

DICTAMEN PROFESIONAL SOBRE LA FUSIÓN Y ESCISIÓN
COMO ESTRATEGIAS ALTERNATIVAS EN UN GRUPO DE
SOCIEDADES

*PROFESSIONAL, LEGAL OPINION ON MERGERS AND DEMERGERS AS
ALTERNATIVE STRATEGIES WITHIN A GROUP OF COMPANIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 676-747



Álvaro BUENO
BIOT

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de septiembre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente trabajo es un dictamen profesional en el que se exponen alternativamente dos estrategias (fusión por absorción y escisión parcial) con el objeto de reagrupar las distintas áreas de actuación de las diferentes compañías de un grupo de sociedades. De esta forma, se trata de dar solución a las distintas cuestiones planteadas por los clientes y, en consecuencia, exponer de manera clara y sencilla el procedimiento a seguir en cada una de las estrategias realizando una ponderación de las ventajas e inconvenientes que afectan a cada una de ellas.

PALABRAS CLAVE: Modificaciones estructurales; Grupo de sociedades; Fusión; Escisión; Tipo de canje; Proyecto de fusión.

ABSTRACT: *This work is a professional, legal opinion which sets out two alternative strategies (merger by absorption and partial demerger) in order to bring together the different areas of activity of the various companies in a group of companies. The aim is to provide solutions to the questions raised by customers and, therefore, to set out clearly and simply the procedure to be followed in each of the strategies, weighing up the advantages and disadvantages from each of them*

KEY WORDS: *Structural modifications; Group of companies; Merger; Demerger; Exchange rate; Merger plan.*

SUMARIO.- I. SUPUESTO DE HECHO.- 1. Introducción.- 2. Actividades empresariales de las sociedades integrantes del grupo.- 3. Descripción de las sociedades integrantes del grupo.- 4. Pretensiones de los socios.- II. CONSULTAS PLANTEADAS.- III. INFORME O DICTAMEN (FUNDAMENTOS JURÍDICOS).- 1. Fusión de sociedades.- A) Concepto y finalidad de la fusión.- B) Procedimiento de Fusión. Fases.- C) Posibles impugnaciones de la fusión.- 2. Escisión de sociedades.- A) Concepto y finalidad de la escisión.- B) Procedimiento de escisión. Fases.- C) Posibles impugnaciones de la escisión.- D) Responsabilidad por deudas en la operación de escisión.- IV. CONCLUSIONES.

I. SUPUESTO DE HECHO

I. Introducción

El supuesto de hecho parte de la existencia de un grupo de sociedades integrado por tres sociedades limitadas que se dedican al sector del textil. En este caso, estamos ante un grupo donde predomina la nota de la subordinación, esto es, que estamos ante una estructura jerarquizada donde diversas sociedades se hallan sometidas a una dirección única de la sociedad dominante. Por tanto, se basan en una relación jerárquica centralizada de dependencia, la cual se instrumenta y consigue mediante el mecanismo de la propiedad accionarial, esto es, que la sociedad dominante participa en el capital de las demás, de manera que existe un control por parte de la sociedad dominante sobre las otras sociedades dominadas. Ello se materializa a través de diversas situaciones fácticas tales como la posesión de la mayoría de los derechos de voto o la facultad de nombrar o destituir a los miembros del órgano de administración.

2. Actividades empresariales de las sociedades integrantes del grupo

Antes de proceder a describir cada una de las sociedades integrantes del grupo, conviene aclarar una serie de conceptos relacionados con los procesos productivos que integran la actividad económica de cada una de estas sociedades. Si bien estos conceptos pueden llegar a confundirse por la diferente terminología empleada en los distintos sectores, para este supuesto vamos a entenderlos de la siguiente manera:

Proceso de fabricación: Se trata del conjunto de operaciones unitarias necesarias para modificar las características de las materias primas, entendidas aquellas como multitud de operaciones individuales dirigidas a la extracción de los recursos naturales necesarios hasta la transformación del producto apto para

• **Álvaro Bueno Biot**

Abogado. Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: abb888813@gmail.com

la transformación industrial. En el supuesto en cuestión nos estamos refiriendo al proceso de fabricación o producción de la materia prima, ya sea algodón, lino u otras plantas, la lana de las ovejas o seda de los gusanos o la producción química de fibras para, posteriormente, hilar esa fibra y usar el hilo para tejer las telas. Después del teñido y el acabado, dicho material puede suministrarse directamente a un fabricante de productos textiles o a un minorista que lo vende a particulares que confeccionan prendas de vestir o ropa de casa. En resumen, cuando nos referimos a este proceso de fabricación, estamos aludiendo a los procesos de hilado, tejido, teñido y estampado, así como otros procesos de acabado de la tela para mejorar su aspecto y cualidades.

Proceso de manufacturación o transformación industrial: Se trata de una fase de la producción de los bienes que consiste en la transformación de un producto, entendido éste como materia prima o un producto acabado simple, en un producto manufacturado o producto elaborado apto para su distribución y consumo a gran escala. Este proceso comienza con el diseño del producto y la especificación de los materiales con los que se fabrica el mismo. En el caso que nos ocupa se refiere al proceso basado en la transformación del tejido, obtenido en la fase anterior, en un producto textil (prendas de ropa) apto para su distribución dirigida al consumidor final. En concreto, este proceso consiste en las etapas de: diseño y patronaje; extendido, marcado y corte; confección, revisado y etiquetado; plancha; y acabado, plegado y embalado.

Proceso de distribución: Es el proceso por el cual el producto ya acabado llega a sus potenciales compradores, esto es, abarca toda la fase que comprende desde que el producto sale de las manos de los productores hasta que llega a los usuarios que van a adquirirlo. No obstante, hay que tener en cuenta que, en el supuesto planteado, estamos ante una distribución indirecta, es decir, que no se entrega al consumidor final directamente, sino que se vende, al por mayor, a minoristas o a otros mayoristas. De esta manera, el objetivo principal de la logística de distribución pasa porque el cliente reciba en buen estado y en el momento y cantidad precisos el producto correcto, es decir, que se trate de una distribución eficiente y eficaz. En concreto, en el supuesto de hecho, este proceso consiste en el procesamiento de los pedidos de ropa; gestión de almacén; embalaje de productos; y transporte del producto al destinatario final.

3. Descripción de las sociedades integrantes del grupo

Una vez descritos los diferentes procesos que integran la actividad económica de las sociedades en cuestión, procede ahora realizar una descripción detallada de cada una de ellas:

1ª) SPORTCLOTHES, S.L.: Es una sociedad que se dedica a la fabricación, manufacturación y distribución de prendas de ropa y calzado deportivo líder en el referido sector. Se trata de una compañía que, pese a llevar una gestión adecuada y correcta en todos los ámbitos, en los últimos años sus líneas de negocio se han quedado paralizadas sin poder llegar a cumplir los objetivos propuestos conforme a las expectativas calculadas hace dos años. Posiblemente, una de las causas se deba a razones de productividad y eficiencia, dado que, en vistas a atender y poder cubrir todas sus áreas (fabricación, manufacturación y distribución), no es posible invertir el capital de la manera eficiente y, en consecuencia, competitiva, en cada una de ellas respecto a sus competidores.

Esta sociedad está compuesta por cuatro socios de la misma familia:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
D. José Ramón	14.000	20 € (280.000 €)	70 %
Dña. Amparo	2.000	20 € (40.000 €)	10 %
Dña. María Pilar	2.000	20 € (40.000 €)	10 %
D. Evaristo	2.000	20 € (40.000 €)	10 %

Además, hay que tener en cuenta que esta sociedad (SPORTCLOTHES, S.L.) es la matriz del grupo, ya que ostenta el 80% de las acciones de cada una de las otras dos compañías (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

Esta sociedad cuenta con un Administrador único que fue elegido en Junta General por unanimidad y cuyo cargo es ocupado por el socio mayoritario de la sociedad, D. José Ramón.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía SPORTCLOTHES, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 1.093.950	PN Y PASIVO	IMPORTE 1.093.950
ACTIVO NO CORRIENTE	1.038.000		
Inmovilizado Intangible	20.000	PATRIMONIO NETO	683.650
Inmovilizado Material	900.000	Capital social	400.000
Inversiones inmobiliarias		Reservas	65.000
Inv. en emp. del grupo a LP	80.000	Resultado del ejercicio	218.650
Inversiones financieras a LP	38.000		
		PASIVO NO CORRIENTE	369.700
		Provisiones a LP	43.000
		Deudas a LP	306.200
ACTIVO CORRIENTE	55.950	Pasivos por Impuesto diferido	12.000
Existencias	12.000	Periodificaciones a LP	8.500
Deudores comerciales	33.000		
Inversiones financieras a CP	5.000	PASIVO CORRIENTE	40.600
Periodificaciones a CP	750	Provisiones a CP	5.100
Efectivo y otros activos líquidos	5.200	Deudas a CP	14.500
		Acreedores comerciales	21.000
		Periodificaciones a CP	
TOTAL ACTIVO	1.093.950	TOTAL PN Y PASIVO	1.093.950

2ª) TEXTUR, S.L.: Es una sociedad que se dedica principalmente a la fabricación y manufacturación de prendas de moda joven. Se trata de una empresa mediana, pero que cuenta con última tecnología de origen alemán para la fabricación de productos de este tipo, lo que la hace ser una de las compañías pioneras como consecuencia de poseer activos muy novedosos y actualizados en el sector del textil.

Esta sociedad cuenta con tres socios:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
SPORTCLOTHES, S. L.	4.000	10 € (40.000 €)	80 %
Dña. Ana	250	10 € (2.500 €)	5 %
D. Jaime	750	10 € (7.500 €)	15 %

Esta sociedad también cuenta con un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L. actuando como representante de la misma D. José Ramón.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía TEXTUR, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 519.200	PN Y PASIVO	IMPORTE 519.200
ACTIVO NO CORRIENTE	483.500	PATRIMONIO NETO	110.200
Inmovilizado Intangible	15.000	Capital social	50.000
Inmovilizado Material	443.000	Reservas	25.500
Inversiones inmobiliarias	3.500	Resultado del ejercicio	34.700
Inv. en emp. del grupo a LP			
Inversiones financieras a LP	22.000	PASIVO NO CORRIENTE	359.570
		Provisiones a LP	45.270
		Deudas a LP	275.000
ACTIVO CORRIENTE	35.700	Pasivos por Impuesto diferido	19.500
Existencias	10.000	Periodificaciones a LP	19.800
Deudores comerciales	12.300		
Inversiones financieras a CP	5.000	PASIVO CORRIENTE	49.430
Periodificaciones a CP	1.200	Provisiones a CP	8.950
Efectivo y otros activos	7.200	Deudas a CP	28.200
Líquidos		Acreedores comerciales	12.280
		Periodificaciones a CP	
TOTAL ACTIVO	519.200	TOTAL PN Y PASIVO	519.200

3ª) ROPAYCALZADO, S.L.: Se trata de una sociedad que se dedica a la manufacturación y distribución de ropa de lujo. No obstante, aunque su unidad de manufacturación no funciona todo lo bien que les gustaría a sus socios, es una compañía que, en lo relativo a su unidad de distribución, está experimentando un gran auge. Además, se prevé que va a experimentar una expansión considerable por todo el territorio nacional debido a la gran calidad de los servicios prestados, especialmente en lo que se refiere a la atención al cliente y a la rapidez con la que atiende los pedidos.

Esta sociedad cuenta con tres socios:

SOCIO	Nº ACCIONES	VALOR NOMINAL POR ACCIÓN	% DE CAPITAL SOCIAL
SPORTCLOTHES, S. L.	600	40 € (24.000 €)	80 %
D. Francisco	75	40 € (3.000 €)	10 %
D. Juan Antonio	75	40 € (3.000 €)	10 %

Esta compañía cuenta también con un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L., representada a su vez por D. José Ramón, quien ocupa el mismo cargo de representante en TEXTUR, S.L. y como Administrador único persona física en SPORTCLOTHES, S.L.

El balance de situación de cierre del ejercicio en fecha 31 de diciembre de 2019 de la compañía ROPAYCALZADO, S.L. es el siguiente:

BALANCE DE SITUACIÓN A 31/12/2019 (EN EUROS)			
ACTIVO	IMPORTE 783.550	PN Y PASIVO	IMPORTE 783.550
ACTIVO NO CORRIENTE	705.410	PATRIMONIO NETO	234.800
Inmovilizado Intangible	17.200	Capital social	30.000
Inmovilizado Material	676.210	Reservas	9.800
Inversiones inmobiliarias	12.000	Resultado del ejercicio	195.000
Inv. en emp. del grupo a LP			
Inversiones financieras a LP		PASIVO NO CORRIENTE	472.150
		Provisiones a LP	53.500
		Deudas a LP	389.700
		Pasivos por Impuesto diferido	11.500
		Periodificaciones a LP	17.450
ACTIVO CORRIENTE	78.140		
Existencias	9.450	PASIVO CORRIENTE	76.600
Deudores comerciales	37.800	Provisiones a CP	9.300
Inversiones financieras a CP		Deudas a CP	43.500
Periodificaciones a CP	14.890	Acreedores comerciales	23.800
Efectivo y otros activos líquidos	16.000	Periodificaciones a CP	
TOTAL ACTIVO	783.550	TOTAL PN Y PASIVO	783.550

4. Pretensiones de los socios

Teniendo en cuenta las coyunturas por las que atraviesan cada una de las sociedades, a petición del administrador único de cada una de ellas, D. José Ramón y SPORTCLOTHES, S.L. respectivamente, tuvo lugar una reunión a la que asistieron todos los socios de las tres compañías, con la finalidad de replantear la estrategia de negocio que venían llevando a cabo los últimos años con el objetivo de mejorarla.

Dadas las circunstancias, tras la reunión, y después de realizar sus respectivos estudios y análisis de las diferentes sociedades, llegaron a la conclusión de que lo mejor para el conjunto del grupo era proceder a reagrupar cada uno de los campos de actuación de las diferentes sociedades. Todo ello en aras a aumentar la eficiencia y productividad en cada una de sus áreas de actuación. De esta forma, lo que pretenden es incrementar su competitividad en el mercado y, en consecuencia, aumentar los beneficios empresariales.

Las razones por las que se deciden a reagrupar los diferentes campos de actuación de las distintas sociedades son: 1) mejora de la eficiencia y productividad por áreas; 2) creación de sinergias positivas; 3) economías de escala, ya que debido a la concentración de maquinaria destinada a la misma finalidad, se van a poder reducir los costes de producción, manufacturación y distribución; 4) aumento del potencial de cara a la captación clientes, dado que es posible ofrecer una

mayor oferta de productos; 5) inversión más eficiente del capital por áreas y, en consecuencia, acceso a una mejor tecnología y recursos; 6) mejora en la estrategia de organización; y 7) búsqueda de maquinaria complementaria que aglutinaban en las diferentes sociedades para una misma área de actuación.

II. CONSULTAS PLANTEADAS

A la vista de las circunstancias expuestas en el supuesto de hecho, los administradores se plantean las siguientes cuestiones:

a) ¿Qué se puede hacer para poder reagrupar cada una de las áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución) de las sociedades actuales?

b) ¿Cómo se van a distribuir las cuotas de participación después de las modificaciones estructurales que se hayan realizado?

c) ¿Cuál es el procedimiento a seguir para realizar las modificaciones estructurales que resulten adecuadas para conseguir el objetivo?

d) ¿Qué puede ocurrir si alguno de los socios no quiere que se lleven a cabo las operaciones correspondientes y las impugna?

III. INFORME O DICTAMEN (FUNDAMENTOS JURÍDICOS)

A la vista de las diferentes cuestiones planteadas, este dictamen jurídico tiene por objeto dar solución a todas y cada una de ellas desde un punto de vista práctico. En esta línea, se va a seguir un método cronológico, esto es, tratando de dar respuesta a las distintas cuestiones siguiendo un orden estructurado con indicación de cuáles son todos los pasos a seguir para llevar a cabo las distintas soluciones de principio a fin, con la finalidad de dar la respuesta lo más fácil y accesible adaptada a los conocimientos del cliente.

Así, este trabajo se va a presentar con un carácter jurídico-propositivo. De esta forma, por un lado, se tratará de dar respuesta a las diversas cuestiones de acuerdo con el régimen jurídico de cada una de ellas. Y, por otro lado, se propondrán las diferentes soluciones que mejor se adecuen al caso, realizando una ponderación de las ventajas e inconvenientes que puedan afectar al grupo de sociedades y a los diferentes intereses de los socios minoritarios.

Para ello, después de haber realizado un estudio pormenorizado del caso, principalmente se van a exponer como solución dos tipos de modificaciones estructurales: 1) una fusión por absorción y 2) diferentes escisiones parciales. De esta forma, una vez expuestas y explicadas cada una de ellas con sus ventajas e inconvenientes, se concluirá cuál de las dos soluciones, a mi juicio, conviene adoptar.

Todo ello, sin perjuicio de ofrecer solución a las demás cuestiones planteadas que, si bien no son menos importantes, no requieren de un tratamiento tan profundo y complejo como son las modificaciones estructurales que se tendrán que llevar a cabo desde el punto de vista del Derecho mercantil.

Así las cosas, en los dos siguientes epígrafes se van a tratar todas las cuestiones relativas a las dos posibles estrategias que se pueden llevar a cabo. Por tanto, en el primero se tratará la fusión por absorción de las tres sociedades y, en el segundo, las diferentes escisiones parciales. Con ello, se dará respuesta a las cuatro cuestiones planteadas, es decir, se aportarán soluciones a los temas relativos a cuotas de participación (tipo de canje), procedimientos a seguir para llevar a cabo cada una de las modificaciones estructurales, derechos de los socios minoritarios, derechos de acreedores, responsabilidad por deudas, así como otras tantas cuestiones accesorias que pueden resultar relevantes desde el punto de vista jurídico.

Las dos posibles estrategias que se proponen como solución para llevar a cabo la reagrupación de las diferentes áreas de actuación de la sociedad (fabricación, manufacturación y distribución) son lo que se conoce como modificaciones estructurales.

Las modificaciones estructurales se encuentran reguladas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME). Esta ley define las modificaciones estructurales en su Preámbulo como "aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad". Por tanto, las modificaciones estructurales suponen la existencia de decisiones u operaciones de reestructuración que comportan una alteración sustancial del contrato de sociedad, por afectar a la organización personal o patrimonial de ésta, o a ambas. Cambian la identidad y estructura de la sociedad y, en consecuencia, la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios.

Las modificaciones estructurales cuentan con unas características propias, exigen determinados requisitos legales y que se cumpla un procedimiento regulado por ley.

En concreto, en las dos modificaciones estructurales que se van a proponer en el presente trabajo –fusión por absorción y escisiones parciales—, se va a producir un cambio en la titularidad patrimonial. Ello tendrá lugar mediante una específica sucesión, *inter vivos*, a título universal, lo que se llevará a cabo a través de un solo acto y por un solo título, con sus matizaciones y peculiaridades, como se explicará.

I. Fusión de sociedades

A) Concepto y finalidad de la fusión

Una de las dos estrategias a seguir para reagrupar las diferentes áreas de actuación de las distintas sociedades consiste en la fusión de todas ellas. El procedimiento de fusión –regulado en los artículos 22 a 67 de la LME— supone que dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única persona jurídica mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las que intervienen (art. 22 LME).

