

mercantil

12-2012
Marzo, 2012

REAL DECRETO-LEY 9/2012, DE 16 DE MARZO, DE SIMPLIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE FUSIONES Y ESCISIONES DE SOCIEDADES DE CAPITAL: MODIFICACIONES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y EN LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Esta nota resume los principales aspectos que han sido modificados en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la “LSC”), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la “LME”), por el Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo (el “**Real Decreto-ley**”) publicado el pasado 17 de marzo en el Boletín Oficial del Estado.

1. INTRODUCCIÓN

Con el Real Decreto-ley se pretende trasponer al Derecho español la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE, del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones; desarrollar la regulación del uso por las sociedades de capital de su página web y de las comunicaciones electrónicas; y modificar las reglas relativas al derecho de separación de los socios en caso de fusión transfronteriza y en caso de traslado al extranjero del domicilio social.

2. ASPECTOS RELATIVOS A LA PÁGINA WEB DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y LAS COMUNICACIONES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

2.1 Ampliación del régimen general sobre la página web de las sociedades de capital

El Real Decreto-ley modifica el artículo 11 bis de la LSC, que pasa a denominarse “Página web de la sociedad” (frente a la anterior denominación, algo equívoca, de “*Sede electrónica*”) y añade un nuevo artículo 11 ter relativo a las publicaciones en la página web. Las principales novedades son:

- (i) *Obligatoriedad*: se reafirma la obligatoriedad de la página web para las sociedades cotizadas y se mantiene su carácter voluntario para el resto de sociedades de capital.
- (ii) *Competencia de la junta*: la competencia para la creación de la página web se sigue atribuyendo a la junta general de la sociedad, aunque ahora se exige que dicha creación conste expresamente en el orden del día de la reunión.

- (iii) *Competencias del órgano de administración:* salvo disposición estatutaria en contrario, el traslado o la supresión de la página web de la sociedad se sigue atribuyendo al órgano de administración, añadiendo igualmente entre sus competencias la modificación de dicha página web.
- (iv) *Difusión de los acuerdos relativos a la página web:* el Real Decreto-ley refuerza la publicidad del acuerdo de creación de la página web, haciendo obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de su publicación en la propia página web. Se elimina la posibilidad de sustituir la inscripción en el Registro Mercantil por la comunicación a todos los socios.

Los acuerdos de modificación, traslado o supresión de la página web se deberán hacer constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil competente y deberán ser publicados en el BORME, así como en la propia página web modificada, trasladada o suprimida durante los treinta días siguientes a contar desde la inserción del acuerdo.

Con el objeto de potenciar el uso de la página web como herramienta de las sociedades de capital, se establece que la publicación de la página web de la sociedad en el BORME será gratuita. La redacción del Real Decreto-ley sin embargo no aclara si la gratuidad aplica sólo al acuerdo de creación o también a los acuerdos de modificación, traslado o supresión.

Aparte de lo anterior, los estatutos sociales pueden exigir que, antes de que se hagan constar en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil, los mencionados acuerdos relativos a la página web se notifiquen individualmente a cada uno de los socios. Entendemos que dicha mención sólo tendrá sentido en sociedades cuyo capital esté representado por acciones nominativas.

- (v) *Efectos jurídicos:* hasta que la página web no se publique en el BORME, las inserciones que realice la sociedad en esta no tendrán efectos jurídicos.
- (vi) *Garantías técnicas:* se establece de forma expresa la obligación de la sociedad de garantizar la seguridad de la página web (si bien no se concreta el nivel de seguridad exigible), la autenticidad de los documentos publicados en la página y el acceso gratuito a esta, con posibilidad de descarga e impresión de lo insertado en ella.
- (vii) *Responsabilidad:* la carga de la prueba del hecho de la inserción de documentos en la página web y de la fecha en que esa inserción haya tenido lugar sigue recayendo en la sociedad.

Sin embargo, como novedad, se atribuye expresamente a los administradores el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, haciéndoles responsables solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Para acreditar el mantenimiento de lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley es suficiente la mera declaración por los administradores. Sin perjuicio de ello, el Real Decreto-Ley ha ampliado el ámbito de las personas que pueden desvirtuar tal declaración, dado que se ha sustituido el término “perjudicado” por “cualquier interesado”, por lo que no es necesario que se demuestre un “perjuicio” para poder desvirtuar tal declaración.

