

ASPECTOS FORMALES DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN/ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES*

José Javier Escolano Navarro

Notario

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: VALOR Y EFECTOS JURÍDICOS DE LAS EXIGENCIAS FORMALES. CALIFICACIÓN DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN / ESCISIÓN, DESDE DICHA PERSPECTIVA.

1.1 Introducción:

1.2 Importancia de la forma:

1.3 Síntesis de doctrina de la resolución de 10 de junio de 1994:

1.4 Síntesis de la doctrina de la resolución de la DRGN de 4 de octubre 1994:

2. DIMENSIÓN TEMPORAL: CALENDARIO.

3. EJECUCIÓN DE LA FUSIÓN: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA, CONSTATACIÓN REGISTRAL Y PUBLICACIÓN.

3.1 Escritura

3.2 Constatación registral

3.3 Publicación en el borme

4. ESPECIALIDADES DE LA ESCISIÓN.

4.1 División o segregación del patrimonio y posterior transmisión en bloque.

4.2 Extinción de la sociedad totalmente escindida o subsistencia de la sociedad parcialmente escindida.

4.3 Respeto a la condición de socio.

4.4 Constancia registral.

* Este estudio tiene como base la conferencia pronunciada por el autor en Elche, el día 21 de octubre de 1999, en el marco de la Jornada de Estudio organizada por las Delegaciones Territoriales 11ª y 13ª de la AEDAF, bajo el lema "Operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones y operaciones asimiladas)".

5. RELACIÓN CON LA LEY 46/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, SOBRE INTRODUCCIÓN DEL EURO.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN: VALOR Y EFECTOS JURÍDICOS DE LAS EXIGENCIAS FORMALES. CALIFICACIÓN DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN / ESCISIÓN, DESDE DICHA PERSPECTIVA.

1.1 Introducción:

Me corresponde el tratamiento de los aspectos formales y registrales de las operaciones de REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL (en terminología fiscal, empleada adecuadamente por los organizadores), o también llamadas, REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES (según la doctrina norteamericana) o MODIFICACIONES ESTRUCTURALES (en expresión acuñada por la doctrina y legislación alemanas); con ello hay que aludir al diseño de una multiplicidad de operaciones de carácter extraordinario en la vida de las sociedades a través de las cuales se produce un verdadero cambio en la estructura y organización de las mismas.

Más la comprensión íntegra de estas operaciones, desde el punto de vista de sus requisitos formales, exige -a mi juicio- coherencia con la concepción substantiva que tengamos de dichos procedimientos.

Es decir, no es lo mismo poner el acento en la dimensión negocial, en los pactos o acuerdos entre los administradores de las distintas sociedades participantes (tesis contractualista, MOTOS y GARRIGUES), situando el centro de gravedad del procedimiento en el proyecto de fusión; que al contrario, poner el énfasis en los acuerdos de las juntas generales de las respectivas sociedades (tesis corporativa, URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA, etc.); o decir que se trata de una mera modificación recíproca de estatutos de las sociedades participantes; o una operación típica y autónoma, no reconducible a otras categorías (VICHENT CHULIÁ).

Todo ello, por ejemplo a la hora de enfrentarnos a la posible modificación del proyecto de fusión suscrito por los administradores, por las juntas generales convocadas para tomar el acuerdo de fusión.

Para ello, sin deseo de reiterar cuestiones objeto de tratamiento en otras ponencias, me permito realizar las siguientes precisiones introductorias:

1.1.1 Noción de sistema

Si entendemos por sistema: “un conjunto de elementos en interacción dinámica, organizados en función de un objetivo”, abierto, en cuanto está en relación permanente con su entorno (así JOÛL DE ROSNAY, en su conocida obra “Macroscopio”, pags. 80 y 81).

1.1.2 La empresa “sistema abierto”.

Independientemente de cualquier concepción que utilicemos de la empresa, ésta debe ser considerada como un sistema complejo, abierto al entorno, sujeto a las leyes económicas; por tanto, una realidad dada y existente en el mundo económico

La paradoja a la que se enfrenta todo responsable de un sistema abierto, es: ¿cómo puede una organización estable, cuya finalidad es conservarse y durar, cambiar y evolucionar?

Con ello quiero destacar que, la cuestión sobre la adecuación de la organización societaria o elección del tipo de sociedad a una concreta realidad empresarial, no solo ha de plantearse en el momento fundacional o constitutivo, sino mantenerse posteriormente en atención a la propia evolución de la empresa, preguntándose sobre la necesidad o conveniencia de afrontar algún cambio estructural.

1.1.3 La sociedad mercantil como forma de organización de la empresa.

En este sentido, no olvidemos que la respuesta del Derecho a las exigencias de estructura y organización de una empresa con pluralidad de personas es la **sociedad mercantil**; la cual desde la óptica que analizamos es, básicamente, una técnica de organización jurídica de la empresa, abierta a los requerimientos de las circunstancias, internas y externas.

1.2 Importancia de la forma:

1.2.1 Régimen jurídico integrado básicamente por las siguientes normas

1º) Regulación mercantil, contenida en los artículos **233 a 259 LSA** (T.R. R.D.Legislativo de 22 de diciembre de 1989); así como en el **artículo 94 de la LSRL** de 23 de marzo de 1995; y por los **artículos 226 a 237, y 349 del R.R.M.** vigente, aprobado por R.D. de 19 de julio de 1996.

2º) Regulación Fiscal, Capítulo VIII, comprensivo de los artículos 97 y ss. de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades que derogó la Ley 29/1991 de 16 de diciembre.

3º) Regulación de defensa de la competencia, hemos de tener en cuenta la Ley 16/1989¹, de 17 de julio (artículos 14 a 18), según redacción dada por el R.D.Ley 6/1999, de 16 de abril, por el que se ha pasado de un sistema de control previo facultativo a un sistema de control previo de carácter imperativo y R.D. 1080/1992; y a nivel comunitario, el Reglamento 4064/1989, de 21 de diciembre.

De este complejo o bloque normativo, me interesa destacar ahora, para la finalidad de nuestro estudio:

En el Derecho Positivo Español (esto es, las normas jurídicas vigentes) hay, como hemos visto, básicamente dos clases de material normativo:

1º) El Derecho societario que disciplina las operaciones de FUSIÓN (en sus dos modalidades de fusión con extinción de todas las sociedades participantes y absorción de todas por una preexistente), ESCISIÓN (sea total o parcial; y todas las combinaciones posibles) y LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO (artículos 117 LSRL y 246 RRM). Más no disciplina de modo global la totalidad del fenómeno de reorganización de sociedades, se limita a regular una tras otra, alguna de tales operaciones.

2º) El Derecho fiscal (Ley 43/1995, básicamente), que además de las anteriores menciona:

- APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD (artículo 97.3).
- APORTACIONES ESPECIALES (artículo 108, esto es, la adquisición de más del 5% de fondos propios del cesionario).
- CANJE DE VALORES (adquisición por una sociedad -cesionaria- de un porcentaje del capital social de otra -cedente- que le permite obtener la mayoría de sus derechos de voto, mediante la atribución a sus socios de valores de la sociedad adquirente y en su caso una compensación en dinero que no exceda del 10%).
- APORTACIONES POR UN EMPRESARIO A SOCIEDAD (es decir, aportaciones por un empresario individual, persona física, que lleve su contabilidad con arreglo al

¹ A los efectos previstos en el apartado anterior se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes.
- b) La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico.
- c) La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes (artículo 14.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, en redacción dada por el R.D. Ley 6/1999).

C.d.c. de rama de actividad, artículo 108.2º Ley 43/1995; y para sociedades unipersonales, Disp. Trans. 5ª Ley 2/1995 de SRL, de 23 de marzo).

A diferencia de la legislación societaria, la fiscal, si trata el fenómeno de forma conjunta, incentivando el mismo. Con ello, una vez más, ambas disciplinas parecen ignorarse mutuamente y, en esta carrera por separado, la legislación fiscal siempre ha superado y desbordado a la societaria.

Y aún quedan fuera otras operaciones no reguladas o contempladas en nuestro Derecho, pero si en el extranjero:

- Escisión-canje, artículo 124.1 Código de las sociedades portugués, en el que la parte segregada y transmitida, consiste en participaciones de otra entidad, para la creación de una sociedad cuyo objeto exclusivo sea el de tenedora.

- Segregación patrimonial, contemplada en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de la que fue luego Ley 19/1989, de 25 de julio de reforma societaria, artículo 387 Ley Francesa y Ley alemana de modificaciones estructurales de 28 de octubre de 1994: esto es, la sucesión universal de una unidad patrimonial sin integración de socios, en la que la cedente recibe la contraprestación.

Con ello, el problema fundamental que persiste en nuestro Derecho, es: ¿se pueden aplicar por analogía (ex artículo 4 del C.c.) las normas dictadas para los fenómenos típicos de fusión, a las situaciones similares, ante el vacío legal en la disciplina de estas últimas?

Dos aportaciones, brevemente:

a) Así por ejemplo lo ha realizado el RRM vigente (aprobado por R.D. de 19 de julio de 1996), que ha incorporado, generalizándola a toda sociedad, en el artículo 246, la figura de la CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO (tanto en favor de socios como de terceros), inicialmente disciplinada dentro de las operaciones de liquidación por el artículo 117 LSRL de 1995 (en buena medida empujado por la practica notarial y registral y doctrina de la DGRN en sus Rs. de 22 de junio y 21 de noviembre de 1989).

b) Más, por el contrario, en la sala de espera -si se me permite la expresión- se encuentra la APORTACIÓN DE RAMA DE ACTIVIDAD, pues aunque algunos y prestigiosos autores (Rafael Mateu de Ros, Doctor en Derecho, Abogado del Estado excedente. RdS. número 12, 1999-1, págs. 279 y ss.) se han mostrado partidarios de aplicar por analogía el régimen de la fusión, por reunir todos los requisitos de identidad de razón (ex artículo 4 del C.c.); sin embargo, en la práctica notarial y registral, es seguida la doctrina de la DGRN contenida en sus dos conocidas Rs. de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, que la sujeta al tratamiento de un puro aumento de capital con aportaciones no dinerarias (pues, aún reconociendo que se trata de dos operaciones que desde el punto de vista económico son muy similares -segregación de unidad patrimonial productiva de la cedente y agregación al patrimonio de la cesionaria o adquirente-, entiende que no es necesario aplicar los mecanismos previstos para la fusión, al entender suficientemente protegidos los derechos e intereses de socios y terceros, en especial acreedores -artículo 1.205 del C.c.).

1.3 Síntesis de doctrina de la resolución de 10 de junio de 1994:

La Junta Universal acepta que una S.A., no socio, suscriptora de toda la ampliación que acuerda, aporte en pago "su rama de actividad ... que constituye una unidad económica autónoma y cuyos elementos activos y pasivos constan en el informe pericial ... unido".- Otorgada escritura, el Registrador no practica la inscripción "por considerar que el negocio jurídico ... constituye una figura distinta de una aportación no dineraria, transmitiéndose elementos patrimoniales, activos y pasivos, a título universal, que mas se asemeja a una segregación patrimonial que debe regularse en lo aplicable por las normas de la escisión parcial, en garantía de accionistas, acreedores y trabajadores de las empresas afectadas (artículo 10 y 252 y siguientes L.S.A.)".

Recurre el Notario: el redactor de la nota desconoce lo que es una aportación social, una escisión, la razón de sus requisitos, el "título universal" y la Ley 16.12.91.- Mantenido la calificación, la Dirección General revoca el acuerdo y la nota del Registrador:

"La operación documentada ... presenta una caracterización diversa de la que legalmente recibe la escisión: "la sociedad" que amplía el capital social no incorpora ... a los accionistas de la sociedad aportante ..., sino a la sociedad aportante que ... pasa a ser ... socio de la sociedad que aumenta el capital.- ... La operación ... carece de regulación sustantiva expresa en nuestro ordenamiento".

No hay "algún interés jurídico" (socios, terceros, acreedores o trabajadores) "carente de suficiente protección" que aconseje, ante una posible laguna legal, la aplicación analógica de la escisión.

... "no resulta admisible ... la pretensión de reconducir el supuesto hacia un efecto de sucesión universal" ...

"Establecida ... la diferencia entre las dos operaciones, ha de analizarse ... la noción de "rama de actividad" (que) es ajena a las normas sustantivas y más aún en su aplicación a la operación que ahora se examina ...; la exigencia similar y específica de la escisión parcial, de que la porción que se segregue constituya una "unidad económica" (artículo 253 L.S.A.), revela claramente, por exclusión, que el requisito no es aplicable a la operación documentada" ...

1.4 Síntesis de la doctrina de la resolución de la DRGN de 4 de octubre 1994:

"La operación documentada ... presenta una caracterización diversa de la que legalmente recibe la escisión: ... la sociedad ... aunque amplía el capital social, no incorpora ... a los socios de la Sociedad Anónima aportante ... sino ... a la sociedad aportante que así pasa a ser (sic) ... socio de la sociedad que aumenta el capital. ... La operación ... carece de regulación sustantiva expresa en nuestro ordenamiento".

No hay "algún interés jurídico" (socios, terceros, acreedores o trabajadores) "carente de adecuada protección" ... que aconseje, ante una posible laguna legal, la aplicación analógica" de la escisión ... "no resulta admisible ... la pretensión de reconducir el supuesto hacia un efecto de sucesión universal" "Establecida ... la diferencia entre las dos operaciones, ha de analizarse si

la ... cuestionada "unidad productiva autónoma" ... modifica alguna de las conclusiones anteriores. A tal efecto ... ha de precisarse que la noción ... es ajena a las normas sustantivas ...; la exigencia similar y específica de la escisión parcial, de que la porción que se segregue constituya una "unidad económica" (artículo 253 de la Ley de Sociedades Anónimas) revela claramente, por exclusión, que el requisito no es aplicable a la operación documentada" ...

Esta polémica no es exclusiva de nuestro país, sino que se encuentra presente en todos los desarrollados económicamente, aunque algunos disponen de normas más depuradas (por ejemplo: República Alemana y su citada ley de 1994); así podemos citar que, en los Estados Unidos de América, existen dos tendencias contrapuestas: una, nacida en el Estado de Pennsylvania, que aplica las normas de fusión cuando una operación, en su conjunto, produce el resultado de la fusión; y, otra, en Delaware, que entiende debe aplicarse a cada uno de los distintos actos societarios sus propias normas. Y, por último, en la esfera fiscal norteamericana, se aplica la fiscalidad del conjunto a distintos pasos separados e independientes, cuando van dirigidos a un resultado final (BALLESTER COLOMER, R.M., en Jornadas de Derecho de Sociedades, I.C.N.G., 1998, pag. 133 y siguientes).

ANALICEMOS, AHORA, LOS REQUISITOS FORMALES DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN Y ESCISIÓN (que como hemos dicho, son los regulados por la Legislación mercantil):

1.2.2 Lo que interesa destacar

Ahora, es el **carácter imperativo** de estos procesos de fusión y escisión, disciplinados por las normas jurídicas de manera precisa, sin posibilidad de modificación o atemperación por los particulares, articulado por la Ley conforme a un determinado ritmo temporal, en el que todas las fases son imprescindibles; especialmente, a raíz de la 3ª Directiva CEE en materia de Sociedades, 78/855, de 9 de octubre.