En función de cuál va a ser el destino de los patrimonios societarios se puede distinguir entre dos clases de fusión, por absorción o por creación de nueva sociedad. En cuanto al primer tipo –fusión por absorción—, se trata de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, la cual adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda. Respecto del segundo tipo –fusión por creación de nueva sociedad—, esta fusión implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y se transmitirán en bloque los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, la cual adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

En el caso que nos ocupa nos vamos a decantar por una fusión por absorción, dado que estamos ante un grupo de sociedades donde existe una sociedad dominante (SPORTCLOTHES, S.L.) y dos compañías dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), que están participadas al 80% por la matriz. De ahí que la razón por la que nos decantamos por la fusión por absorción como preferible radique principalmente en el hecho de que va a resultar mucho más sencillo el procedimiento y los trámites a seguir y, en consecuencia, va a suponer un ahorro importante en cuanto a los costes resultantes de tales operaciones.

Con todo ello, lo que se pretende es reunir en una sola sociedad las diferentes sociedades –que a su vez engloban las distintas áreas de actuación— para, posteriormente, a través de un control unitario, poder reagrupar aquellas áreas que sean iguales o similares con tal de mejorar su eficiencia y productividad y, en consecuencia, reducir los costes de producción, entre otras muchas finalidades.

A grandes rasgos, para una mejor comprensión de lo que supone el procedimiento de fusión por absorción que se va a llevar a cabo, me parece

conveniente indicar cuáles son las características fundamentales que se dan en este tipo de procedimiento, en concreto en el caso que nos ocupa:

1) Disolución y extinción de las dos sociedades dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), que van a ser absorbidas por la dominante (SPORTCLOTHES, S.L.). De esta manera, se produce la disolución de todas las sociedades del grupo menos una, que subsiste precisamente para absorber a las disueltas. Ahora bien, todo ello exige la adopción de los correspondientes acuerdos en las Juntas generales de cada una de las sociedades participantes en la fusión, puesto que a todas ellas les afecta de una manera u otra.

2) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas, esto es, de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. Con ello, lo que se pretende es que la totalidad del patrimonio (activo y pasivo) de cada sociedad se transmita por sucesión universal a la sociedad absorbente, es decir, a SPORTCLOTHES, S.L. En consecuencia, la absorbente adquiere todo el activo y el pasivo de las otras dos sociedades que se fusionan en unidad de acto, adquiriéndose por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

3) Agrupación de todos los socios en la única sociedad resultante como consecuencia de la fusión (SPORTCLOTHES, S.L.). Esta sociedad recibe, como hemos señalado, el patrimonio de las sociedades disueltas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) y entregará a los socios de cada una de ellas las participaciones representativas del aumento del capital social de la sociedad dominante que las absorbe.

B) Procedimiento de Fusión. Fases

El procedimiento legal para la fusión de sociedades lo vamos a estructurar en cuatro grandes fases: previa, inicial, decisoria y de ejecución. En este sentido, a los efectos de dar una exposición más ordenada y sistemática, a continuación, se recogen, por separado, los procesos de fusión, con sus peculiaridades, para la clase de fusión que vamos a tratar en este dictamen: la fusión por absorción donde tendremos, por un lado, a la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) y, por otro lado, a las sociedades absorbidas (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L.).

a) La fase previa.

Realmente, para la Ley de Modificaciones Estructurales el proceso de fusión comienza con el proyecto de fusión –incluido en la fase inicial-, sin embargo, con carácter precedente a esa fase inicial, la realidad societaria nos lleva a que es necesario seguir una serie de actuaciones previas que pueden ser más o menos

complejas dependiendo del caso en concreto. Entre estas actuaciones cabe señalar, por ejemplo, los tanteos, tratos preliminares, negociaciones y posibles preacuerdos, etc. Todas ellas van dirigidas a conocer desde posturas más próximas la situación de las demás sociedades participantes con el objetivo de decidir sobre la conveniencia o no de fusionarse.

Ahora bien, estas mencionadas actuaciones no van a ser objeto de este dictamen, ya que algunas de ellas no se van a dar en este tipo de fusión debido a que se trata de una fusión entre compañías de un mismo grupo y otras posiblemente excedan más allá del plano jurídico. De ahí que, en lo que refiere al supuesto de hecho presentado y en lo que es de interés para el mismo, las actuaciones previas encuadrables en esta fase previa van a ser: la determinación del tipo de canje y el balance de fusión, que a continuación pasamos a exponer más detalladamente.

i. Determinación del tipo de canje.

El tipo de canje es aquella fórmula mediante la cual se determina el número de participaciones sociales (en una S.L., como es el caso), que corresponden a los socios de las sociedades que se extinguen a cambio de sus participaciones sociales en la sociedad absorbente. Esto es, se trata de una fórmula aritmética que proporcionará la exacta medida de participación en la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) a cada socio de las sociedades extinguidas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) como consecuencia de la fusión por absorción.

Este tipo de canje tiene como finalidad fundamental que los socios de las sociedades que se extinguen tengan como “contraprestación” una cantidad equilibrada, es decir, que las participaciones sociales que perciban de la sociedad resultante de la fusión se correspondan con una cuota justa y adecuada.

El tipo de canje va a constituir uno de los elementos clave del proyecto común de fusión, en la medida en que informará acerca de los términos de intercambio en los que se realizará la operación que se somete al principio de continuidad en la participación (art. 24.I LME).

Ahora bien, en lo relativo al cálculo y resultado del tipo de canje, hay que tener en cuenta que no sólo existe una única forma, sino que ello se puede llevar a cabo de varias maneras. De esta forma, al no existir un resultado matemático único, lo relevante es procurar que no aparezca una desviación desproporcionada en las valoraciones de las compañías implicadas. Eso sí, se debe garantizar que el contenido del proyecto de fusión se corresponda con datos reales, sobre todo en lo relativo al tipo de canje. El contenido de esta obligación se concreta en la prohibición de adoptar decisiones que contradigan de cualquier forma la obligación de impulsar la fusión y de permitir que los socios decidan de manera

libre e informada. Por tanto, la limitación de actuación de los administradores se refiere sólo a aquellos actos o contratos que puedan comprometer la aprobación del proyecto o alterar sustancialmente el tipo de canje¹.

Para proceder a realizar el cálculo, lo primero a tener en cuenta es el contenido del art. 25.1 LME, que viene a decir que, en las operaciones de fusión, el tipo de canje de las participaciones de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio. En este sentido, el tipo de canje ha de tener necesariamente valor positivo, y tiene que establecerse sobre la base del valor real por imperativo del art. 25 de la Ley de Modificaciones Estructurales, pues ello es clave en el proceso de fusión a los efectos de la protección de los socios².

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, no se puede pretender que exista una única operación aritmética que arroje un resultado único. Más bien existe un margen dentro del cual podrían oscilar los valores, de forma que la elección de un tipo de intercambio u otro dentro de dicho margen resultará lícita. De esta manera, aunque no es defendible que el tipo de canje quede libremente fijado por las partes, sí es cierto que existe un cierto espacio para la autonomía de la voluntad. Así, dentro de los rangos de valor resultantes "sobre la base del valor real", en función de los respectivos intereses sociales concurrentes y dentro de los límites referidos, sería lícito acordar la fusión con arreglo a un determinado tipo de canje fijado mediante la negociación establecida por las partes.

Todo ello es debido a que el legislador no ha establecido reglas exactas para la valoración de los patrimonios societarios, ya que es preferible que esto se realice por los respectivos profesionales expertos en la materia. Sin embargo, a pesar de que la valoración del patrimonio societario y, en consecuencia, la determinación de su valor real no va ser materia objeto de este dictamen, sí conviene establecer que los métodos utilizados generalmente para el cálculo del tipo de canje suelen ser de dos tipos: de carácter estático y dinámico. Los primeros parten de una consideración del patrimonio neto sobre la base de las partidas del balance, mientras que los segundos realizan una prognosis de beneficios futuros. Entre los primeros se encontraría el valor teórico contable o el valor de liquidación, mientras que se correspondería con los segundos paradigmáticamente el valor de capitalización de resultados.

La solución más adecuada pasa por la conveniencia de combinar varios criterios de valoración y así obtener el resultado más exacto posible. No obstante, para la

1 RECAMÁN GRAÑA, E.: "La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2012, núm. 39/2012, 2ª parte, Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

2 SAP Valencia 27 febrero 2014 (EDJ 2014/51402).

combinación de los mismos, como hemos señalado, siempre quedará un margen de maniobra para elegir aquellos criterios que se adecuen mejor a los intereses particulares, ajustados a las características reales de los elementos que son objeto de valoración (como podrían ser activos inmobiliarios en épocas de crisis y perspectivas de futuro, capital humano, que incluiría ejecutivos y trabajadores, capital estructural, patentes y marcas, sinergias previstas como consecuencia de la fusión, etc.).

Por lo demás, dentro de esta idea de margen de actuación en el cálculo, cabe traer a colación que, según el art. 34.3 LME, el experto independiente no debe determinar con carácter absoluto si el tipo de canje establecido por los administradores es el correcto, sino meramente si los métodos utilizados para su cálculo son razonables. Evidentemente, como aquí se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la regla no es aplicable (art. 34.1 LME), pero ilustra la idea de la posible existencia de diversas soluciones.

Para sostener estos argumentos, la jurisprudencia ha declarado que “la libertad de este concierto puede verse afectada si se efectúa una interpretación literal del precepto entendiéndolo por «valor real del patrimonio social» una cifra matemáticamente exacta que suponga el valor atribuido a bienes, derechos y obligaciones ciertos, existentes o exigibles, sin que sean computables por ejemplo expectativas positivas o negativas para cuya valoración no exista un elemento de medida idóneo, por lo que parece más adecuado una valoración flexible, máxime teniendo en cuenta las diversas finalidades de la misma, que sirve no sólo para que cada socio conozca el valor real de sus acciones, sino que supone la valoración del patrimonio social de cada una de las participantes en la fusión, que determinará la prelación de fuerzas dentro de la sociedad resultante”³

Con ello, lo que se ha pretendido es ilustrar de manera clara y sencilla en qué consiste el tipo de canje, su finalidad, así como el íter para valorar el patrimonio societario, estableciendo cuáles son los criterios utilizados más frecuentemente, y dar visibilidad a que existe la opción de, en función de los intereses particulares, escoger aquellos criterios que mejor se pueden adecuar para realizar los cálculos con vistas a la fusión.

Por tanto, sin ánimo de entrar en lo que es la propia valoración patrimonial, función que compete a los profesionales especializados, sí que consideramos necesario establecer una serie de pautas a seguir:

a) Es conveniente emplear varios criterios de valoración que no sean excesivos ni demasiado complejos. Con ello se pretende obtener una horquilla de valores

3 SAP Navarra 27 julio 1994 (AC 1994, 1564).

de la que poder tomar un valor teórico aproximado, pero bien respaldado por el análisis previo.

b) Como regla general, habrá que descartar aquellos procedimientos que tienen como finalidad o, más concretamente, tienden a privar al socio de la facultad de apreciar el valor real. Con ello, lo que se quiere decir es que hay que evitar presentar un resultado como una evidencia inmune, cuando realmente ello sea consecuencia de una elección deliberada o de una negociación.

c) Que se trate de un acuerdo factible entre todas las partes afectadas en la medida de lo posible, especialmente cuando a través de fórmulas matemáticas sea inviable lograr un resultado exacto.

ii. El balance de fusión.

El balance de fusión es un documento necesario para valorar adecuadamente los patrimonios de las sociedades objeto de fusión con la finalidad de determinar correctamente el tipo de canje, así como, en su caso, adecuar los patrimonios afectados a la cifra de capital social a ampliar por la sociedad absorbente.

Este documento debe ser elaborado por los administradores de cada una de las sociedades. En el caso que nos ocupa, deberá ser suscrito por el administrador único persona física D. José Ramón.

En el presente caso, habrá de elaborarse un balance para cada una de las sociedades afectadas por la operación de fusión (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). Ahora bien, este documento acompañará al proyecto común de fusión con carácter informativo. Este carácter informativo quiere decir que se trata de un documento que se caracteriza por su función de proporcionar a los socios la información necesaria para valorar, a la luz de los datos patrimoniales que incluye, la relación de canje sometida a su decisión. Se trata de un documento que contendrá "*ajustes extracontables*", pero éstos no producirán efectos en los registros contables ni en la información que se ofrece en las cuentas anuales.

Una matización que hay que tener en cuenta es que el tipo de canje incluido en el proyecto común de fusión no deberá resultar exactamente de una comparación entre los distintos balances de las sociedades participantes en la fusión por absorción. Esto es, que la operación matemática utilizada para determinar el tipo de canje no tendrá que utilizar necesaria y exactamente los valores resultantes del balance de las respectivas compañías, pudiendo apartarse del criterio resultante de dicho factor a la vista del marco trazado por el art. 25 LME.

Ahora bien, ello tampoco significa que este balance de fusión sea un elemento contable inválido para calcular el tipo de canje, sino que cabe la posibilidad, conforme al criterio de las partes, que se constituya como un instrumento sobre el que calcular el referido tipo de canje, ya que la LME no exige que el tipo de canje se determine sobre el mismo, pero tampoco excluye su posibilidad. Sin embargo, en todo caso, siempre será un elemento útil para valorar si el tipo de canje está o no justificado.

Por su parte, el balance que deberá ser considerado como de fusión será el del último ejercicio, siempre y cuando se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto común de fusión (art. 36 LME).

En el presente caso, los balances anuales del ejercicio 2019 se cerraron en las siguientes fechas:

SOCIEDAD	FECHA CIERRE DE BALANCE
SPORTCLOTHES, S.L.	19/02/2020
TEXTUR, S.L.	21/01/2020
ROPAYCALZADO, S.L.	26/01/2020

Por tanto, estos balances podrán ser válidos siempre y cuando el proyecto común de fusión se suscriba en un período con las siguientes fechas límite:

SOCIEDAD	FECHA LÍMITE
SPORTCLOTHES, S.L.	19/08/2020
TEXTUR, S.L.	21/07/2020
ROPAYCALZADO, S.L.	26/07/2020

De esta forma, si resulta que el proyecto común de fusión se suscribe con posterioridad a alguna de las fechas límite señaladas, el balance de fusión de la o las sociedades afectadas no será válido, es decir, que no podrá ser considerado a efectos de la fusión. Ahora bien, la ley prevé una solución para el caso de que no se cumpla este requisito, de manera que será posible elaborar un balance específico, que se podrá cerrar con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión (art. 36.I LME). Los métodos y criterios de presentación a seguir deberán ser los mismos que los del último balance anual.

En este sentido, cabe señalar que la interpretación más convincente y segura de esta norma, en orden a evitar problemas de inadmisión posteriores es que el tercer mes precedente debe computarse de fecha a fecha conforme al art. 5 del Código Civil. De esta forma, a modo de ejemplo, si el proyecto de fusión es de fecha 22 de julio de 2020, el primer día del tercer mes precedente sería el 22 de

abril, de manera que la fecha de cierre del balance más antigua podría ser el 23 de abril.

En cualquier caso, dado que estamos ante un supuesto donde la fusión por absorción se va a producir entre sociedades de un mismo grupo sometidas a las directrices, directa o indirectamente, del mismo administrador, la mejor solución pasa por evitar excederse de las fechas límite de la tabla. La razón estriba en un ahorro de costes tales como la elaboración de otro balance *ad hoc*, así como la ventaja de evitar posibles futuros problemas derivados de "ajustes extracontables" que se pueda tener que implementar con posterioridad.

Tanto si se utiliza el balance anual, como si se toma como referencia un balance posterior (realizado *ad hoc*), en virtud del art. 36.2 LME, deberán modificarse las valoraciones contenidas en los mismos en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en ellos. Esto es, no es necesario elaborar un documento específico que contenga las pertinentes actualizaciones, sino que será suficiente con realizar los ajustes directamente sobre la información contable. Esta tarea corresponderá a los administradores de las sociedades participantes, lo que, en el caso que nos ocupa, supone que el encargado en todas ellas será D. José Ramón. Se trata de un deber que recae sobre los administradores con la finalidad de que el balance cumpla de forma adecuada su finalidad informativa en la medida en que éste se constituye como garantía de protección de los socios y demás afectados por la modificación estructural. En todo caso, se trata de realizar todas aquellas modificaciones extracontables que puedan tener relevancia a efectos de determinar el tipo de canje, tales como el cómputo de plusvalías o minusvalías tácitas o el reconocimiento de activos o pasivos no registrados, entre otras cuestiones.

En cuanto a la aprobación del balance de fusión utilizado, así como de las modificaciones de las valoraciones contenidas en aquél, habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión, a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día (art. 37 LME).

Por su parte, el art. 39.1.5º de la LME exige que el balance de fusión deberá ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores. Éste es un deber que se predica de cada una de las sociedades afectadas. No obstante, solamente se trata de aquellos supuestos en que el balance de fusión sea distinto del último balance anual aprobado.

Esta puesta a disposición del balance de fusión deberá realizarse antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios que deban resolver

sobre la fusión o, en su caso, de la comunicación individual de ese anuncio a los socios.

Todo ello se realizará a través de la inserción de los respectivos balances de fusión en la página web de la sociedad con posibilidad de descargarlos e imprimirlos o, en caso de no existir página web, poniéndolos a disposición de sus socios.

La aprobación por la junta general de este balance de fusión consiste en un acuerdo específico y separado del propio acuerdo de fusión. Si bien es cierto que lo indicado hasta aquí es para aquellos supuestos donde el balance de fusión sea distinto del de ejercicio, cuando se utilice este último como balance de fusión será necesario que la junta general se pronuncie de modo específico sobre la idoneidad de utilizarlo. No obstante, si en la misma sesión que se aprobó el de ejercicio se acordó específicamente utilizarlo en la modificación estructural, no será necesario un nuevo acuerdo para ello.

En las sociedades limitadas, el quórum exigido para aprobar el balance de fusión será el previsto en el art. 199 b) de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, la mayoría legal reforzada que supone el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (66,66%). De esta forma, dado que D. José Ramón posee el 70% del capital social en SPORTCLOTHES, S.L. y, a su vez, esta sociedad —representada por él como administrador único— es titular del 80% en las otras dos sociedades (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), cabe señalar que con su voto favorable sería suficiente para la aprobación de los respectivos documentos contables.

Ahora bien, hay que tener especial cautela a la hora de aprobar un balance de fusión que no proporcione información exacta y transparente, dado que ello, como hemos señalado anteriormente, se configura como un instrumento apto de ser utilizado como mecanismo de control por parte de socios y otras personas interesadas para valorar la adecuación del tipo de canje.

En este sentido, el art. 43 LME exige que en el anuncio en que se publique el acuerdo de fusión adoptado se haga constar el derecho que asiste a socios y acreedores de obtener el texto íntegro del balance de fusión de las diferentes sociedades que participan en la modificación estructural.

