

La nueva regulación de las Modificaciones Estructurales

La aprobación del Real Decreto-Ley 5/2023 trajo consigo un sinnúmero de ampliaciones de ayudas entonces pensadas para mitigar los efectos, entre otros, de la COVID-19 y el volcán de La Palma; pero también introdujo modificaciones legislativas en materia de modificaciones estructurales de sociedades de capital que bien merece un análisis.

La citada modificación supone el fin de la ya derogada Ley 3/2009, de 3 de abril, e incorpora al ordenamiento jurídico una serie de novedades, tanto para las modificaciones estructurales mercantiles internas como externas (trasfronterizas). El “nuevo” procedimiento mantiene muchas de las fases que se contenían en la Ley 3/2009, a saber: se mantiene la obligación de elaboración del proyecto de fusión o escisión por el órgano de administración de la mercantil, la aprobación de dicho proyecto por la Junta de Socios, así como la inscripción de los acuerdos adoptados en el Registro Mercantil.

Las novedades del procedimiento pueden encontrarse, en gran medida, en la documental que el nuevo texto legal requiere para la oportuna modificación. Estos documentos afectan no solo al procedimiento en sí, sino también a las personas obligadas a su formalización, así como al contenido de los mismos.

Si se lleva a cabo un análisis minucioso de las citadas novedades legislativas, debe señalarse que los cambios más notables aparecen recogidos en los artículos 4, 5, 6 y 7 de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales.

El artículo 4 tiene como objetivo regular el contenido de los proyectos de las modificaciones estructurales, el cual no ha sido prácticamente alterado. Sin embargo, sí que se prevén nuevas cuestiones.

Deberá, en lo sucesivo, elaborarse un proyecto de transformación que cumpla con las máximas del artículo 20 Ley de Modificaciones Estructurales. A este proyecto deberá unirse:

- Un certificado de estar al corriente de obligaciones fiscales y de la Seguridad Social.
- Un certificado que deberá aportarse por todas las sociedades que intervengan en la operación.
- Los detalles de la oferta de compensación en efectivo a los socios que dispongan del derecho a enajenar sus acciones, participaciones o cuotas; y las implicaciones de la operación para los acreedores y las garantías personales y reales que se les ofrezcan.

El informe que los administradores, se recoge en el artículo 5. Se señala que deberá estar conformado por dos secciones claramente diferenciadas: una para los socios de la sociedad, y una segunda para los trabajadores. La propia sociedad tendrá la potestad de decidir si ese informe se elabora en un único documento, o bien en informes separados dirigidos individualmente a cada grupo de destinatarios.

A propósito de este artículo, debe hacerse una mención especial a su apartado cuarto, que señala que la sección destinada a los socios no será legalmente exigible cuando, por unanimidad, se acuerde por todos aquellos con derecho de voto tanto en la sociedad como en sociedades participantes. En cuanto a la sección destinada a los trabajadores, deberá incluir cuales son las consecuencias de la operación en las relaciones laborales, cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables, y como pueden afectar todas estas cuestiones a las sociedades filiales en caso de que la sociedad pertenezca a un grupo de empresas.

En cuanto al informe del experto independiente, recogido en el artículo 6, la nueva norma señala que el propio experto deberá incluir en su informe si considera adecuada la comprensión en efectivo que se ha ofrecido a los socios que dispongan de derecho a enajenar sus acciones o participaciones. Este informe podrá incluir también, cuando así lo soliciten los administradores, una valoración sobre si se consideran adecuadas las garantías que se han ofrecido a los acreedores.

Este artículo 6 debe ponerse en estrecha relación con los artículos 41 y 42 Ley de Modificaciones Estructurales. El tercero de los apartados del artículo 41 recoge novedades en materia del informe de los expertos sobre el proyecto de fusión, y señala que la segunda parte de este informe deberá contener la opinión del experto sobre si el patrimonio de las sociedades extinguidas es, al menos, igual al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento de capital de la sociedad absorbente, siempre y cuando esta nueva sociedad (o sociedad absorbente) sea una sociedad anónima o comanditaria por acciones.

Por otro lado, el artículo 42, en su apartado 1.3º, no regula (como sí se hacía en la derogada Ley 3/2009) la necesidad del experto de pronunciarse sobre la existencia o no de asistencia financiera.

Por último, el artículo 7 obliga a que, con al menos un mes de antelación a la fecha de la Junta General que acuerde la modificación estructural, deberá insertarse en la página web de la sociedad:

- El proyecto de la operación (ya obligado por la norma derogada);

- Un anuncio que informe a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores del derecho a presentar observaciones con respecto a dicho proyecto (plazo máximo de 5 días laborales antes de la celebración de la Junta);
- El informe del experto independiente. Esto no será de aplicación cuando el acuerdo se apruebe por unanimidad en junta universal, en los términos previstos en el artículo 9.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

En lo que respecta a las modificaciones estructurales mercantiles internas (es decir, en sociedades mercantiles domiciliadas en territorio español), la nueva normativa apenas hace cambios sustanciales en su contenido, limitándose al cambio de detalles en el procedimiento aplicable a las fusiones, escisiones y transformaciones.

La verdadera novedad legislativa que aporta este primer Libro aparece regulada en los Títulos III y IV del mismo, encargado de regular las modificaciones estructurales transfronterizas “intraeuropeas” y “extraeuropeas”, respectivamente. Ciertamente es que la Ley 3/2009 ya regulaba este tipo de operaciones; no obstante, la nueva legislación se ha encargado de regular, por primera vez, las fusiones extraeuropeas y las escisiones transfronterizas.

En líneas generales, se puede hablar de dos grupos de modificaciones estructurales transfronterizas:

1. Operaciones intraeuropeas (artículo 80 de la Ley de Modificaciones Estructurales), a su vez divisible en dos tipos de operaciones:
 - 1.1 – Transformaciones de sociedades de capital constituidas de acuerdo con la normativa de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo en sociedades de capital sujetas a Derecho español, o en sentido inverso
 - 1.2 – Las fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo en las cuales participen sociedades de capital que se han constituido conforme al Derecho de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo en sociedades de capital sujetas a Derecho español, o en sentido inverso
2. Operaciones extraeuropeas (artículo 121 de la Ley de Modificaciones Estructurales), también divisible en dos tipos de operaciones:
 - 2.1 – Transformaciones de sociedades de capital constituidas de acuerdo con la normativa de un Estado que no es miembro del Espacio Económico Europeo en sociedades de capital sujetas a Derecho español, o en sentido inverso
 - 2.2. - Las fusiones, escisiones y cesiones globales de activo y pasivo en las cuales participen sociedades de capital que se han constituido conforme al Derecho de

un Estado que no es miembro del Espacio Económico Europeo en sociedades de capital sujetas a Derecho español, o en sentido inverso

Para que estas modificaciones transfronterizas puedan llevarse a cabo, la legislación precisa un “certificado previo a la operación”. Se trata de un documento que tiene como objetivo acreditar el cumplimiento de la legalidad y las condiciones exigidas para que la modificaciones estructural pueda llevarse a cabo. En las sociedades españolas, será competente para expedir este certificado el Registrador Mercantil, tal y como aparece regulado en el artículo 90 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

El Registrador deberá valorar, en el plazo de tres meses, los documentos que acompañan a la solicitud, enumerados en el segundo apartado del artículo 90 de la Ley de Modificaciones Estructurales, a fin de considerar que la operación no tiene como objetivo la persecución de fines abusivos o fraudulentos.