Es decir, han de cumplirse estrictamente y dentro del plazo, todos los pasos o presupuestos determinados por la Ley, para que las diseñadas operaciones de fusión/escisión, produzcan los efectos propios, tipificados por la norma jurídica (por ejemplo, la sucesión universal en un solo acto de la totalidad de los bienes, derechos, deudas y obligaciones de las sociedades que se extinguen, etc.).

1.2.3 Incumplimiento de los requisitos formales, impugnación y nulidad de los procedimientos.

Es conveniente en esta materia diferenciar:

a) La impugnación por **nulidad de la fusión o escisión ya consumada o efectuada**, es decir, inscrita (regulada en el artículo 246 LSA). Solo puede hablarse de impugnación de la fusión/escisión, propiamente dicha, cuando aquellas se han materializado jurídicamente.

camente con la inscripción registral (artículo 245 LSA) y, su finalidad es, la recomposición de la situación jurídica precedente al acto o negocio declarado nulo, es decir, el régimen general del artículo 1.303 Código Civil (C.c.)

Los efectos son distintos a los previstos para el régimen de la nulidad de la sociedad inscrita (artículos 34 y 35 LSA), que determina la disolución de la sociedad.

La única causa de nulidad de la fusión / escisión, (artículo 246 LSA) es: nulidad o anulabilidad de los acuerdos de las juntas generales de las respectivas sociedades. Ello implica que sean causas de tal impugnación, la infracción de las normas generales (legales y estatutarias) sobre funcionamiento y adopción de acuerdos en las juntas generales, así como ausencia de menciones o exigencias de forma y fondo propias del específico acuerdo de fusión o escisión, ex artículos 240 LSA y 228 RRM.

En orden a la posible subsanación o regularización de la fusión o escisión nula: frente a la expresa regulación que contiene las Directivas comunitarias relativas a fusión y escisión (artículos 22.d y 19.d, de la 3ª y 6ª, respectivamente), nuestras normas (LSA y RRM) guardan silencio. No obstante podría aplicarse analógicamente la previsión del artículo 115.3 LSA para el régimen general, pero interpretada restrictivamente, dada la naturaleza de los procesos que analizamos.

Así podría admitirse una regularización o sanación extrajudicial, dirigida a la corrección de la situación de irregularidad mediante la revocación del acuerdo viciado o su sustitución por otro válido.

No bastaría un mero acuerdo declarativo de confirmación o ratificación del anterior, sino corrige el defecto invalidante.

En estos términos no sería fácil proceder a subsanar la causa de nulidad en procesos complejos como los de fusión y escisión: pensemos por ejemplo, que resultaría fácil si el defecto que sustenta la impugnación consiste en una irregularidad formal en la constitución y funcionamiento de la junta que adopta el acuerdo, respecto de lo cual bastaría la repetición regular del acuerdo por los socios (si estuviéramos dentro del plazo de seis meses); mientras que el problema se agrava y se hace irresoluble si el vicio incide directamente sobre las bases de determinación de la operación, esto es, el proyecto; cuya corrección presupone una nueva convergencia de los intereses de los sujetos afectados por la operación y la reconstrucción del proceso desde su origen mediante un nuevo acuerdo de los administradores.

b) La impugnación **por vicios existentes en alguna de las fases** del proceso con anterioridad a su total culminación; es decir, tendrá por objeto actos o acuerdos adoptados por los diferentes órganos sociales y su finalidad es impedir la efectividad de la fusión o escisión en dichos términos.

Se disciplina por el régimen general de impugnación de acuerdos sociales previsto en los artículos 115 y siguientes de la LSA, en cuyo examen no podemos entrar ahora, pero sí conviene destacar:

- El plazo para el ejercicio de la acción, de un año o cuarenta días, según se trate de acuerdos nulos o anulables (a salvo los que por su causa o contenido contravinieran el orden público, no sujetos a caducidad, artículo 116.3 LSA), se cuenta desde la fecha de adopción del acuerdo o, si éste fuera inscribible, desde su publicación en el BORME; por lo que entendemos que el día inicial del cómputo en caso de fusión o escisión, será desde la fecha de la última publicación en el BORME del acuerdo de fusión exigida en el artículo 242 LSA, aun cuando su publicación preceda a la posterior inscripción de la escritura de fusión o escisión en el Registro Mercantil (la acción de impugnación del acuerdo de fusión o escisión queda constreñida por la propia inscripción de la fusión o escisión).

- En cuanto a la suspensión del acuerdo de escisión impugnado (artículo 120 LSA), debe someterse a una aplicación especialmente restrictiva (OLEO BANET, "La escisión de la sociedad anónima", Editorial Cívitas, pag. 229); no solo por la presunción general de validez de los acuerdos, retiradamente destacada por la jurisprudencia, sino con fundamento en la especial naturaleza de estas operaciones de reestructuración, en el sentido de que la paralización o retraso puede llegar a impedir o frustrar su misma ejecución (de ahí la exigencia temporal máxima del artículo 234.2 LSA). Y especialmente elocuente es el artículo 239.3 LSA que establece "la impugnación del balance de fusión no podrá suspender, por sí sola, la ejecución de la fusión".

1.2.4 Supuestos especiales:

1.2.4.1 Esto es, las llamadas "fusiones especiales":

a) Supuestos de **fusiones heterogéneas**: nuestro Derecho vigente admite las fusiones entre sociedades de diversa tipología, así sociedades colectivas y comanditarias simples, artículos 241 LSA y 229 RRM, también sociedades comanditarias por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, artículos 152 del Código de comercio (en adelante Cdc) y 94 LSRL; y, recientemente, la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999, en su artículo 67, regula las llamadas "fusión especial", esto es, admite que cooperativas puedan fusionarse con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, siempre que no exista una norma legal que lo prohíba.

b) Supuesto de **absorción de sociedad íntegramente participada**, también llamada **fusión abreviada**: regulado en el artículo 250 LSA. Caracterizada por no tener lugar la ampliación de capital en la absorbente, ni producir atribución de acciones, cuotas o participaciones en beneficio de los accionistas de la sociedad absorbida -la propia sociedad absorbente-. No siendo, por ello, necesario fijar la ecuación y procedimiento de canje y la emisión de informes por los expertos y los administradores.

Esto es así porque la incorporación del patrimonio de la sociedad absorbida no produce alteración substancial en el patrimonio de la absorbente. El proceso se reduce a la desaparición de la estructura social de la sociedad íntegramente participada, la cual tiene el carácter de sociedad unipersonal, siendo el único socio la sociedad absorbente.

c) **Sólo intervengan Sociedades Limitadas**, artículo 94 LSRL, que prevé algunas especialidades sobre el régimen general de los artículos 233 a 259 LSA.

La normativa contenida en la LSA se aplica con carácter general en la fusión de toda clase de sociedades, tanto anónimas como comanditaria por acciones (en atención a la remisión del artículo 152 del CdC), colectivas y comanditarias simples, toda vez que para estas últimas nada prevé el CdC (todo ello con las debidas adaptaciones); por eso el RRM, para cumplir con aquellas remisiones, y tal vez para salvar dicho vacío o silencio legal, desarrolla las normas de la LSA y parece dar por supuesto que se aplican a la fusión de toda clase de sociedades mercantiles (sistemáticamente los artículos 226 a 234 del RRM integran la sección segunda del Cap. VII dedicado a toda clase de sociedades mercantiles).

La LSRL delimita el ámbito de aplicación del régimen de la fusión y de la escisión por ella perfilado sin tomar en consideración el ámbito de aplicación de la propia LSA; así, en sentido estricto, el art. 94 LSRL se aplicaría exclusivamente a las fusiones / escisiones homogéneas, esto es, en las que solo intervengan SRL; y en los demás supuestos habrá que proceder a su análisis concreto, toda vez que se excluyen de la LSRL los supuestos en que la sociedad absorbente, la sociedad de nueva constitución o la sociedad escindida sean SA (art. 233 y 252.1 y 4 LSA); y también cuando alguna de las sociedades que se extingan como consecuencia de la fusión o alguna de las sociedades beneficiarias de la escisión sea una SA o S.Com.p.A. (art. 94.2 LSRL).

Las tres salvedades, son:

1º) El régimen de mayorías necesario para la adopción de los acuerdos de fusión o escisión por las SRL (art. 53.2.b de la propia LSRL exige que el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divide el capital social. Para sociedades anónimas el régimen de quórum y mayorías, es el contenido en el artículo 103 LSA).

2º) No es preciso la formulación de uno o varios informes sobre el proyecto de fusión/escisión por expertos independientes.

La razón de no exigir tales extremos, a decir de la Exposición de Motivos de la LSRL, es la flexibilización del régimen y la reducción de costes en este tipo de sociedades.

Algún autor, como ROJO, añade como argumento que en la practica el informe de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión se ha revelado poco eficaz. En Francia sigue exigiéndose en caso de SRL la elaboración de un informe sobre el proyecto de fusión.

Quizás las solución mas adecuada hubiese sido permitir que una minoría de socios pudiera solicitar la emisión de dicho informe, con cargo a la propia Sociedad (así la Ley alemana de 28 de octubre de 1994 - traducción en RdS, Aranzadi, número 6/1996, año IV - quien de modo más avanzado, da un tratamiento conjunto a las modificaciones estructurales de las sociedades).

No obstante, nada parece impedir que las partes soliciten voluntariamente la designación de tales expertos para la emisión del indicado informe (quizás con la intención de prevenir posibles impugnaciones).

Así lo estimo por aplicación analógica de lo previsto en la propia LSRL, artículo 21.5 para las aportaciones no dinerarias, como medio de eludir eventuales responsabilidades por la realidad y valoración de los bienes aportados.

3º) Admite la participación de sociedades en estado legal de quiebra.

Recordemos que el artículo 104.2 LSRL contempla que *“la quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare”*. Por tanto la quiebra no es causa de disolución que opera inmediatamente a la declaración judicial de tal estado, sino que es la junta general la que en atención a la resolución judicial (auto declarativo de quiebra), decide la disolución o no de la Sociedad mediante acuerdo adoptado con mayoría simple (artículo 53.1 LSRL).

En definitiva se trata de un acuerdo, el de fusión o escisión que presupone la reactivación de la sociedad (supuesto no excluido por el artículo 106 LSRL). En este sentido es interesante recordar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante R. DGRN) de 8 de noviembre de 1995.

d) Supuestos de extensión en la **practica mercantil** de estos supuestos legales simplificados a otros, así:

- La llamada fusión inversa o fusión invertida, esto es, la absorción de una sociedad matriz por una filial: cuando la sociedad dominada actúa como absorbente de la matriz (parece rechazable la asimilación al artículo 250 LSA, al no encajar en el supuesto legalmente previsto en dicho precepto).

Por tanto, la única particularidad de este tipo de fusión es, que determina un supuesto de adquisición de acciones propias permitido por la ley -adquisición a título uni-

versal- con respecto al cual habría de cumplirse las oportunas formalidades contenidas en la Ley (dotación de reservas, amortización, enajenación, etc. artículos 74 y siguientes de la LSA).

No obstante puede simultáneamente a la fusión acordarse la amortización e la autocarera, de modo que prevista en el proyecto de fusión, justificaría un menor aumento de capital en la entidad absorbente.

- La absorción de una sociedad íntegramente participada por la sociedad absorbente de manera indirecta, a través de personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta de la sociedad absorbente.

Es un supuesto no contemplado en el artículo 250 LSA, más se ha defendido integrar esta laguna legal, mediante una interpretación conjunta con el artículo 249 LSA (sobre prohibición de canje de acciones propias), apoyada con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la disciplina sobre la autocarera indirecta contenida en la Directiva 92/101/CEE, que dio lugar a modificaciones en la propia LSA, en concreto, la delimitación del concepto de sociedad dominante (artículo 87 LSA en redacción dada por la disp. adic. 2ª.10 LSRL).

- Admitir el acuerdo de fusión en Junta universal, en relación al supuesto contemplado en el artículo 250 LSA, con omisión de la fase del procedimiento de la fusión de sociedades que tiene por objeto informar a los interesados, en particular con la exigencia del depósito del proyecto de fusión en el R.M. con carácter previo a la convocatoria y la puesta a disposición de tal documento y de otros complementarios a favor de los grupos de interesados legitimados al efecto (así se admite el depósito del proyecto antes de la ejecución de la fusión, unos días antes de los acuerdos de fusión, o incluso después de esta fecha).

Esta posibilidad ha sido criticada por algunos autores, no obstante, responde a una reiterada doctrina de la DGRN favorable a los acuerdos en Junta Universal como medio para flexibilizar ciertos procedimientos, ahorrando tiempo y costes, lo cual es fundamental en las pequeñas sociedades (así lo aplaude BERCOVITZ).

Por ejemplo:

- Fusión: Rs. 30 de junio de 1993.
- Transformación: Rs. 17 de junio de 1992, 6 de marzo de 1993 y 1 de septiembre de 1993 (no exigencia de publicación en casos de transformación de SA en SRL) y 2 de febrero de 1996 (sobre no exigencia de un balance de transformación que ajuste su estructura formal al balance anual).
- Reactivación de la sociedades: R. 11 de diciembre de 1996 y otras que la siguieron de igual contenido.

1.2.4.2 Sociedades en situaciones legales especiales:

a) En liquidación: La sociedad en liquidación puede fusionarse o escindirse, ex artículo 94 LSRL en paralelo con el artículo 251 LSA.

La R. de DGRN de 8 de noviembre de 1995, con relación a una sociedad anónima, plantea el problema sobre la posibilidad de que una sociedad disuelta por el transcurso del plazo de duración previsto pueda fusionarse con otra que la absorba, interpretando la frase del artículo 261 LSA "se disolverá de pleno derecho", en el sentido de que no tiene otro alcance que el de hacer innecesario el expreso acuerdo de reactivación o la participación en un proceso de fusión, artículo 251 LSA y llega a la conclusión de la posibilidad de adoptar el acuerdo de fusión, pero con derecho de separación de los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo; más el artículo 106 LSRL dice claramente: "no podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho".

El proyecto de fusión ha de ser elaborado y suscrito por los liquidadores, en lugar de los administradores, lo cual supone ampliar las facultades de los liquidadores.

La limitación legal relativa al inicio del reparto del patrimonio de la entidad, se basa en que tal reparto implica la aprobación previa por la junta del balance final y su publicación; desde ese momento nace en favor del socio un derecho a percibir una participación, proporcional a su cuota, en el haber social resultante.

b) En quiebra: Esta especialidad de la LSRL artículo 94 LSRL, parece generalizarla el RRM aprobado por R.D. de 19 de julio de 1996, en su artículo 227.3 que en sede de fusión de todo tipo de sociedades (no solo limitadas), dispone: "*Si alguna de las sociedades que se fusionan se encontrara en quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión*".