Finalmente, el balance de fusión deberá elevarse a escritura pública junto con el acuerdo de fusión (art. 45 LME). La razón estriba en que, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, no es indiferente la situación patrimonial de la absorbente, ni por tanto, la información que sobre la misma se deba suministrar a quienes se van a ver afectados por la modificación estructural. De esta forma, los acreedores de las sociedades absorbidas, que van a concurrir para

el cobro de sus créditos con los de la sociedad absorbente, estarán interesados en conocer la situación patrimonial de ésta. Además, es conveniente conocer la facultad que tienen los socios de impugnar el balance de fusión. De esta forma, en el caso de que un socio esté disconforme con la ecuación de canje establecida en el acuerdo de fusión, dicho socio o socios pueden atacar el tipo de canje establecido por dos vías. Por un lado, pueden optar por la impugnación judicial de la fusión por lesividad del tipo de canje. En este sentido, hay que tener en cuenta el art. 47 LME que viene a decir que la fusión podrá ser impugnada hasta el momento anterior a su inscripción, sin perjuicio del derecho a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios causados. Esta acción de impugnación –que se explicara más adelante con detalle- caduca a los 3 meses a contar desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad. Por otro lado, pueden utilizar el instrumento previsto en el art. 38 LME, esto es, la impugnación del balance de fusión.

Y, aunque más adelante explicaremos con más detalle todo lo relativo a las impugnaciones, en lo que en este punto interesa, vamos a referirnos a la segunda posibilidad, a través de la cual cualquiera de los socios que se considere perjudicado por la relación de canje establecida podrá proceder a impugnar el balance de fusión de la sociedad a la que pertenecen.

Esta impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión, esto es, su impugnación no afectará a la eficacia de los acuerdos de fusión ni a la ejecución de la modificación estructural. Sin embargo, sí podrá dar lugar a una indemnización a favor del socio o socios que hayan resultado perjudicados por el tipo de canje. Para ello, el socio que se considere agraviado tendrá que presentar una solicitud ante el Registrador mercantil del domicilio social para que se proceda al nombramiento de un experto independiente. Esta solicitud deberá presentarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la publicación del acuerdo de fusión en el BORME. Por el contrario, si se da el caso de que no existe publicación en el referido boletín oficial, el plazo empezará a contar desde la comunicación individual al socio.

Recibida la solicitud por el Registrador mercantil, éste designará un experto independiente conforme a la normativa establecida en el Reglamento del Registro Mercantil. (art. 349 RRM) En consecuencia, este experto emitirá un informe en el que fijará la indemnización compensatoria que corresponda, la cual, por aplicación del principio de conservación de la fusión, no consistirá en la reasignación de participaciones de la sociedad resultante, sino en el abono de una indemnización pecuniaria.

b) La fase inicial. El proyecto de fusión.

Con la fase inicial da comienzo lo que es propiamente el procedimiento de fusión. Durante esta etapa habrá que cumplir con una serie de pasos. El primero de ellos se inicia con lo que se ha denominado el proyecto común de fusión.

El proyecto común de fusión se encuentra regulado en los arts. 30 a 35 de la LME. Se trata del documento fundamental en esta modificación estructural.

Después de los correspondientes análisis y negociaciones y, en consecuencia, una vez que se hayan extraído las respectivas conclusiones, deberá ser redactado este documento. Dicha obligación corresponde a los administradores de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión. En este sentido, se desprende la obligación de carácter positivo a cargo de los administradores, como gestores de la sociedad, de impulsar la fusión que se está preparando. El impulso se concreta en las obligaciones de redacción, formulación y depósito del proyecto de fusión. Ahora bien, en este caso, el administrador único de todas, ya sea directa o indirectamente, es D. José Ramón, por lo que la obligación de redactar y suscribir el referido proyecto recaerá sobre él. Hay que matizar que cuando nos referimos a José Ramón como administrador único de forma indirecta estamos haciendo referencia al hecho de que tanto en TEXTUR, S.L. como en ROPAYCALZADO, S.L. hay un Administrador único persona jurídica que es SPORTCLOTHES, S.L., compañía representada a su vez por D. José Ramón.

i. Contenido obligatorio del proyecto común de fusión.

El proyecto común de fusión es un documento que adquiere especial relevancia principalmente porque en él se van a establecer las bases sobre las cuales se va a sostener la fusión por absorción que se va a llevar a cabo. Así, su contenido debe incluir, por imperativo legal, como mínimo, las menciones que establece el art. 31 LME. Sin embargo, dado que la finalidad de este dictamen es ofrecer información exacta ajustada al caso, no vamos a entrar a valorar aquellos puntos que, por la operación que nos ocupa, no resultan relevantes. En consecuencia, para la presente operación, los puntos necesarios y exigibles a incluir en el proyecto común de fusión son los siguientes:

l^a) La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

Hay que tener en cuenta que, si la denominación de la sociedad absorbente cambia, cualquiera que sea la razón, se tendrá que indicar cuál era la anterior denominación (en este caso sería SPORTCLOTHES, S.L.) y cuál es la denominación

correspondiente una vez se haya llevado a cabo la fusión por absorción. Respecto a las sociedades absorbidas, es decir, las sociedades que se van a extinguir (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) parece que la cuestión no presentará demasiadas dificultades.

No obstante, hay que tener en cuenta que, si se opta por la opción de establecer una denominación social distinta a cualquiera de las sociedades afectadas será preciso contar con la correspondiente certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central. Dicha certificación deberá expedirse a favor de un fundador de la compañía. En el presente caso, tratándose de una fusión por absorción, deberá solicitar la certificación la compañía absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) como establece el art. 413.2 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM).

Ahora bien, resulta frecuente que en las fusiones por absorción en grupos de sociedades, la sociedad absorbente o de nueva creación suceda en la denominación —cabe la posibilidad de hacerlo (art. 418.1 RRM) — a alguna de las sociedades que se extinguen. Por tanto, si se diera este caso, no será necesario obtener la certificación negativa (art. 418. RRM).

Lo mismo se podrá predicar del domicilio social de cada una de ellas, de manera que, si bien respecto a las sociedades absorbidas no presentará problemas, si el domicilio social de la sociedad absorbente, por cualquier razón, cambiara de lugar, deberá indicarse tanto el anterior domicilio de la absorbente como el actual que corresponda con posterioridad a la fusión por absorción.

Finalmente, respecto a la mención de los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil, no presenta especiales problemas, ya que simplemente habrá que plasmar todos aquellos datos registrales que sirvan para identificar a las sociedades afectadas por la fusión. Conviene recordar que el art. 22 LME establece que la fusión se producirá entre dos o más “sociedades mercantiles inscritas”. Por tanto, la previa inscripción de las compañías en el Registro es una *conditio sine qua non*.

2ª) El tipo de canje de las participaciones y, en su caso, el procedimiento de canje.

Deberá constar el tipo de canje, al que ya se ha hecho referencia. De igual modo, también habrá que indicar si se ha realizado alguna compensación en dinero que, conforme el art. 25.2 LME, no puede superar el 10% del valor nominal de las acciones.

Por otro lado, se debe incluir también el procedimiento de canje que, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, es automático, de manera que se produce la desaparición de las participaciones sociales correspondientes a las sociedades extinguidas y, en su caso, la asignación de las nuevas participaciones sociales a los socios. Esta exigencia de incluir el procedimiento de canje trata de garantizar que los socios que se vean afectados por la situación tengan conocimiento de cómo se van a integrar en la sociedad que resulte de la fusión.

En el caso concreto, como estamos ante una fusión de sociedades de responsabilidad limitada, el canje se va a llevar a cabo a través de la escritura de fusión mediante la asignación a los socios de las sociedades extinguidas de las participaciones que les correspondan en la sociedad resultante.

3ª La incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias de las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.

Esta exigencia se refiere a los siguientes supuestos:

a) Cuando alguno de los socios haya contribuido a la sociedad que se va a extinguir mediante la aportación de industria. Por tanto, después de la fusión, esta aportación de industria podría subsistir, pero sufriendo modificaciones.

b) Cuando el socio industrial de la sociedad que se extingue pase a ser socio capitalista de la sociedad resultante.

c) Cuando el socio capitalista que era deudor de una prestación accesorial en la sociedad que se va a extinguir asuma una nueva en la sociedad resultante.

4ª) Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

Esta obligación se refiere a los derechos que vayan a otorgarse a los titulares de derechos especiales o títulos distintos de las participaciones. Pero, como en el presente caso, no existen tales derechos o títulos, no cabe hacer ninguna advertencia en este punto.

5ª) Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

Es frecuente que tanto a los expertos independientes como a los administradores que hayan participado en el proyecto común de fusión se les atribuyan una serie de ventajas. Mediante la asignación de tales ventajas, lo que se pretende es reconocer a los expertos y administradores su contribución a la fusión o, en su caso, compensarles por los efectos desventajosos que pudiera producirles la propia modificación estructural.

Estas ventajas pueden consistir en la entrega de cosas específicas o genéricas, prestaciones de garantías, opciones sobre participaciones, aportaciones a fondos de pensiones, préstamos financieros, etc.

Por tanto, la finalidad de incluir tales ventajas en el proyecto común de fusión —las cuales vienen impuestas obligatoriamente por ley— reside en garantizar la transparencia respecto de los intereses personales que pudieran tener expertos independientes y administradores sociales en la realización de la fusión. De esta forma, si las ventajas quedan plasmadas en el proyecto común de fusión, los socios podrán tener conocimiento de ellas y, en consecuencia, decidir sobre su aprobación en la junta que adopte el acuerdo de fusión con conocimiento de causa.

La omisión en el proyecto común de fusión de tales ventajas hará que éstas sean inválidas e inexigibles. No obstante, hay que tener en cuenta que, entre estas ventajas, no se comprenderá la remuneración del administrador o administradores sociales, puesto que dicha información constará en los estatutos sociales de la sociedad resultante de la fusión, lo que viene impuesto por los arts. 23.e) y 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

6ª) La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

En el proyecto común de fusión es obligatorio incluir la fecha exacta a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones van a participar en los beneficios de la sociedad resultante. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien los socios de las sociedades que se extinguen van a pasar a formar parte de la sociedad absorbente y adquirir la posición como tales en la misma cuando la fusión por absorción adquiera eficacia —inscripción en el Registro Mercantil—, cabe la posibilidad de que se fije una fecha a partir de la cual se comenzará a participar en los beneficios en un momento distinto a aquél en que adquiera eficacia la fusión.

Además, hay que advertir de la íntima relación que la fijación de la fecha a partir de la cual se va a participar en las ganancias sociales tiene con el tipo de canje. La razón reside en el hecho de que, en función de la fecha seleccionada para la asignación del derecho a participar en los beneficios, los nuevos titulares de

participaciones recibirán más o menos a cambio de las antiguas. De esta manera, en función de la fecha elegida, los nuevos titulares podrán o no participar de los beneficios y, en consecuencia, ello afectará al valor nominal de las nuevas participaciones a adquirir y, por tanto, al tipo de canje.

Por otro lado, cuando se fije la referida fecha no podrán vulnerarse una serie de derechos que vienen establecidos en la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, no se podrá menoscabar el derecho a participar en las ganancias sociales (art. 93.a) LSC), ni el principio de igualdad de trato respecto de los socios que se encuentren en idénticas condiciones (art. 97 LSC).

En todo caso, ha de quedar claro que en el proyecto común de fusión lo único que se viene obligado a indicar por imperativo legal es la fecha a partir de la cual podrán percibir beneficios sociales los nuevos titulares de participaciones de la sociedad adquirente. Cualquier explicación sobre la relación entre el tipo de canje y la referida fecha, así como las conclusiones que han conducido a determinarla deberá ser objeto del informe de los administradores (art. 33 LME) y, en su caso, del de los expertos independientes (art. 34 LME).

7ª) La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables es aquella en la cual se cerrará la contabilidad de las sociedades que se extinguen y todas sus operaciones pasarán a contabilizarse en la sociedad resultante, que deberá registrar los elementos que reciba.

En el caso que nos ocupa, dado que estamos ante una fusión de sociedades intra-grupo, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el RD 1159/2010 de 17 de septiembre por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad. En concreto, la norma de Registro y Valoración 21ª (Operaciones entre empresas del grupo) distingue dos supuestos:

- a) Cuando las sociedades del grupo que se hayan fusionado, ya se hubieran incorporado al grupo con anterioridad al inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión.
- b) Cuando alguna de las sociedades participante de las fusiones se hubiera incorporado al grupo en el mismo ejercicio en que se aprueba la fusión.

En el presente caso estaríamos en el primer supuesto ya que todas las sociedades pertenecían al grupo con anterioridad al inicio del presente ejercicio,

esto es, con anterioridad al 1 de enero de 2020. En consecuencia, la Ley señala que la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Así, la fecha de efectos contables a tener en cuenta será el primer día del ejercicio, es decir, el día 1 de enero del año 2020.

Además, para facilitar la operativa, lo más aconsejable sería fijar el cierre del balance de fusión en el día de cierre del ejercicio inmediatamente anterior a la operación (31 de diciembre), de manera que la eficacia contable de la modificación estructural tendrá lugar al día siguiente (1 de enero) que será el primer día del ejercicio durante el cual se aprobará la fusión. Además, a partir de ésta última fecha, los nuevos socios de la sociedad resultante de la operación de fusión adquirirán el derecho a participar en sus resultados.

Con esta solución se pretende básicamente tres cosas: 1) controlar los riesgos que pueda conllevar la fusión a efectos contables, es decir, todos aquellos riesgos que se puedan derivar de una alteración sobrevenida del valor de los patrimonios fusionados producidos entre el momento de acuerdo de la fusión y el momento de inscripción de la operación en el Registro Mercantil; 2) Racionalizar los efectos de la operación estableciendo una coordinación entre el ejercicio económico y el resultado de todas las sociedades participantes; 3) Evitar que las sociedades extinguidas tengan que cerrar un balance de ejercicio partido, que incluiría desde el comienzo de su último ejercicio hasta el momento de inscribirse la fusión.

8ª) Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

En este caso, dado que estamos ante una fusión por absorción, habrá que incluir los estatutos de la sociedad absorbente en los cuales se podrán plasmar las respectivas modificaciones en relación con las características de la operación. Pero, además, por imperativo del art. 39.1.2º LME, se establece el deber de poner a disposición de los interesados el texto íntegro de los estatutos de la sociedad absorbente. Esta obligación surge, en este caso, para el administrador D. José Ramón con anterioridad a la publicación del anuncio de convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre la fusión o, en su caso, con anterioridad a la comunicación individual de ese anuncio a los socios. Todo ello, se deberá insertar en la página web y, en su defecto, poner a disposición de los propios interesados en el domicilio social de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.).

9ª) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada una de las sociedades absorbidas.

Dentro de esta exigencia, entendemos que se ha de incluir la información relativa a los principios de registro y valoración de los activos y pasivos de las sociedades absorbidas que se hayan aplicado.

10ª) Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

Se trata de una exigencia que tiene por finalidad dar transparencia a la información que se haya utilizado para realizar el cálculo de la ecuación de canje. Lo que se exige en este punto es una información concreta de las fechas que se han utilizado y las razones por las que se han seleccionado. Ahora bien, dado que la LME ofrece un amplio margen de maniobra para seleccionar la fecha de las cuentas utilizadas para fijar el tipo de canje, la fecha ahora expresada aquí puede coincidir o no con la fecha de cierre del balance de fusión. No obstante, recomendamos en la medida de lo posible, para simplificar las cosas, utilizar una fecha para realizar el cálculo de la ecuación de canje que coincida con la de cierre del balance de fusión. Sin embargo, para el caso de que la fecha del balance de fusión sea demasiado antigua o que los balances de ejercicio utilizados de las diferentes compañías no coincidan también cabe la posibilidad de que la fecha a seleccionar sea una distinta.

11ª) Las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa.

En este punto la LME está exigiendo la inclusión en el proyecto de las consecuencias de la fusión en tres ámbitos distintos: 1) el empleo; 2) impacto de género en los órganos de administración; y 3) sobre la responsabilidad corporativa tanto de la absorbente como de las absorbidas.

Con la primera de ellas –consecuencias sobre el empleo- se trata de dar transparencia respecto a aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores en tanto que son afectados directos de la modificación estructural. En todo caso, lo que deberá hacerse en este punto es explicar y justificar de forma detallada todas aquellas implicaciones que puedan afectar a los trabajadores. Concretamente, será necesario incluir una descripción de los efectos cuantitativos y cualitativos que vaya a tener la operación sobre el empleo y las condiciones laborales de las diversas sociedades implicadas. No obstante, hay que advertir de que estas explicaciones y justificaciones no tendrán como únicos destinatarios a los trabajadores, sino también a socios y acreedores en la medida en que éstos últimos pueden tener ciertos intereses en conocer cuál será el impacto sobre el empleo con la finalidad de adoptar una u otra postura ante la operación.

Como recomendación, también es conveniente incluir en este punto lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores en su art. 44.6 que viene a establecer una serie de puntos a informar para el caso de sucesión de empresa. Esta información deberá darse a los representantes legales de los trabajadores que se hayan visto afectados por el cambio de titularidad de la empresa que se haya resultado afectada.

En segundo lugar, será necesario hacer una mención al eventual impacto de género en los órganos de administración. Esto quiere decir que para el caso de que la operación de fusión tenga consecuencias y conlleve alguna modificación sobre la proporción entre sexos en el consejo de administración de la sociedad resultante, será necesario mencionar tal modificación en el proyecto común de fusión y los efectos que ello conlleva. En todo caso, esto es meramente a título informativo. No hay ninguna obligación, ni siquiera de medios, en relación con este extremo, puesto que las compañías no son cotizadas (art. 75 LOI y art. 529bis.2 LSC).

Finalmente, en lo relativo a la posible incidencia en la responsabilidad social de la empresa, será necesario explicar si se ha producido algún cambio respecto a lo que se conoce como responsabilidad social corporativa. Este tipo de responsabilidad social incluye todos aquellos compromisos que una compañía puede tener con el medio ambiente o con la sociedad de la forma parte (por ejemplo, políticas en materia de ecologismo, derechos humanos, distribución equitativa de la riqueza generada, etc.). Se trata de políticas internas de las compañías que van más allá del cumplimiento de sus leyes y normas, llegando a ser cuestiones que tienen que ver con la moral y la ética en la manera de funcionar de cada una de ellas. Por ello, el legislador ha considerado importante implementar esta exigencia, ya que ello podría modificar –intensificar o reducir- las negociaciones con otras compañías, aunque es cierto que, en el caso que nos ocupa, como se trata de una fusión intra-grupo, es probable que no existan demasiadas discrepancias en este punto dado que lo habitual es que todas las sociedades implicadas en la fusión se encuentren en la misma línea respecto a este tipo de políticas.

Como nota final de este punto, es necesario advertir de que todos estos puntos será obligatorio incluirlos en el proyecto común de fusión por imperativo del art. 31 LME. Sin embargo, como se deduce del propio artículo, en el proyecto común de fusión se podrá incluir un contenido de carácter facultativo. Esto es, los administradores podrán incluir en el proyecto todos aquellos pactos o condiciones lícitas que tengan por conveniente. A modo ejemplificativo pueden ser tales como las razones empresariales por las que se ha decidido llevar a cabo la modificación estructural, la identidad de los administradores de cada una de las sociedades participantes en la fusión y la identidad del o de los administradores de la nueva

sociedad –en caso de que cambien- y fecha a partir de la cual tomarán posesión de su cargo, condiciones suspensivas a las que se somete la eficacia de la fusión, así como una cláusula de arbitraje, entre otras.

ii. Publicidad del proyecto común de fusión.

