

Nota informativa relativa al nuevo régimen aplicable a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Resumen

El pasado 29 de julio de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 5/2023¹, en virtud del cual se transpone al ordenamiento jurídico español, entre otras, la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, recogiendo, en su Libro Primero, el nuevo régimen de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante "**Nueva LME**"), quedando derogada la Ley 3/2009² (en adelante, la "**Ley 3/2009**").

Con la Nueva LME se han venido a regular las modificaciones estructurales tanto internas como las transfronterizas, intraeuropeas y extraeuropeas, consistentes en la transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, destacando, como principales novedades, las que se indican a continuación.

1. Modificaciones estructurales internas

1.1. Novedades en el procedimiento generales

La Nueva LME recoge las siguientes novedades en el procedimiento de las modificaciones estructurales respecto a la Ley 3/2009:

- **Proyecto de modificación estructural (art. 4 Nueva LME):** las novedades introducidas por la Nueva LME son i) la inclusión de un calendario indicativo de realización de la operación de modificación; ii) la inclusión de las implicaciones de la operación para los acreedores y, en su caso, toda garantía personal o real que se les ofrezca; y iii) la incorporación de los detalles de la oferta de compensación en efectivo a los socios que dispongan del derecho a enajenar sus acciones, participaciones o, en su caso, cuotas.

Además, deberá acreditarse que la sociedad se encuentra al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la aportación de los correspondientes certificados, válidos y emitidos por los órganos competentes (arts. 20.1. 3º; 40.9; 64.3; 74.5 Nueva LME).

Y, se incluye la posibilidad de modificar el proyecto de modificación estructural por parte de la Junta General, con las mismas mayorías exigidas para la aprobación del proyecto (art. 8.7 Nueva LME).

¹ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

² Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Nota informativa

- **Informe del órgano de administración (art. 5 Nueva LME):** deberá incluirse una sección destinada a los socios y otra a los trabajadores, pudiendo elaborar un informe que contenga dichas secciones, o informes por separado destinados, respectivamente, a los socios y los trabajadores, salvo los siguientes casos:
 - ✓ La sección del informe destinada a los socios no será exigible cuando así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto de la sociedad o sociedades participantes (art. 5.4 Nueva LME);
 - ✓ La sección del informe destinada a los trabajadores no se requerirá cuando la sociedad y sus filiales, de haberlas, no tengan más trabajadores que los que formen parte del órgano de administración o de dirección o la modificación consista en una transformación interna (art. 5.8 Nueva LME).
- **Informe de experto independiente (art. 6 Nueva LME):** como novedad, el informe incluirá, cuando sea preceptivo, i) opinión sobre la adecuación de la compensación en efectivo ofrecida a los socios que, como consecuencia de la modificación estructural, dispongan de un derecho a enajenar sus acciones (art. 6.1.1º Nueva LME); y, ii) a solicitud de los administradores, una valoración sobre la adecuación de las garantías ofrecidas, en su caso, a los acreedores (art. 6.3 Nueva LME).

No se exigirá el informe de experto sobre la compensación en efectivo o el tipo de canje cuando así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto de la sociedad o sociedades participantes en la operación o cuando así se establezca en el régimen particular de cada modificación estructural (art. 6.7 Nueva LME).

- **Publicidad preparatoria (art. 7 Nueva LME):** se incorpora como nueva obligación que al menos un (1) mes antes de la fecha de celebración de la Junta General, los administradores de la sociedad estarán obligados a insertar en su página web o depositar en el Registro Mercantil, al menos, los siguientes documentos: i) el proyecto de modificación estructural; ii) un anuncio por el que se informe a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores de la sociedad, o a los propios trabajadores, de la posibilidad de presentar a la sociedad, a más tardar cinco (5) días laborables antes de la fecha de la junta general, observaciones relativas al proyecto; y iii) el informe de experto independiente, cuando proceda, excluyendo, en su caso, la información confidencial que contuviera.