Ahora bien, la LSA -como hemos dicho- guarda silencio sobre la posibilidad o no de que una SA declarada en quiebra pueda participar en un proceso de fusión o escisión; más recordemos que las 3ª y 6ª Directivas de manera expresa autorizan a los Estados miembros para que excluyan los supuestos de fusión o escisión en que las sociedades absorbidas o que se extinguen, o las sociedades que se fusionan estén en situación de quiebra, de concurso o cualquier otro procedimiento análogo (arts. 1.3. de la 3ª y 1.4. de la 6ª).

Y así, la generalidad de los sistemas legales de los países comunitarios, admiten de manera expresa la participación de sociedades en liquidación en las dos operaciones mencionadas, si bien en algunos se excluye de tal posibilidad a la sociedad absorbente (Francia, Portugal, Italia, Alemania, Bélgica, etc.). Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación a sociedades en quiebra o en otro estado equivalente, en unos países como en Alemania y Francia se omite todo tratamiento (aunque en la primera se admite la fusión y la escisión como instrumentos para sanear empresas en crisis); en otros, se menciona de manera expresa, bien para excluir tal posibilidad (Italia y Portugal), bien para admitirla (Bélgica).

Ante el indicado silencio de nuestra LSA, caben dos interpretaciones doctrinales:

a) La de aquellos que entienden que el art. 94 LSRL es tan sólo una declaración expresa de una posibilidad ya existente en sede de SA, a los solos efectos de introducir una garantía para los acreedores, como es la autorización judicial.

b) La de quienes entienden que tal posibilidad queda reconducida exclusivamente a las sociedades a las que se refiere el artículo 94 LSRL, esto es, a las SRL.

Me parece más convincente la primera de las opiniones, dada la generalización llevada a cabo por el citado artículo 227.3 del RRM de 1996.

Sin embargo, es de notar, que tal previsión reglamentaria es conflictiva, ya que eleva la referida autorización judicial al rango de requisito para la realización de la fusión y de la escisión, lo que entra en conflicto con el régimen general de la LSA; además de que se predica con carácter general, mientras que el artículo 94 lo refiere a los supuestos en que la liquidación sea consecuencia de la resolución judicial (ex art. 104.2 LSRL).

c) En formación: No veo inconveniente en la participación en la fusión de una sociedad en formación: la sociedad anónima o limitada antes de su inscripción en el R.M. no existe en cuanto tipo social específico, no obstante por la doctrina se le ha reconocido cierta personalidad jurídica; por ello entiendo que la sociedad en formación, ex artículo 15 L.S.A., realice los pasos preliminares o comience los trámites para su fusión o escisión sin estar inscrita; más ha de estarlo en el momento del depósito del proyecto correspondiente en el R.M., porque este depósito supone unos trámites que exigen la previa inscripción, (artículo 226 RRM).

2. DIMENSIÓN TEMPORAL: CALENDARIO.

El plazo esencial de los procesos de fusión / escisión es el marcado por la Ley para que las juntas generales de las sociedades participantes se pronuncien, el cual es de SEIS MESES como máximo, lo que varía es la fecha inicial del cómputo que puede ser: la del cierre del último balance anual aprobado cuando se utilice como balance de fusión/escisión (artículo 239.1 LSA) o la del proyecto de fusión, cuando se formule un balance específico cerrado dentro de los tres meses anteriores al proyecto de fusión (artículo 234.3LSA).

Si entre el balance de fusión distinto del balance anual y la fecha del proyecto pueden transcurrir hasta tres meses y entre ésta y la junta general que acuerde la fusión pueden transcurrir hasta seis meses, tenemos que en la hipótesis extrema podrán transcurrir entre balance y acuerdo hasta nueve meses ("Guía Práctica ...", Ernst & Young, V. II, pág. 731).

Dentro del esencial plazo de seis meses, deben producirse los siguientes extremos:

1º.- Elaboración del **proyecto de fusión**, con las menciones mínimas reglamentarias (artículo 235 LSA), firmado por los administradores.

El proyecto de fusión debe ser puesto a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones y representantes de los trabajadores, en el domicilio social de las sociedades participantes, artículo 238 LSA.

2º.- Depósito del proyecto de fusión/escisión en el R.M. competente, es decir: una vez firmado, un ejemplar del proyecto debe ser presentado por los administradores al Registro Mercantil del domicilio social de las Sociedades participantes, quien en cinco días hábiles siguientes lo calificará, en su caso, tendrá por efectuado el depósito y lo comunicará al Registrador Mercantil Central para su inmediata inserción en el BORME (artículo 226 RRM).

Obsérvese lo restringido de la calificación registral sobre el proyecto de fusión, esto es: *“exclusivamente si el documento presentado es el exigido por la Ley y si está debidamente suscrito”*, lo cual impide considerarla como un visto bueno a todo lo actuado, de modo que no obsta a una nueva calificación de los requisitos del proyecto cuando la escritura se presente a inscripción.

Cumplidos estos requisitos, se entiende efectuado el depósito del proyecto procediendo el R.M. a practicar en la hoja abierta a cada sociedad, nota marginal acreditativa de tal extremo, o en caso contrario se procederá como con los títulos defectuosos, es decir, a su devolución con nota de los defectos observados para su eventual subsanación (recursos, etc.)

3º.- Emisión del **informe justificativo por los administradores** (artículo 237 LSA).

4º.- Informe de los expertos independientes designados por el Registrador Mercantil:

- Objetividad y veracidad del proyecto de fusión / escisión e informe de los administradores (artículos 236 y 254 LSA).

- Patrimonio no dinerario procedente de la Sociedad que se escinde (artículo 256 LSA).

Ambas valoraciones se permiten que se contengan en el mismo informe.

(Recordemos: presentada en el R.M., el Registrador dispone de quince días para efectuar el nombramiento (artículo 340), el cual se notifica al designado quien en los cinco días siguientes debe aceptar (si transcurren sin tal comparecencia se reinicia el

proceso de nombramiento, artículo 344), el experto dispone de un mes para emitir el informe (artículo 345), el cual tiene un plazo de caducidad de tres meses con posibilidad de prórroga por otro período igual (artículo 347).

Caducidad del informe: tres meses, con posibilidad de prórroga de otros tres, ex artículo 347 RRM.

5º.- Como particularidad del supuesto de utilizar como balance de fusión/escisión uno específico cerrado dentro de los tres meses anteriores al proyecto de fusión, es la necesidad de que dentro del plazo general que estamos considerando, los auditores de cuentas deben **verificar tal balance**, cuando esté obligado a ello alguna de la sociedades intervinientes (artículo 239.2 LSA); pues, en caso de utilizarse el balance final esté se encontrará ya auditado, si existe tal obligación por alguna de las sociedades intervinientes.

6º.- Convocatoria de las **juntas generales** de las respectivas sociedades, no antes de la fecha del depósito del proyecto (artículo 226 RRM), por los procedimientos ordinarios pero con antelación mínima de un mes (artículo 240.2 LSA). Y, en su caso, convocatoria de la **junta especial** de accionistas de una clase de acciones que resulten perjudicadas por el acuerdo, ex artículo 148 LSA (en el caso de sociedades limitadas, debemos tener en cuenta que si afecta a los derechos individuales de los socios es preciso el consentimiento individual de éstos, conforme al artículo 71 LSRL).

Con carácter especial, deberá constar en el orden del día la aprobación del balance de fusión, artículo 239.2 LSA.

7º.- Celebración de las juntas generales de las respectivas sociedades (artículo 239 LSA).

A partir de aquí:

8º - Publicación del acuerdo, artículo 242 LSA: según criterio de la R. DGRN de 16 de diciembre de 1997 (BOE del 12 de febrero de 1998) un anuncio en dos periódicos y tres en el BORME.

9º - Transcurso del plazo de un mes, para el eventual ejercicio del derecho de oposición de los acreedores (artículo 243 LSA).

Conforme al artículo 243 LSA: una vez publicado el último anuncio del acuerdo de fusión, durante un mes los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan pueden oponerse a la fusión, hasta que se les garanticen los créditos no vencidos en el momento de la publicación, con sujeción a lo dispuesto para la reducción de capital (art. 166 LSA).

Del mismo modo, los obligacionistas pueden ejercer el derecho de oposición siempre que la fusión no haya sido aprobada por la asamblea de obligacionistas (toda vez que el derecho individual de oposición cuando la fusión se ha acordado por la asamblea).

Ante la oposición manifestada, la sociedad, a fin de evitar la paralización del proceso puede prestar garantía a satisfacción del acreedor, quien ha de juzgar su oportunidad y suficiencia o notificarle la prestación de afianzamiento solidario, prestado por entidad de solvencia reconocida, por la cuantía total del crédito, sin perjuicio, en todo caso de la posibilidad de pagar dicho crédito.

Este derecho de oposición -conforme a lo dispuesto en la LSA para la reducción de capital, art. 166- existe solo para los acreedores cuyo crédito haya nacido y no vencido antes de la fecha de último anuncio de fusión, que no estén adecuadamente garantizados mediante garantía personal o real o que la garantía de los mismos sea insuficiente en relación al importe del crédito.

Ahora bien, debemos precisar:

a) Dada la remisión, del art. 243 LSA al indicado 166 (también de la LSA), parece que un requisito del crédito es que éste no se encuentre vencido; pero esta apariencia, debida sin duda a una defectuosa redacción del precepto, debe rechazarse (sería absurdo que la fusión no pudiera llevarse a cabo por la oposición de un acreedor con crédito a plazo, y pudiera ejecutarse, sin embargo, en perjuicio de un acreedor con el que la sociedad está en mora; o que la sociedad, ante la previsible oposición de un acreedor, tuviese el recurso de esperar al vencimiento del crédito para fusionarse en mora); si la Ley se refiere a la garantía de créditos no vencidos es porque supone, con toda lógica, que el acreedor con crédito vencido no aspirará a la garantía, sino al cobro; de manera que, ante la oposición de un acreedor con crédito vencido, la fusión no podrá llevarse a efecto sin previo pago de la deuda.

No obstante la III Directiva recoge este requisito de créditos no vencidos en su artículo 13, (al decir: *1. Las legislaciones de los Estados miembros deberán prever un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de fusión y aún no vencidas en el momento de la publicación ... 3. La protección podrá ser diferente para los acreedores de la sociedad absorbente y los de la sociedad absorbida*).

b) Este precepto y, por tanto el correspondiente derecho de oposición de los acreedores, es aplicable por la remisión expresa del artículo 243 LSA, aunque estemos en presencia de una SRL, que como sabemos tiene sus propias normas en sede de reducción de capital, con eliminación del derecho de oposición de los acreedores sustituido por la responsabilidad de los socios a quienes se devuelven aportaciones.

Nada se dice sobre la forma de ejercicio de este derecho de oposición, en general bastará con que el acreedor haga llegar a la sociedad deudora su declaración de voluntad por la que se opone a la operación; en la práctica es más que recomendable preconstituir la prueba mediante la intervención notarial (la cual revestirá la forma de acta de notificación y no de requerimiento, puesto que el acreedor simplemente manifiesta su oposición a la reducción pero no requiere conducta ni abstención alguna).

(A estos efectos recordar las normas de legitimación pasiva contenidas por la LSRL, en el art. 64, esto es, cualquiera de los administradores. En caso de Consejo de Administración, se dirigirán a su Presidente).

(Puede ocurrir que, ante una oposición de los acreedores mayor que la prevista, y ante la dificultad de garantizar a todos adecuadamente, las sociedades hayan de desistir de sus acuerdos de fusión. Esto puede preverse en el acuerdo inicial, adoptándolo condicionado a que no haya oposición, a que no haya por encima de cierta cuantía e, incluso, dejando en manos de los administradores la apreciación de si es oportuna o no la fusión. Si no se ha previsto los administradores deberán convocar una nueva junta. La posibilidad de someter el acuerdo de fusión a condición suspensiva, por ejemplo consistente en el ejercicio del derecho de oposición por algún acreedor, ha sido admitida por el T.S. en sentencia de 23 de diciembre de 1996 en el caso Inmobiliaria Urbis, S.A).

10º - Otorgamiento de la escritura de fusión / escisión (artículo 244).

11º - Inscripción en el R.M. y **publicación** en el BORME (artículo 245 LSA).

REQUISITOS DOCUMENTALES. podemos destacar en todo el proceso de fusión los siguientes documentos (en número de siete, de los cuales, el primero es no esencial):

1º) **Protocolos de fusión:** Normalmente, el proceso se inicia mediante diversos contactos preliminares, estudios técnicos de mercado, financieros, económicos a fin de responder a las interrogantes a las que aludíamos al principio de esta exposición. Todo ello suele cristalizar en los llamados protocolos de fusión, que tan solo suponen una actuación que permite a los órganos de administración de las sociedades participantes formar criterio sobre la operación (pero carecen de fuerza vinculante ni son esenciales o necesarios para su realización), su contenido responde a la autonomía de la voluntad, con los límites de la buena fe prenegocial.

Estos protocolos carecen de fuerza vinculante a efectos del desarrollo en su integridad durante el proceso y no constituyen un elemento esencial del mismo; representan una actuación previa que permite a los órganos de administración de las sociedades involucradas formar criterio sobre la operación y de las ideas básicas que van a presidir su ejecución.

Son los administradores, dentro de la distribución legal de competencias de los órganos sociales, a quienes corresponde iniciar y desarrollar las gestiones y negociaciones de una eventual fusión de su sociedad; lo cual no excluye la posibilidad de que los socios puedan tratar sobre la conveniencia de la fusión de su sociedad y que, en su caso, encomienden al órgano de administración la iniciación de las gestiones oportunas, así como la realización de las actividades exigidas por la Ley (LARGO GIL, RdS nº 12, pág. 95). Conforme a nuestro Derecho vigente no cabe, por ejemplo, que un grupo de socios (por muy significativo que sea) pueda promover el procedimiento de fusión sin la conformidad de los administradores.

2º) **Balance:** es el documento contable imprescindible para la fusión (art. 239 LSA). Necesario para la valoración de las masas patrimoniales a efectos de la determinación del tipo de canje de la fusión, para adecuar patrimonios aportados a la cifra de capital de la nueva sociedad o la cifra de aumento de capital de la sociedad absorbente; y, en definitiva, un elemento que contribuye a proporcionar a los socios información precisa para formar su criterio.

a) Que Balance:

- Puede ser el último Balance anual, siempre que: haya sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la junta que haya de adoptar el acuerdo de fusión y que haya sido aprobado por la junta con carácter previo o de manera simultánea al acuerdo de fusión.

- Un balance específico de fusión, cerrado con menos de tres meses de antigüedad a la fecha del proyecto de fusión (esto es, la fecha de su cierre no puede distar en más de tres meses a la fecha del proyecto de fusión).

b) Contenido:

Cuando es el último balance anual aprobado, su contenido, estructura y criterios de formulación no ofrecen dudas. Tampoco cuando sea otro balance distinto, pues expresamente el párrafo segundo del art. 239.1 LSA ordena que se formule *“siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual”*.

Pero en uno y otro caso tiene el balance de fusión una peculiaridad notable (art. 239.1 segundo párrafo) *“podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor real que no aparezcan en los asientos contables”*.