A través de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, se incorporó al ordenamiento español la Directiva 2009/109/CE, la cual se dictó con la finalidad de simplificar el número o el contenido de los documentos que deben ser puestos a disposición de los socios. Concretamente, se agilizan los procedimientos de fusión y escisión estableciendo la obligación de publicar el proyecto común, con carácter previo al acuerdo de fusión, en la página web de las sociedades de capital participantes en la operación como una alternativa al depósito del citado proyecto en el registro mercantil.

Así las cosas, la LME en su art. 32 distingue dos supuestos:

1) En primer lugar, en su apartado primero señala que cuando se trate de sociedades que tengan página web corporativa, será necesario que el proyecto común de fusión se publique a través de la misma. En este caso, el legislador no establece un régimen optativo, sino que obliga necesariamente a publicarlo en las respectivas páginas web cuando las sociedades participantes dispongan de ella. Todo ello sin perjuicio de que voluntariamente los administradores decidan depositar un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades que participan en ella. Ahora bien, hay que advertir que la publicación a través de la web corporativa debe ser una puesta a disposición de forma gratuita, esto es, que no se podrá publicar en una página web donde el acceso, por ejemplo, para los socios o para quienes tenga derecho a voto sea con carácter restringido o condicionado al abono de un precio.

Una vez se haya insertado el proyecto común de fusión en la web corporativa, ello se hará constar mediante publicación gratuita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, indicando cuál es la página web dónde se ha publicado, así como la fecha de su inserción. En consecuencia, no se entenderá efectuada la publicidad legalmente exigida sino cuando, además de la inserción en la web corporativa de la sociedad, se haya publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

En cuanto al plazo, se dispone que la inserción en la página web del proyecto común de fusión, así como la publicación de este hecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil se deberá realizar con una antelación mínima de un mes a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de decidir sobre la fusión. Y el proyecto común de fusión deberá mantenerse publicado en la

web corporativa hasta que finalice el plazo de que disponen los acreedores para ejercitar su derecho de oposición a la fusión.

2) En segundo lugar, apartado segundo del art. 32 LME, se prevé el supuesto para aquellos casos en que las sociedades participantes de la operación no tengan página web corporativa. La solución que ofrece la Ley en este caso pasa por la obligación de depositar obligatoriamente un ejemplar del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita la sociedad en cuestión. En consecuencia, de la misma forma que en el caso anterior, el hecho del depósito del proyecto común de fusión en el Registro Mercantil deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil por el registrador mercantil central previa comunicación del registrador mercantil del lugar donde se haya efectuado el depósito.

En este caso, donde las sociedades implicadas en la operación no tienen página web y, por tanto, deben depositar el proyecto común de fusión en el Registro Mercantil, debemos acudir al Reglamento del Registro Mercantil para conocer la función de calificación por parte del Registrador de turno. En este sentido, conforme al art. 226.2 RRM, el Registrador procederá a calificar solamente en aquellos casos en que el documento presentado es el exigido por la Ley y si está debidamente suscrito. Así, el registrador se limita a un realizar un examen meramente formal, de manera que, una vez haya comprobado que se han cumplido los requisitos formales exigidos, se tendrá por efectuado el depósito.

Como última advertencia en este punto, cabe señalar que la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas de socios de las sociedades implicadas que vayan a decidir sobre la fusión, no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción o del depósito del proyecto en el BORME.

Por tanto, a modo de resumen, la manera de proceder es la siguiente:

1º) Se deberá insertar el proyecto común de fusión en la página web o, en caso de no tener web corporativa, se deberá depositar en el Registro Mercantil.

2º) Posteriormente, se deberá publicar en el BORME el hecho de la inserción del proyecto en la web corporativa o del depósito en el citado Registro. Obviamente, realizando los trámites previos correspondientes.

3º) Se deberán insertar los documentos relativos a la operación de fusión en la página web. Estos documentos son todos aquellos que sean relevantes en relación con la fusión, aparte del proyecto común de fusión, aunque es posible que tales documentos se hayan insertado en la página web de manera simultánea al proyecto común de fusión.

4°) Para finalizar, a partir del mismo día en que se proceda a anunciar en el BORME el hecho de la inserción en la página web o a su depósito, se podrá publicar el anuncio de la convocatoria de la junta que haya de decidir sobre la fusión.

iii. El informe de los administradores.

En una operación de fusión el informe de los administradores es un documento de carácter obligatorio, salvo en aquellos casos en que la propia LME exonere de su realización. En el caso que nos ocupa será obligatoria ya que el presente supuesto no entra dentro de ninguna de las excepciones a las que la Ley hace referencia.

Se trata de un documento integrante de la fase preparatoria que deberá consistir en un explicar y justificar detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídico y económicos (art. 33 LME). En consecuencia, los socios, durante la celebración de la junta, podrán realizar preguntas y objeciones a los administradores sobre el informe. Todo ello con la finalidad de que los propios interesados formen un criterio razonable y lógico para tomar una decisión acerca de la futura operación, es decir, si emiten su voto favorable o no a la fusión.

En cuanto a su contenido, como hemos dicho anteriormente, se deberán explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos, pero la LME concretamente hace especial hincapié en el tipo de canje de las participaciones, a aquellas especiales dificultades de valoración que puedan darse en la operación, así como el impacto que la fusión pudiera tener sobre los socios, acreedores y trabajadores.

Con la explicación jurídica y económica se deberán justificar las razones de por qué y para qué se va a llevar a cabo la operación de fusión con la finalidad de que los socios adopten una decisión con conocimiento de causa siendo conscientes de la razón de ser, el fundamento y la justificación de la propuesta que se somete a su aprobación.

Ahora bien, la explicación deberá cumplir con dos requisitos fundamentalmente: 1) deberá ser redactado de forma clara y comprensible para los destinatarios, es decir, que se comprenda de forma sencilla por un destinatario medio evitando tecnicismos que puedan llevar al no entendimiento o a confusión. 2) El informe deberá ser suficiente que es la cuestión más problemática en este tipo de informes. De ahí, que lo más recomendable es realizar un informe libre de explicaciones escuetas y laxas, de forma que se haga una exposición de las circunstancias de forma exhaustiva para, posteriormente, poder realizar las justificaciones oportunas. No obstante, habrá que ir con especial cautela con el deber de secreto que se impone a los administradores (art. 228 b) y 229.1 c) LSC), ya que cabe la posibilidad de

que en el informe se deban incluir cuestiones que no puedan relevarse por estar amparadas por este deber de secreto. En este caso, el buen proceder pasa por dejar constancia de que tal cuestión no puede ser relevada atendiendo al interés social y justificando la omisión de la misma en el informe.

Además, conviene advertir, por un lado, que el falseamiento de dicho informe daría lugar a un ilícito penal tipificado en el art. 290 del Código Penal castigado con una pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses. De ahí que dicho informe haya de redactarse con especial cuidado y diligencia. Y, por otro lado, en caso de omisión o inexistencia del informe, se incurrirá en una causa de nulidad del acuerdo al que se pudiera llegar en la junta sobre la adopción de la fusión, lo que no podrá subsanarse mediante la presentación de un informe posterior. Esto es, cabrá la acción de nulidad de la fusión si es posterior a la inscripción (art. 47 LME), puesto que la única causa que hace prosperar la acción de nulidad es la contravención de normas de la LME.

Por su parte, hay que tener en cuenta que del art. 33 LME se deduce que será necesario elaborar un informe por los administradores de cada una de las sociedades. Así, en el caso que nos ocupa será necesario un informe de cada una de las compañías participantes en la operación (SPORTCLOTHES, S.L., ROPAYCALZADO, S.L y TEXTUR, S.L.). Dicho informe correspondiente a cada una de ellas, deberá ser realizado por el Administrador único D. José Ramón.

No obstante, en orden a facilitar el procedimiento sería recomendable que se realizara un informe conjunto de todas ellas, ya que además de ser la misma persona la responsable de confeccionarlo, se trata de una fusión entre compañías de un mismo grupo. La LME tan sólo exige que cada sociedad emita un informe, exigencia que no puede considerarse incumplida porque lo hagan conjuntamente. Lo importante, en definitiva, no es que existan uno solo o varios informes formalmente distintos, sino que pueda considerarse cumplida la exigencia legal, porque puedan satisfacerse los intereses que con ella se protegen. Por tanto, si el posible informe conjunto cumple con los requisitos que debieran tener los respectivos informes de cada sociedad, no parece necesario exigir la existencia de varios informes –uno correspondiente a cada sociedad-.

En cuanto a la forma, es necesario que este informe se plasme por escrito, ya sea en soporte papel o a través de medios digitales. Aunque la LME guarda silencio sobre este punto, esta exigencia vendría impuesta por el cumplimiento de los derechos de información que ostentan los socios, acreedores, obligacionista y titulares de derechos especiales. No obstante, ello no impide que se puedan hacer las explicaciones o aclaraciones verbales por parte de los administradores en la junta general que decida sobre el acuerdo. Ahora bien, estas aclaraciones verbales no pueden servir como método de subsanación de aquellos defectos de

contenido, y menos aun cuando esa información que se proporciona de forma verbal se refiera a cuestiones especialmente relevantes.

Este informe deberá poder descargarse de forma gratuita y sin restricción de acceso en la web corporativa de la sociedad. Y, para el caso de que la sociedad no tenga página web, tendrá que ponerse a disposición de los interesados – socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores- en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes en la operación. En este sentido, como señala el art. 39.I LME, tendrán derecho a recoger una copia íntegra del informe, así como a la entrega o al envío gratuito de un ejemplar.

c) La fase decisoria. En esta fase se va a decidir sobre el acuerdo de fusión, es decir, se trata de la fase donde los socios reunidos en junta general van a emitir su voto sobre la operación y, en consecuencia, decidir sobre la aprobación o no de la fusión. Esta junta general deberá, como hemos señalado anteriormente, convocarse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para la celebración de la misma.

i. El acuerdo de fusión por cada sociedad participante.

La operación de fusión deberá acordarse por cada una de las sociedades participantes, en todo caso, en un plazo de 6 meses a contar desde la fecha del proyecto de fusión. En caso contrario, el proyecto de fusión quedará sin efecto (art. 30.3 LME).

Es conveniente advertir que, para que los socios tomen una decisión sobre la fusión con conocimiento de causa, es necesario poner a su disposición una información previa que es la contenida en el art. 39.I LME. Además, es necesario tener en cuenta que todas aquellas modificaciones relevantes del activo y del pasivo que hayan acaecido en cualquiera de las sociedades que se fusionan entre la fecha de redacción del proyecto de fusión y la fecha de reunión de la junta que debe aprobar la operación, se deberán comunicar a todas las sociedades que se fusionan. En este sentido, el administrador de la compañía en que se haya producido la modificación deberá ponerlo en conocimiento de los administradores de las demás sociedades para que éstos informen a las juntas que hayan de decidir. En este caso, sería el administrador único D. José Ramón quien se encargaría de comunicarlo a todas las sociedades implicadas en la operación.

Con toda la información necesaria, los socios deberán emitir su voto sobre la aprobación de la operación. La junta de cada sociedad deberá adoptar la decisión que estime conveniente, ésta podrá ser a favor o en contra. Ahora bien, la decisión sobre la fusión deberá ajustarse estrictamente a lo establecido en el proyecto

común de fusión, de forma que cualquier decisión que implique una modificación de la fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta (art. 40.I LME).

En cuanto al quórum de constitución de la Junta y el régimen de mayoría, cabe señalar que el art. 40.I se remite a "los requisitos y formalidades establecidos en el régimen legal de las sociedades que se fusionan". De ahí, que haya que remitirse a la Ley de Sociedades de Capital (arts. 199 y ss LSC).

Dado que estamos ante una fusión donde todas las sociedades que participan son sociedades de responsabilidad limitada, en este caso no se exige un quórum de asistencia mínimo para formar la junta que haya de decidir sobre la operación. Lo único que la LSC exige es que, en el momento de la votación, se encuentren presentes los socios necesarios para adoptar el acuerdo en cuestión. En este sentido, como estamos ante una modificación estructural como la fusión, la LSC prevé una mayoría reforzada en su art. 199 donde señala que, para el caso que nos ocupa, se requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios (66%) de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Dadas estas circunstancias, para conseguir la mayoría necesaria en cada una de las sociedades participantes, quedaría de la siguiente manera:

1. SPORTCLOTHES, S. L.: Dado que D. José Ramón ostenta el 70 % de las participaciones de la sociedad, únicamente con el voto favorable de éste sería suficiente para adoptar el acuerdo de fusión en el seno de la junta de socios.

2. TEXTUR, S. L.: El socio mayoritario en esta sociedad es SPORTCLOTHES, S. L. que cuenta con el 80 % de las participaciones y que, a su vez, está representado por la persona física D. José Ramón, quien emitiendo su voto favorable ya sobrepasaría el mínimo exigido para adoptar el acuerdo de fusión.

3. ROPAYCALZADO, S. L.: Como en la anterior, se trata de una sociedad participada al 80 % por la sociedad matriz SPORTCLOTHES, S. L. que, a su vez, también está representada por la persona física D. José Ramón. En este sentido, con su voto favorable se alcanzaría el mínimo exigido para adoptar el referido acuerdo.

Conviene matizar que el voto es del socio, no del representante. Por tanto, cuando se habla del voto de D. José Ramón, no hay que olvidar que, si bien es cierto que en SPORTCLOTHES sí que vota como socio, en las otras sociedades el voto consta a nombre de SPORTCLOTHES, cuyo representante persona física es D. José Ramón.

Parece lógico que la decisión de D. José Ramón en cada una de las diferentes sociedades participantes se dirija en el mismo sentido, de forma que difícilmente nos vamos a encontrar con alguna junta de socios cuya decisión discrepe de las restantes.

Una vez se haya adoptado el acuerdo de fusión, se deberá comunicar a los socios y acreedores. En este sentido, el art. 43 LME señala que dicho acuerdo deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Sin embargo, no será necesaria la publicación cuando el referido acuerdo se comunique de forma individual por escrito a todos los socios y acreedores a través de un procedimiento que asegure su recepción en el domicilio que se señale en los documentos que obren en poder de la sociedad. Sin embargo, conviene hacer una precisión respecto a este tipo de comunicación –comunicación individual a todos los socios y acreedores–, ya que si se opta por esta vía la escritura deberá recoger la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha llevado a cabo la comunicación individual, así como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación. Esto permitirá que el registrador pueda verificar que no ha existido, en su caso, manifestación alguna del derecho de oposición.

En todo caso, será necesario que se haga saber a los socios y acreedores los derechos que les asisten, esto es, el derecho a obtener el texto íntegro del acuerdo de fusión adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición de los acreedores –el cual que explicamos en el siguiente punto con más detalle-. Y, concretamente, para el caso de comunicación individual por escrito a los acreedores, se exige: 1) que conste el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como su derecho de oposición; 2) que el otorgante confirme que se ha cumplido la obligación de puesta a disposición de los acreedores y de los socios de los correspondientes documentos.

ii. Derechos de socios, acreedores y obligacionista frente a la fusión. En especial el derecho de oposición.

Una vez se ha publicado el último anuncio del acuerdo de fusión en el BORME o se haya enviado la comunicación al último de los socios y acreedores, los socios y acreedores podrán ejercitar los derechos que les corresponden según LME.

En el caso de los socios, cuando alguno de ellos se considere perjudicado por la relación de canje establecida tiene la posibilidad de impugnar el balance de fusión de la sociedad de la cual son parte. Como ya indicamos en un punto anterior, esta impugnación no afectará a la eficacia de los acuerdos de fusión ni a la ejecución

de la misma. Lo que sí se puede pretender por parte del socio es el abono de una indemnización con el objeto de compensar aquellos daños y perjuicios que se le hayan podido causar por el tipo de canje.

Por lo que respecta a acreedores y obligacionistas, cabe señalar que éstos pueden ejercitar su derecho de oposición (art. 44 LME). Ahora bien, tanto acreedores como obligacionistas podrán ejercitar su derecho siempre y cuando sus créditos cumplan los siguientes requisitos:

1. El crédito debe haber nacido con anterioridad a la fecha en que el proyecto de fusión se insertó en la página web de la compañía o, en su caso, antes de que el proyecto se hubiera depositado en el Registro Mercantil.

2. Que el crédito no estuviera vencido en el momento en que el proyecto se insertó en la web corporativa o antes del depósito del mismo en el Registro.

3. Alternativamente, para el caso de que el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni tampoco se hubiera depósito en el Registro Mercantil, la fecha que se tomará como referencia será la de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual por escrito de ese acuerdo al acreedor. Esto es, que el crédito debe haber nacido y no estar vencido con anterioridad a alguna de estas dos últimas fechas.

El plazo de que disponen para ejercitar estos derechos, tanto socios como acreedores y obligacionistas, es de un mes a contar desde la publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en su caso, desde la comunicación por escrito con carácter individual al último de ellos.

Ahora bien, la LME contempla una excepción para los obligacionistas en virtud de la cual si la fusión hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas, éstos perderán su derecho de oposición. También, como es lógico, si el crédito de que disponen los acreedores se encontrara ya lo suficientemente garantizado, no cabrá ejercitar el derecho de oposición.

Hasta ahora hemos explicado los derechos de socios, acreedores y obligacionistas, los cuales no siempre y en todo caso serán ejercitados. Sin embargo, para el caso de que así sea, conviene tener en cuenta cuáles van a ser los efectos que el ejercicio de estos derechos pueda tener sobre la operación de fusión.

En este sentido, cuando alguno de los acreedores decida oponerse a la fusión, la sociedad puede actuar de dos formas: 1) bien presentar una garantía suficiente que satisfaga al acreedor; 2) o bien notificar al acreedor en cuestión de que una

entidad de crédito habilitada debidamente haya prestado una fianza en favor de la propia sociedad. Todo ello por la cuantía del crédito del que es titular el acreedor.

Por tanto, ejercitado el derecho de oposición por alguno de los acreedores u obligacionistas, mientras la sociedad no preste las referidas garantías, la fusión no podrá llevarse a efecto. No obstante, para el caso de que, pese a que la sociedad no preste garantía suficiente y sí lleve a efecto la fusión, la LME señala que el acreedor que se hubiera opuesto tiene la posibilidad de solicitar al Registro Mercantil de que, en una nota al margen de la inscripción practicada, se deje constancia de su ejercicio del derecho de oposición.

d) La fase de ejecución de la fusión.

i. El otorgamiento de la escritura pública.

A tenor del art. 45.I LME, las sociedades participantes de la fusión deberán elevar a escritura pública el acuerdo de fusión. Dicha escritura deberá tener un contenido esencial que, en el caso que nos ocupa, deberá ser el siguiente:

1) Una declaración por parte de los otorgantes de que se han cumplido las obligaciones en lo relativo a los deberes de información. Especialmente, que no se han restringido los derechos de información correspondientes a los representantes legales de los trabajadores.

2) Constancia de que no existe ninguna oposición por parte de acreedores y obligacionistas. O, en caso de que exista, deberá constar la identidad de quien se hubiera opuesto, la cuantía de los créditos así como las garantías que la sociedad haya prestado.

3) Fecha de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del depósito del proyecto, así como la fecha de publicación en el mismo del acuerdo de fusión.

4) El contenido íntegro del acuerdo de fusión.

5) Como se trata de una fusión por absorción, también deberán incluirse las modificaciones estatutarias que se hubieren acordado por la sociedad absorbente, así como el número, clase y serie de las participaciones que se vayan a atribuir a cada socio.