En caso de acordarse en junta universal y por unanimidad el acuerdo de modificación estructural, no será necesario cumplir con la publicidad o depósito de los anteriores documentos (art. 9 Nueva LME).

- **Publicación de los acuerdos de modificación estructural (art.10 Nueva LME):** se añade la posibilidad de comunicar “vía electrónica” a todos los socios y acreedores el acuerdo de modificación estructural.

1.2. Especificaciones en el régimen particular de cada modificación estructural

En relación al régimen particular de cada modificación estructural, se detallan a continuación las principales novedades:

Transformación por cambio de tipo social (arts. 17 a 32 Nueva LME).	<ul style="list-style-type: none">▪ Deberá elaborarse un proyecto de transformación sin que sea necesario que contenga ofrecimiento de garantías a los acreedores.▪ El informe de experto independiente solo será necesario en los casos de transformación en sociedad anónima o sociedad
--	--

Nota informativa

	<p>comanditaria por acciones y tendrá como único objeto la valoración de las aportaciones no dinerarias (art. 22 Nueva LME).</p>
Fusión (arts. 33 a 57 Nueva LME)	<ul style="list-style-type: none">▪ 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 el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto común de fusión. En los demás casos el informe será facultativo.▪ Se suprime la necesidad de que el informe de los expertos se pronuncie sobre la existencia de asistencia financiera en los casos en los que una de las sociedades que se fusiona se hubiera endeudado para adquirir el control de otra que participa en la operación de fusión.▪ Cualquier acuerdo adoptado por parte de alguna de las sociedades que participen en la fusión en virtud del cual se modifique unilateralmente el proyecto de fusión, equivaldrá al rechazo de la propuesta.
Escisión y segregación (arts. 58 a 71 Nueva LME).	<ul style="list-style-type: none">▪ El informe o informes de los expertos no serán necesarios cuando así lo acuerden la totalidad de los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto, de cada una de las sociedades que participan en la escisión, sin perjuicio de su necesidad en cuanto a la valoración del patrimonio aportado en relación al capital de las sociedades beneficiarias (art. 68.3 Nueva LME).▪ No será necesario para la realización de la segregación con creación de nuevas sociedades o en favor de sociedades íntegramente participadas ni el informe de los administradores ni el informe de experto, salvo en lo referente a 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 de capital de la sociedad beneficiaria cuando esta sea una sociedad anónima o comanditaria por acciones, pero sí balance de segregación.
Cesión global de activo y pasivo (arts. 72 a 79 Nueva LME)	<ul style="list-style-type: none">▪ El informe de experto independiente en la cesión global tendrá carácter facultativo (art. 76 Nueva LME).

Nota informativa

1.3. Mecanismos de protección

La Nueva LME regula, en el mismo sentido que la Ley 3/2009, los mecanismos de protección de socios y acreedores, pero introduciendo las novedades que se especifican a continuación.

- **Protección de los socios (art. 12 Nueva LME):** los socios que, conforme al régimen específico de la modificación estructural proyectada, tengan el derecho a enajenar sus acciones, participaciones o cuotas a cambio de una compensación en efectivo adecuada³, podrán ejercitarlo siempre que hayan votado en contra de la aprobación del correspondiente proyecto o sean titulares de acciones o participaciones sin voto.
 - ✓ Los socios que pretendan ejercitar el derecho deberán comunicarlo a la sociedad en el plazo de veinte (20) días desde la fecha de la Junta General que haya aprobado el acuerdo de modificación estructural.
 - ✓ La compensación en efectivo⁴ establecida en el correspondiente proyecto de modificación, se abonará dentro del plazo de dos (2) meses a contar desde la fecha en que surta efecto la modificación.
 - ✓ Y, cuando el socio que hubiera manifestado su voluntad de ejercer el derecho considere que la compensación en efectivo ofrecida por la sociedad no se ha fijado adecuadamente, tendrá derecho a reclamar una compensación complementaria ante el Juzgado de la Mercantil o tribunal arbitral estatutariamente previsto, una compensación complementaria en efectivo.