(Destaca la posible valoración del fondo de comercio de las sociedades participantes, en base a considerar el proceso de fusión como un supuesto de transmisión de una actividad empresarial a título oneroso)

El legislador es consciente de que los balances que las sociedades cierran no siempre expresan valores correctos a estos efectos (aunque puedan serlo para otros fines; por eje. es posible que la contabilidad no ofrezca valores reales por expresar valores históricos de adquisición de inmuebles ubicados en zonas céntricas, cuyo valor puede ser muy superior), y por eso ha querido abrir la puerta a que los balances de fusión recojan cifras que coincidan o se aproximen a la realidad del mercado (afloran así las usualmente llamadas plusvalías o minusvalías de fusión).

En este caso es recomendable una explicación de la modificaciones realizadas al amparo de este artículo, bien formular el balance con dos columnas de valores, de modo que la comparación de la segunda (verdadero balance de fusión) con la primera permita apreciar las revalorizaciones o devaluaciones prácticas.

c) Verificación:

El balance de fusión, entiéndase el balance de fusión de cada una de las sociedades participantes, deberá ser verificado por los auditores de cuentas, cuando aquellas estén obligadas a ello.

d) Aprobación:

El artículo 239.2 dice expresamente: *“El balance de fusión (sin diferenciar si es el anual o el especial) ... habrá de ser sometido a la aprobación de la junta que delibere sobre la fusión, a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta”*.

Alguna duda puede plantear este requisito, si se utiliza como tal el último balance anual ya aprobado por la correspondiente junta, en este caso ¿debe ser aprobado de nuevo por la junta que decide la fusión?, una elemental cautela nos conduce a aconsejar que se someta a esta segunda aprobación.

Algun autor (BROSETA) considera la existencia en el proceso de dos balances de fusión: el individual de cada sociedad ahora comentado, que sirve de base a la operación (artículo 239) y el balance resultante de la operación recopilatorio de los individuales (artículo 244.1). Sin embargo, este último artículo no hace referencia alguna a un balance integrado de las distintas entidades participantes, por el contrario, la interpretación adecuada del artículo lleva a considerar la necesidad de incorporar a la escritura de fusión el balance de fusión de cada una de las sociedades que se extinguen, uno por cada una de ellas. Así es como en la práctica registral se ha interpretado.

3º) **Proyecto de fusión:**

a) Autores: Los administradores de las sociedades que participan en el proceso han de redactar y suscribir el proyecto de fusión, con independencia de cual haya sido el órgano que impulsó la operación. De tal suerte que si falta la firma de alguno

de los Administradores, se señalará al final del proyecto con indicación de la causa (artículo 234.1 LSA).

Aunque los administradores ostentan la representación orgánica de la sociedad (artículo 129 LSA y 63 LSRL), la suscripción y conformidad al proyecto no se integra dentro del ámbito de su poder de representación, ya que no vinculan a las respectivas sociedades, las cuales sólo quedan jurídicamente obligadas con el acuerdo de sus juntas generales (las cuales son plenamente soberanas para decidir su realización).

En orden a la naturaleza jurídica obligacional del proyecto de fusión, respecto de las distintas sociedades participantes, entendemos que el proyecto de fusión no produce efectos según el Derecho de sociedades; y los acuerdos sociales de fusión adoptados por el órgano competente, esto es, la junta general, no pueden ser considerados técnicamente como condición suspensiva o resolutoria, ni ratificación de lo convenido por los administradores en el proyecto (tal criterio tiene apoyo en el artículo 7.1 de la 3ª Directiva CEE -donde el acuerdo de todas las sociedades es considerado como un mínimo- y en el Derecho comparado).

Por el contrario obliga a los propios administradores, genéricamente a abstenerse de realizar cualquier acto o de concluir cualquier contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o modificar substancialmente la relación de canje de las acciones de las sociedades que se fusionan (artículo 234.2 LSA), así como otras citadas expresamente por la LSA, tales como: proceder al depósito del proyecto en el R.M.; formular un informe explicativo; solicitar la designación de expertos; convocar junta de socios, informar a los socios en la junta de las modificaciones del proyecto; publicación del acuerdo en los diarios y BORME, otorgar la escritura correspondiente y solicitar la inscripción en el R.M.

Se impone, por tanto, a los Administradores de las sociedades participantes en la fusión, de una obligación de no hacer, no una restricción de sus facultades representativas; de tal suerte que, si pese a ésta, los administradores efectúan este tipo de actos y contratos, los mismos serán válidos y producirán efectos respecto de terceros y de la Sociedad (en los términos de los artículos 129 LSA y 63 LSRL).

El ámbito de la obligación de abstención es muy amplio, ya que se refiere tanto a los actos internos (por ejemplo reducciones de capital con devolución de aportaciones a los socios, etc.) o externos (asunción de obligaciones, contratos de todo tipo, etc.).

En el fondo tal deber de abstención responde a una exigencia de lealtad de unas sociedades con otras.

A efectos prácticos puede ser interesante, aprovechar el contenido mínimo legal del proyecto de fusión, para concretar las limitaciones de las facultades de los administradores consecuencia del citado deber de abstención.

Es de notar que el art. 234.2 LSA, alude expresamente a actos y contratos que modifiquen *substancialmente* la relación de canje; de donde puede inferirse a *sensu contrario* la posibilidad de celebrar aquellos contratos o realizar actos que alteren ligeramente esa relación. Dicha situación puede complicar extraordinariamente la ejecución del proyecto; aunque la solución más clara parece ser dejar a consideración de la junta que ha de aprobar la fusión -cuyos socios deberán estar, en teoría, suficientemente informados, art. 238.2 LSA- la valoración de tales alteraciones y la conveniencia o no de proseguir con la fusión.

Respecto de la firma, la expresión “administradores” del artículo 234.1 LSA debe entenderse como órgano de administración, sea unipersonal o pluripersonal. Esto ha llevado a algún autor a decir que en caso de Consejo, bastaría la suscripción por su Presidente (sin perjuicio del acuerdo interno de aprobación del mismo), más la Ley quiere evidenciar que todos los miembros de los órganos de administración deben suscribir el proyecto, haciéndose responsables del mismo. La falta de la firma ha de ser con expresión de la causa o razón de tal extremo; lo que no es admisible es la ausencia de firma por todos los administradores.

Así, no cabe sin la firma de un administrador único, sin la de al menos uno de los solidarios o indistintos, de todos los mancomunados o conjuntos, sin el acuerdo mayoritario del consejo de administración.

Aunque no se exija expresamente, entiendo muy recomendable que la firma de los administradores sean legitimadas notarialmente. No olvidemos la importancia de la fecha del proyecto de fusión, más éste es un mero documento privado por lo que sería aplicable el artículo 1.227 del C.C. (“La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario publico por razón de su oficio”), de donde tal fecha no sería oponible o tenida por cierta respecto a terceros (socios, Administración Pública, acreedores, etc.) sino media la intervención notarial o la presentación al R.M. para su depósito.

b) Contenido: Conforme al art. 235 LSA, el Proyecto de fusión contendrá, al menos, las menciones siguientes:

1. La denominación y domicilio de las sociedades que participan en la fusión y de la nueva sociedad, en su caso, así como los datos identificadores de su inscripción en el R.M..

2. Tipo de canje de las acciones, la Ley no establece cual es el procedimiento que debe seguirse para su determinación.

La relación de canje consiste, en la determinación del número de acciones, cuotas o participaciones que de la entidad resultante van a ostentar los accionistas de las sociedades absorbidas por cada acción poseída previamente a estas últimas.

El cálculo del tipo de canje requiere, en primer lugar, determinar el valor real de los patrimonios de las sociedades intervinientes en el proceso. Una vez conocido, el valor teórico unitario de los títulos representativos de su capital es el resultado de dividir el valor real patrimonial de cada sociedad participante por el número total de acciones, cuotas o participaciones en que se tiene dividido su capital social.

(Podemos recordar que la DGRN en su R. de 6 de junio de 1990, a propósito de la fijación del valor real en casos de transmisión de acciones, dijo que deberán tenerse en cuenta *“no solo las operaciones relativas a la revalorización de los elementos patrimoniales inscritos en el balance, sino también las relativas a la afloración del valor inherente a los elementos inmateriales no contabilizados y, especialmente, del fondo de comercio”*).

En nuestro ordenamiento no se atribuye a los socios disconformes con el tipo de canje fijado para una fusión la posibilidad de exigir una mejora del mismo en forma de pago adicional en metálico, tal como se lleva a cabo en la Ley alemana.

3. Procedimiento de canje de las acciones de las sociedades que hayan de extinguirse, la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

Los títulos emitidos habrán de ser puestos a disposición de los accionistas para su retira dentro del plazo que se establezca al efecto en el proyecto de fusión o, se acuerde por la Junta.

Transcurrido el cual, la sociedad absorbente puede optar por conservarlos en autotertera para su posterior enajenación, por amortizarlos mediante reducción de capital o proceder a su inmediata realización (aplicando por analogía el artículo 59 LSA).

A efectos del intercambio opera la exigencia de que el mismo no podrá realizarse sino después de la inscripción registral de la escritura de constitución de las nuevas sociedades beneficiarias o en su caso, de la escritura de aumento de la absorbente (artículo 62 LSA).

No operarán aquellas limitaciones estatutarias que en atención a las peculiaridades de la fusión de sociedades, como negocio de transmisión inter vivos y a título universal y que comporta la extinción de las sociedades transmitentes, que hagan prácticamente intransmisibles las acciones que puedan formar parte del patrimonio de las sociedades que se extinguen (artículos 63 y 64).

(El procedimiento de canje es una cuestión meramente técnica en la SA, e innecesaria en la SRL, donde no hay títulos que canjear; sin embargo el art. 228.1.4 RRM habla de que el acuerdo de fusión habrá de expresar el procedimiento por el que serán canjeadas las acciones o participaciones de las sociedades que se extinguen; quizás se refiera al supuesto de participación en la fusión de una SRL que da lugar a una SA, pero aún en este caso no existe "canje" de participaciones por acciones, sino más bien una adjudicación de acciones a cambio o en pago de las participaciones).

De ordinario la fecha de participación en las ganancias, se delimita a partir del inicio del ejercicio social en que se desarrolla la fusión o desde la fecha de otorgamiento de la escritura de fusión.

4. Fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio.

En la práctica, suele fijarse como tal fecha la de inicio del ejercicio social en que se desarrolla la fusión, dado que evita a las sociedades que se extinguen la obligación de redactar y aprobar las cuentas correspondientes a este período intermedio.

Aún cuando, esta cláusula únicamente produce efectos contables, internos, es preciso poner de relieve que el artículo 105 de la Ley 43/1995, parece reconocer la oponibilidad de la cláusula de retroactividad contable de la Administración Tributaria.

5. Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad que se constituya a los titulares de acciones de clases especiales y a quienes tengan derechos especiales distintos de las acciones en las sociedades que deban extinguirse o, en su caso, las opciones que se les ofrezcan.

El art. 228.1.6. RRM adapta estos requisitos a las SRL, al hablar de "participaciones privilegiadas" (recordar los privilegios pueden ser, derecho de voto, art. 53.4, al dividendo, art. 85 y a la cuota de liquidación, art. 119.1). En la SRL, además, debe tenerse en cuenta el necesario consentimiento de los socios a cuyos derechos individuales les afecte la fusión, ex art. 71 LSRL (así, ÁVILA, obra citada, pag. 806).

6. Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

No es necesario atribuir ventaja alguna a expertos o administradores; el precepto puede incluso causar cierto escándalo si se interpreta como invitación a definir ventajas para dichas personas, en particular a los expertos independientes que dejarían así de ser independientes; más bien, debe entenderse que la Ley busca la claridad, en el sentido

de prohibir cualquier remuneración o ventaja especial que no esté prevista en el proyecto de fusión (ÁVILA, obra citada, pág. 806)).

Sin perjuicio de la indicada menciones obligatorias, parece conveniente -incluso algún autor lo considera necesario, así ÁVILA, obra citada, pag. 807- que el proyecto de fusión contenga las circunstancias del artículo 218.1.2. del RRM, esto es: los estatutos de la sociedad nueva o modificación de los de la sociedad absorbente, personas que han de encargarse de la administración y auditores de cuentas; o bien, las menciones necesarias para la constitución de la sociedad de que se trate, si la fusión desemboca en una sociedad no limitada ni anónima. La razón es que: puesto que a estos extremos ha de referirse el acuerdo de fusión y no pueden surgir espontáneamente, sino se incluyen en el proyecto, deberán resultar de una propuesta separada, pero idéntica para todas las sociedades participantes en la fusión. Estimo que si no se constatan en el proyecto, lo cual es lo frecuente en la práctica, el lugar adecuado para su consignación es el informe de los Administradores.

e) Caducidad del proyecto: éste quedará sin efecto si en el plazo de los seis meses siguientes a su fecha no hubiera sido aprobado por las juntas generales de todas las sociedades que participen en la fusión. Es un plazo de caducidad, que empieza a correr desde la fecha del proyecto de fusión (de ahí la importancia de fechar este).

f) Depósito y publicidad: una vez firmado el proyecto de fusión, un ejemplar del mismo debe ser presentado por los administradores al Registro Mercantil del domicilio social de cada una de las sociedades que participan en la fusión. Una vez realizado el depósito, el R.M. comunica al R.M.C. el hecho del depósito y la fecha de éste, para su publicación en el BORME.

Precisiones:

- Para las sociedades que cotizan en el Mercado Secundario Oficial de Valores (Bolsa), proyecto de fusión debe ser comunicado a la Sociedad Rectora de tal Mercado, así como a la C.N.M.Valores.

- Si se trata de operaciones de concentración que puedan dar lugar a una posición de dominio en el mercado, es preciso informar y solicitar autorización al Tribunal de Defensa de la Competencia y/o a la Comisión de la U.E. (conforme a lo que luego veremos).

El proyecto también recibe:

- Una publicidad indirecta en la medida que sus menciones mínimas han de incorporarse al texto de la convocatoria de las juntas de las sociedades a fusionar.

- Una publicidad más restringida, toda vez que debe ser puesto a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones y representantes de los trabajadores, en el domicilio social de las sociedades participantes (art. 238 LSA).

Un efecto fundamental de este depósito, es que conforme al art. 226.4 RRM, *“la publicación de la convocatoria de las Juntas generales que hayan de resolver sobre la fusión no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito”*.

No obstante, la DGRN en su R. de 30 de junio de 1993, entendió válida la celebración de la junta con un mes de anticipación al depósito del proyecto en el Registro, al ser aquella universal, la sociedad absorbente era titular de la totalidad del capital de la absorbida y no existían obligacionistas ni titulares de derechos especiales distintos de las acciones (*“la garantía constituida por la previa puesta a disposición del proyecto de fusión cede ante la aceptación del socio de celebrar en cualquier momento junta universal”*).

4º) Informe de los expertos: deberán manifestar (art. 236.4 LSA), en todo caso, si el tipo de canje de las acciones está o no justificado, cuales han sido los métodos seguidos para establecerlo, si tales métodos son adecuados, mencionando los valores a los que conducen, y las dificultades especiales de valoración, si existieren. Así mismo, si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital de la sociedad absorbente, según los casos.