Y, por su parte, deberá incorporarse a la escritura:

1) El balance de fusión de las sociedades que se fusionan.

2) Certificación de los acuerdos en los que se detallen los elementos del activo y del pasivo e indicando en nombre de las cuentas de activo y pasivo a las que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales que se fusionan.

3) El proyecto de fusión, salvo que ya esté depositado en el Registro Mercantil en que se vaya a depositar la escritura.

4) Los ejemplares de las publicaciones (publicación de la convocatoria de la Junta y publicación del acuerdo de fusión).

5) El informe de los administradores en el que se explique y justifique detalladamente el proyecto de fusión.

ii. La inscripción en el Registro Mercantil y extinción de las sociedades que se fusionan, integrándose en la absorbente.

Una vez se haya formalizado la operación en escritura pública, será necesario inscribirla en el Registro Mercantil para que produzca su eficacia (art. 46 LME) y sea oponible frente a terceros. En este caso, lo que habrá que inscribir es la absorción en el Registro competente. En consecuencia, una vez inscrita, se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). No obstante, mientras no se produzca esa inscripción, estas sociedades absorbidas conservarán su personalidad jurídica.

Es interesante traer a colación el art. 55 del RRM que considera como fecha de inscripción la fecha del asiento de presentación. Sin embargo, esto se ha visto matizado por la DGRN.

Además, dado que estamos ante tres compañías cuyos domicilios se encuentran en sitios diferentes y, por tanto, el Registro competente en cada una de ellas es distinto, conviene tener en cuenta lo dispuesto por el art. 231.I RRM. En este sentido, el citado precepto, para el caso de una fusión entre sociedades con domicilios en varios Registros, viene a decir que la inscripción de la fusión deberá practicarse haciendo constar en el título una nota que vaya firmada por los registradores de las sociedades que se extinguen señalando que no existen obstáculos para realizar la inscripción de la fusión en un Registro distinto al que competería a las mismas. De esta forma, como viene a decir la DGRN no se podrá llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil de destino en tanto el registrador del registro competente de las sociedades absorbidas no señale que no existen obstáculos para proceder a ello.

C) Posibles impugnaciones de la fusión

Antes de entrar en materia, conviene señalar que, por lo que respecta a las impugnaciones de la fusión, éstas se pueden llevar a cabo conforme a la LSC, o bien conforme a lo previsto por la LME, teniendo en cuenta que estas impugnaciones no son alternativas, sino que, dependiendo del momento y de las circunstancias, se podrá adoptar una u otra vía. El punto de inflexión que determina cuando impugnar a través de una normativa u otra, normalmente será la inscripción de la fusión. Esto es, hasta que la sociedad no está inscrita en el Registro Mercantil – y, por tanto, no ha tomado efecto constitutivo de sociedad, no puede entrar en juego el art. 47 LME, sin embargo, será posible impugnar conforme al régimen general previsto en la Ley de Sociedades de Capital, ya que el citado artículo 47 no excluye su aplicación.

a) Impugnación de la fusión conforme a la LSC (acción de impugnación del acuerdo).

El acuerdo de fusión podrá ser impugnado conforme a lo preceptuado en los arts. 204 a 208 LSC. Estos artículos están orientados para aquellos casos en que se han vulnerado o han podido vulnerar, por ejemplo, los intereses de cualquier persona legitimada. En este sentido, se podrán impugnar aquellos acuerdos que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.I LSC).

Esta impugnación, previa a la inscripción, es un régimen que no es propio de la LME, sino de la LSC y que sirve para impugnar aquellos acuerdos que vulneren los intereses de aquellos perjudicados. Para entender este régimen de impugnación es conveniente situarnos en la fase en que se encuentra el proceso de fusión. De esta forma, en tanto en cuanto no se haya producido la inscripción de la fusión, las sociedades participantes –tanto absorbentes como absorbidas- conservan su personalidad jurídica hasta el punto que tienen que confeccionar de forma individual sus propios balances contables.

Por tanto, como regla general, se van a poder impugnar a través de este mecanismo los acuerdos sociales adoptados en junta general que:

a) Sean contrarios a la Ley y, en particular, al orden público.

b) Se opongan a los estatutos sociales o al reglamento de la junta.

c) Lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Conviene señalar aquí que, a raíz de la reforma operada por la Ley 31/2014, desapareció la distinción entre acuerdos nulos y anulables, esto es, entre aquellos contrarios a la Ley y los contrarios a los estatutos y los lesivos para la sociedad en beneficio ajeno. Esta distinción suponía que a cada categoría –nulos y anulables– se proporcionara un tratamiento diferente en cuanto a plazos de impugnación y legitimación.

Por su parte, en el régimen vigente, incorporado mediante la Ley 31/2014, se extendió el ámbito de los acuerdos contrarios al interés social. En concreto, se asimilaron a éstos los acuerdos abusivos.

El acuerdo lesivo más habitual suele pasar por el hecho de que algún socio o socios consideran que el valor que se le ha dado a su sociedad es inferior al que realmente le corresponde y, por tanto, la ecuación de canje hace que sufra un perjuicio en favor de las demás sociedades participantes en la operación. Además, también es bastante frecuente y, por eso, conviene advertirlo que en el caso de grupos de sociedades donde –como es el caso– existe una dirección de control por parte de la matriz, se adoptan acuerdos lesivos a favor de la dominante y en detrimento de las demás sociedades o socios minoritarios, lo que puede dar lugar a posibles impugnaciones por parte de éstos últimos.

Por lo que se refiere al plazo de impugnación (art. 205 LSC), cabe señalar que, salvo que se trate de acuerdos contrarios al orden público –cuyo plazo no caduca–, la acción de impugnación caducará en el plazo de un año. Y el *dies a quo* del plazo computa desde:

- a) Si el acuerdo se ha adoptado en junta de socios, desde la fecha de adopción del acuerdo.
- b) Si el acuerdo se ha adoptado por escrito, desde la fecha de recepción de la copia del acta.

Estamos ante un plazo de caducidad, de forma que no se interrumpe por ninguna actuación extrajudicial y se computará de fecha a fecha (art. 5 Código Civil). Así, a modo ejemplificativo, si el acuerdo se adopta el 13 de junio de 2020, el plazo para presentar la demanda finalizará el día 13 de junio de 2021.

El *dies a quo* en el caso de la acción de nulidad del acuerdo empezará a contar desde la fecha de la publicación de la adopción del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Además, también es importante conocer quiénes son los que están legitimados activamente (art. 206 LSC). Cabe señalar que cuanto más grave es la infracción

que se comete, el círculo de legitimados para impugnar el acuerdo se amplía. De esta forma, dependiendo de que se trata de un acuerdo contrario al orden público u otro tipo de acuerdos, hay que distinguir:

a) Si se trata de un acuerdo contrario al orden público estarán legitimados: 1) Cualquier socio, aunque haya adquirido tal condición después de la adopción del acuerdo; 2) Cualquier administrador; 3) Los terceros que acrediten un interés legítimo.

b) Si se trata de otro acuerdo –distinto de los contrarios al orden público– estarán legitimados: 1) Los socios que haya adquirido tal condición con anterioridad a la adopción del acuerdo, siempre que no hayan votado a favor del acuerdo y, además, representen, al menos, al 1% del capital social individual o conjuntamente. También cabe la posibilidad de que los estatutos prevean un porcentaje inferior al 1%. No obstante, aunque los socios no consigan llegar al porcentaje, tendrán derecho en todo caso a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del acuerdo en cuestión; 2) Cualquier administrador; 3) Los terceros que acrediten un interés legítimo.

Hay que tener en cuenta que, respecto de socios y administradores, se presume el interés legítimo y, por ello, no debe justificarse. Por el contrario, los terceros sí que tendrán que justificar en la demanda dicho interés legítimo.

Por lo que refiere a la legitimación pasiva, estas acciones de impugnación deberán ir dirigidas contra la sociedad que comparecerá en juicio a través de sus representantes legales, en este caso D. José Ramón.

En cuanto a lo que abarca el contenido de cada una de las impugnaciones conviene distinguir:

1) Para el caso de que estemos ante un acuerdo de modificación estructural, éstos se engloban dentro de aquellos que son contrarios a la ley. Concretamente, las impugnaciones se referirán a cuestiones tales como la convocatoria y publicidad de la junta, mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, derechos de información de los socios, etc. Sin embargo, aunque estemos ante impugnaciones conforme a la LSC, como hemos dicho, la acción de impugnación comprende aquellos acuerdos contrarios a la ley y, en consecuencia, también incluiría aquellos acuerdos que contravengan lo dispuesto por la LME. Incluso la contravención de leyes en materia de competencia o relativas a aspectos contables. También se incluirán entre los acuerdos contrario a la ley aquellos que se hayan adoptado en fraude de ley (art. 6.4 CC), de mala fe (art. 7.1 CC) o con abuso de derecho (art. 7.2 CC). Aunque el abuso de derecho se puede reconducir a través del interés social en virtud del art. 204.I LSC.

2) Los acuerdos que se consideran contrarios al orden público serán aquellos que por sus circunstancias, causa o contenido son contrarios al orden público. No obstante, es conveniente precisar qué se entiende por orden público. En este sentido, cabe señalar que el orden público no se refiere solamente a los derechos y libertades amparados por la constitución, sino también a derechos previstos por la ley. Atendiendo a la doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha venido a decir que "el concepto de orden público en el ámbito de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los socios ausentes, a los socios minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)". También que debe considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales.

3) Acuerdo Por último, respecto a aquellos acuerdos contrarios a los estatutos, este tipo de acuerdos pueden ser de dos tipos: 1) Por un lado, puede tratarse de acuerdos que sean contrarios a una cláusula estatutaria que simplemente reproduce lo que establece un precepto legal imperativo, lo que supondría que el acuerdo sería impugnabile por ser contrario a la ley; 2) Y, por otro lado, aquellos acuerdos que contravienen una cláusula estatutaria que regula algún aspecto de forma distinta a la ley –claro está, dentro del margen de maniobra que aquella le otorga-, el cual sí que será impugnabile por su contrariedad a los estatutos. Además, cabe incluir aquí también aquellos acuerdos que sean contrarios al reglamento de la junta cuando dicho reglamento exista, lo que no siempre ocurrirá.

4) Por lo demás, la anotación preventiva de la resolución judicial firme que ordene la suspensión del acuerdo sobre la fusión que se vaya a inscribir, se practicará –como hemos dicho- por el Registrador (art. 208 LSC), pero sin ningún tipo de tramitación especial. De esta forma, con la anotación se podrá retrasar la eficacia de la fusión hasta que se produjera la inscripción registral y, por tanto, no se producirían los siguientes efectos:

a) Extinción de las sociedades que se vayan a absorber (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L.).

b) Transmisión e integración en bloque de los patrimonios sociales.

c) Reordenación de los socios y distribución de las cuotas conforme al tipo de canje.

Por su parte, el interesado que solicite las medidas cautelares deberá cumplir los requisitos típicos (art. 728 LEC) para que la medida cautelar llegue a buen fin, a saber:

1) Peligro por la mora procesal: Se requerirá una justificación de que existe el peligro de que, durante la vigencia del proceso, si no se adoptan las medidas solicitadas, se podrían producir situación que dificulten o impidan la efectividad de la tutela otorgada por la posible sentencia estimatoria.

2) Apariencia de buen derecho: Se deberán presentar aquellos datos y argumentos plasmados en soporte documental que lleven al Tribunal a llegar a una conclusión lógica de que existen indicios favorables a la pretensión invocada.

3) Caución suficiente: Se deberá presentar una caución en cantidad suficiente para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio de la sociedad que se demanda. Conviene advertir que, en el caso de fusiones, esta cantidad suele ser bastante elevada.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para el caso de las impugnaciones hay que estar al art. 207 LSC el cual señala que se seguirán los trámites del juicio ordinario (art. 249.I.3° LEC) con remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, para conocer la competencia objetiva habrá que estar al art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina que serán competentes los Juzgados de lo Mercantil. Y, en lo relativo a la competencia territorial, cabe traer a colación el art. 52.I.10° LEC que determina que en materia de impugnación de acuerdos sociales serán competentes los tribunales del lugar del domicilio social. No obstante, si en los estatutos sociales existe una cláusula donde se prevea el procedimiento arbitral para el caso de impugnación de acuerdos sociales, esto vinculará a socios y administradores, los cuales deberán acudir al arbitraje.

Finalmente, conviene tener en cuenta cuáles son los efectos que puede producir la declaración de nulidad antes de la inscripción registral, esto es, cuando se impugna el acuerdo de fusión conforme a la LSC.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, cuando se impugna un acuerdo social lo lógico-como hemos dicho- es que se haga junto con la solicitud de una medida cautelar cuya estimación impediría la inscripción. Por tanto, al no estar inscrito el acuerdo no se producen los efectos típicos de la fusión –disolución de sociedades, integración de patrimonios, etc.-y, en consecuencia, los efectos de la impugnación quedan atenuados respecto a terceros. No ocurre así respecto a las relaciones internas entre las sociedades o posibles pactos entre socios cuyas negociaciones pueden quedar paralizadas y, en cierta forma, condicionadas a elementos inciertos e inseguros.

No obstante, es cierto que tanto socios, acreedores o terceros, cuando tienen razones de peso para sostener el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, pueden situarse en una posición de fuerza dominante que les permita negociar sobre sus reclamaciones y desistir de la impugnación, sacando rédito de ello con la finalidad de que la operación de fusión continúe su procedimiento. Ahora bien, en este punto, como medida ventajosa para la sociedad, es útil traer a colación el art. 207.2 LSC que viene a indicar que, en caso de que fuera posible eliminar la causa de la impugnación, el juez podrá conceder un plazo razonable para subsanarla a la sociedad, previa solicitud de ésta. Por tanto, lo recomendable en este caso, con carácter previo a la negociación con el impugnante, convendría analizar y valorar cuál o cuáles son las causas de impugnaciones que se alegan para, si es posible, proceder a su subsanación en el plazo de tiempo concedido por el juez.

b) Impugnación de la fusión conforme a la LME.

En este apartado, la explicación de la fusión va a girar, fundamentalmente, en torno al art. 47 de la Ley de Modificaciones Estructurales. En este sentido, el mismo señala que ninguna fusión podrá ser impugnada, una vez practicada su inscripción, cuando se haya realizado conforme a lo preceptuado en “esta Ley”. Parece claro que aquí la LME se está refiriendo a lo que contenga la propia Ley de Modificaciones Estructurales, con excepción de lo contenido en los estatutos y lo referido al interés social. En este sentido, la nulidad eventual o dialécticamente apreciable de las modificaciones estatutarias no implicaría la de los acuerdos de fusión.

Como hemos señalado en alguna ocasión anterior, el plazo que establece la LME para la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad. De ahí la importancia de obtener una medida cautelar que posibilite una anotación preventiva, para así evitar el riesgo de que pase el plazo de tiempo tan breve de tres meses. Por tanto, lo importante es que la demanda se presente en el juzgado antes de que pasen los tres meses. No obstante, los derechos de socios y terceros quedan a salvo, de manera que estos podrán pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios que se les hayan causado. Lo podrán solicitar tanto a la sociedad participante en la fusión de la forman parte, como a la sociedad absorbente si la anterior si hubiera extinguido con ocasión de la operación. También, tanto socios como terceros –trabajadores, acreedores, etc.-, pueden ejercitar la acción frente al notario o registrador que haya actuado en contra de lo previsto en la LME, así como frente al administrador o administradores para exigirles responsabilidades.

En cuanto al *dies a quo* el art. 47 determina como fecha desde “que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad”. Pero para aclarar esto, con el actual régimen de la LME, procede tomar como referencia la publicidad registral de la

inscripción de la fusión. Para afirmar esto basa sus motivos en que la publicidad del acuerdo de fusión no es suficiente para determinar si la fusión se va a perfeccionar, en tanto que puede ocurrir que si los acreedores ejercitan su derecho de oposición, por los motivos que sea, no se pueda garantizar sus créditos y la fusión no se perfeccione.

De esta forma, si quien impugna es un socio, el *dies a quo* será la inscripción en el Registro Mercantil. Y, por el contrario, si es un tercero, el *dies a quo* empezará desde la publicación en el BORME.

Por lo que se refiere a la legitimación hay que distinguir:

1) Respecto a la legitimación activa, parece deducirse del art. 47 LME que no se excluye a ninguna persona para impugnar la fusión. En consecuencia, cualquiera que acredite un interés legítimo podrá impugnarla.

Por su parte, como hemos señalado para el caso de impugnación conforme a la LSC, si existe un convenio arbitral en los estatutos sociales, dicho convenio vinculará a socios y administradores, pero no quedarán sujetos al mismo los terceros, esto es, trabajadores, acreedores, deudores, etc.).

Un aspecto que cobra especial relevancia y que puede causar algún problema es el hecho de que se dé la situación de que exista un socio que votó a favor del acuerdo y, por tanto, perdió su legitimación para impugnar el acuerdo de fusión (art. 206 LSC). Así, a diferencia de lo expuesto, la LME guarda silencio respecto a aquellos que asistieron a la junta para decidir y cuyo voto fue negativo. Parece ser que aquí el legislador, habiéndolo podido prever y no estableciendo nada al respecto, su intención no ha sido la de restringir el derecho a impugnar en estos casos. Además, las razones pueden ser diferentes ya que conforme al art. 47 LME se está haciendo referencia a la impugnación tras la inscripción de la fusión en el Registro. Por tanto, podemos concluir que, aunque algún socio haya asistido a la junta para decidir sobre el acuerdo de fusión y haya votado a favor del mismo, posteriormente tendrá de igual forma legitimación activa para impugnar el acuerdo de fusión.

2) Por lo que respecta a la legitimación pasiva aquí la cuestión no plantea dudas. Esta legitimación no la pueda ostentar ninguna persona que no sea la sociedad absorbente en tanto que estamos hablando de impugnaciones de acuerdos con posterioridad a la inscripción registral. De esta forma, si cualquier socio de alguna de las sociedades participantes distintas a la absorbente deciden impugnar la fusión deberán dirigirse contra la sociedad absorbente ya que "una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas" (art. 46.2 LME).

Por lo que respecta a las medidas cautelares cabe señalar que en el caso de impugnaciones conforme a la LME, éstas adquieren otro sentido distinto al que se pretende cuando se solicitan para después impugnar conforme a la LSC. En este segundo caso, la razón por la cual se solicitan las medidas cautelares es para paralizar la inscripción de la fusión y, en consecuencia, que no desaparezcan las causas que legitiman su impugnación. Sin embargo, cuando se impugna un acuerdo de fusión conforme a la LME, se hace por las causas previstas en la propia LME, de manera que el requisito de la mora procesal no procedería.

Una vez inscrita la fusión, ésta va a desplegar los efectos que le son propios –extinción de las sociedades absorbidas, transmisión e integración de los patrimonios sociales de las sociedades extinguidas a la absorbente e integración de los socios en la compañía absorbente-, de manera que, con la solicitud de las medidas cautelares, ahora se tendrá como fin la suspensión de estos efectos, finalidad distinta a la pretendida cuando se solicitan medidas cautelares para impugnar conforme a la LSC.

