

**Revista
Técnica
Tributaria**

E S T U D I O S

FUSIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES*

Francisco J. Alonso Espinosa

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado.

1. FUSIÓN Y ESCISIÓN DE SOCIEDADES. ASPECTOS GENERALES Y FUNCIÓN ECONÓMICA.

1.1. Fusión y escisión (aproximación general).

Fusión y escisión constituyen las principales *modificaciones estructurales* de las sociedades en cuanto:

- operaciones complejas (implican fases de preparación, decisión y ejecución);
- susceptibles de modificar de forma esencial la composición patrimonial de las sociedades participantes;
- de alterar de forma relevante el diseño de la distribución del capital nominal entre los socios;
- de afectar a las relaciones jurídicas entre las sociedades participantes y sus acreedores o su contraparte en las relaciones jurídicas en vigor.

No existe régimen general o unitario de las operaciones de fusión y de escisión. El cuerpo normativo principal se encuentra en la LSA (arts. 233-259), que tiene vocación de generalidad (cf. arts. 94 LSRL y 152 C. Com.). La fusión y escisión de sociedades cooperativas se regula en la Ley 27/1999, de Cooperativas (arts. 63-68).

1.2. Función económica.

La fusión es una técnica jurídica al servicio de la concentración de empresas. Es la operación societaria de concentración por antonomasia o en grado máximo.

* El presente trabajo tiene como base la exposición que el autor realizó en la Jornada de Estudio celebrada por las Delegaciones Territoriales 11ª y 13ª de la AEDAF en Elche (Alicante), el día 21 de octubre de 1999, sobre "Operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones y operaciones asimiladas)"

E S T U D I O S

La escisión también es una técnica jurídica de concentración empresarial, si bien sólo cuando se practica en el ámbito de la formación y reordenación de "grupos de sociedades". No obstante, es un instituto con función polivalente o neutro al servir a otros fines aglutinables en torno a la adecuación de la dimensión y estructura organizativa de las sociedades a las circunstancias económicas y empresariales.

2. FUSIÓN. CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS PRINCIPALES.

2.1. Concepto.

Modificación societaria estructural por la que dos o más sociedades mercantiles, previa extinción de todas ellas (fusión por constitución de nueva sociedad) o de todas menos una (fusión por absorción), integran sus respectivos patrimonios y socios en una sola sociedad, ya preexistente (sociedad absorbente, que no se extingue), ya de nueva creación (cf. art. 233 LSA).

2.2. Características esenciales.

Operación societaria típica. Sólo si confluyen los siguientes caracteres:

- Extinción de todas las sociedades participantes, o de todas menos una (la absorbente).
- Participación directa de los socios de las sociedades extinguidas en el capital de la sociedad absorbente o nueva, en cuantía equivalente a la que poseían en la sociedad de la que eran socios.
- Integración patrimonial total en la sociedad absorbente o nueva de los patrimonios de cada una de las sociedades participantes.

3. ESCISIÓN. CONCEPTO, CLASES Y EFECTOS PRINCIPALES.

3.1. Concepto.

Modificación societaria estructural que implica la división del patrimonio de una sociedad de forma que una parte de ese patrimonio pueda servir para constituir una o varias nuevas sociedades, o tenga lugar su absorción por otra u otras sociedades preexistentes, con participación directa de los socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias de las partes del patrimonio de la sociedad escindida.

3.2. Características esenciales.

Operación societaria típica. Sólo si confluyen los siguientes caracteres:

- División del patrimonio social de la sociedad escindida y atribución de las partes divididas a favor de una o más sociedades beneficiarias preexistentes o nuevas [(con

conservación de las unidades económicas o, en su caso, empresas, en el caso de escisión parcial (art. 253.1)].

- Participación directa de los socios de la sociedad escindida en el capital de las sociedades beneficiarias en cuantía equivalente a la que tenían en la sociedad escindida.

3.3. Clases de escisión.

Escisión total (art. 252.1.a LSA). Extinción de la sociedad escindida.

Escisión parcial (arts. 251.1.b) y 253 LSA). La sociedad escindida continúa su existencia, aunque con parte de su patrimonio segregado a favor de la sociedad o sociedades beneficiarias. Cuestión de la *unidad económica*.

4. OPERACIONES VECINAS A LA FUSIÓN Y ESCISIÓN. SIMPLE SEGREGACIÓN Y APORTACIÓN SOCIETARIA DE RAMA DE ACTIVIDAD.

Supone la transmisión de patrimonio social activo y pasivo a otra sociedad preexistente o nueva a cambio de acciones o participaciones en las mismas, pero sin que la sociedad segregada -totalmente- se extinga y sin que tales acciones sean atribuidas a sus socios, sino que permanecen en el patrimonio de la sociedad segregada. Por tanto, esta operación no es escisión y, por tanto, queda fuera del ámbito objetivo de aplicación del régimen de ésta. Se le reconocen, no obstante, las ventajas fiscales propias de la fusión y la escisión (ver art. 97 Ley 43/1995). Problemas de aparición de pasivos ocultos (no reflejados en el balance); transmisión de bienes no incluidos en el balance o inventario pero inherentes a la actividad de la empresa o sociedad adquirida.

5. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA FUSIÓN Y DE LA ESCISIÓN.

5.1. Fusión.

Fusión heterogénea siempre que tenga lugar entre sociedades mercantiles por la forma (arts. 233.1 y 241 LSA y 20.1 LAIE). La Ley 27/1999, de Cooperativas, admite la fusión con participación de cooperativas y de sociedades civiles y mercantiles si no existe norma legal que lo prohíba (art. 67). Pueden participar sociedades en liquidación (arts. 251 LSA, 94.3 LSRL) y sociedades en quiebra o en suspensión de pagos.

5.2. Escisión.

Forma mercantil a las sociedades beneficiarias (arts. 252.4 LSA y 20.1 LAIE) y forma de sociedad anónima [(art. 252.1.a) LSA)] o de sociedad limitada (art. 94.1 LSRL) en la sociedad escindida. La Cooperativa puede escindirse a favor de sociedades civiles o mercantiles por la forma (cf. art. 68.5 en relación con art. 67 de la Ley 27/1999, de Cooperativas). Puede escindirse la sociedad en quiebra o en suspensión de pagos.

E S T U D I O S

6. RÉGIMEN DE LOS PROCESOS DE FUSIÓN Y DE ESCISIÓN.

6.1. Fusión y escisión como operaciones complejas.

6.2.1 Fase preparatoria.

Conjunto de actos y negocios precisos para proponer a las juntas de socios de las sociedades participantes la adopción de los acuerdos de fusión o de escisión. El protagonismo corresponde a los órganos de administración. Formulación del proyecto de fusión o de escisión. Puede otorgarse un *protocolo*. No genera obligaciones para las sociedades firmantes ni para sus administradores.

Formulación del proyecto de fusión o de escisión (arts. 235 y 255 LSA). Documento formulado y suscrito por los administradores de las sociedades participantes en una fusión o en una escisión por el que proponen la adopción de un acuerdo de fusión o escisión. *Régimen especial del derecho de información* de los socios según contenido tasado por la Ley.

6.2.2. Contenido del proyecto obligatorio y común para la fusión y la escisión (art. 235 LSA):

A) *Denominación, domicilio y datos registrales de las sociedades participantes.* Debe tenerse en cuenta el art. 418 RRM.

B) *Tipo de canje de las acciones o participaciones.* Elemento referencial para determinar las acciones o participaciones de la sociedad nueva o absorbente a cuya entrega se tendrá derecho por cada una de las acciones o participaciones de las sociedades fusionadas o escindidas en el capital de la sociedad resultante o beneficiarias. Se ha de determinar según el *principio de equivalencia* (art. 247.1 LSA): principio del *valor real* de la participación de los socios en la sociedad fusionada o escindida. *Control especial* por los expertos independientes (art. 236.4 LSA) y ser específicamente considerado en el informe de los administradores (art. 237 LSA). *Compensaciones complementarias* (art. 247.2 LSA): 1º sólo pueden emplearse con el fin de ajustar el tipo de cambio; 2º) ha de consistir en dinero y no en otro tipo de bienes o derechos; 3º) no puede exceder del 10% del valor nominal de las acciones atribuidas a cada socio.

C) *Procedimiento para el canje de las acciones y fecha de efectividad del derecho a participar en las ganancias en la sociedad nueva o absorbente y cualesquiera peculiaridades relativas a ese derecho.*

D) *Fecha en que las operaciones de las sociedades fusionadas o escindida se consideran realizadas a efectos **contables** por la resultante o por las sociedades beneficiarias.* Retroacción de simples efectos contables. Desde el punto de vista obligacional no supone novación en las relaciones jurídicas en las que es parte una de las sociedades participantes. Deben ser aceptadas por la Hacienda Pública.

Francisco J. Alonso Espinosa

E) *Ventajas especiales a favor de titulares de derechos especiales distintos de las acciones, administradores y expertos independientes.* Máxima transparencia

6.2.3. Contenido obligatorio adicional para la escisión (art. 255 LSA).

A) *Designación y distribución de los elementos de activo y pasivo de la sociedad escindida entre las sociedades beneficiarias.* Descripción y reparto o asignación precisa entre las sociedades beneficiarias de cada uno de los elementos del activo y del pasivo comprendidos en el patrimonio de la sociedad escindida. Libertad de asignación de activos y pasivos en la escisión total (con el límite de transmisión de activo neto) a favor de las sociedades beneficiarias. Especialidad en la escisión parcial: *unidad económica*; la transmisión de deudas exige que esa unidad económica sea una empresa o establecimiento (art. 253 LSA).