- (viii) *Interrupciones en el acceso, efectos sobre plazos:* En caso de interrupciones en el acceso a la página web superiores a dos días consecutivos o cuatro alternos, se prohíbe la celebración de la junta general para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en dicha página, salvo que el total de días de publicación efectiva (es decir, sin interrupciones) fuera igual o superior al término exigido por la ley.

Por su parte, en los casos en los que la ley exija el mantenimiento de la inserción después de celebrada la junta general, si se produjera interrupción, debe prolongarse la inserción por un número de días igual al que el acceso hubiera estado interrumpido.

2.2 Comunicaciones por medios electrónicos

Las comunicaciones de la sociedad por medios electrónicos con sus socios se permiten en caso de que estos las hayan aceptado de forma expresa. La redacción del Real Decreto-ley parece dar a entender que se trata de un consentimiento individual, suscitándose la duda de si dicha aceptación puede entenderse otorgada por los socios que aprobaron la inclusión del sistema de comunicación en los estatutos sociales en el momento de la constitución o por decisión unánime en un momento posterior y por los socios posteriores a dicha fecha al adquirir acciones o participaciones sujetas a dichos estatutos.

3. EXCEPCIONES ADICIONALES A LA EXIGENCIA DE INFORME DE EXPERTO EN APORTACIONES NO DINERARIAS

Se aclara la falta de necesidad de emitir un informe de experto sobre las aportaciones no dinerarias en los tres casos siguientes:

- (i) En la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión cuando se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión;
- (ii) En el caso de fusiones por absorción o escisiones a favor de una tercera sociedad en las que se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión y el aumento del capital social correspondiente se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida; y
- (iii) Cuando el aumento de capital se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones.

4. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN EN EL CASO DE LAS FUSIONES Y ESCISIONES

4.1 Proyecto común de fusión (o escisión), publicidad

El Real Decreto-ley ha modificado el régimen del depósito del proyecto de fusión (o escisión) (artículo 32 LME) en el Registro Mercantil, sustituyéndolo por un sistema de inserción en la página web en determinados casos.

Así, las sociedades que tengan página web sólo están obligadas a su inserción en dicha página y su publicación (gratuita) en el BORME no a su depósito en el Registro Mercantil. De acuerdo con ello, en estos casos, no habrá calificación por el Registrador Mercantil y la misma será realizada sólo una vez se adopten los acuerdos por la junta general y se presente la correspondiente escritura a inscripción.

En el caso de que alguna de las sociedades que participan en la fusión (o escisión) no tenga página web, los administradores están obligados a depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita dicha sociedad.

Adicionalmente, en consonancia con el plazo de un mes que establece el artículo 40 LME para la publicación de la junta general que haya resolver sobre la fusión (o escisión), el Real Decreto-ley ha modificado el artículo 32 LME para incluir que la inserción del proyecto en la página web y la publicación de este hecho en el BORME 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. Además de ello, el Real Decreto-ley ha establecido que la inserción del proyecto de fusión (o escisión) en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores de su derecho de oposición.

En tercer lugar, el Real Decreto-ley aclara que la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que hayan de resolver sobre la fusión (o escisión) o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción en la página web o del depósito del proyecto en el BORME.

El Real Decreto-ley ha eliminado la mención que se hacía en el artículo 32 LME a la falta de necesidad de la convocatoria en juntas universales, lo cual hace suscitar dudas respecto a las consecuencias de tal eliminación. A estos efectos hay que tener en cuenta que aunque la regulación de las fusiones aprobadas por junta universal se ha trasladado al artículo 42 LME en una nueva redacción que se detalla en el apartado 4.5 de esta nota, esa nueva regulación exige no solo junta universal sino (i) que sean universales las juntas de *“cada una de las sociedades que participan en la fusión”* (surgiendo con ello la duda de qué ocurre en los casos en que alguna sociedades puedan hacer junta universal y otras no) y (ii) que el acuerdo sea unánime (surgiendo con ello la duda de qué ocurre si hay votos en contra o abstenciones).

4.2 Exigencia de informe de experto

El Real Decreto-ley modifica la redacción del artículo 34 LME para establecer la necesidad de informe de experto sobre el proyecto para aquellas fusiones (y escisiones) en las que alguna de las sociedades que participen en la fusión (o escisión) sea anónima o comanditaria por acciones.