Adicionalmente, para las fusiones y escisiones, se añade que, los socios que consideren que la relación de canje establecida en el proyecto no es adecuada, pueden impugnarla y reclamar un pago en efectivo, dentro del plazo de dos (2) meses desde la fecha de publicación del acuerdo de la Junta General. La sociedad resultante podrá compensar a los socios con acciones o participaciones propias en lugar del pago en efectivo (arts. 49.1. y 49.2 Nueva LME).

- **Protección de los acreedores (art. 13 Nueva LME):** Una de las principales novedades introducidas por la Nueva LME es la eliminación del derecho de oposición de los acreedores regulado en la Ley 3/2009, el cual se substituye por la introducción de un derecho a obtener garantías adecuadas en el caso de que la satisfacción de los créditos de los acreedores esté en riesgo (lo cual se deberá demostrar -art. 14 Nueva LME-) como consecuencia de la operación de modificación estructural, no habiendo obtenido garantías suficientes por parte de la sociedad. En caso de que no estén conformes con las mismas, podrán, dentro del plazo de un (1) mes a contar desde la publicación del proyecto y, con independencia de que se haya emitido o no el informe de experto independiente y, sin perjuicio de la posibilidad de formular observaciones al proyecto, acudir al Registrador Mercantil o Juzgado de lo Mercantil o solicitar del Registrador Mercantil, que nombre un experto independiente en el plazo de cinco (5) días, dentro del plazo de tres (3) meses desde la publicación del proyecto para que se pronuncie sobre la adecuación o no de las garantías otorgadas por la sociedad. Si el informe del experto considera que las garantías son inadecuadas, se dará traslado a la sociedad para que en el plazo de los quince (15) días siguientes las amplíe u ofrezca otras nuevas. Y, por el contrario, si se consideran adecuadas, el Juzgado de lo Mercantil tramitará el procedimiento y lo notificará al Registro Mercantil correspondiente.

³ Los socios dispondrán de este derecho en las transformaciones internas, en las fusiones por absorción de sociedad participada al 90% o más (pero no de la totalidad) cuando no se elaboren los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión y en las operaciones transfronterizas cuando vayan a quedar sometidos a una ley extranjera. Es decir, no gozarán de dicho derecho en las operaciones de fusión, escisiones y cesiones de activos y pasivos.

⁴ Si el socio considera que la compensación en efectivo ofrecida por la sociedad no se ha fijado adecuadamente, tendrá derecho a reclamar una compensación en efectivo complementaria ante el Juzgado de lo Mercantil del domicilio social, dentro del plazo de dos (2) meses desde la fecha en que hayan recibido o hubieran debido recibir la compensación inicial.

Nota informativa

Para los casos en que no sea necesaria la publicación del proyecto, la fecha de nacimiento del crédito a los efectos de la protección de los acreedores deberá ser anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión adoptado por la Junta General o, en los casos que así proceda, por el Consejo de Administración o a la fecha de comunicación individual de dicho acuerdo al acreedor.

En el caso de las escisiones, responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias de: i) las deudas nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión, aun no vencidas e incumplidas, hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas en la escisión y, si subsistiera la propia sociedad escindida, hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella; y ii) de las deudas de la sociedad escindida nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión no vencidas en ese momento. La responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión o segregación prescribirá los cinco (5) años (art.70 Nueva LME).

- **Protección de los trabajadores:** como novedad, la Nueva LME introduce diversos mecanismos de protección de los trabajadores, que, si bien ya han sido citados, se componen de:
 - ✓ el informe del órgano de administración irá dirigido, no únicamente a los socios sino también a los trabajadores explicando y justificando los aspectos jurídicos y económicos de la modificación estructural y sus consecuencias para los trabajadores. En la correspondiente sección, se explicarán: i) las consecuencias de la operación para las relaciones laborales, así como, en su caso, cualquier medida destinada a preservar dichas relaciones; ii) cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad de la sociedad (art. 5 LME).
 - ✓ La posibilidad de realizar observaciones relativas al proyecto de modificación estructural por parte de los trabajadores de la sociedad, o en un plazo de cinco (5) días laborables antes de la fecha de la junta general (art. 7.2 Nueva LME).

2. Modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas y extraeuropeas ⁵

2.1. Novedades en el procedimiento

La Nueva LME incorpora como novedad la regulación de las modificaciones estructurales transfronterizas, tanto intraeuropeas como extraeuropeas. Asimismo, regula por primera vez las fusiones extraeuropeas y las escisiones transfronterizas.

En relación con la documentación necesaria para llevar a cabo las modificaciones estructurales transfronterizas, la Nueva LME se remite a las disposiciones generales comunes, así como a las estipulaciones específicas aplicables a cada tipo de modificación, las cuales han sido previamente analizadas en el apartado 1 anterior.

⁵ Ha sido necesario un cambio de denominación de las tradicionales modificaciones estructurales internas incluidas en la Ley 3/2009, pasando a denominarse, de conformidad con la Directiva (UE) 2019/2121, el «traslado internacional de domicilio» como «transformación transfronteriza», que, a su vez, se diferencia de la transformación por cambio de tipo social, que no conlleva cambio de ley nacional.

Nota informativa

No obstante, con carácter específico, la Nueva LME establece como requisito para la ejecución de las modificaciones estructurales transfronterizas, la obtención de un certificado previo expedido por la autoridad competente en cada caso, en los términos que se describe a continuación.

Con el fin de dotar de seguridad jurídica a las operaciones que se desarrollen, la Directiva (UE) 2019/2121 articula un sistema de control que corresponde a los Estados, obligando a cada uno de ellos, a designar una autoridad que expida el “certificado previo a la operación”, en virtud del cual se acredite la legalidad de la operación de modificación estructural conforme al Derecho del Estado de las sociedades que participan en la misma.

En este sentido, la Nueva LME designa como autoridad competente para la expedición del certificado previo al Registro Mercantil del domicilio social de la sociedad española que va a realizar o participar en la operación (arts. 90.1 y 123 Nueva LME).

La solicitud por parte de la sociedad para obtener el certificado previo se acompañará de la escritura de elevación a público del acuerdo de modificación estructural adoptado por la junta general, y esta podrá presentarse electrónicamente en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad.

Una vez presentada la solicitud en el Registro Mercantil, el Registrador efectuará el control de legalidad y se pronunciará sobre el certificado previo en un plazo de tres (3) meses. Si el Registrador considerare que durante el transcurso del control de legalidad tuviera sospechas que la operación fuera realizada con fines abusivos o fraudulentos, y con el objeto de eludir el Derecho de la Unión o el Derecho español, podrá recabar información adicional en un plazo adicional de tres (3) meses (arts. 91.1 y 123 Nueva LME).

El Registrador Mercantil llevará a cabo una valoración global de la información y documentación que haya recibido, pudiendo acudir a un experto independiente (arts. 91.1 y 123 Nueva LME).

Si de dicha valoración global, el Registrador Mercantil, considerará de manera clara que la operación se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos, o con intención delictiva, denegará el certificado previo e informará a la sociedad, pudiendo ser recurrida por la sociedad ante el Juzgado de lo mercantil en dos meses desde su notificación. En otro caso, expedirá el certificado y lo notificará a la sociedad (arts. 91.5, 92.1 y 123 Nueva LME).

2.2. Especificaciones en el régimen particular de cada modificación estructural

A las modificaciones estructurales transfronterizas extraeuropeas les serán de aplicación las disposiciones generales comunes, así como las estipulaciones específicas para cada modificación estructural. En relación con el régimen específico de cada modificación estructural, se detalla a continuación las principales novedades:

Transformación transfronteriza (arts. 96 a 100 Nueva LME).	<ul style="list-style-type: none">Se deberá elaborar un proyecto de transformación sin que sea necesario que contenga ofrecimiento de garantías a los acreedores.
Fusión y escisión (arts. 101 a 113 Nueva LME)	<ul style="list-style-type: none">En las fusiones y escisiones transfronterizas será siempre necesario el informe de experto independiente, salvo que así lo hayan acordado todos los socios de la sociedad.