B) *Distribución de las acciones o participaciones en el capital de las sociedades beneficiarias entre los socios de la sociedad escindida.*

C) La LSA (art. 255.2) contiene reglas de interpretación ante la omisión en el proyecto (una vez aprobado) de asignaciones de elementos concretos del activo y del pasivo. Tales reglas parece que sólo se aplican en caso de *extinción* de la sociedad que se escinde (escisión total).

6.2.5. Deberes especiales de los administradores.

6.2.6. Informes de expertos y de administradores. No obligatorios si en la fusión o la escisión no hay S.A. o S. Com. p.a. (art. 94.2 LSRL). Son informes comunes para la fusión y la escisión (arts. 236-237 LSA):

- 1º) de expertos independientes sobre el proyecto de fusión o de escisión, con especial consideración sobre el tipo de canje;
- 2º) de expertos independientes sobre el patrimonio (activo y pasivo) aportado por las sociedades que se extingan (posibilidad de formulación de informe único si así lo solicitan al Registrador Mercantil los administradores de todas y cada de las sociedades participantes);
- 3º) de los administradores de cada sociedad explicando y justificando detalladamente el proyecto en sus aspectos jurídicos y económicos, informe que también deberá prestar especial atención a los tipos de canje propuestos.

En caso de escisión son precisos algunos informes y aspectos adicionales (arts. 256-257 LSA): 1º) Informe adicional de expertos independientes sobre el patrimonio no dinerario (cada aportación/escisión); 2º) El informe de los administradores debe indicar que existe tal informe sobre el patrimonio no dinerario y que se encuentra depositado en el Registro Mercantil.

El objeto genérico de los informes de expertos independientes es garantizar la veracidad técnica de los diversos pormenores de la operación a los sectores de intereses

E S T U D I O S

implicados en ella y, especialmente, a los accionistas de las diversas sociedades. Pueden obtener, sin limitación alguna, las informaciones y documentos que crean útiles y proceder a todas las verificaciones que estimen necesarias (art. 236.3).

El nombramiento de los expertos que han de formular ambos informes (o único, en su caso) corresponde al Registrador Mercantil del domicilio de la sociedad que se escinde (art. 256.1 LSA y art. 8.1 Directiva 82/891/CE) (cf. art. 349 RRM).

El informe ha de abarcar la operación de fusión o de escisión en conjunto y, fundamentalmente, ha de incidir sobre: a) la adecuación de la paridad; b) los métodos seguidos para establecerla (si tales métodos son adecuados, mencionando los valores a los que conducen y, en consecuencia, de la participación ofrecida a los accionistas de la sociedad fusionada o escindida en el capital de las sociedades beneficiarias, así como las dificultades especiales de valoración, si existieran (cf. art. 236.4). Exige el art. 236.4 p^o 2^o que los expertos se manifiesten sobre si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la sociedad absorbente, según los casos.

Informe de administradores.

Escrito y detallado cuyo contenido ha de ser, al menos: a) Explicación y justificación, desde los puntos de vista jurídico y económico, del proyecto de fusión o escisión, con especial referencia al tipo de canje de las acciones y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir (art. 237); b) en caso de escisión deben expresar que han sido emitidos los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en el art. 256, así como indicar el Registro Mercantil en el que están depositados o vayan a depositarse (art. 257). Disponible a favor de accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones y representantes de los trabajadores, para su examen, en el domicilio social (art. 238.1).

6.2.7 Balance de fusión o de escisión de cada una de las sociedades (art. 239 LSA).

Obligatoria formulación de un balance de fusión o de escisión por cada sociedad participante (art. 239). Funciones: a) coadyuvar como criterio para la determinación del tipo de cambio; b) elemento a considerar por los expertos independientes en sus informes sobre las aportaciones no dinerarias y sobre el proyecto de fusión o de escisión; c) integra el contenido del derecho de información de los accionistas sobre el patrimonio y la situación financiera de las sociedades participantes en la fusión o la escisión. No es precisa formulación de balance extraordinario. Aptitud del último balance anual aprobado (art. 239) si hubiere sido *cerrado* (no, pues, formulado ni aprobado) dentro de los seis meses anteriores a la fecha de celebración de la junta que haya de resolver. "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" (art. 239.1 p^o 3^o). Ha de ser verificado, si la sociedad tiene obligación de auditar, y sometido a la aprobación de la junta general (art. 239.2).