El valor del informe, estimo que es doble:

a) Valor informativo para los interesados en la fusión propuesta, en especial para los socios de las sociedades participantes que han de tomar en junta los correspondientes acuerdos de fusión. En este sentido se explica que se exija este informe del experto, aunque la fusión desemboque en la creación de una sociedad no anónima, para la cual no se exige la verificación de las aportaciones no dinerarias.

Existen dudas sobre si la disconformidad del experto con el tipo de canje propuesto determina o no la suspensión del proceso de fusión o condiciona la postura a adoptar por las juntas de accionistas que han de decidir sobre el mismo.

En este aspecto, las juntas podrán acordar la fusión aunque la opinión de los expertos independientes sea contraria o negativa. Y ello es así aunque la disconformidad del experto lo sea con el tipo de canje propuesto; de modo que tal discrepancia no determina la suspensión del proceso de fusión ni condiciona la postura a adoptar por las juntas de las sociedades afectadas (y ello, aunque en la práctica registral parece exigirse que la junta se limite a aprobar o no el proyecto en sus estrictos términos, más no introducir modificaciones).

b) Desde el punto de vista del control de las aportaciones, el informe de los expertos desempeña la misma función que el que vela por las aportaciones no dinerarias, aunque aquí sea una valoración no de bienes concretos aportados sino del patrimonio en su conjunto.

De suerte que la discrepancia o falta de conformidad con la valoración del patrimonio aportado, es muy importante; así, cuando el valor escriturado supere al valor de las masas patrimoniales transmitidas, según valoración del experto, en más de un 20% no podrá otorgarse la escritura de fusión ni inscribirse en el R.M. (art. 133.2.2 RRM); esto es, si el capital de la nueva sociedad o el aumento de la absorbente es superior en más de un 20% al valor patrimonial correspondiente..

(Llama la atención que se exija este requisito de informe pericial incluso en el caso de que la fusión desboque en la creación de una sociedad no anónima, que no lo necesita para su constitución).

(La responsabilidad de estos expertos se rige por la de los auditores de cuentas, artículo 236 LSA y, a su vez, la de éstos se contempla en el artículo 11 de la L.A.C. y artículos 12 y 42 y ss. del RAC).

La solicitud de nombramiento de expertos independientes (artículos 349 y 338 y siguientes RRM): deber ser presentada por los administradores, por triplicado, acompañada de certificación del proyecto de fusión/escisión emitida por los respectivos órganos de administración de las Sociedades participantes - si se solicita un solo experto, deberá presentarse una sola solicitud por triplicado firmada al menos por una persona con poder de representación por cada una de las sociedades - en la solicitud se expresará: identificación de las sociedades, identificación de las masas patrimoniales objeto de aportación, declaración de no haberse obtenido otra valoración de los mismos bienes en los tres últimos tres meses y fecha de la solicitud.

Nuestra legislación no regula expresamente el momento en el que se ha de solicitar el nombramiento de los expertos independientes, si antes o después de la formulación del proyecto de fusión. Así, hay quien ha defendido, que lo sea antes, sobre la base, no muy sólida, de que en el proyecto de fusión se ha de indicar si se atribuyen o no ventajas a dichos expertos, artículo 235.f LSA; por el contrario, lo lógico es entender que ha de ser posterior, así 349.2 y 3 RRM exigen que la solicitud de nombramiento se adunte al R.M. certificación del proyecto.

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 (art. 236.3 LSA).

Disponen de un plazo de un mes (ex art. 345 RRM, antes 309) a contar desde la fecha de la aceptación del nombramiento para elaborar su informe, el cual, una vez emitido tiene un plazo de caducidad de tres meses (art. 347 RRM, antes 311).

5º Informe de los administradores: art. 237 LSA. Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones y a las especiales dificultades de valoración.

Además el informe deberá contener la justificación de las modificaciones estatutarias o de los nuevos estatutos, según los casos; así resulta de los arts. 238 LSA y 230 RRM, que parecen suponer la existencia de un solo informe, ignorando el que exige el art. 144 LSA.

El informe es individual por cada sociedad y tienen carácter informativo y explicativo con la finalidad de que sus destinatarios lleguen a formar un juicio claro del proceso en curso. La posibilidad de que se formule un informe conjunto por los administradores de todas las sociedades que participan en la fusión, se ha admitido en la práctica societaria española (así ha prosperado en los R. Mercantiles).

La emisión de este informe, lo es sin perjuicio de la obligación de los Administradores (art. 238.2 LSA) de las sociedades que se fusionan, de informar a la junta general de su sociedad sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en cualquiera de ellas entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la de la reunión de la junta general (parece que hay que entender que, en cualquier clase de fusión, los administradores de cada sociedad han de notificar a los de la otra las modificaciones en cuestión; y todos, a sus respectivas juntas, cuando se celebren, las modificaciones en todas las demás sociedades).

Igual información deberán proporcionar, en los casos de fusión por absorción a los administradores de la sociedad absorbente y éstos a aquellos, para que, a su vez, informen a su junta general.

6º Anuncio de convocatoria de la junta general. (art. 240 LSA) la junta general que haya de adoptar el acuerdo de fusión ha de reunirse previa convocatoria (mediante el procedimiento general), cuyo plazo de publicación es de un mes de antelación, como mínimo a la fecha prevista para la celebración de aquella (si se atienden los argumentos de la DGRN en sus Rs. de 10 de julio y 6 noviembre de 1995 y Ss. del T.S. de 29 de marzo y 21 de noviembre de 1994, sobre antelación en la convocatoria de junta, el mes debe computarse según el art. 5 del C.c., es decir, de fecha a fecha, de manera que en el anuncio aparecido el día uno de un mes puede convocarse para el día dos del mes siguiente).

No hay inconveniente en que en unos mismos anuncios se convoquen a las dos o más sociedades participantes en la fusión, en el BORME en cualquier caso y en el diario correspondiente, siempre que sea de gran circulación en todos los términos municipales donde radiquen los domicilios sociales (ÁVILA, obra citada, pág. 815).

En el texto de la convocatoria deben citarse:

- Contenido general, esto es, la identificación de la sociedad, órgano convocante, fecha y hora de la reunión y, ordinariamente, lugar de celebración.

- Orden del día: - aprobación del proyecto de fusión, - aprobación del balance de fusión, - modificaciones estatutarias de la absorbente, - nombramiento de administradores que la fusión lleve consigo, - o líneas generales de la sociedad que se vaya a crear en la fusión por creación.

- Menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas (las contenidas en el art. 235 LSA).

- Advertencia del derecho que corresponde a todo accionista, obligacionista y titular de derechos especiales distintos de las acciones a examinar en el domicilio social los documentos informativos de la operación (indicados en el art. 238 LSA), así como el de obtener la entrega o envío gratuitos del texto íntegro de los mismos.

Derecho de información, art. 238 LSA: son titulares del mismo los accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como los representantes de los trabajadores. Pero no todos ellos lo son de la misma manera exactamente, pues todos menos los representantes de los trabajadores tienen no solo el derecho a examinar los documentos que a continuación precisamos, sino también el de obtener su entrega o envío gratuitos. En cambio, el derecho de aquellos representantes está limitado a su consulta en la sede social.

El derecho de unos y otros tiene por objeto los siguientes documentos:

- El proyecto de fusión.

- Informe o informes del experto o expertos independientes.

- Cuentas anuales e informe de gestión de los últimos tres ejercicios de las sociedades participantes, así como su correspondiente verificación por los auditores.

- Balance de fusión e informe de auditoría de cada una de las sociedades (cuando este sea distinto del último balance anual aprobado por la junta, ya que éste figura en la documentación contable del apartado anterior).

- Proyecto de escritura de nueva sociedad o modificaciones a introducir en los estatutos de la sociedad absorbente.

- Estatutos vigentes de las sociedades que participan.

- Relación de administradores actuales como futuros, con sus respectivos datos de identificación.

El plazo para el ejercicio de este derecho es el comprendido entre el momento de la convocatoria hasta el de celebración de la junta general, sin perjuicio de que durante ella, particularmente los socios, puedan solicitar mayor información; así en esta, pedir informes o aclaraciones pertinentes, recibir de los administradores información sobre cualquier modificación importante del activo o pasivo de la sociedad acaecida entre la redacción del proyecto de fusión y la reunión de la junta.

El incumplimiento de esta obligación, determina, la eventual exigencia de responsabilidades contractuales por los restantes administradores de la distintas sociedades interesadas en el proceso, o por la propia sociedad, así como el ejercicio de acciones de impugnación de los acuerdos sociales, siendo motivo de nulidad de la junta, al infringirse las normas legales relativas a los presupuestos y requisitos para la válida constitución de la junta.

(No obstante la DGRN en su citada R. de 30 de junio de 1993, parece entender suplido el requisito de puesta a disposición de los documentos por el hecho mismo del depósito del proyecto en el R.M., en cuanto al interés de los socios, porque: "es obvio que tal garantía no puede llevarse al extremo de entorpecer el derecho de aquéllos a tratar en cualquier momento cualquier asunto si estando presente todo el capital social así lo acuerda").

7º) Acuerdo de fusión (y por tanto la correspondiente certificación de los acuerdos adoptados).

El acuerdo de fusión tiene que ser tomado por todas las sociedades participantes, tanto por las absorbidas que se extinguen como, en las fusión por absorción, por la absorbente.

En orden al quórum de constitución de la junta como a l régimen de mayorías, se aplica el art. 103 LSA (para SA), así:

- Constitución: en primera convocatoria, se requiere la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos el 50% del capital suscrito con derecho a voto; en segunda convocatoria, es suficiente con el 25% de dicho capital.

- Mayorías para la adopción del acuerdo: cuando concurren accionistas que representen más del 50% del capital suscrito con derecho a voto, basta con mayoría de votos de los asistentes; pero si concurren menos del indicado 50%, se requiere el voto favorable de los dos tercios del capital social presente o representado en la junta.

Supuesto especial, es, cuando el acuerdo de fusión afecte o perjudique, directa o indirectamente a los derechos de una clase de acciones, para lo cual además es preciso el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada (art. 148 LSA).

Si se trata de SRL, recordemos que el precepto a observar es el art. 71.2 LSRL, según el cual cuando la modificación implique nuevas obligaciones para los socios o afecte a sus derechos individuales deberá adoptarse con el consentimiento de los interesados o afectados; especialmente cuando la fusión suponga concesión o supresión de privilegios, políticos o económicos, a determinadas participaciones.

Conforme al art. 229 RRM, en caso de participación en la fusión de sociedades colectivas o comanditarias:

- Si participa en la fusión una sociedad colectiva o comanditaria simple, la escritura habrá de contener el consentimiento de todos los socios colectivos. Para los socios comanditarios, se estará a lo dispuesto en la escritura social.

- Si la nueva sociedad o la absorbente fuera colectiva o comanditaria, la escritura deberá recoger el consentimiento de todos los socios que en virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales (en igual sentido, art. 241 LSA).

Conforme al art. 228 RRM, el acuerdo de fusión habrá de expresar necesariamente las circunstancias siguientes:

1.^a La identidad de las sociedades participantes.

2.^a Los estatutos que hayan de regir el funcionamiento de la nueva sociedad, así como la identidad de las personas que hayan de encargarse inicialmente de la administración y representación de la sociedad y, en su caso, de los auditores de cuentas. En caso de fusión por absorción, se expresarán las modificaciones estatutarias que procedan.

3.^a El tipo de canje de las acciones o participaciones y, en su caso, la compensación complementaria en dinero que se prevea.

4.^a El procedimiento por el que serán canjeadas las acciones o participaciones de las sociedades que se extinguen, así como la fecha a partir de la cual las nuevas acciones o participaciones darán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

5.^a La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extinguen se considerarán realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que pasan su patrimonio.

6.ª Los derechos que hayan de otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los titulares de acciones de clases especiales, a los titulares de participaciones privilegiadas y a quienes tengan derechos especiales distintos de las acciones o de las participaciones en las sociedades que se extingan o, en su caso, las opciones que se les ofrezcan.

7.ª Las ventajas de cualquier clase que hayan de atribuirse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que hayan intervenido en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que, en su caso, hayan intervenido en el proyecto de fusión.

2. Las circunstancias anteriormente señaladas habrán de ajustarse, en su caso, al proyecto de fusión.

Como contenido accesorio, la fusión puede implicar, igualmente, otros acuerdos como pueden ser:

- Alteración de la cifra de capital.

(Teóricamente la sociedad absorbente habrá de aumentar su capital social para asignar las participaciones representativas a los socios de las sociedades absorbidas; pero ese aumento no es estrictamente necesario, pues la sociedad absorbente puede reducir el valor nominal o el número de las participaciones y que tienen sus propios socios para asignar a los nuevos participaciones equivalentes. Y cabe, incluso, que reduzca el capital si lo aconseja la precaria situación económica, con redistribución de participaciones entre los socios antiguos y nuevos)

- Modificación de la denominación social.

(Recordar la especialidad contenida en el artículo 418 RRM de que la entidad absorbente o la nueva entidad resultante, podrán adoptar como denominación la de cualquiera de las que se extingan por virtud de la fusión, y en caso de escisión total, cualquiera de las entidades beneficiarias podrá adoptar como denominación la de la entidad que se extingue por virtud de la escisión, y en estos casos, para la inscripción de la denominación de la nueva entidad o de la absorbente no será necesaria la certificación a que se refiere el artículo 409, es decir, la certificación de denominaciones del R.M.C.)

- Cambio de domicilio social.

- Modificación del objeto.

(El objeto de las sociedades fusionadas puede ser distintos, o el de la absorbente y la absorbida; con ello, los socios de las fusionadas o de la absorbida se verán abocados a una tácita modificación del objeto social que no les da derecho de separación; según la

R. DGRN de 8 de noviembre de 1995 las posibles modificaciones del objeto de alguna de las sociedades participantes en la fusión no pueden estimarse acuerdos independientes del de fusión. En concreto la modificación del objeto social de la sociedad absorbente no supone la sustitución del objeto social, a efectos de la eventual existencia del derecho de separación de la sociedad del socio/s disidente/s, artículo 147.1 LSA).

- Reestructuración de su órgano de administración.

3. EJECUCIÓN DE LA FUSIÓN: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA, CONSTATAción REGISTRAL Y PUBLICACIÓN.

3.1 Escritura

Este otorgamiento es la culminación de la fusión, previo al trámite registral. Constituye en nuestro ordenamiento el primero de los actos jurídicos necesarios para que el procedimiento o contrato de fusión o escisión celebrado y perfeccionado por las juntas despliegue los efectos jurídicos derivados de la inscripción registral.

Su contenido amén de los requisitos y presupuestos generales, aparecen contenidos en los artículos 244 y ss. LSA y el fundamental **227 RRM**, conforme a los cuales:

1º.- La escritura de fusión comenzará con la comparecencia de los representantes de las sociedades participantes; ya que debe ser otorgada por todas las sociedades participantes (es decir, por sus respectivos representantes orgánicos o voluntarios en virtud de poder suficiente).

En su caso, también deberán comparecer:

a) Los nuevos administradores de la sociedad resultante o absorbente, para aceptar sus cargos.

b) Si participa en la fusión una sociedad colectiva o comanditaria simple, la escritura habrá de contener el consentimiento de todos los socios colectivos. Para los socios comanditarios, se estará a lo dispuesto en la escritura social. Y si la nueva sociedad o la absorbente fuera colectiva o comanditaria, la escritura deberá recoger el consentimiento de todos los socios que en virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales (art. 241 LSA).