Nota informativa

Cesión global de activo y pasivo (arts. 114 a 120 Nueva LME)	<ul style="list-style-type: none">▪ No serán aplicables a las cesiones globales de activos y pasivos de sociedades españolas las disposiciones generales sobre protección de los socios mediante el derecho de enajenación de sus acciones y participaciones.▪ Si la sociedad cedente es española, será necesario la obtención de un certificado previo del Registro Mercantil.
---	--

2.3. Mecanismos de protección

- i. **Protección de los socios (art. 86 Nueva LME):** Los socios de una sociedad española participantes en una modificación estructural que, como consecuencia de esa modificación, hayan quedado sometidos a una ley extranjera, tendrán derecho a enajenar sus acciones o participaciones a la sociedad que pertenezcan o a los socios o terceros que esta proponga a cambio de una compensación en efectivo, siempre y cuando hayan votado en contra de la aprobación del proyecto. Asimismo, este derecho también les corresponderá a los titulares de acciones o participaciones sin voto.

Adicionalmente, para las fusiones y escisiones, la Nueva LME reconoce el derecho de los socios de las sociedades españolas que no tengan o no hayan ejercitado el derecho a enajenar sus acciones o participaciones a impugnar la relación de canje establecida en el proyecto y reclamar un pago en efectivo si consideran que la misma no es adecuada (arts. 104 y 109 Nueva LME).

- ii. **Protección de los acreedores (art. 87 Nueva LME):** Si al tiempo de emitirse el certificado previo del Registro Mercantil algún acreedor de cualquier sociedad española participante en una modificación estructural transfronteriza hubiera manifestado su disconformidad con las garantías, y en su caso, hubiera presentado demanda judicial, se hará constar en el certificado previo expedido por el Registro Mercantil.

Adicionalmente, para las transformaciones, la Nueva LME prevé que, sin perjuicio de otros foros de competencia judicial internacional, durante los dos (2) años posteriores a que la transformación haya surtido efecto, los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto podrán demandar a la sociedad ante los tribunales del domicilio social que ésta mantenía en el Estado de origen.

2.4. Especificaciones en las modificaciones estructurales transfronterizas extraeuropeas

La Nueva LME ha previsto que a las sociedades españolas que participen en modificaciones estructurales con sociedades constituidas de conformidad con el Derecho de un estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo, le serán de aplicación las disposiciones relativas a las modificaciones estructurales de la Nueva LME.

Asimismo, será exigible para las sociedades españolas que participen en una modificación estructural extraeuropea la obtención del certificado previo, conforme a las mismas reglas que las operaciones intraeuropeas anteriormente descritas, pero con las siguientes especificaciones:

- ✓ Podrá adaptarse el certificado previo para dar cumplimiento a los requisitos específicos exigibles conforme el Derecho del Estado destino.

Nota informativa

- ✓ La transmisión entre autoridades o registro del certificado previo se regirá por la legislación general.

3. Entrada en vigor

La Nueva LME se encuentra en vigor desde el pasado **29 de julio de 2023**. No obstante, se ha previsto un régimen transitorio (disposición transitoria primera) en virtud del cual las disposiciones de la Ley 3/2009 serán de aplicación a las operaciones de modificación estructural de sociedades mercantiles cuyos proyectos hubiesen sido aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la Nueva LME.

¿Tiene alguna consulta?

Desde el Área de Mercantil trabajamos para poder dar respuesta a las dudas que la actual situación pueda plantear. Si tiene alguna consulta, no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Contacto:

Iñaki Frías

Socio del Área de Mercantil

ifrias@rcd.legal

Ignacio Aragón

Socio del Área de Mercantil

iaragon@rcd.legal

www.rcd.legal