F. R., Ureba, A. A., de la Gándara, L. F., San Pedro, L. A. V., González, J. Q., & Velasco, G. E. (2009). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*.
- Carbonell García, J. F. (2014). Fusiones transfronterizas en el espacio económico europeo.
- Espinosa, F. J. A. (1999). Fusión y escisión de sociedades. In *Anales de Derecho* (Vol. 17, pp. 9-26).
- Etchart, M. (2009). Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Empresa Familiar). *Diario La Ley*, (7221), 2.
- Garcia Wintzer, L., & Rodríguez del Valle Iborra, J. A. (2015). Fusiones transfronterizas intracomunitarias.
- García-Valdecasas, M. G. M., & Royo, S. Á. (2011). *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Librería-Editorial Dykinson.
- González, J. Q. (2010). El proceso de elaboración de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. In *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* (pp. 799-811).
- Henao Beltrán, L. F. (2016). La tutela de los socios de las sociedades de capital en las operaciones de modificación estructural en el ordenamiento español y colombiano.

- Izquierdo, R. J. S., & Martí, E. M. (2002). Bases y parámetros económico-sociales de la integración en cooperativas agrarias. Caso estudio del proceso de fusión. *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, (41), 85-110.
- Izquierdo, R. J. S., & Martí, E. M. (2002). La concentración empresarial en cooperativas agrarias. Formulación de un modelo económico para los acuerdos de fusión. *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 33-52.
- Lázaro Sánchez, E. J. (2009). El "balance de fusión". *Revista de Derecho de Sociedades*, 1(32), 231-252.
- Ley 3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles legislacionespanola.leyderecho.org Retrieved 05, 2017, from <http://legislacionespanola.leyderecho.org/>
- Pozo, R. C., & Martín, A. S. (2006). *El régimen jurídico de la fusión de Cajas de Ahorros*. Marcial Pons.
- Ruano, A. J. M. (2002). Consideraciones críticas sobre la fusión, escisión y transformación en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. *REVESCO: revista de estudios cooperativos*, (78), 51-88.
- Ruiz, F. V., & Monné, A. T. (2013). La Ley de Modificaciones Estructurales. *Una norma técnicamente fallida*, in *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 3-49.
- Sequeira Martín, A. (2008). Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias. *Revista de derecho de sociedades*, 2(31), 33-54.
- Sorjús, J. S., & de Uría Menéndez, A. (2011). Consideraciones sobre el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal. *Diario La Ley*, (7680), 1.
- Troya, A. P. (1998). *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*. Editorial Aranzadi.
- Uría Menéndez, M. (2009). La nueva ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.