La anterior redacción del artículo 34 LME establecía esta obligación sólo para aquellos casos en que la sociedad resultante fuese anónima o comanditaria por acciones.

Esta modificación parece ser contraria al espíritu de simplificación y reducción de trámites que ha venido inspirando las últimas modificaciones de la LME. En este sentido, esta nueva redacción parece que hace necesario el informe de experto cuando una sociedad anónima sea absorbida por una sociedad limitada, cuando en este tipo social ninguna ampliación de capital (tampoco por tanto la que provenga de la adquisición de un patrimonio no dinerario) requiere de la emisión de dicho informe. Téngase en cuenta que el apartado 4 del artículo 34 (antes apartado 5) no ha sido modificado por este Real Decreto-ley y no contempla (posiblemente por error) que el informe de experto para el aumento de capital no sea necesario cuando la sociedad resultante no sea anónima.

4.3 Balance de fusión (o escisión) para sociedades cotizadas, posibilidad de utilización de informes financieros semestrales

El Real Decreto-ley ha incluido un nuevo apartado 3 en el artículo 36 LME para establecer que, si en la fusión (o escisión) participan una o varias sociedades anónimas cotizadas, el balance de fusión podrá ser sustituido por el informe financiero semestral exigido por la legislación sobre el mercado de valores, siempre que dicho informe hubiere sido cerrado y hecho público dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión.

El informe se pondrá a disposición de los accionistas en la misma forma que la establecida para el balance de fusión y, en este caso, se incorporará a la escritura de fusión (el Real Decreto-ley ha modificado correlativamente el artículo 45 LME).

4.4 Información sobre la fusión (o escisión)

El artículo 39 LME ha quedado modificado sustancialmente para establecer las siguientes novedades:

- (i) La información que exige el artículo 39 LME debe estar insertada en la página web o puesta a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores antes de la convocatoria de las juntas correspondientes. La anterior redacción permitía que se pudiera hacer al tiempo de la convocatoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Real Decreto-ley ha modificado asimismo el artículo 40 LME para establecer que la publicación de la convocatoria (o comunicación individual a los socios) de la junta general que haya de decidir sobre

la fusión (o escisión) tiene que hacer constar la fecha de inserción de los documentos en la página web de la sociedad o, en caso de que la sociedad no tenga dicha página web, el derecho de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores a examinar en el domicilio social copia de los documentos, así como a obtener su entrega o el envío gratuito.

- (ii) Se ha modificado la redacción para aclarar que los informes de expertos y administradores serán insertados en la página web o puestos a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores en la medida en que sean requeridos.
- (iii) La lista de documentos incluye el informe de auditoría sobre el balance de fusión siempre que dicho informe sea exigible (aclarando con ello la redacción anterior en la que se hablaba de la necesidad “en su caso”, lo que combinado con la anterior redacción del artículo 42 LME había permitido efectuar fusiones con balances no auditados de sociedades cuyas cuentas estaban sometidas a auditoría de cuentas).
- (iv) Se ha añadido la posibilidad de que el balance de fusión sea sustituido por el informe financiero semestral en el caso de sociedades cotizadas (ver apartado 4.3 anterior).
- (v) Los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores sólo pueden pedir examinar los documentos en el domicilio social o su envío gratuito si la sociedad no dispone de página web (a este respecto hay que recordar que, en virtud del nuevo artículo 11 ter LSC todos esos documentos deben ser libremente descargables de la página web de la sociedad).
- (vi) El apartado tercero del artículo 39 LME ha incluido la posibilidad de que los socios con derecho a voto y los restantes terceros que puedan ejercer derechos de voto de acuerdo con la ley o los estatutos renuncien a ser informados de las modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas en cualquiera de las sociedades que participen en la fusión entre la fecha de redacción del proyecto y la de la reunión de la junta general.

4.5 Acuerdo unánime de fusión

El Real Decreto-ley ha modificado sustancialmente el artículo 42 LME, eliminando el régimen super simplificado que existía a favor de sociedades limitadas y pasando a regular el régimen aplicable a las fusiones en las que se celebran juntas universales, con independencia de que las sociedades que participen sean anónimas y/o limitadas.