Por parte, en lo relativo a las causas de impugnación, es importante tener claro cuáles pueden ser estas causas debido a que cuando se impugna conforme a la LME las mismas se reducen considerablemente. En este sentido, el art. 47 se refiere a todo aquello que contravenga “las previsiones de esta Ley”.

Así las cosas, a modo ejemplificativo, éstas podrían ser, para el supuesto analizado, algunas de las causas de impugnación:

a) No mantener la proporción de las participaciones adquiridas compañía absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.) por los socios (art. 24.I LME).

b) Que el tipo de canje no se calcule sobre la base del valor real de las sociedades participantes en la fusión (art. 25.I LME).

c) Cuando al realizar el tipo de canje, se opte por hacer una compensación en dinero y ésta excede el 10% del valor nominal (art. 25.2 LME).

d) Que en el proyecto común de fusión falte la firma de algún administrador (art. 30.I LME). En este caso, bastaría con la inexistencia de la firma del administrador único D. José Ramón.

e) No darle la publicidad correspondiente al proyecto (art. 32 LME).

f) Ausencia de informe por parte de los administradores sobre el proyecto (art. 33 LME).

g) Falta de puesta a disposición de los documentos necesarios a las personas interesadas (art. 39 LME).

h) No publicación del acuerdo de fusión (art. 43 LME).

i) Incumplimiento de las formalidades previstas para la escritura pública de fusión (art. 45 LME).

Por último, en lo relativo a los efectos de la declaración de nulidad después de la inscripción registral, esto es, cuando se impugna el acuerdo de fusión conforme a la LME hay que tener en cuenta el art. 47 LME en su apartado tercero que establece que la sentencia que declare la nulidad de la fusión –una vez inscrita- deberá inscribirse en el Registro y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y que no va a afectar por sí sola a la validez de aquellas obligaciones nacidas con posterioridad a la inscripción de la fusión, ya sean a favor o cargo de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.). Ahora bien, cuando estas obligaciones sean a cargo de la absorbente, también responderán solidariamente las demás compañías participantes en la fusión (ROPAYCALZADO, S.L. y TEXTUR, S.L.).

Por su parte, será la propia sentencia que declare la nulidad de la operación de fusión la que establezca los efectos que dicha nulidad deba producir en relación con la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción. Sin embargo, con la finalidad de conservar los efectos producidos por la fusión tras su inscripción, el Juez competente puede conceder un plazo para subsanar aquella situación irregular que pueda causar la nulidad de la operación.

2. Escisión de sociedades

A) *Concepto y finalidad de la escisión*

La escisión de sociedades es una operación a través de la cual se divide total o parcialmente el patrimonio de una sociedad para transmitir –sin que proceda liquidación- la parte resultante a otra u otras sociedades preexistentes o de nueva creación. Con esto, se consigue una dispersión –total o parcial- del patrimonio de una sociedad (sociedad escindida) para, consecuentemente, entregarlo a otra u otras compañías (sociedades beneficiarias) recibiendo los socios a cambio un determinado número de participaciones.

La escisión está regulada en la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), cuyo régimen legal está previsto en los artículos 73 a 80 de la propia ley. No obstante, ya el art. 73 LME señala que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión, con las salvedades contenidas en

el presente capítulo, es decir, con la excepción de lo establecido expresamente en los arts. 73 a 80 LME para la operación escisión.

La LME distingue básicamente tres clases de escisión:

1) La escisión total: Se trata de la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde (art. 69 LME).

2) La escisión parcial: Se trata del traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad , cada una de las cuales forme una unidad económica , a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes , recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones , participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria (art. 70 LME).

3) La segregación: Se trata del traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias (art. 71 LME).

Partiendo de estos tres tipos de escisión, en el presente dictamen, vamos a optar por una escisión parcial por absorción, ya que lo que aquí interesa es reagrupar las diferentes ramas de actividad manteniendo vigentes las tres sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.). Por tanto, lo que se pretende es escindir la parte de cada una de ellas correspondiente a su rama de actividad para integrar dicha parte a la sociedad que más interés (sociedad beneficiaria).

Para aclarar cómo se va a realizar esta escisión parcial por absorción, conviene recordar las ramas de actividad –ya explicadas al principio del trabajo- que integran cada una de las sociedades en cuestión:

1) SPORTCLOTHES, S.L. se dedica a la fabricación, manufacturación y distribución.

2) TEXTUR, S.L. se dedica a la fabricación y manufacturación.

3) ROPAYCALZADO, S.L. se dedica a la manufacturación y distribución.

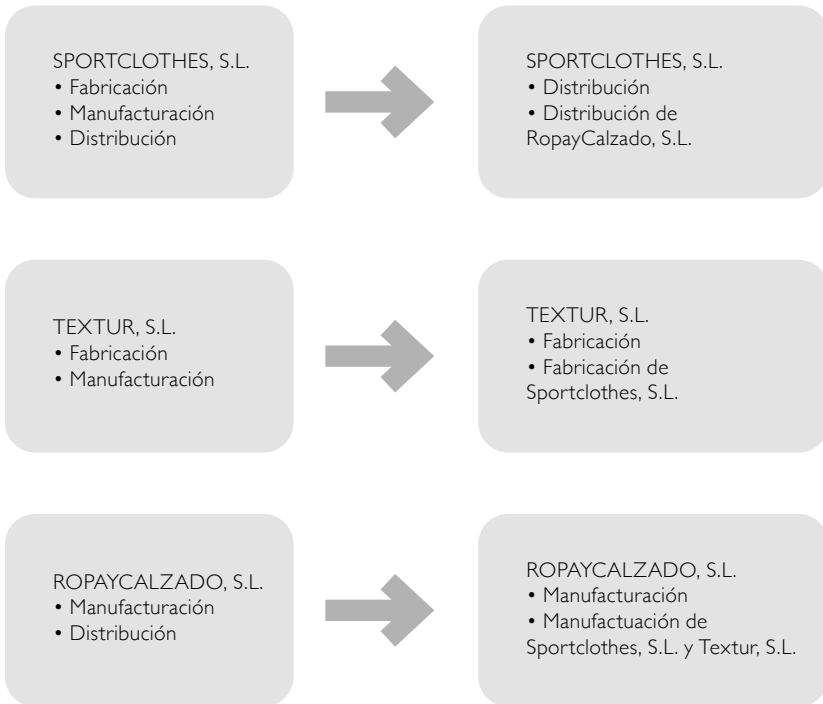
Así las cosas, lo que se pretende es reagrupar las mismas ramas de actividad en las mismas sociedades, es decir, que, tras realizar las diferentes escisiones parciales por absorción, la situación quede de la siguiente manera:

1) SPORTCLOTHES, S.L. continuaría con su rama de distribución y, además, adquiriría la rama de distribución de ROPAYCALZADO, S.L.

2) TEXTUR, S.L. continuaría con su rama de fabricación y también adquiriera la rama de actividad de fabricación de SPORTCLOTHES, S.L.

3) ROPAYCALZADO, S.L. continuaría con su rama de manufacturación y, a la vez, adquiriría, como sociedad beneficiaria, las ramas de manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. y TEXTUR, S.L.

A modo ilustrativo, para una mejor comprensión, puede ser de utilidad el siguiente esquema:



Las razones por las cuales se puede llevar a cabo una escisión de este tipo coinciden perfectamente con los intereses planteados en el dictamen –que ya se expusieron al principio del trabajo- tales como la mejora de la eficiencia y

productividad por áreas, economías de escala debido a la concentración de maquinaria destinada al mismo trabajo, inversión más eficiente del capital, etc.

Efectivamente, con la escisión parcial por absorción que tiene por objeto reunir las distintas ramas de actividad en diferentes sociedades con el mismo objeto social -como ya se ha expuesto en el esquema anterior-, se van a obtener los siguientes beneficios:

1) Conseguir la especialización de cada una de las sociedades resultantes y lograr así la máxima eficiencia en cada una de ellas.

2) Aplicación de políticas más adecuadas a cada una de las ramas (fabricación, manufacturación y distribución) tales como políticas comerciales, de fijación de precios, de organización, etc.).

3) Descentralización de actividades secundarias.

4) Disminución del tamaño de la parte de la unidad económica no dedicada a la rama de actividad en cuestión con la finalidad de evitar ineficiencias derivadas de la complejidad de gestionar una compañía de gran volumen.

5) Partir de una nueva estructura organizativa, pero, a la vez, ya conocida y con cierta experiencia en cada una de las ramas.

A grandes rasgos, para una mejor comprensión de lo que supone el procedimiento de escisión parcial que se ve a llevar a cabo como posible alternativa a la fusión por absorción, es conveniente indicar cuáles son las características fundamentales que se dan en este tipo de procedimiento. En concreto, en el caso que nos ocupa, son las siguientes:

6) Las sociedades que parcialmente se van a escindir, esto es, todas ellas (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.), no se extinguen, manteniendo su personalidad jurídica, aunque reducirán su capital en la cuantía necesaria para la separación de la parte del patrimonio que se transmite.

Sin embargo, en este punto conviene realizar una precisión: cabe la posibilidad de llevar a cabo una escisión parcial sin tener que reducir el capital social. Ello será viable cuando el patrimonio que permanece en la entidad escindida tenga un valor suficiente como para entenderse cumplido el requisito de la integridad del capital social y, en consecuencia, las participaciones que se reciben de la sociedad beneficiaria se entregan a los socios de la escindida minorando las reservas de esta última.

6) Se va a traspasar la parte del patrimonio que corresponda en bloque, por sucesión universal.

7) Cada una de las partes del patrimonio que se va a traspasar de una sociedad a otra debe formar una unidad económica, esto es, la rama de actividad consistente en la fabricación, manufacturación o distribución.

8) Los socios de las sociedades que se van a escindir –que son todas- van a recibir un número proporcional de participaciones de las sociedades beneficiarias de la operación proporcional a su participación en la sociedad escindida. De esta forma, se convierte a los socios de la sociedad aportante en socios de la beneficiaria de la aportación⁴. En este sentido, como en el presente caso se va a producir una reorganización de las diferentes ramas de actividad entre las tres sociedades, lo que va a suceder es que los socios de cada una de ellas, tras la operación, adquieran las participaciones correspondientes de la siguiente forma:

a) Los socios de SPORTCLOTHES, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la compañía, y, además, van a adquirir la parte proporcional de participaciones correspondiente a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. Ello es debido a que parte que corresponde a la rama de actividad de fabricación y manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. se escinde y se traspasa a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L., respectivamente.

b) Los socios de TEXTUR, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la propia sociedad y, además, van a adquirir participaciones de ROPAYCALZADO, S.L. en la parte proporcional correspondiente. Ello es debido a que la parte que corresponde a la rama de actividad de manufacturación de TEXTUR, S.L. se escinde para ser traspasada a ROPAYCALZADO, S.L.

c) Los socios de ROPAYCALZADO, S.L. mantendrán su parte proporcional de participaciones de la sociedad y, además, adquirirán las participaciones que proporcionalmente les correspondan de la sociedad SPORTCLOTHES, S.L. Ello es debido a que la parte de ROPAYCALZADO, S.L. que se corresponde con su rama de distribución se escinde para ser traspasada a la sociedad SPORTCLOTHES, S.L.

B) Procedimiento de Escisión. Fases

Debido a la aplicación supletoria de lo previsto en la LME para la fusión, las diferentes fases del proceso de fusión explicadas anteriormente se van a dar por reproducidas en este apartado. No obstante, cada que haya que remitirse a cualquier aspecto que se regule igual que en la fusión se indicará debidamente, a

⁴ STS 3 enero 2013 (Tol 3054558) y STS 5 julio 2016 (Tol 979440).

la vez que trataremos de poner de manifiesto todos aquellos aspectos que sean diferentes a la fusión, así como las salvedades contenidas en la LME expresamente para la escisión.

a) Fase previa.

En esta fase previa –como ya se dijo en el apartado relativo a la fusión- hemos optado por incluir aquellas actuaciones que consideramos oportuno llevar a cabo con carácter previo al inicio de lo que es propiamente el procedimiento de escisión, que no olvidemos, según la LME, comienza con el denominado proyecto de escisión por aplicación analógica del régimen legal previsto para la operación de fusión. No obstante, si bien es cierto que vamos a tratar todos aquellos puntos necesarios en esta fase, no vamos a profundizar en aquellos que puedan darse por explicados por remisión a los respectivos apartados de la fusión. En este sentido, nos centraremos en aquellas cuestiones que resulten de interés por no haberse tratado en los puntos anteriores, ya sea porque no eran necesarios en el caso de la fusión por absorción o porque la LME prevea expresamente determinadas particularidades solamente para la escisión parcial.

i. La valoración de los patrimonios.

En el presente supuesto, que es un caso de escisión parcial, se exige la valoración del patrimonio de aquella parte que se vaya a escindir, así como la totalidad del patrimonio de cada una de las sociedades existentes que van a absorber la parte del patrimonio que se escinde de la sociedad absorbida.

Ahora bien, es necesario indicar que, en caso de que la sociedad que se va a escindir posea participaciones de la sociedad absorbente -como es el caso de SPORTCLOTHES, S.L. que posee el 80% de las participaciones de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.-, se debe valorar el patrimonio de las sociedades adquirentes como herramienta para calcular el valor teórico de dicha inversión y así poder conocer con más precisión el patrimonio real de la sociedad que se escinde.

Por tanto, se deben distinguir, a efectos de valoración de patrimonio, dos tipos de operaciones:

1) La escisión parcial de SPORTCLOTHES, S.L. (sociedad escindida), cuyas ramas de actividad de fabricación y manufacturación se escinden para transmitirse a TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. (sociedades adquirentes) respectivamente. En consecuencia, las partes de patrimonio de SPORTCLOTHES, S.L. que se escinden van a integrarse en sociedades que están participadas al 80% por la referida sociedad.

2) La escisión parcial de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. cuyas unidades económicas que se escinden van a transmitirse a las sociedades ROPAYCALZADO, S.L. y SPORTCLOTHES, S.L. (sociedades adquirentes) respectivamente.

Dadas estas circunstancias, mientras en el primer caso se debe valorar el patrimonio como medio para calcular el valor teórico de dicha inversión y así conocer con más exactitud el patrimonio real de la sociedad que se escinde, en el segundo caso no será necesario.

Por su parte, los criterios de valoración que se deben emplear para calcular el patrimonio de las partes que se van a escindir de las distintas sociedades son los mismos que indicamos en su momento para el caso de la fusión.

ii. Determinación del tipo de canje.

El tipo de canje, en este caso, es aquella fórmula mediante la cual se determina el número de participaciones sociales de las sociedades beneficiarias que corresponden a los socios de las sociedades que se escinden. Esto es, se trata de una fórmula aritmética que proporcionará la exacta medida de participación en la sociedad beneficiaria a cada socio de las sociedades escindidas como consecuencia de la escisión parcial.

En consecuencia, en la escisión parcial, hay que determinar un tipo de canje por cada una de las sociedades adquirentes, lo que podrá dar lugar a un solo cálculo en caso de que la sociedad beneficiaria sea una sola o, por el contrario, como es el caso de la escisión parcial de SPORTCLOTHES, S.L., se deberán determinar dos tipos de canje –uno para la escisión de la parte que se trasmite a TEXTUR, S.L. y otra para la escisión de la parte que se transmite a ROPAYCALZADO, S.L.-.

Por su parte, cabe señalar que se exige un valor de canje positivo, esto es, que el valor del activo que se transmite por parte de la sociedad escindida a la sociedad o sociedades beneficiarias tiene que ser superior al valor del pasivo que se transmite con ocasión de la escisión. En consecuencia, el patrimonio de la parte de la sociedad que se escinde y que se va a transmitir a la sociedad beneficiaria deberá tener un valor efectivo que, como mínimo, sea igual al valor nominal total de las participaciones emitidas por la sociedad beneficiaria como contraprestación. De lo contrario, podría pensarse que se trata simplemente de una cesión de deuda de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, de manera que, al no producirse un tipo de cambio positivo de las participaciones, éstas serían nulas de pleno derecho en tanto en cuanto no serían representativas de una parte del capital social. Además, no es posible, según lo dispuesto en el art. 59.2 LSC, la emisión de participaciones por debajo del valor nominal.

Además, es conveniente saber que, en último término, la incorporación de la parte correspondiente a la sociedad beneficiaria es equivalente a un aumento de capital en caso de que la sociedad beneficiaria sí que preexistiera, como es el caso.

Por su parte, puesto en relación con el punto de valoración de patrimonio, es necesario advertir, que, aunque la LME no lo mencione, también será necesario valorar la totalidad del patrimonio de la sociedad que se escinde y no solamente aquella o aquellas partes que se van a escindir. La razón de ello es que el valor total de la sociedad escindida servirá como medio para comprobar la exacta equivalencia en la contraprestación procedente de las sociedades beneficiarias que van a recibir los socios de las sociedades escindidas.

iii. El balance de escisión.

El balance de escisión se va a regir por la normativa prevista en la LME para el balance de fusión. De esta forma, por aplicación del art. 36.I LME, el balance que sirve para la operación de escisión será el último balance de ejercicio, siempre y cuando se hubiera cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de escisión. Por el contrario, si entre la fecha de cierre y la fecha del proyecto transcurren más de seis meses, entonces será necesario elaborar un balance cuya fecha de cierre sea posterior al primer día del tercer mes precedente –problema ya abordado en la fusión- a la fecha del proyecto de escisión.

Tanto en uno como en otro caso, cuando existan modificaciones relevantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables, se podrán modificar las valoraciones contenidas en el último balance.

Por lo que se refiere a la impugnación de este balance, nos remitimos a lo explicado para la impugnación del balance de fusión. Concretamente a lo establecido por el art. 38 LME, esto es, que la impugnación del balance no suspenderá por sí sola la ejecución de la escisión, así como que aquellos socios que se consideren perjudicados por la relación de canje podrán solicitar al Registrador una indemnización compensatoria, siempre que ello esté previsto en los estatutos de la sociedad que se escinde o se haya decidido expresamente por la junta que acuerde la escisión.

Excepcionalmente, se podría prescindir del balance de escisión en los casos en que la operación de escisión se lleve a cabo a través de la constitución de nuevas sociedades. La razón radica en el hecho de que no existe un patrimonio previo ya que las sociedades son de nueva creación y, en consecuencia, no pueden existir deudas precedentes que afecten a los acreedores de la sociedad escindida. No obstante, en la estrategia seguida en este dictamen, en lo que a este punto respecta, se está proponiendo una escisión parcial sobre sociedades preexistentes,

con lo que no sería posible la aplicación de esta excepción y, por tanto, sí es obligatorio formular el balance de escisión.

Por lo demás, esto es, votación del balance en junta general, quórum exigidos para su aprobación, publicación del acuerdo, elevación a escritura pública, inscripción en el Registro, así como los derechos de los socios, obligacionistas y acreedores en relación con los mismos, cabe remitirse a lo establecido en el apartado de la fusión⁵, ya que respecto a todo ello la normativa no contempla ninguna especialidad.

b) La fase inicial. El proyecto de escisión.

Como en el caso de la fusión, la fase inicial comienza con lo que se denomina el proyecto de escisión. En este sentido, el legislador se ha limitado a establecer en el régimen previsto en la LME para la escisión aquellas especialidades que debe presentar el proyecto en esta concreta modificación estructural.