Accionistas, obligacionistas, titulares de derechos especiales distintos de las acciones y representantes de los trabajadores, tienen derecho de información sobre el o los balances de fusión o de escisión así como a la entrega de su copia gratuita en el domicilio social desde la fecha de publicación del anuncio de convocatoria de la junta a la que se propondrá la escisión siempre que dicho balance "sea distinto del último balance anual aprobado por la junta" (art. 238.1, c). Ministerio de Economía y Hacienda cuando la operación dé lugar a tomas de control por capitales extranjeros no comunitarios y habrá que notificar al mismo Ministerio si, como consecuencia de la escisión surge una concentración económica susceptible de restringir la competencia (arts. 14 ss. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia según R.D. Ley 6/1999, o, en su caso, Reglamento CE 4064/1989, de 21 de diciembre).

6.3. Fase decisoria.

Convocatoria de las juntas generales: a) debe realizarse con un mes de antelación a la fecha de celebración de la Junta (como excepción al art. 97); b) debe ajustarse a los requisitos y menciones del art. 240 LSA -las mínimas del proyecto-; c) debe haberse depositado previamente el proyecto de fusión o escisión en el Registro mercantil para que el Registrador califique sobre su suscripción y contenido en cinco días (art. 226.3 RRM, que no se aplica si la fusión o escisión se adopta en junta universal, RDGRN de 30 de junio de 1993).

Reforzamiento del derecho de información en favor de socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores. Éstos tienen derecho a examinar en el domicilio social (art. 238 LSA): 1º) el proyecto de fusión o escisión; 2º) los informes de expertos independientes; 3º) los informes de los administradores; 4º) las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las sociedades que intervienen en la fusión o escisión; 5º) el balance de fusión o escisión de cada sociedad participante si es distinto del anual e informe sobre su verificación; 6º) el proyecto de escritura de fusión o escisión que deberá contener las modificaciones estatutarias efecto de la aprobación de la operación; 7º) los estatutos vigentes de las sociedades que participan; 8º) la relación de administradores de las sociedades que intervienen y de los propuestos para administrar cada sociedad resultante o beneficiaria.

Acuerdos sociales de fusión o escisión por cada una de las juntas de socios de las sociedades participantes "ajustándose al proyecto de fusión" (art. 240.1 LSA) o, en su caso, de escisión. Las juntas no pueden alterar el contenido del mismo, sino que han de limitarse a su aprobación o rechazo. Deben producirse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de suscripción del proyecto de fusión o de escisión (art. 234.3 LSA). Según quórum del art. 103 LSA en caso de S.A. o según mayoría especial del art. 53.2.b en caso de S.R.L.; será precisa la unanimidad de los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales si la sociedad beneficiaria fuera personalista (art. 241 LSA) y deben considerarse aplicables las reglas de la transformación en el resto de las sociedades. En caso de escisión, se exige que las acciones de la sociedad escindida

E S T U D I O S

se hallen íntegramente desembolsadas al adoptarse el acuerdo de escisión (art. 252.3 LSA).

6.4. Fase de ejecución.

Publicación del acuerdo de fusión o de escisión por tres veces en el BORM y en dos periódicos (art. 242 LSA; RDGRN de 16 de diciembre de 1997). Periodo de pendencia después del último de los anuncios. La fusión o escisión no puede ser ejecutada antes de que transcurra un mes desde su fecha. Otorgamiento de escritura pública de fusión o de escisión, que incluirá el balance de las sociedades que se extinguen y las menciones necesarias para la constitución de la nueva sociedad o modificaciones en la absorbente (art. 244 LSA, 227, 235 RRM). Inscripción en el Registro Mercantil y publicación en BORM. En su caso, cancelación de inscripciones de sociedades disueltas (arts. 245 LSA y 227 a 237 RRM).

7. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES.

7.1. En la fusión.

Derecho de oposición a favor de acreedores titulares de créditos nacidos, no vencidos, no exigibles y no garantizados al tiempo del último de los anuncios de fusión (arts. 243 y 166 LSA).

7.2. En la escisión (art. 259 LSA).

Responsabilidad subsidiaria -respecto de la sociedad que asumió la obligación según el proyecto-, solidaria -entre el resto- y limitada -hasta el importe del activo neto recibido- entre las sociedades beneficiarias por las deudas de la sociedad escindida. Ante la escisión parcial: es obligada principal y directa la sociedad beneficiaria a la que resulte atribuida la deuda según el proyecto de escisión. La sociedad escindida es obligada subsidiaria respecto de ella por el *total* del importe del crédito (no por la parte proporcional que pudiera corresponderle según su activo neto tras la escisión). Las restantes sociedades beneficiarias (si existen) quedan obligadas solidaria y subsidiariamente respecto de la deudora principal hasta el límite del valor del activo neto atribuido a cada una de ellas.