Desaparece por tanto el sistema anterior que permitía a sociedades limitadas que pudieran celebrar juntas universales y tener acuerdo unánime, acordar su fusión sin cumplir con los requisitos del proyecto de fusión, del balance de fusión y de informes sobre la fusión.

La nueva redacción del artículo 42 regula en un solo artículo las especialidades que deben tenerse en cuenta en los casos en que el acuerdo de fusión (escisión) se adopte, en cada una de las sociedades que participan, 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.

La nueva redacción del artículo 42 LME, sin ser aún totalmente clara, parece dar a entender que en caso de acuerdo unánime de fusión (escisión) es necesario el proyecto de fusión aunque no su depósito o publicación. Igual posición cabe aplicar de los demás documentos a los que refiere el artículo 39 LME, es decir, la redacción lo que admite es que esos documentos no tengan que publicarse o depositarse, pero no que no haya que tenerlos, con la excepción del informe de los administradores de las sociedades participantes que claramente puede obviarse.

Finalmente, el nuevo artículo 42 LME mantiene la previsión de que todos los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal.

5. DERECHO DE OPOSICIÓN DE ACREEDORES

Respecto del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades participantes en procesos de fusión o escisión, el Real Decreto-ley, aparte de incluir las necesarias menciones a la posibilidad de que el proyecto simplemente se inserte en la página web de las sociedades, ha introducido los siguientes cambios en el artículo 44 LME:

- (i) En los casos en que el proyecto no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente (como sería el caso en fusiones aprobadas de forma unánime, ver apartado 4.5 anterior), podrán oponerse a la fusión todos aquellos acreedores cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor. A efectos prácticos, este régimen supone la extensión del número de acreedores que pueden oponerse a la fusión (escisión) dado que incluye a todos aquellos cuyos créditos nazcan entre la fecha de aprobación del proyecto y la fecha de publicación del acuerdo adoptado por la junta en la que se apruebe la fusión (escisión) o la de comunicación del acuerdo al acreedor individualmente, si se hubiera optado por ese sistema.
- (ii) En aquellos casos en que una fusión (escisión) se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición.

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

6. POSIBILIDAD DE SOLICITAR LA DETERMINACIÓN DEL VALOR RAZONABLE POR UN AUDITOR DE CUENTAS EN LAS FUSIONES DE SOCIEDADES PARTICIPADAS AL MENOS AL 90%

En el caso de absorciones de sociedades participadas de forma directa en, al menos, el 90%, el Real Decreto-ley ha incluido como novedad en el artículo 50 LME que los socios que manifiesten la voluntad de transmitir las acciones o participaciones sociales a la sociedad absorbente, pero que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto, tienen la posibilidad de ejercitar las acciones judiciales correspondientes (ya prevista anteriormente) o de solicitar del registro mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad absorbente la designación de un auditor de cuentas, distinto del de la sociedad, para que determine el valor razonable de sus acciones o participaciones.

7. SIMPLIFICACIÓN DE TRÁMITES EN CASO DE ESCISIÓN CON ATRIBUCIÓN PROPORCIONAL DE ACCIONES, PARTICIPACIONES O CUOTAS

Con la introducción de un nuevo artículo 78 bis LME, el Real Decreto-ley ha simplificado de forma sustancial el procedimiento de escisión por constitución de nuevas sociedades, en aquellos casos en que las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital de ésta.

En el caso señalado, el Real Decreto-ley ha establecido que no serán necesarios el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión ni el informe de expertos independientes, así como tampoco el balance de escisión.

Advertir que este régimen no es aplicable a los casos en los que la escisión se hace a favor de sociedades preexistentes, aunque se haga un reparto proporcional de participaciones o acciones.

8. DERECHO DE SEPARACIÓN

El Real Decreto-ley modifica la redacción de las normas contenidas en la LME relativas al derecho de separación de los socios en caso de fusión transfronteriza y en caso de traslado al extranjero del domicilio social (artículos 62 y 99 LME), aclarando que dicho derecho se regulará por lo dispuesto en el título IX LSC, lo que resulta más preciso que la anterior referencia genérica a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.

9. ENTRADA EN VIGOR

El Real Decreto-ley entró en vigor el 18 de marzo de 2012, por lo que las modificaciones mencionadas son efectivas desde dicha fecha.

La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© Marzo 2012. J&A Garrigues, S.L.P, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra, sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.