De esta forma, la solución técnica adoptada pasa por remitirse a las normas previstas en la LME para el proyecto de fusión, con las salvedades previstas expresamente en los arts. 73 y ss. LME. Así, para una mejor aclaración, todas aquellas referencias hechas realizadas a la sociedad resultante de la fusión se entenderán hechas a las sociedades beneficiarias de la escisión.

A diferencia de la fusión, en la escisión se produce necesariamente una fragmentación del patrimonio, que se va a escindir en dos o más parte cuyos destinos van a ser distintos. En este sentido, una de las piezas clave de su régimen –que se explicará con más detalle posteriormente– va a ser la necesidad de determinar e identificar con exactitud los elementos patrimoniales (activos y pasivos), que se reparten entre cada una de las fracciones patrimoniales escindidas. Con ello, lo que se pretende es que todos aquellos que tengan algún interés y les afecte, directa o indirectamente, la operación que se va a llevar a cabo tengan conocimiento de cómo les va a afectar la división de activos y pasivos y, en consecuencia, la reagrupación en las diferentes sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L., y ROPAYCALZADO, S.L.). De esta forma, dispondrán de todos aquellos medios necesarios para valorar la operación y, por ende, tener a su alcance los instrumentos de protección frente a ello.

i. Contenido obligatorio del proyecto común de escisión.

En el caso de la escisión, como en la fusión, el proyecto común de escisión es el documento que contiene de manera definitiva el contenido de la operación. Se

5 Véase supra apartado *La fase previa de la fusión*.

trata de un documento que deberá formular en este caso D. José Ramón, ya que es el administrador único de las tres sociedades implicadas en la operación.

A través de este documento se va a proponer por parte de los administradores el diseño de la operación detalladamente, de manera que se expondrá de forma clara, veraz y transparente cómo la escisión va a afectar a todos aquellos participantes, socios y administradores, así como los efectos que se puedan derivar sobre el conjunto de los activos.

Por lo que se refiere al propio contenido que ha de contener el proyecto común de escisión hay que remitirse, en primer lugar, al art. 31 LME que es el precepto que prevé el contenido mínimo obligatorio para la fusión. En este sentido, nos remitimos a lo establecido para la fusión⁶. No obstante, la LME establece en su art. 74 otras dos menciones específicas para la escisión y que se unen a las comunes establecidas en el art. 31 LM. Son las siguientes:

1) La designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias.

Esta mención viene a decir que se trata de establecer un inventario o descripción completa del patrimonio que se va a transmitir de las sociedades escindidas a las sociedades beneficiarias. Ahora bien, como estamos ante una escisión parcial, recordamos que cada una de esas partes que se transmiten deben formar una unidad económica, lo cual no va a dar problemas en este caso ya que en esta operación lo que se van a escindir para reagrupar son las diferentes ramas de actividad (fabricación, manufacturación y distribución). Sin embargo, la LME no exige que el patrimonio que permanece en la sociedad escindida tenga que formar una unidad económica, aunque, en el presente supuesto, si se traspasan las ramas de actividad de fabricación, manufacturación y distribución respectivamente, según los casos, necesariamente el patrimonio que continuará permaneciendo en la sociedad escindida seguirá formando una unidad económica.

Por su parte, estos lotes de activo y pasivo que se van a transmitir deben obedecer a una lógica empresarial en el sentido de que determinados activos y pasivos deberán ir juntos. Esta es la idea que subyace del art. 70.2 LME y tiene por finalidad que no se asignen algunos pasivos junto con algunos activos respecto de los cuales funcionalmente no se correspondan.

En todo caso, se deberán designar todos los elementos del activo y del pasivo de las sociedades que se escinden, así como su reparto con el objetivo de delimitar exactamente el patrimonio que se va a transmitir. Tampoco debemos olvidar que

6 Véase supra apartado *Contenido obligatorio del proyecto común de fusión*.

habrá que delimitar bien a qué sociedad o sociedades se asigna cada uno de los elementos patrimoniales que se transmiten.

Para el caso de escisión total, el art. 75.1 LME establece que para el caso de que un elemento del activo no se haya atribuido a ninguna sociedad en el proyecto y no se pueda interpretar sobre cómo se debe repartir, dicho activo se distribuirá entre todas las sociedades beneficiarias de la escisión de forma proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión. La razón de esta previsión es que algunas veces ocurre que un activo no se haya atribuido a ninguna sociedad destinataria, bien por descuido o bien porque ese activo se ha adquirido con posterioridad a la redacción del proyecto. Por tanto, ante una situación de escisión total –donde la sociedad escindida se va a extinguir- es necesario colocar ese activo que, ante la ausencia de su distribución, se va a proceder a su reparto conforme a lo previsto en la Ley. Ahora bien, como en el caso que nos ocupa estamos ante una escisión parcial –donde la sociedad escindida no se llega a extinguir-, se debe ir con especial cuidado y prudencia porque ante el olvido de un elemento del activo que se quiere transmitir, si no se dice nada al respecto, no habrá atribución de ningún tipo y, por tanto, el elemento patrimonial del activo permanecerá en la sociedad escindida, a menos que otra cosa se deduzca del proyecto, lo cual puede ser bastante improbable.

Y, por lo que se refiere a los elementos patrimoniales del pasivo (art.75.2 LME), en el caso de una escisión total, cuando no se atribuya a ninguna sociedad beneficiaria, habrá que proceder a su reparto conforme a lo que se deduzca de la interpretación del proyecto. Y, en su defecto, responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias. Así cada sociedad beneficiaria será responsable por el total del pasivo no atribuido, sin perjuicio de, una vez pagada la deuda, reclamar por vía del art. 1145 CC la parte correspondiente a cada una de las demás compañías beneficiarias. No obstante, esta regla tampoco será aplicable para los casos de escisión parcial, de manera que, si no se incluye en el proyecto común de escisión algún elemento del pasivo, éste permanecerá en la sociedad que se escinde, incluso, en este caso, a diferencia del activo, no habrá lugar a interpretación alguna, debido a que la regla general del art. 1205 CC requiere el consentimiento del acreedor para el cambio del deudor.

2) El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las participaciones que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto.

Con esta mención lo que se pretende es que en el proyecto común de escisión conste el reparto previsto de participaciones de las sociedades beneficiarias entre los socios de la sociedad escindida.

Como regla general, se deberán atribuir las participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde de forma proporcional al capital que ostenten en esta última compañía. No obstante, hay que tener en cuenta que si la escisión es acordada debidamente, los socios que pudieran no estar de acuerdo con la operación se verán forzados igualmente a recibir las participaciones de las sociedades beneficiarias como contrapartida de los elementos patrimoniales transmitidos. Por el contrario, si las sociedades beneficiarias son dos o más, será necesario contar con el consentimiento de los socios cuando no se les atribuyan participaciones de las sociedades beneficiarias, es decir, es posible que, en el caso de una escisión parcial con pluralidad de compañías beneficiarias, como contrapartida de los elementos patrimoniales transmitidos no se reciban participaciones de todas las sociedades participantes, pero para ello será necesario contar con el consentimiento de los socios afectados. Este mecanismo es útil cuando la intención de llevar a cabo una escisión –como forma de reorganización de ramas de actividad, como es el caso-, los socios deciden repartirse el patrimonio social realizando un reparto mediante la asignación de participaciones que no guardan una estricta proporcionalidad a las existentes en la sociedad que se va a extinguir parcialmente.

Por último, cabe señalar que, en el proyecto común de escisión, no sólo hay que señalar cómo resulta el reparto de las participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias entre los socios de la sociedad escindida, sino también los criterios utilizados para realizar el mencionado reparto –cuestión tratado en la determinación del tipo de canje-, así como la justificación de por qué se realiza esa asignación de participaciones.

ii. El informe de los administradores.

En la operación de escisión el informe de los administradores también es un documento de carácter obligatorio. Recordamos que se trata de un documento que es propio de la fase preparatoria y que deberá consistir en explicar y justificar con detalle el proyecto común de escisión en sus aspectos jurídicos y económicos.

La única particularidad sobre el informe de los administradores en la operación de escisión, según el art. 77 LME, es que los administradores, al redactar el informe sobre el proyecto de escisión, deberán expresar que se han emitido los informes sobre las aportaciones no dinerarias previstos en la LME, así como el Registro Mercantil en que esos informes estén depositados o vayan a depositarse. Pero esta obligación surge cuando las sociedades beneficiarias de la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, lo cual no es el caso que nos ocupa ya que todas las sociedades beneficiarias de la operación son sociedades de responsabilidad limitada.

Por lo demás, el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión presenta las mismas características que el informe en el caso de la fusión, por lo que cabe remitirse al punto previsto en sede de fusión⁷.

c) La fase decisoria.

En esta fase -recordamos- se va a decidir sobre el acuerdo de la operación, esto es, sobre la escisión. Los socios deberán emitir su voto favorable o en contra sobre la modificación estructural, pero esta operación de escisión habrá de ser acordada necesariamente por cada una de las juntas de socios de cada una de las sociedades participantes (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.).

Por lo que se refiere a la regulación de la convocatoria, celebración de la junta, quórums y mayorías necesarias para la adopción del acuerdo, así como la publicación del acuerdo de escisión se aplican las mismas reglas que la LME establece para la fusión y, por tanto, con ánimo de no repetir el proceso en este punto, cabe remitirse a lo establecido para esta fase en el apartado de la fusión, sin perjuicio de considerar las particularidades que la LME establece para la escisión, y que conviene resaltar las siguientes:

1) Según el art. 79 LME los administradores de la sociedad escindida deberán informar a su junta de socios sobre todas aquellas modificaciones relevantes del patrimonio que sucedan entre la fecha de elaboración del proyecto de escisión y la fecha de reunión de la junta. Además, en los casos de escisión por absorción –como es nuestro caso-, también se exige a los administradores de las sociedades beneficiarias que proporcionen la mencionada información a la vez que también deben informar a los administradores de la sociedad escindida para que éstos últimos, a su vez, informen en su junta de socios. Por tanto, además del deber que tienen los administradores de las sociedades participantes de poner a disposición de los interesados la documentación al publicar la convocatoria de la junta, así como el derecho de los socios a solicitar las informaciones o aclaraciones necesarias durante la celebración de la junta, se exige este deber de información sobre las modificaciones acaecidas.

2) Otra de las especialidades, aunque ya tratada anteriormente, es la referida a la posibilidad, en caso de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, de atribuir a los socios participaciones una sola de las sociedades adquirentes, ya que lo que la LME exige en su art. 76 es una proporcionalidad cualitativa. Ahora bien, esta posibilidad sólo cabe en aquellos casos en que los socios así lo consientan individualmente.

⁷ Véase supra apartado *El informe de los administradores*.

3) El derecho de información en protección de los acreedores y de socios se consagra a través de la publicación del acuerdo que prevé el art. 43 LME. En este sentido, conforme al citado artículo, el acuerdo deberá publicarse en el BORME, así como en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Por tanto, deberá publicarse en un diario relevante de la provincia en que SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. tengan sus domicilios respectivamente.

d) La fase de ejecución de la escisión.

i. El otorgamiento de la escritura pública.

Es el art. 45 LME –aplicado por remisión a la escisión– el que establece la obligación de elevar a escritura pública el acuerdo de escisión que se haya adoptado. Como sabemos, para que se produzca la plena eficacia de la escisión, ésta deberá inscribirse en Registro Mercantil. No obstante, para que la escritura pública pueda inscribirse en el referido registro es necesario que recoja una serie de puntos:

a) El mismo contenido que se señala para la fusión⁸.

b) La clase de escisión que se va a llevar a cabo, esto es, una escisión parcial. También habrá que indicar que la sociedad que se escinde se extingue con la operación, así como que las sociedades beneficiarias son compañías ya existentes.

c) A la escritura deberán acompañar una serie de documentos que son los mismos que los previstos para la fusión del presente dictamen⁹.

Por su parte, conviene tener presente que, en los casos en que el acuerdo de escisión haya sido adoptado por cada una de las sociedades en junta general universal y por unanimidad, cabe la posibilidad de que no se publiquen ni depositen el proyecto de fusión y demás documentos con carácter previo, pero ello no debe ser obstáculo para restringir los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la escisión, así como la información sobre los efectos que pudiera tener la operación sobre el empleo (art. 42 LME). De ahí, que en estos casos, también es necesario que conste en la escritura la manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de que dicha información se ha puesto a disposición de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores¹⁰.

8 Véase supra apartado *El otorgamiento de la escritura pública*.

9 Véase supra apartado *El otorgamiento de la escritura pública*.

10 RDGRN 10 abril 2014 (BOE 116/2014, 13 mayo 2014) (EDD 2014/66661).

Además, según el art. 112 RRM, como se trata de un acuerdo inscribible que se refiere a una modificación de la escritura o de los estatutos sociales, la transcripción literal del acuerdo es de obligado cumplimiento. En consecuencia, deberán consignarse en la certificación todas aquellas circunstancias del acta que resulten necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados¹¹.

Finalmente, cabe en indicar que los acreedores que ostentan el derecho de oposición –titulares de créditos anteriores no vencidos y sin suficiente garantía– pueden ejercerlo frente a las sociedades involucradas exigiendo la prestación de garantía a su satisfacción o de fianza solidaria por entidad de crédito conforme a lo establecido legalmente¹². Además, cabe recordar, que el régimen establecido para el derecho de oposición de los acreedores en la escisión será el establecido en el art. 44 LME por remisión del art. 73 LME. En consecuencia, lo que se haya establecido en el apartado de la fusión para este derecho respecto de la sociedad resultante de la fusión se entenderá, en este caso, para las sociedades beneficiarias de la escisión.

ii. La inscripción en el Registro Mercantil.

Una vez que la escisión se haya elevado a escritura pública, será necesario inscribir la operación en el Registro Mercantil para que produzca su eficacia y sea oponible frente a terceros. La inscripción de la escisión se rige por las mismas normas que la fusión, de ahí que cabe remitirse a lo establecido para la fusión en este dictamen.¹³

No obstante, en el caso que nos ocupa de una escisión parcial, hay que tener en cuenta que, una vez inscrita la escisión en la hoja abierta a la sociedad parcialmente escindida, el registrador competente deberá inscribir la absorción por las sociedades ya existentes en las hojas correspondientes a las sociedades absorbentes. Seguidamente, los Registros Mercantiles correspondientes a las sociedades intervinientes en la operación, esto es, los registros correspondientes a cada una de las tres sociedades (SPOTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) remitirán por separado los datos necesarios al Registro Mercantil Central, para que éste último proceda a su publicación en el BORME.

C) Posibles impugnaciones de la escisión

En este apartado tenemos que remitirnos a lo establecido para las impugnaciones de la fusión, en tanto en cuanto el art. 73 LME señala que la

11 RDGRN 10 abril 2014 (BOE 116/2014, 13 mayo 2014) (EDD 2014/66661).

12 RDGRN 4 noviembre 2015 (BOE 281/2015, 24 noviembre 2015) (EDD 2015/207048).

13 Véase supra apartado *La inscripción en el Registro Mercantil y extinción de las sociedades que se fusionan, integrándose en la absorbente*.

escisión se regirá por las normas previstas para la fusión en la propia LME, con las salvedades que se establezcan. En consecuencia, como en lo que refiere a las impugnaciones, la LME no establece nada específico para la escisión, es de aplicación lo comentado respecto al art. 47 LME anteriormente. Ahora bien, ya vimos que se podía impugnar la operación conforme a la LSC o, bien conforme a la LME. Respecto a la primera, lo comentado en el apartado 3.1. – conforme a la LSC- no es necesario realizar ninguna precisión. Sin embargo, respecto a la segunda se aplicará lo establecido en el apartado 3.2. –conforme a la LME- del presente dictamen, teniendo en cuenta que lo establecido en el art. 47 LME no se aplica de forma directa a la escisión, sino que se aplica por remisión ya que la operación de escisión muestra unas características y complejidades distintas a la fusión. De ahí que, a continuación vamos a matizar aquellos puntos que presentan particularidades respecto a la fusión y, por tanto, que sustituyen a lo comentado respecto a la misma en los apartados correspondientes. Estos temas son:

A) Legitimación: Mientras que la legitimación activa para impugnar la escisión es la misma que la que se prevé para la fusión (art. 47 LME), esto es, cualquier persona que tenga un interés legítimo, no ocurre lo mismo respecto a la legitimación pasiva. En este sentido, debido a la división del patrimonio de la sociedad escindida, en nuestro caso de escisión parcial, la acción de impugnación debe entablarse contra la sociedad que se ha escindido.

No obstante, no parece claro que en este caso haya que demandar siempre a la sociedad o sociedades beneficiarias porque se encuentren en litisconsorcio pasivo necesario. Cuestión diferente es que interese solicitar medidas cautelares referidas a alguna de las sociedades beneficiarias, en cuyo caso, lógicamente, habrá de ser también demandada¹⁴.

También es interesante destacar el párrafo 3º del art. 47 LME, ya que éste establece que la sentencia que declare la nulidad de la fusión no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de, en nuestro caso, la sociedad absorbente. Por tanto, cuando dichas obligaciones sean a cargo de la sociedad absorbente (SPORTCLOTHES, S.L.), van a responder solidariamente las sociedades intervinientes en la fusión. Por el contrario, si estamos ante una escisión, la declaración de nulidad va a suponer la extinción de la sociedad o sociedades beneficiarias y, en consecuencia, el patrimonio escindido se reintegrará a la sociedad que se escindió. Por tanto, vemos que en el caso de la escisión, si se declara la nulidad de la operación, se consigue el efecto contrario en la fusión, pues en esta última lo que ocurre es que, con la declaración de nulidad, el patrimonio de la sociedad absorbente se divide entre las sociedades participantes de la fusión.

¹⁴ ANSON PEIRONCELY, R.: "La impugnación", cit., p.317.

En conclusión, si se declara la nulidad de la escisión, todas aquellas obligaciones asumidas por la sociedad o sociedades beneficiarias, van a tener que ser asumidas por la sociedad que se escindió¹⁵. Ahora bien, en el caso de que exista una pluralidad de sociedades beneficiarias –dos en nuestro caso- si van a responder por las obligaciones contraídas por las demás. En este sentido, la respuesta debe ser afirmativa, en tanto que la declaración de nulidad reintegrará el patrimonio de todas las sociedades beneficiarias a la sociedad que se escindió y ese patrimonio responderá, en virtud del art. 1911 CC, frente a todas sus obligaciones¹⁶.

B) Causas de impugnación: Además de las causas de impugnación que, por remisión al art. 47 LME, se prevén para la fusión y que son aplicables para la escisión, es necesario mencionar otras tantas adicionales. Esto es, además de las causas de impugnación previstas para la fusión¹⁷ y que hay que tener presentes para la escisión, conviene hacer referencia a algunas más que corresponden específicamente a la escisión. Algunas de ellas son las siguientes:

- a) Que se prohíba la existencia de dividendos pasivos (art. 68.3 LME).
- b) Incumplimiento de alguna característica propia de la escisión parcial (art. 70 LME).
- c) Alguno de los dos requisitos que la LME prevé expresamente para la escisión (art. 74 LME).
- d) Cuando no se pida el consentimiento individual de los socios en el caso de una escisión parcial cuando no se les atribuyan participaciones de todas las sociedades beneficiarias (art. 76 LME).
- e) Cuando no se realice el informe de los administradores (art. 77 LME).
- f) Si se incumple el deber de información que compete a los administradores cuando se produzca una modificación patrimonial con posterioridad al proyecto de escisión (art. 79 LME).