(El artículo 229 RRM dice que la escritura deberá recoger ese consentimiento; no parece que baste un consentimiento prestado en junta de la sociedad anónima, sino que

será preciso un auténtico consentimiento contractual y público y, por tanto, por comparecencia en la escritura)

2º.- En la exposición de la escritura, se hará referencia a las distintas fases que componen el procedimiento:

1) La elaboración y suscripción del proyecto de fusión por los administradores de las sociedades participantes, con referencia a la legitimación de sus firmas, su fecha, el depósito en el R.M. (lo que se acreditará con la anotación puesta al final del mismo), su publicación en el BORME (acreditado con la exhibición del correspondiente ejemplar).

2) Elaboración de los respectivos balances de fusión y, en su caso, verificación por los auditores.

El artículo 244 LSA en concordancia con el artículo 227.2.5 RRM se refiere como contenido de la escritura al balance de fusión de las sociedades que se extinguen; pero téngase en cuenta que, a lo largo del proceso de fusión se ha debido formar, según el artículo 238 LSA, el balance de fusión de cada una de las sociedades, por lo que al menos, deberá hacerse referencia al mismo (aconsejable unirlos también).

3) Informe o informe de los expertos independientes nombrados por el R.M.

4) Informe de los administradores.

5) Convocatoria, en su caso, de las juntas generales: anuncio de convocatoria con exhibición de las publicaciones (BORME y un diario, con un mes de antelación, artículos 97 y 240.1 LSA).

6) Manifestación de que cada una de las sociedades participantes y representadas en la escritura, ha cumplido los requisitos establecidos en el artículo 238 LSA, habiendo sido puestos a disposición de las personas correspondientes los documentos a los que dicho precepto se refiere.

7) Celebración de las juntas generales de las sociedades participantes y acuerdos adoptados (recordar el contenido previsto en el artículo 228 RRM); según las correspondientes certificaciones expedidas, en forma ordinaria, por los titulares de la facultad certificante (artículo 109 RRM, aunque puede hacerse mediante la técnica general prevista en el artículo 107.1 RRM para la elevación a públicos de acuerdos sociales, esto es, *"... tomando como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos. También podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, cuando los acuerdos constaren en acta notarial"*).

8) Publicación de los acuerdos de fusión conforme a lo dispuesto en el artículo 242 LSA, con exhibición de los tres ejemplares del BORME y de los dos periódicos

cos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan sus domicilios.

9) La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad (artículo 243 LSA).

10) La fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad que se extingue, habrán de considerarse, a efectos contables, realizadas por cuenta de la sociedad absorbente o nueva sociedad (a quien se traspa el patrimonio).

11) Referencia a que no existen en la sociedad que se extingue titulares de derechos especiales ni acciones o participaciones de clases especiales; en otro caso indicar el consentimiento prestado y acreditar mediante oportuna certificación el acuerdo adoptado por la asamblea o junta especial, ex artículo 148 LSA y 71 LSRL.

12) Si alguna de las sociedades que se fusionan se encontrara en quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión (artículo 227.3 RRM).

13) Inventario de los bienes y derechos (activo) y obligaciones (pasivo) de las sociedades que se fusionan o de la absorbida; con expresión de sus datos descriptivos (en su caso registrales) y valoración.

(Más si por su complejidad no puede completarse, puede realizarse una simple referencia al fenómeno de la sucesión universal y completar, posteriormente, la escritura con inventario perfectamente descrito protocolizado notarialmente en documento a parte).

3º.- Se protocolizarán los siguientes documentos:

a) Proyecto de fusión suscrito por los administradores, con firmas legitimadas por Notario y en el cual consten los datos de su depósito en el R.M. competente.

b) Balances de fusión (de todas las sociedades no solo la que se extingue), en su caso, con los informes de verificación de los auditores.

c) Informes de los expertos independientes.

d) Informes de los administradores.

De estos documentos se protocoliza, es decir, se incorpora a la escritura matriz, el original.

e) Fotocopia, legitimada notarialmente, de los anuncios de las publicaciones realizadas:

- Del proyecto de fusión en el BORME.
- De los anuncios de convocatoria de las juntas generales, en su caso.
- Del acuerdo de fusión, en el BORME (tres ejemplares) y periódicos (dos diarios).

f) Certificaciones acreditativas de los acuerdos de fusión de las juntas generales de las distintas sociedades. Y, en su caso, estatutos de la nueva sociedad.

g) En los supuestos de cambio de denominación de la absorbente o para la nueva sociedad, certificación negativa del Registro Mercantil Central (salvo los supuestos antes citados del artículo 418 del RRM).

4º.- En la parte dispositiva o estipulaciones:

a) La declaración de que las sociedades se fusionan, o de que una absorbe a las restantes.

- Si la fusión se realiza mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma.

(Desde la constitución de la nueva SA, parece necesario entender que su capital debe estar totalmente desembolsado por la aportación vía fusión, sin admitirse la posibilidad de un desembolso parcial mínimo superior al 25% de la cifra de capital, esto es así, dado que los informes de los expertos sobre el proyecto y el patrimonio a aportar deben expresar si lo aportado iguala, por lo menos, al capital de una nueva entidad).

- Si se realizara por absorción, la escritura contendrá 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 que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.

Esta última mención tratándose de sociedades anónimas con acciones representadas por títulos al portador, resultará imposible, por lo que la exigencia legal debe entenderse cumplida con la expresión del número, clase y serie de las acciones que hayan de ser entregadas a los accionistas o socios de cada una de las sociedades que se extingan por consecuencia de la fusión (expresión, por otro lado innecesaria).

b) Declaración del traspaso en bloque de patrimonios (sucesión universal).

c) Declaración de que, en su caso, quedan amortizadas las participaciones o acciones de las sociedades que están en poder de cualquiera de ellas; se relacionarán las participaciones de que se trate y su valor nominal (artículo 249 LSA).

d) Asignación de las nuevas participaciones a los socios de las sociedades fusionadas o a los de la absorbida, según la relación de cambio y las compensaciones en metálico si las hubiera.

e) Aceptación de los nuevos administradores.

f) Solicitud de aplicación del régimen fiscal establecido en el Capítulo VIII, del Título VIII, artículos 97 y siguientes de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

Según el artículo 230 RRM, al título inscribible, esto es, la escritura de fusión analizada, debe acompañarse determinados documentos:

1.º El proyecto de fusión, salvo que se halle depositado en el mismo Registro.

2.º Los ejemplares de los diarios en que se hubiesen publicado la convocatoria de la Junta y el acuerdo de fusión.

3.º El informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión, explicando y justificando el proyecto.

4.º El informe o informes del experto o expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen, cuando fueran obligatorios.

Ahora bien, a diferencia de otros supuestos, tales documentos no han de presentarse al R.M. para su depósito (por ejemplo la transformación) sino para permitir la completa labor de calificación del Registrador, por lo que si se incorporan a la escritura de fusión, como hemos defendido, la copia autorizada de ésta, será completa, es decir, comprenderá todos los documentos y requisitos, no siendo preciso acompañar documento alguno (salvo, claro está, el justificante del pago, exención o prescripción del Impuesto -modelo 600-).

3.2 Constatación registral

3.2.1 Registro mercantil

1.- La **calificación** del Registrador de la escritura de fusión o escisión se realizará de forma ordinaria conforme al artículo 6 del RRM, esto es, en tres niveles:

a) Las formas extrínsecas de la operación, es decir, si la escritura comprende las menciones previstas en los artículos 227, 228 y 230 RRM.

b) La capacidad y legitimación de los otorgantes, por tanto las facultades representativas de los comparecientes y los acuerdos de las juntas generales

c) La validez del contenido de los documentos. Cuestión más conflictiva, pues más allá de la apariencia formal difícilmente podrá investigarla el Registrador; por cuanto determinadas cuestiones substanciales del proceso de fusión o escisión escapan de su competencia y están atribuidas a otros profesionales, así la verificación de los balances o las valoraciones y ecuaciones de canje sujetas al control de los administradores y expertos independientes.

2.- En orden a la **validez y eficacia** de la fusión o escisión, podemos diferenciar, brevemente, tres momentos:

1º.- Perfección de la fusión o escisión, con plena validez jurídica entre todas las sociedades intervinientes: fecha de los acuerdos de fusión adoptados por las respectivas juntas generales.

2º.- Eficacia de la fusión o escisión: el artículo 15 de la 6ª Directiva deja en libertad a los Estados miembros para designar “la fecha en la que surtirá efecto la escisión”; así pues, el artículo 245 de la LSA determina que *“la eficacia de la fusión (escisión) quedará supeditada a la inscripción de la nueva sociedad o en su caso, a la inscripción de la absorción”*; de donde se deduce que los efectos típicos de estas operaciones (sucesión universal, extinción de sociedades, adquisición de la cualidad de socio en las sociedades beneficiarias, etc.) se produce a partir de la inscripción en el R.M.; por tanto los actos de ejecución de la misma, singularmente, el canje de acciones o participaciones no puede tener lugar hasta dicha inscripción registral.

Además se produce la intransmisibilidad de las acciones o participaciones sociales nuevas, hasta la citada inscripción registral, ex artículos 62 LSA y 28 LSRL.

3º.- Producción de los efectos jurídicos procedentes frente a terceros de buena fe: conforme al sistema registral vigente, artículo 21 C.d.c., tendrá lugar a partir de la publicación en el BORME de la inscripción registral correspondiente.

(Como indica PAU PEDRON, frente al enfoque habitual de la doctrina, de que la eficacia constitutiva vincula la inscripción con la existencia misma del negocio, cabe afirmar:

1º. La inscripción no es elemento del negocio, y por tanto, la inscripción nunca determina la existencia del negocio.

2º. La inscripción tienen siempre una función de oponibilidad a terceros, y nunca una eficacia mayor.

3º. La inscripción constitutiva sólo añade a la inscripción declarativa un rasgo ajeno a su propia eficacia: excluir la oponibilidad extrarregistral en términos absolutos.

Esto es, la inscripción declarativa perjudica al tercero, pero, además permite que la publicidad extrarregistral conocida por el tercero le perjudique también. La inscripción constitutiva es, sin embargo, ella misma la vía única y excluyente de cualquier perjuicio del tercero. De lo anterior se derivan dos consecuencias:

- En negocio existe siempre al margen y antes de la inscripción constitutiva. Pero no sólo el negocio, sino también, en los casos de negocios plurilaterales, la personalidad jurídica que de ellos deriva, ahora bien, la esencia de toda relación con terceros, la responsabilidad y representación, queda rigurosamente sometida a la inscripción, mientras el resto del negocio y personalidad producen todos sus efectos.

- La inscripción no puede afectar a la validez del negocio.

En el nuevo sistema registral, la eficacia constitutiva significa, pues, la máxima protección de los terceros, hasta el extremo de protegerles en los casos de mala fe, esto es, si conocía antes de la inscripción el acto inscribible, este conocimiento no produce efecto alguno en su perjuicio).

3.- Procedimiento registral: la inscripción se ha de efectuar mediante la presentación de la escritura de fusión y documentos complementarios ante los Registros Mercantiles correspondientes a las distintas sociedades.

3.1.- Calificación de la concordancia con los antecedentes registrales, conforme al artículo 231 RRM:

Es decir, existe una doble calificación registral, una por el R.M. correspondiente a la sociedad que se extingue; y otra, por el R.M. competente de la sociedad absorbente o del domicilio de la nueva sociedad a crear.

3.1.1 Cuando el Registro de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente no coincida con el Registro de las restantes sociedades que participan en la fusión, la inscripción de la fusión no podrá practicarse sin que conste en el título nota firmada por el Registrador o Registradores correspondientes al domicilio de las sociedades que se extinguen declarando la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión pretendida.

3.1.2 Idéntica nota extenderá el Registrador al margen del último asiento de la sociedad correspondiente, con referencia a la escritura que la motiva.

3.1.3 Dicha nota marginal implicará el cierre provisional de la hoja de la sociedad durante el plazo de seis meses.

Efectuado dicho trámite, la escritura debe presentarse, para su inscripción definitiva en el R.M. del domicilio de la nueva sociedad o de la absorbente.

3.2.- Circunstancias de la inscripción, art. 232 RRM:

3.2.1. Si la fusión diera lugar a la creación de una nueva sociedad, se abrirá a ésta la correspondiente hoja registral, practicándose en ella una primera inscripción en la que se recogerán las menciones legalmente exigidas para la constitución de la nueva sociedad y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

3.2.2. Si la fusión se verificara por absorción se inscribirán en la hoja abierta a la sociedad absorbente las modificaciones estatutarias que, en su caso, se hayan producido y demás circunstancias del acuerdo de fusión.

3.3.- Cancelación de asientos, art. 233 RRM:

3.3.1. Una vez inscrita la fusión, el Registrador cancelará de oficio los asientos de las sociedades extinguidas, por medio de un único asiento, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes.

3.3.2. Si las sociedades que se extinguen estuviesen inscritas en Registro distinto, el Registrador comunicará de oficio haber inscrito la fusión, indicando el número de la hoja, folio y tomo en que conste.

Recibido este oficio, el Registrador del domicilio de la sociedad extinguida cancelará mediante un único asiento los de la sociedad, remitiendo, en su caso, certificación literal de los asientos que hayan de quedar vigentes para su incorporación al Registro que haya inscrito la fusión.

3.2.2 Inscripción en otros registros:

- Registros administrativos especiales: aquellos a los que están sujetos algunas sociedades por su objeto (Entidades de Crédito, etc.) o por su forma: sociedades laborales.

- Registros de bienes o derechos: según la naturaleza de los bienes que integren el patrimonio transmitido, así Registro de la Propiedad, Oficina Española de Patentes y Marcas; Matrícula de Buques, etc.

Respecto al Registro de la Propiedad, no es la operación societaria de fusión o escisión, la que se inscribe, sino la transmisión inmobiliaria que aquellas determinen en favor de las sociedades beneficiarias de la fusión o escisión o de la sociedad absorbente, en este último caso, ni siquiera hay transmisión, tan solo se hará constar con motivo

de la práctica de otro asiento, el eventual cambio de nombre, así R. DGRN de 26 de noviembre de 1971.

3.3 *Publicación en el borme*

Conforme a los artículos 245.2 LSA y 234 RRM:

Cada uno de los Registradores Mercantiles a que correspondan las sociedades participantes en la fusión y, en su caso, el correspondiente a la nueva sociedad resultante de la fusión, remitirán al Registrador Mercantil Central, por separado, los datos necesarios para su publicación (esto es, los que indica el párrafo 15 del artículo 388 RRM).

3.3.3 *¿Es posible la modificación del proyecto de fusión por las juntas generales?*

Dos consideraciones previas:

a) Las sociedades no están obligadas por el proyecto de fusión; pueden aceptar o rechazar el contenido del mismo a través de los acuerdos en las juntas generales (así resulta de la delimitación competencial de facultades de los órganos sociales, artículos 234 y 240 LSA).

b) Pero no hay que olvidar que, el proyecto de fusión y los informes de los expertos, se han puesto a disposición de los socios y otros interesados, para la defensa de sus respectivos intereses (artículos 236 a 240, 243 y 248 LSA y 226 RRM). Si admitimos modificaciones o enmiendas al contenido del proyecto de fusión, estamos debilitando sino eliminando dichas garantías; amen del tenor literal del artículo 240.1 LSA que dice: *“El acuerdo de fusión habrá de ser adoptado por la junta general de cada una de las sociedades que participen en la fusión, ajustándose al proyecto de fusión”*.

(Podemos recordar: uno de los argumentos esgrimidos por los detractores de la eventual modificación del proyecto, aplicado por analogía, era el previgente artículo 97.1.b) de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 que decía: *“El acuerdo de fusión deberá aprobar sin modificaciones el proyecto de fusión”*; más la nueva Ley de Cooperativas (estatal) de 16 de julio de 1999 elimina dicha expresión para decir en su artículo 64.1 *“El acuerdo de fusión deberá se adoptado en Asamblea General por cada una de las sociedades que se fusionen, por mayoría de dos tercios de los votos ...”*).

Autores como DUQUE DOMÍNGUEZ, GARDEAZABAL, EMBID IRUJO, CERDÁ ALBERO, CÁMARA y SEQUEIRA MARIN niegan la posibilidad de modificación del proyecto de fusión.

Para estos, (por ejemplo SEQUEIRA MARIN, en *“El proyecto de fusión como condicionante ...”*, RdS, nº 12/1999, pag. 195) las conclusiones, son:

- La naturaleza imperativa del procedimiento de fusión, no permite a las sociedades partícipes otra opción que, pronunciarse favorablemente aceptando el proyecto de fusión, o bien negativamente al rechazarlo. Cualquier otra manifestación supone un alejamiento del modelo negocial que el legislador ofrece, a la vez que una alteración del juego de competencias atribuidas por el legislador a los órganos societarios y una quiebra de la seguridad jurídica mediante la defraudación del derecho de información.

- Una interpretación literal de los términos del ordenamiento, cuando manifiesta que "los administradores de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir el proyecto de fusión" (artículo 234.1 LSA) atribuyéndoles unas competencias excluyentes e inderogables; éste es el proyecto que ha de ser aprobado por las sociedades participantes en un tiempo determinado (artículo 234.3 LSA); sobre este proyecto recae el control de legalidad y publicidad registral (artículo 226 RRM) y los informes de los administradores y expertos (artículos 236 y 237 LSA) y es complementario del derecho de información que con carácter general tienen los accionistas (artículo 112 LSA); el acuerdo de fusión de cada una de las juntas generales de las sociedades debe recaer, "ajustándose al proyecto de fusión" (artículo 240.1 LSA); más el artículo 228.2 del RRM dice: "*Las circunstancias anteriormente señaladas (esto es, las que constituyen el contenido del acuerdo de fusión) habrán de ajustarse, en su caso, al proyecto de fusión*".

En conclusión: se estima - por estos comentaristas - que si una fusión se acuerda alterando los elementos estructurales del proyecto de fusión elaborado por los administradores, ello ha de entenderse en el sentido de un rechazo de la misma que en todo caso podría servir de punto de partida para dar lugar al inicio de un nuevo procedimiento; un acuerdo en otro sentido, sería impugnabile como nulo por ser contrario a la Ley (artículo 115.1 LSA), tanto por violación del derecho de información de los diversos sujetos a los que el régimen de la fusión se los reconoce (artículo 238 LSA), en lo que se consideran defectos extrínsecos de los acuerdos sociales, como por violación del precepto imperativo en lo que se refiere al contenido del acuerdo (artículo 240 LSA). Y todo ello, con independencia del posible ejercicio de una acción de nulidad contra la misma fusión si hubiera sido ya inscrita en el R.M. en base a la propia nulidad de los correspondientes acuerdos de la junta general (artículo 246.1 LSA).

Por el contrario, otros como, GARCÍA VILLAVERDE (incluso admite el acuerdo de fusión sin la presencia de alguna de las sociedades que inicialmente participaban en el proceso y cuyos administradores suscribieron el proyecto de fusión - RdS, nº 6/1996, pág. 199), SANTOS MARTÍNEZ, SÁNCHEZ CALERO, etc., admiten posibles modificaciones, aunque en grado diverso.

Para estos autores:

a) Se parte de la delimitación de competencias entre los diversos órganos sociales: administradores, suscripción del proyecto de fusión / escisión; y junta general, adopción del acuerdo.

b) La voluntad social que corresponde ser expresada por la junta general, no puede configurarse limitando sus competencias, de forma tal que aquella solo tuviera la posibilidad de pronunciarse afirmativa o negativamente ante lo que sería la propuesta del proyecto de fusión.

c) La función de la información previa a la adopción de acuerdos por la junta general: esto es, en ningún caso dicha función puede condicionar el resultado sobre el asunto a tratar. Así pues, la modificación del proyecto de fusión propuesto, no rompe las garantías informativas previas, ni la función del derecho de información.

En gran parte, estas dos posturas doctrinales, derivan de donde se coloque el centro de gravedad del negocio de fusión / escisión, si lo desplazamos al proyecto de fusión o a un momento posterior de coincidencia de voluntades de las sociedades partícipes.

Quizás la solución más correcta, sea admitir ciertas modificaciones de carácter concreto, desplazando la polémica a los límites a tales enmiendas. De hecho la Ley autoriza, tácitamente, a la realización de algunos cambios en el proyecto, por ejemplo si aparece alguna circunstancia nueva, bien no conocida, bien acontecida con posterioridad a la redacción del proyecto de fusión (artículos 236 y 238.2 LSA).

En la práctica mercantil se han admitido algunos cambios, relativos al tipo de canje o a la fecha a partir de la cual la fusión producirá efectos contables.

Más para ello, es preciso un informe específico de los administradores presentado en todas las juntas generales a fin de poder los socios valorar adecuadamente la situación y modificaciones propuestas.

(En la práctica, en algunos supuestos se ha arbitrado alguna medida adicional, por ejemplo condicionando el acuerdo unánime de la junta a que se cumplan todos los requisitos establecidos en la legislación mercantil y en particular, a que se deposite en el R.M. la modificación de dicho proyecto y se publique en el BORME el hecho del depósito, así como la fecha en que ha tenido lugar).

Las consecuencias de una eventual modificación del proyecto de fusión más transcendente, implicaría reelaborar el apartado correspondiente y someterlo al control de los expertos que hayan formulado el informe, para que elaboren un informe complementario o ratifiquen el anterior.

Por último, la posición más extendida en la práctica registral mantiene que la junta debe limitarse a aprobar o no el proyecto, en sus estrictos términos, debiendo realizar un nuevo proceso de elaboración y depósito del proyecto si se pretende introducir modificaciones en el mismo como, por ejemplo, alterar el tipo de canje.

4. ESPECIALIDADES DE LA ESCISIÓN

En principio la escisión de sociedades constituye un proceso inverso a la fusión, ya que consiste en segregar o separar el patrimonio de una sociedad en dos o más partes para aportar cada una o otra u otras sociedades.

Ahora bien, también puede lograrse la concentración de empresas cuando varias sociedades se escinden totalmente en beneficio de un número inferior de ellas, por ejemplo, dos sociedades suceden a tres.

Otros objetivos pueden ser:

- Separar actividades.
- Ser una forma de colaboración empresarial, por la que distintas entidades segre-gan parte de sus patrimonios integrándolos en otra entidad para el desarrollo de nego-cios comunes.
- Evitar el crecimiento excesivo de una sociedad, adaptándola así a particularida-des sectoriales.
- Y no menos importante, sirve de solución de conflictos entre socios.
- Permitir la transferencia de elementos patrimoniales entre empresas, sin mediar pagos en dinero y con un trato fiscal más favorable que la compraventa.
- Incluso para rectificar una fusión sin acudir al procedimiento más complejo, y a veces imposible, de la nulidad.

La escisión es un procedimiento corporativo en virtud del cual:

a) Una sociedad mercantil se extingue, con división de todo su patrimonio en dos partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a sociedades de nueva cre-ación o es integrada en el patrimonio de otras ya existentes, mediante su absorción (escisión total).

b) Se produce por segregación de una o varias partes del patrimonio de una so-ciedad sin extinguirse, traspasando en bloque el patrimonio segregado a una o varias so-ciedades de nueva creación o ya existentes (escisión parcial).

En el proceso, las acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades be-neficiarias de las aportaciones patrimoniales deber ser atribuidas, como contrapresta-

ción a los socios de la entidad que se escinde. Estos reciben un número de aquellas proporcional a sus respectivas participaciones previas en la sociedad escindida, las cuales desaparecen o se reducen, mediante su disolución o, caso de escisión parcial, por reducción de la cifra social en la cuantía necesaria.

Clases, artículo 252 LSA.

- Total o división, que implica la división completa del patrimonio de la sociedad escindida con su disolución.

- Parcial o segregación, la cual supone la subsistencia de la sociedad que se escinde, con segregación parcial de una porción de su patrimonio, que ha de formar una unidad económica y reducción del capital social en la cuantía precisa.

A su vez cada una de dichas modalidades pueden ser:

- Escisión por creación o constitución, esto es, cuando la sociedad beneficiaria de la escisión se funda o constituye ex novo.

- Escisión-fusión, o escisión por absorción, cuando ya existen las sociedades beneficiarias de la escisión, las cuales efectúan en la medida necesaria ampliación de su capital.

- Escisión mixta, cuando parte del patrimonio escindido va a parar a una sociedad preexistente y otra a la nueva sociedad que se constituye al efecto.

Notas o principios característicos.

4.1 División o segregación del patrimonio y posterior transmisión en bloque.

Se produce un fraccionamiento total o parcial del patrimonio y la transmisión de porciones a otras sociedades:

- A título de sucesión universal.

- En bloque, esto es, con independencia de los requisitos que para la transmisión de cada uno de los elementos que integran el conjunto cedido.

En caso de escisión parcial, es necesario que la parte del patrimonio segregado forme una unidad económica, esto es, un conjunto de elementos patrimoniales, activos y pasivos, que constituyen, desde el punto vista organizativo y de estructura, una explotación autónoma capaz de operar en el tráfico jurídico con sus propios recursos.

En el supuesto que la parte escindida esté formada por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, a la sociedad beneficiaria de la escisión pueden serle atribuidas las deudas contraídas para la organización o funcionamiento de la empresa que se traspasa (art. 253.2 LSA).

4.2 Extinción de la sociedad totalmente escindida o subsistencia de la sociedad parcialmente escindida.

En el caso de escisión total se produce la disolución sin liquidación de la sociedad escindida; y en la parcial, ésta subsiste debiendo de reducir el capital social en la cuantía necesaria según el patrimonio segregado.

4.3 Respeto a la condición de socio.

Los socios de la sociedad escindida se incorporan al conjunto de socios de la sociedad beneficiaria, respetando el valor patrimonial de sus participaciones previas en la escindida, conforme al tipo de canje que se establezca y según criterios de proporcionalidad.

RESPECTO A LA REDUCCIÓN DE CAPITAL DE LA SOCIEDAD QUE SE ESCINDE, el art. 252.2, indica "... reduciéndose la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria".

Es decir, no en todo caso debe la sociedad que se escinde, reducir su capital, sino tan solo cuando el patrimonio restante de aquella se encuentre por debajo de la cifra de capital.

Diferenciación con otras operaciones.

Estos principios o características de la escisión permiten distinguirla de otras figuras, tales como:

a) Venta por parte de una sociedad de ciertos elementos de su patrimonio o de una parte del mismo a otra sociedad.

b) Los socios de la sociedad en cuestión, constituye a su vez (o tiene ya constituida) una sociedad en la que participan en las mismas proporciones que en aquella; a continuación se procede a la venta de ciertos elementos de su patrimonio o de una parte del mismo a esta otra sociedad (hay precio de venta).

c) La aportación no dineraria por una sociedad a otra (bien en el momento fundacional, bien con posterioridad con ocasión de un aumento de capital) de una parte del patrimonio de aquella (la contrapartida, acciones o participaciones de la sociedad que aumenta el capital se perciben directamente por la sociedad aportante, para que vaya a los socios de esta debe realizarse una nueva operación).

4.3.1 ¿Es exigible que los elementos patrimoniales que vía escisión, sea total o parcial, se traspasen a otras sociedades constituyan una “unidad económica”, con exclusión, también, en el caso de escisión total de que las fracciones patrimoniales transmitidas sean elementos aislados?

El artículo 253 solo exige esta unidad económica para la escisión parcial, mientras el artículo 252, solo alude a “dos o más partes” del patrimonio de la sociedad escindida; sin embargo hay quien (GALDEAZABAL DEL RÍO, “La escisión ...”, pág. 876; GUASCH MARTORELL, “La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores”, Madrid, 1993, pág. 114) considera que la exigencia de que la porción segregada forme una “unidad económica” debe aplicarse a los dos tipos de escisión, con la finalidad de que el principio de sucesión universal no sea utilizado con carácter abusivo para la transmisión de deudas de cualquier sociedad, perjudicando a los acreedores al no aplicarse el artículo 1.205 del C.c. (que como sabemos exige para la novación o cambio de deudor el consentimiento del acreedor).

Con ello se cerraría la utilización de la escisión como medio para realizar todas aquellas operaciones de transmisión de elementos patrimoniales aislados y heterogéneos que carezcan entre ellos de un nexo de relación organizativa.

Si bien, debemos recordar que tales interpretaciones correctas desde el punto de vista de la naturaleza y técnica de la escisión, sin embargo tiene el obstáculo insalvable de la propia dicción del texto de la norma, esto es, artículo 252 que alude a “dos o más partes” sin concretar más en el caso de escisión total, mientras el artículo 253 exige la “unidad económica” solo para la escisión parcial.

En este sentido debemos recordar que la VI Directiva parte de un principio de libertad en cuanto a la división patrimonial en la escisión y no se atisba disposición explícita o implícita en tal sentido limitativo.

4.3.2 ¿Que es “una unidad económica” a efectos de escisión?

De acuerdo con los criterios expuestos por la DGT en sus comentarios más recientes a consultas formuladas:

- El concepto rama de actividad exige que la unidad funcional autónoma objeto de aportación ya existiera y funcionara como tal con anterioridad a la operación de segre-

gación aportación, en sede de la entidad aportante (aunque esta interpretación puede ser más flexible tras la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que flexibiliza el requisito expuesto al referirse al conjunto de elementos patrimoniales “que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma”).

- La aportación debe, en principio, comprender la totalidad de los elementos patrimoniales constitutivos de la rama de actividad, con exclusión de los que no sean susceptibles de generar una renta o plusvalía, pero excepcionalmente, podrían quedar fuera de la operación algunos de los mismos, siempre que tal eliminación no afectara de modo substancial al negocio o actividad aportado.

- La transmisión o no a la sociedad adquirente de las deudas contraídas para financiar los elementos patrimoniales transferidos o la organización de la actividad empresarial aportada, queda a opción de las partes intervinientes en la operación.