D) Responsabilidad por deudas en la operación de escisión

En la fusión de sociedades –como hemos visto- la responsabilidad de la sociedad absorbente por las deudas de las sociedades que se extinguen es total, debiendo asumirlas sin límite alguno ni condición. Incluso cabe la posibilidad de

15 Conviene aclarar que, como en el caso que nos ocupa, las sociedades participantes en escisión son preexistentes, la escindida sólo asumirá las obligaciones derivadas de la transmisión del patrimonio por sucesión universal, no de las obligaciones que existieran en la futura beneficiaria antes de la escisión.

16 ANSÓN PEIRONCELY, R.: “La impugnación”, cit., p. 318.

17 Véase supra apartado *Impugnación de la fusión conforme a la LME*.

que los acreedores puedan solicitar garantías con motivo de la sucesión universal que se produce, a raíz del derecho de oposición que les concede la LME.

En el caso de la escisión, la cuestión se vuelve un tanto más compleja, en la medida en que puede darse la situación de que existan varias sociedades como beneficiarias de la escisión, así como que la propia sociedad que se escinde siga existiendo, como es el caso que nos ocupa.

Para ello, el art. 80 LME establece el régimen de responsabilidad de la escisión con el objeto de delimitar las obligaciones que asumen cada una de las sociedades intervinientes en la operación, y que puede estructurarse de la siguiente forma:

1º. Cada sociedad beneficiaria de la escisión asumirá las obligaciones inherentes a la parte del patrimonio que recibe de la sociedad que se escinde.

2º. En el caso de que una sociedad beneficiaria no cumpla con la obligación asumida en virtud de la escisión, responderán solidariamente:

a) La propia sociedad escindida por el total de la deuda.

b) Las demás sociedades beneficiarias hasta el importe indicado. Y ello porque de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas¹⁸.

En cualquier caso, la responsabilidad de la sociedad escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación¹⁹.

IV. CONCLUSIONES

Después de un análisis pormenorizado de todas y cada una de las cuestiones planteadas en el dictamen, lo que procede es concluir tratando de proporcionar la o las respuestas más efectivas y eficientes. Para ello, a continuación, se van a exponer, conforme a las cuestiones planteadas, las soluciones que, a nuestro juicio, son más convincentes y viables acorde a los intereses del cliente y al régimen jurídico aplicable.

¹⁸ SAP 21 de marzo 2014 (EDJ 2014/145902).

¹⁹ STS 3 febrero 2015 (EDJ 2015/16313).

Conclusión I. Para poder reagrupar cada una de las áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución) de las sociedades actuales, hemos planteado dos operaciones que, si bien es cierto que ambas se incluyen dentro de las modificaciones estructurales y, en su mayor parte están sometidas al mismo régimen jurídico, cada una de ellas tiene sus matices y diferencias importantes.

En primer lugar, se expone la operación de fusión la cual se caracteriza porque dos o más sociedades inscritas se van a integrar en una única persona jurídica mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de participaciones – en caso de Sociedades de Responsabilidad Limitada- de la sociedad resultante. En concreto, se plantea una fusión por absorción donde dos sociedades (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) van a ser absorbidas por la sociedad dominante (SPORTCLOTHES, S.L.). En consecuencia, se produce la disolución de todas las sociedades del grupo menos la de SPORTCLOTHES, S.L. que subsiste para absorber a las demás.

La razón por la que nos decantamos por la fusión por absorción reside en el hecho de que estamos ante un grupo de sociedades donde existe una sociedad matriz (SPORTCLOTHES, S.L.) y dos sociedades dependientes (TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) que están participadas al 80% por la primera. De esta forma, a diferencia de la fusión por creación de nueva sociedad, dado que estamos ante una operación que se va a llevar a cabo entre empresas del grupo, la fusión por absorción es una operación, en este caso, con un procedimiento más sencillo y con menos trámites y, en consecuencia, va a suponer un ahorro importante de costes.

De esta manera, se van a poder conseguir los objetivos planteados, esto es, reagrupar las distintas áreas de actuación (fabricación, manufacturación y distribución), ya que las tres compañías se fusionan en una misma sociedad para, posteriormente, a través de un control unitario, poder reagrupar aquellas áreas que sean iguales o similares con el objeto de mejorar la eficiencia y productividad, así como reducir los costes de producción, entre otras muchas finalidades que son fruto de las sinergias positivas que se desprenden de la operación fusión.

En segundo lugar, se plantea la operación de escisión a través de la cual se va a dividir parte del patrimonio de una sociedad para transmitir la parte resultante a las demás sociedades. En concreto se plantea una escisión parcial por absorción, donde cada una de las sociedades va a escindir parte de su patrimonio (como sociedades escindidas), en concreto la rama o ramas de actividad correspondientes, para integrarse en las demás sociedades, toda vez que, simultáneamente, van a recibir la parte del patrimonio de las demás sociedades (como sociedades beneficiarias).

La razón de optar por la escisión parcial por absorción reside en el hecho de que, por lo que refiere al presente supuesto, interesa mantener las tres sociedades (SPORTCLOTHES, S.L., TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L.) debido a que la finalidad es destinar cada una de las diferentes ramas de actividad (fabricación, manufacturación y distribución) a cada una de las distintas sociedades. De esta forma, no se extingue ninguna sociedad, sino que permanecen todas ellas, aunque con diferente objeto social dependiendo de la rama de actividad que resulte en cada una de ellas.

En este sentido, la operación de escisión parcial por absorción se adecua a los intereses planteados por los clientes, en tanto en cuanto se va a conseguir la especialización de las diferentes sociedades en una rama de actividad concreta. Y con ello se va a lograr una mejor eficiencia, ahorro de costes, economías de escala, aplicación de políticas más adecuadas, etc.

Planteadas estas dos operaciones –fusión por absorción y escisión parcial por absorción- nos vamos a decantar por la escisión parcial por las siguientes razones:

1) En primer lugar, porque a través de la escisión parcial se va a conseguir una concentración de las ramas de actividad más efectiva y eficiente, ya que cada una de estas ramas (fabricación, manufacturación y distribución) se va a asentar en cada una de las sociedades del grupo, consiguiendo de esta manera una mejor especialización de cada una de las sociedades. Recordamos que, realizada la escisión parcial, el grupo quedaría configurado de la siguiente manera:

a) SPOTCLOTHES, S.L. se quedaría con la rama de actividad de distribución y absorbería la rama de distribución de ROPAYCALZADO, S.L., mientras que sus partes correspondientes a las ramas de fabricación y manufacturación se escinden.

b) TEXTUR, S.L. se quedaría con la rama de actividad de fabricación y absorbería la rama fabricación de SPORTCLOTHES, S.L., mientras que su parte correspondiente a la rama de manufacturación se escinde.

c) ROPAYCALZADO, S.L. se quedaría con la rama de actividad de manufacturación y absorbería las ramas de manufacturación de SPORTCLOTHES, S.L. y TEXTUR, S.L., mientras que su parte de distribución se escinde.

2) En segundo lugar, se va a comenzar con una nueva estructura organizativa, pero, a la vez, ya conocida en su funcionamiento y con experiencia en cada una de las actividades que se llevan a cabo. En consecuencia, se van a poder adoptar políticas más adecuadas para la finalidad pretendida, en tanto en cuanto cada una de las decisiones que se tomen se adecuará mejor a los intereses de la sociedad en cuestión.

3) En tercer lugar, con la escisión parcial por absorción, cada una de las sociedades que concentra una rama de actividad, si bien es cierto que va a responder por las deudas asumidas por las demás hasta la eficacia de la escisión, a partir de ese momento se van a beneficiar de la separación de patrimonios. De esta manera, cada una de las sociedades responderá por las deudas contraídas por ella misma y no por las demás. En cambio, si se optara por la fusión por absorción, en la medida en que todas las actividades se concentran en una misma sociedad, de todas aquellas deudas contraídas por cualquier actividad pasaría a responder SPORTCLOTHES, S.L. con lo que no sería posible beneficiarse de la separación de patrimonios que sí se consigue a través de la escisión parcial.

4) Por último, dado que TEXTUR, S.L. es una compañía que utiliza máquinas de última tecnología procedentes de Alemania, podría interesar trasladar su centro de explotación a dicho Estado, ya que ello va a suponer un gran ahorro de costes de transporte de maquinaria y gastos de reparación y conservación. De esta forma, si se realiza la escisión parcial, donde no se extingue la referida sociedad, sino que se mantiene con la rama especializada de fabricación, va a ser mucho más fácil llevar a cabo la siguiente posible operación que será el traslado internacional del domicilio social que, pese a no ser objeto de este dictamen, conviene tenerlo presente con vistas a un futuro.

Por tanto, una vez expuestos los motivos por los cuales nos decantamos por la operación de escisión parcial, a continuación, las siguientes conclusiones van a ser tratadas desde la óptica de esta operación.

Conclusión II. Una vez se ha decidido seguir la estrategia de la escisión parcial como método para reagrupar las diferentes ramas de actividad que sean similares o iguales en cada una de las tres sociedades del grupo, se tiene que llevar a cabo un procedimiento complejo que va a consistir en cuatro fases: la fase previa, la fase inicial, la fase decisoria y la fase de ejecución.

1) En primer lugar, en la fase previa se tendrán que realizar una serie de actuaciones con carácter precedente a lo que es propiamente el procedimiento. Estas actuaciones consisten en: i) la valoración del patrimonio que, en el caso de la escisión parcial -dado que al final todas las compañías van a participar como sociedades escindidas y absorbentes- se deberá valorar el patrimonio de todas ellas; ii) la determinación del tipo de canje sobre la cual concluimos en la conclusión siguiente; y iii) el balance de escisión que se habrá de elaborar uno para cada una de las sociedades participantes. Además tendrá carácter informativo, lo que servirá a los socios para valorar si la relación de canje es adecuada, pero que no producirá efectos registrales ni la relación de canje deberá ajustarse estrictamente a lo que resulte de una comparación entre los diferentes balances de cada una de las sociedades.

2) Por lo que refiere a la fase inicial hay que tener en cuenta que se debe elaborar un proyecto común de escisión por el administrador D. José Ramón para cada una de las tres sociedades implicada donde se expondrá detalladamente cómo va a afectar la operación a los socios y administradores, así como a los activos y pasivos de las compañías.

Precisamente en el proyecto común de escisión se van a tener que identificar con exactitud los activos y pasivos del patrimonio que se van a escindir y, en consecuencia, transmitirse a las demás sociedades beneficiarias. En este caso, lo que se deberá hacer es reagrupar todos aquellos activos y pasivos que correspondan a una rama de actividad, esto es, la parte o partes del patrimonio que se van a escindir deben formar una unidad económica. Es importante no olvidarse de incluir algún elemento del activo o del pasivo que se va a transmitir, pues en este caso, permanecerá en la sociedad que se escinde, dando lugar, probablemente, a una situación indeseada.

Además, en esta fase, será obligatorio el informe de los administradores que, en este caso, deberá realizarse por D. José Ramón con el objeto de explicar y justificar con detalle el proyecto común de escisión, especialmente en sus aspectos jurídicos y económicos.

3) Posteriormente, en la fase decisoria, se va a tener que decidir en junta general por los socios de cada una de las sociedades si se aprueba o no la operación de escisión. Ahora bien, antes de que los socios tomen la decisión, es necesario poner a su disposición la información necesaria que se establece en el art. 39 LME para que puedan emitir un voto con conocimiento de causa. En caso contrario, se corre el riesgo de que, ante cualquier discrepancia en algún aspecto que pueda perjudicar a los socios, éstos ejerciten la acción de impugnación y, en consecuencia, no se pueda llevar a cabo la operación.

Por lo que refiere al quórum y régimen de mayorías, no es necesario un quórum de asistencia mínimo dado que estamos ante sociedades de responsabilidad limitada. Pero, sí que será necesario el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En consecuencia, para que se pueda aprobar la operación de escisión parcial cabe hacer las siguientes consideraciones respecto de cada una de las sociedades:

a) SPORTCLOTHES, S.L.: En este caso, como D. José Ramón ostenta el 70 % del capital social, con su voto favorable sería suficiente para aprobar la escisión.

b) TEXTUR, S.L.: En esta sociedad, el 80 % del capital social lo ostenta SPORTCLOTHES, S.L. que, a su vez, está representada por D. José Ramón. Por

tanto, si éste emite el voto favorable se alcanza el mínimo exigido (66%) para adoptar el acuerdo de escisión.

c) ROPAYCALZADO, S.L.: Como en el caso anterior, se trata de una sociedad participada al 80% por SPORTCLOTHES, S.L., de manera que si D. José Ramón emite su voto favorable sería suficiente para aprobar el acuerdo de escisión.

De esta forma, con los votos favorables de D. José Ramón y SPORTCLOTHES, S.L. —a su vez, representada por éste- en las respectivas sociedades sería suficiente. De ahí, la importancia de, una vez adoptado el acuerdo, comunicarlo a los socios y acreedores que, dado el carácter familiar de las sociedades y el reducido número de socios, es conveniente realizar de forma individual a través de un procedimiento que asegure su recepción. La vía que se adopte para realizar la comunicación así como la fecha en que se ha realizado al último de los socios deberá plasmarse en la escritura. Esto va a permitir que el Registrador pueda verificar que no ha existido, en su caso, manifestación del derecho de oposición.

4) Por último, en la fase de ejecución se deberá elevar el acuerdo a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil para que la operación devenga eficaz conforme a las pautas indicadas en el presente dictamen. Será a partir de este momento cuando la operación de escisión podrá ser oponible a terceros.

Por lo demás, una vez realizada por el registrador la inscripción de la escisión en la hoja abierta de la sociedad parcialmente escindida, así como seguidamente se deberá inscribir la absorción en la hoja abierta de la absorbente, se remitirán los datos necesarios por los respectivos registros al Registro Mercantil Central, para que se publique en el BORME.

Conclusión III. Por lo que respecta a cómo se van a distribuir las cuotas de participación con la operación de escisión, ello vendrá determinado por el tipo de canje que es aquella fórmula a través de la cual se determina el número de participaciones sociales de las sociedades beneficiarias que corresponden a los socios de las sociedades que se escinden. Ahora bien, dado que no sólo existe una única fórmula para realizar el cálculo y tipo de canje, se debe evitar que aparezcan desviaciones desproporcionadas en las valoraciones de cada una de las sociedades.

Dadas estas circunstancias, lo primero a tener en cuenta es que el tipo de canje se debe establecer sobre la base del valor real del patrimonio y que, necesariamente, ha de tener un valor positivo. Por tanto, aquella parte que se transmite de la sociedad escindida tiene que tener un valor del activo que supere al valor del pasivo, de manera que así se evita que se cree el efecto de una cesión de deuda y, en consecuencia, las participaciones transmitidas se consideren nulas.

No obstante, si bien es cierto que el tipo de canje no puede ser determinado libremente por las partes, sí que se permite que, en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes, en función de los intereses sociales, pueden acordar un determinado tipo de canje, siempre dentro de los rangos de valor resultantes sobre la base del valor real. Por tanto, es conveniente advertir de la ausencia de reglas exactas para su determinación y poner en conocimiento de los destinatarios de este dictamen la posibilidad que hay, dentro de los rangos a que se ha hecho referencia, de negociar el tipo de canje. Además, a pesar de que esta determinación se debe realizar por los expertos en la materia –cuestión que excede más allá del plano jurídico y, por tanto, no es objeto de este dictamen- es conveniente señalar que la mejor solución, dado que estamos ante un grupo de sociedades y prima el interés del grupo, pasa por combinar varios criterios para la valoración y así obtener el resultado más exacto posible.

Por último, hay que tener en cuenta que, en aquellos casos en que estemos ante una escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias cabe la posibilidad de atribuir a los socios participaciones de una sola de las sociedades adquirentes. Así, en el supuesto objeto de este dictamen, mientras que en la escisión de TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L. existe solamente una sociedad beneficiaria, en la escisión de SPORTCLOTHES, S.L. se escinden dos partes cada una de las cuales van a ser absorbidas por TEXTUR, S.L. y ROPAYCALZADO, S.L., respectivamente. En este sentido, puede ser interesante atribuir a los socios participaciones de una sola sociedad absorbente, ya que esto contribuirá a facilitar el procedimiento, ya que la LME lo que exige es que se guarde una proporcionalidad cualitativa, no necesariamente cuantitativa. De esta forma, aunque los socios sólo reciban participaciones de una de las sociedades absorbentes no van a resultar perjudicados por ello. Ahora bien, esta posibilidad solo cabe en aquellos supuestos en que los socios así lo consientan individualmente, lo que, a nuestro juicio, no va a causar grandes problemas debido al reducido número de socios que tiene cada una de las sociedades participantes en la escisión.

Conclusión IV. Por lo que refiere a la posibilidad de que algún socio impugne la escisión, cabe decir que esto suele ser infrecuente que ocurra en casos donde cada uno de los socios ostenta una parte importante del capital social, aunque, en el caso que nos ocupa, dado que D. José Ramón es el socio mayoritario, ya sea directa o indirectamente, en cada una de las sociedades participantes en la escisión, podría tomar alguna decisión unilateralmente que pueda causar perjuicios a los demás socios y, en consecuencia, éstos último decidan impugnarla.

Para ello, hay que tener en cuenta quién está legitimado activa y pasivamente y en qué casos pueden impugnar la escisión. En este sentido, existen varias causas que pueden dar lugar a la impugnación, sin embargo, no existe una lista

de causas tasadas, aunque, en todo caso, sí deberá haberse vulnerado algún derecho o causado algún perjuicio a los socios. Por tanto, si la operación de escisión se ha llevado a cabo respetando las exigencias legales y los derechos de socios y acreedores, en principio, no existirá motivo alguno que haga prosperar la impugnación.

Ahora bien, en el caso de que apareciera algún motivo y alguno de los socios que ostente interés legítimo decida impugnar la operación, deberá ajustarse a las exigencias previstas en la LME si la fusión ya se ha inscrito en el correspondiente Registro. En caso contrario, únicamente podrá optar por la vía prevista en la LSC explicada en el apartado correspondiente del presente dictamen. No obstante, como lo más habitual en estos casos es que se impugne lo que es la escisión propiamente, cabe hacer una serie de consideraciones respecto a la acción que ostentan los socios conforme al art. 47 LME por remisión del art. 73 LME.

En este sentido, se debe ir con especial cautela en el momento de demandar a la sociedad correspondiente, ya que, en el supuesto que nos ocupa, debido a que es un caso de escisión parcial, habrá que demandar a la sociedad escindida, sin perjuicio de la posibilidad de demandar a las sociedades beneficiarias que, en los casos de litisconsorcio pasivo necesario, será obligatorio.

Como consecuencia de lo anterior, en el caso de que prospere la impugnación de la escisión y se dicte una sentencia de nulidad de la escisión ello supondrá la extinción de la sociedad o sociedades beneficiarias y, por tanto, el patrimonio escindido se reintegrará a la sociedad que se escindió originariamente y las deudas asumidas por la sociedad beneficiaria, en último término, acabarán siendo asumidas por la sociedad escindida debido a la reintegración del patrimonio y ese patrimonio responderá por todas las deudas asumidas por aquella. De ahí que, se deba actuar con cierta cautela en tanto en cuanto no hayan transcurrido los plazos de impugnación de la escisión.