Y Hacienda exige un triple requisito:

1º.- Que el objeto de la aportación resulte válidamente identificable como una unidad o explotación económica autónoma.

2º.- Que la aportación afecte a toda la rama de actividad de que se trate, aunque no es necesaria la transferencia de las deudas.

3º.- Que el objeto de aportación no esté contaminado por activos, recursos, valores o elementos patrimoniales ajenos a la rama o unidad económica de que se trate.

La Directiva 90/434/CEE de fecha 23 de julio de 1990 en el ámbito fiscal, estructura la noción de aportación de activos a partir de la aportación de “una o más ramas de actividad”, a la cual define como:

“El conjunto de elementos del activo y pasivo de una división de una sociedad que constituye, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

Substantivamente, la VI Directiva en materia de sociedades (referente a la escisión) guarda silencio remitiéndose a la libertad de actuación. Quizás pudiera utilizarse al efecto la doctrina jurisprudencia emanada de los artículos 3.1. Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 (sobre arrendamiento de industria), 19 y siguientes de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de 1954, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o el artículo 39.3 LSA en relación con la aportación de una empresa o establecimiento. En los cuales se insiste en la existencia de un conjunto organizado y dinámico de elementos diversos (bienes, derechos, relaciones materiales de hecho, etc.), en estado de explotación o bien pendiente de serlo en cualquier momento.

No obstante no es técnica ni lógicamente correcto asimilar "unidad económica" con empresa o establecimiento, dados los términos del artículo 253 LSA (en el sentido de que toda empresa dará lugar a una unidad económica, pero no al contrario).

Parece que el concepto de unidad económica utilizado por nuestro legislador, se orienta a un sentido más amplio que el de los preceptos comunitarios, exigiendo simplemente que la porción patrimonial escindida constituya una unidad económica funcional actual o potencial, por ello no se requiere, en todo caso, la transmisión de empresas o establecimiento mercantiles, industriales o de servicios, sino basta con que los elementos patrimoniales escindidos estén dotados de una funcionalidad propia (por ejemplo, un paquete tecnológico -patentes, know how, marcas, programas de ordenador- o los derechos inherentes a una red de franquicia, o de distribución selectiva, un conjunto de instalaciones o un conjunto de cesiones contractuales, etc. Por ejemplo la jurisprudencia francesa, ha considerado que se aporta también una rama completa de actividad en el supuesto que la sociedad aportante conserve sus inmuebles transmitiendo la actividad industrial, por constituir desde el punto de vista técnico una explotación autónoma).

Todo ello sin que se requiera un mínimo cuantitativo en la aportación, a diferencia de lo que exigía el artículo 149.a) del Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia de la Ley 19/1989; esto es, "el valor de lo segregado deberá ser superior a la quinta parte del patrimonio de la sociedad que segrega".

Adviértase que literalmente, ex artículo 253.2 LSA, la posibilidad de que la parte segregada incluya deudas aparece limitada al caso de que la unidad económica consista precisamente en una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, de donde, en sentido contrario podría interpretarse el precepto, diciendo que las demás unidades segregables deben estar integradas por elementos activos. Tal interpretación, meramente literal, puede superarse utilizando los criterios hermenéuticos (sistemático, teleológico o finalistas, etc.) consagrados en el artículo 3 del C.C. según doctrina y jurisprudencia mayoritarias.

4.3.3 Requisito previo.

Para la validez de la escisión, es necesario que las acciones (en el caso de participaciones de SL siempre lo están) se encuentren íntegramente desembolsadas (art. 252.3 LSA).

En el supuesto de existan dividendos pasivos, éstos deben satisfacerse antes de la celebración de las juntas que han de aprobar tal operación, de modo que en su caso deberá expresarse esta circunstancia en el proyecto de escisión, así como el procedimiento previsto para su abono (cobro, reducción de capital con condonación de tales dividendos, etc.)

4.3.4 Supuestos especiales.

a) Sociedad íntegramente participada por las sociedades beneficiarias de la escisión:

No resulta preciso ampliar el capital social de las sociedades beneficiarias, ni en el proyecto de escisión incluir el tipo de canje ni el procedimiento para efectuarlo, ni los informes de los administradores y expertos independientes.

b) Acciones propias titularidad de la sociedad escindida:

Si es total, las beneficiarias de la escisión no tienen que emitir acciones para retribuir la aportación patrimonial representada por aquellos títulos propios, ya que la aportación es ficticia; dichos títulos propios desaparecerán como consecuencia de la operación.

c) Participación parcial de las sociedades beneficiarias en la sociedad que se escinde:

Esto es, cuando la aportación patrimonial se efectúa en parte a una sociedad nueva, y en parte a otra sociedad existente que fuese titular de parte de los títulos de la escindida.

En la aportación en beneficio de la nueva sociedad se precisa la intervención de experto y no en la otra parte de la aportación destinada a la sociedad titular de parte de los títulos de la escindida.

d) Acciones de las sociedades beneficiarias poseídas por la escindida:

Cuando la sociedad que se escinde atribuye, como parte integrante de su activo, títulos de la sociedad beneficiaria de la escisión, ésta vendría a tener en autocartera acciones propias adquiridas por sucesión universal, que podría conservar dentro de los límites establecidos por la ley.

4.3.5 Escisión según la forma social.

Conforme al art. 252.4 LSA, las sociedades beneficiarias de la escisión pueden tener forma mercantil diferente a la de la sociedad que se escinde.

Esto es, cualquier sociedad mercantil, más no está previsto ni regulado la escisión de sociedades mercantiles para la creación o absorción con otras que no lo sean, o viceversa. En el supuesto de una SA, ofrece tal eventualidad muchas dificultades dados los términos del artículo 223 LSA que prohíbe la transformación de SA en una sociedad no mercantil, salvo disposición legal en contrario.

Sin embargo en caso de SRL, la dificultad es menor, dados las posibilidades legales de transformación de este tipo social, conforme al artículo 87 LSRL.

En este sentido recordemos el artículo 67 de la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999, que admite la fusión de cooperativas con sociedades civiles o mercantiles de cualquier clase, siempre que no exista una norma legal que lo prohíba.

4.3.6 Realización de la escisión, particularidades.

a) PROYECTO DE ESCISIÓN.

Es, al igual que en la fusión, documento imprescindible para la operación, debiendo ser suscrito por los administradores, con expresión de menciones, depósito, et- cétera, que hemos visto para la fusión, salvo, las siguientes especialidades:

Contenido, artículo 255.1 LSA:

1. La asignación y reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada una de las sociedades beneficiarias de la operación.

Lógicamente esta determinación solo puede efectuarse respecto de los existentes en el momento de elaborar el proyecto; de tal suerte que, respecto de los nuevos activos o pasivo:

a) Escisión parcial, salvo disposición en contrario del proyecto, permanecen en el patrimonio de la sociedad escindida.

b) Escisión total, si la interpretación del proyecto no permite atribuirlo:

- Si es activo, se distribuye dicho elemento o su contralor entre todas las socie- dades beneficiarias, de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto.

- Si es pasivo, existirá responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficia- rias, hasta el importe máximo del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas (artículo 259 LSA).

2. El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones o participa- ciones que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda este reparto, todo ello sobre la base del valor real de las socie- dades participadas.

El criterio de reparto ha de basarse en la proporcionalidad. A este fin, junto con la ecuación de canje pueden atribuirse compensaciones en metálico para su ajuste. Ahora

bien, siendo varias las sociedades beneficiarias de la escisión, es posible la atribución de títulos de una sola de ella a los socios de la escindida, siempre que exista su consentimiento individual y expreso (artículo 252.2 LSA).

No parece que deban comparecer en la escritura de escisión los socios a los que se asignen participaciones de una sola de las sociedades beneficiarias, pues su consentimiento individual no es un consentimiento contractual, y puede prestarse en la junta general.

A estos efectos, creo aplicable las previsiones contenidas en los artículos 158.3 (SA) y 195.2 (SRL) del RRM en sede de las modificaciones estatutarias, en el sentido de que tal consentimiento puede resultar de la propia escritura, en otra posterior, o bien "...resulte de modo expreso dicho consentimiento del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por aquéllos".

En cuanto a los criterios de valoración de la masa o masas patrimoniales que serán objeto de segregación, nada dice la Ley, por lo que parece que deberán realizarse por su valor real y de forma individualizada respecto de cada porción patrimonial.

b) INFORME DE LOS EXPERTOS INDEPENDIENTES, art. 256 LSA y 349 RRM.

Las sociedades beneficiarias de la escisión deben someter el patrimonio no dinerario procedente de la sociedad que se escinde al informe de uno o varios expertos independientes designados por el R.M. del domicilio de ésta última.

c) INFORME DE LOS ADMINISTRADORES, art. 257 LSA.

Dentro del informe general sobre el proceso de escisión (similar al de fusión) a emitir por los administradores de cada una de las sociedades que participan en ella, se debe hacer constar que han sido emitidos los informes por expertos sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la ley, así como indicar el Registro Mercantil en que estén depositados o vayan a depositarse.

En la practica se plantea un problema, dado que los administradores elaboran el informe en el acto en que los órganos de administración de las sociedades se reúnen y adoptan el acuerdo de formular y proponer a la junta de accionistas el proyecto de escisión.

En este momento aún no se ha procedido al depósito del proyecto en el Registro ni a la solicitud del nombramiento de expertos independientes que emitan informe, ni lógicamente, elaborado el mismo; por ello, debe entenderse que los administradores han de incorporar al informe sobre la escisión la relación de aportaciones no dinerarias proyectadas, expresando su valor y criterios de valoración, y someterla posteriormente

al examen de los expertos, indicando que el informe de éstos será sometido a la consideración de socios y demás titulares del derecho de información al tiempo de la convocatoria de la junta de accionistas.

Igualmente los Administradores deberán informar a su junta general sobre cualquier modificación importante del patrimonio acaecida entre la fecha del proyecto de escisión y la fecha de la reunión de la junta.

4.3.7 Escritura de escisión.

Su contenido, amén de los requisitos y presupuestos generales el artículo 235 RRM, remite al comentado artículo 227 de dicho cuerpo legal en materia de fusión, por tanto destacaremos solo sus peculiaridades:

1º) Comparecencia: además de lo dicho en sede de fusión, no parece que deban comparecer en la escritura de escisión los socios a los que se asignen participaciones de una sola de las sociedades beneficiarias, pues su consentimiento individual no es un consentimiento contractual, y puede prestarse en la junta general.

A estos efectos, creo aplicable las previsiones contenidas en los citados artículos 158.3 (para SA) y 195.2 (para SRL) del RRM.

2º) En la exposición de la escritura, se hará referencia a las distintas fases que componen el procedimiento de escisión, con la particularidad de que, deberá contener:

- Inventarios de cada uno de los bloques patrimoniales que van a ser objeto de traspaso a otra sociedad o conservados por la sociedad que se escinde; con expresión de los bienes y derechos (activo) y obligaciones (pasivo); sus datos descriptivos (en su caso registrales) y valoración.

- Manifestación de que el patrimonio que se transfiere a cada sociedad no es inferior a su capital.

- La clase de escisión (total o parcial), indicando si se produce o no extinción de la sociedad que se escinde, así como si las sociedades beneficiarias de la escisión son de nueva creación o ya existentes.

3º) Se protocolizarán los siguientes documentos:

En los supuestos de cambio de denominación de la absorbente o para la nueva sociedad, certificación negativa del Registro Mercantil Central (salvo los supuestos antes citados del artículo 418 del RRM).

Teniendo en cuenta que la solicitud de certificación de denominación al R.M.C. debe hacerse a nombre de la sociedad matriz que se escinde.

4º) En la parte dispositiva o estipulaciones, además de lo ya citado en sede de fusión:

a) La declaración de que la/s sociedad/es se escinde/n, según las diversas modalidades (se extingue, escindiéndose en dos o más sociedades nuevas que se constituyen, o su traspaso a otra y otras sociedades que aumentan el capital, con reducción en la matriz, etc.); de suerte que si la sociedad beneficiaria es de nueva creación, la escritura deberá contener, además las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma.

b) Declaración del traspaso en bloque de patrimonios (sucesión universal).

c) Asignación de las nuevas acciones o participaciones a los socios de las sociedades escindidas, según la relación de cambio y las compensaciones en metálico si las hubiera.

Todo ello, según la modalidad que implique la escisión: esto es escisión total o parcial, con traspaso a una o varias nuevas sociedades u otras preexistentes.

4.4 Constatación registral.

Entendemos reproducible las consideraciones realizadas a propósito de la inscripción en los diversos registros de la escritura de escisión; tan solo matizar que:

Pese a que no se prevé expresamente, dada la remisión del artículo 236.1 RRM a las normas sobre inscripción de la escisión, entendemos aplicable el artículo 231 RRM, de modo que procederá presentar la escritura previamente en el R.M. de la sociedad escindida para que por el Registrador competente se califique la eventual existencia de obstáculos registrales para la escisión acordada.

5. RELACIÓN DE ESTAS OPERACIONES CON LA LEY 46/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, SOBRE INTRODUCCIÓN DEL EURO.

Dado el principio de equivalencia y dualidad en el uso de unidades de cuenta (artículo 13 de la Ley), entre los instrumentos jurídicos denominados en euros y en pesetas, durante el período transitorio (desde 1 de enero a 31 de diciembre del año 2001, inclusive, ex artículo 12 de la Ley) no veo inconveniente para la fusión / escisión de sociedades cuyas magnitudes económicas estén expresadas unas, en euros y otra u otras, en pesetas; tan solo deberá de tomarse en cuenta tales diferencias a fin de explicarlas en

el proyecto de fusión / escisión, en los correspondientes balances y acuerdos a adoptar (aumento o reducción de capital social, constitución de sociedades, etc.).

Tan solo, estimo recomendable:

- Proceder por los administradores respectivos, es decir, los órganos de administración de las sociedades participantes en estas operaciones, aprovechar el proyecto de fusión / escisión, para adoptar los acuerdos pertinentes de redenominación de la cifra de capital social y del valor nominal de las acciones y participaciones (artículo 21 de la Ley) y ajuste al céntimo más próximo de estos valores nominales (artículo 28 de la Ley), con lo que todas las sociedades entrarían en el proceso de fusión o escisión con sus cifras de capital social en euros. No se nos escapa las dificultades que pueden producirse en las expresiones contables, más en caso contrario, se perderían los beneficios fiscales y arancelarios previstos para dicho ajuste, ex artículo 28 de la Ley.

- La constitución de las nuevas sociedades, resultantes de los procedimientos que nos ocupan, deberían realizarse directamente en euros, expresando todas las magnitudes monetarias en tal unidad de cuenta.

6. BIBLIOGRAFÍA:

De las numerosas obras generales o específicas sobre la materia me permito recomendar por su aspecto práctico:

- "Formularios prácticos Sociedades Mercantiles, Francis Lefevre".
- "Sociedad Anónima" y "Sociedad de Responsabilidad Limitada", dos obras integradas cada una de ellas por varios tomos, incluyendo uno respectivo de formularios, Pedro Ávila Alvarez. Editorial Bosch.
- "Guía práctica de las sociedades mercantiles", 2ª edición, marzo 1997, Ernst & Young Asesores, S.A.

