

# ABSORCIÓN DE SOCIEDAD DIRECTA E ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA



**Sabina Llauger y Uri Geigler.** Abogados. Monereo Meyer Marinello Abogados.

*La Disposición Final Tercera de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital modificó, con efectos del pasado 2 de octubre de 2011, los apartados 4 y 5 del artículo 34 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM).*

*Modificación, la del apartado 5, en la que nos vamos a centrar y que introduce una gran inseguridad jurídica en los procesos de absorción de sociedades cuando la sociedad absorbente es una S.A. existente y titular de forma directa de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas. Concretamente, la nueva redacción del artículo 34.5.b) exige, en estos casos, el informe de expertos independientes a pesar de que el, también vigente y aplicable a las S.A., artículo 49.1 LMESM dispensa de dicha obligación. En resumen, la controversia está servida.*

## ARTÍCULO 49 LMESM: ABSORCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA

El artículo 49.1 LMESM establece un procedimiento simplificado de fusión por absorción cuando la sociedad absorbida se encuentre íntegra y directamente participada por la sociedad absorbente. Para ello, **dispensa de la obligación de emitir informe de expertos** sobre el proyecto de fusión (apartado 2º) y estipula que no será necesario acordar un aumento de capital en la sociedad absorbente (apartado 3º).

## ARTÍCULO 34 LMESM: INFORME DE EXPERTOS SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN. RÉGIMEN ANTERIOR

En consonancia con lo anterior, el artículo 34.5 LMESM, en su versión anterior a la reforma, preveía dos supuestos en los que era innecesario el informe de expertos: (a) cuando así lo hubieran acordado la totalidad de los titulares de derechos de voto de cada una de las sociedades participantes en la fusión y (b) cuando se tratara de absorciones de sociedades directa e íntegramente participadas, conforme al artículo 49.1. 2º LMESM.

En la práctica, **se originaron discrepancias entre los registradores españoles en la interpretación de la anterior redacción del artículo 34.5 LMESM** respecto de la exigencia o no del informe en las fusiones del supuesto (a), lo que llevó a la DGRN a poner paz en el asunto con

su resolución de fecha 2 de febrero de 2011.

## RESOLUCIÓN DGRN DE 2 DE FEBRERO DE 2011

La resolución de la DGRN aclaró que la dispensa del informe de expertos en el supuesto (a) anterior, se limitaba únicamente a la parte del informe de expertos referida al tipo de canje de las acciones o participaciones. Por tanto, **mantenía la exigencia del informe respecto de la mención sobre la contraprestación patrimonial del aumento de capital de la sociedad absorbente**, conforme al principio de efectividad de la aportación del artículo 59 de la Ley de Sociedades

de Capital y de las Directivas europeas en esta materia. De este modo, el Centro Directivo evitaba que en las fusiones del supuesto (a) se produjera una merma de los derechos de los acreedores sociales y una contradicción con la Ley de Sociedades de Capital.

A efectos del presente análisis, lo más relevante de la resolución es precisamente que ni siquiera entró a valorar la necesidad del informe en el supuesto (b) del antiguo 34.5 LMESM, esto es, en los supuestos del artículo 49.1 LMESM.

#### ARTÍCULO 34.5 LMESM: INFORME DE EXPERTOS SOBRE EL PROYECTO DE FUSIÓN. RÉGIMEN POSTERIOR A LA REFORMA Y CONTRADICCIÓN CON EL ARTÍCULO 49.1 LMESM

A pesar de ello, la Ley 25/2011 con, al parecer, el ánimo de incorporar el espíritu de la mencionada resolución, aprobó una nueva redacción de los apartados 4 y 5 del artículo 34 ampliando la exigencia del informe a los supuestos del artículo 49.1 LMESM creando una grave contradicción entre ambos artículos. Concretamente, establece el apartado 5:

**“5. El contenido del informe del experto o de los expertos sobre el proyecto de fusión estará integrado únicamente por la segunda parte en los siguientes casos:**

*a) Cuando, en todas las sociedades que participen en la fusión, **así lo hayan acordado todos los socios con derecho de voto** y, además, todas las personas que, en su caso, según la ley o los estatutos sociales, fueran titulares de ese derecho.*

*b) Cuando la sociedad absorbente fuera **titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones en que se divida el capital social** de la sociedad o sociedades absorbidas.”*

Erróneamente dicha nueva redacción del artículo 34.5 b) LMESM amplía esa exigencia a los supuestos de absorción de sociedad directa e íntegramente participada cuando además, como hemos indicado, en estos casos es innecesario el aumento de capital social de la absorbente. ¿Qué sentido tendría la emisión de dicho informe en estos casos? ¿Cuál sería el objeto del mismo? ¿Cómo se va a valorar, si la contraprestación de la aportación es la correcta si no existe aumento de capital social?

Asimismo, baste apuntar que el propio apartado 4 del artículo 34 LMESM, prevé únicamente que el informe manifieste *“la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la **nueva** sociedad o al importe del **aumento del capital** de la sociedad absorbente”*.

#### PRÁCTICA REGISTRAL Y CONCLUSIONES

A nuestro entender, dicho error del Legislador ha llevado, de nuevo, a numerosas discrepancias en las calificaciones registrales de las fusiones sometidas al régimen del artículo 49.1 LMESM. Actualmente determinados registros exigen, en los procesos de absorción de sociedades directa e íntegramente participadas sin ampliación de capital, la emisión de informe de experto independiente. Sin embargo, **otras corrientes registrales** más minoritarias **opinan**, para nosotros acertadamente, **que no cabe exigir-lo o que, en todo caso, deberá estarse al caso concreto** (complejidad patrimonial de las sociedades, existencia o no de auditoría, etc.).

De nuevo está servida la **inseguridad jurídica** para las sociedades de capital españolas que pretenden llevar a cabo procesos de fusión. Además, no olvidemos que todo ello supone un encarecimiento del proceso de fusión que choca con el primer objetivo del Preámbulo de la Ley 25/2011 que es *“la reducción del coste de organización y funcionamiento de las sociedades de capital...”*. Nada más lejos de la realidad, parece que el legislador ha herido de muerte al régimen simplificado del artículo 49.1 LMESM. Una vez más **el único consejo posible ante este tipo de operaciones de reestructuración es el de consensuar previamente con el registrador competente un plan de acción de fusión**, no vaya a ser que finalmente tengamos sorpresas indeseadas. ■

**Modelo de Proyecto Común de Fusión por Absorción de Sociedad Directa e Íntegramente participada entre Sociedad A, S.A. (la Sociedad Absorbente) y Sociedad B, S.L., Sociedad Unipersonal (la Sociedad Absorbida) (la Fusión) (conjuntamente, las Sociedades Participantes)**

De conformidad con el artículo 30 de la LMESM, así como de conformidad con el artículo 228 del RRM, los consejos de administración de las Sociedades Participantes suscriben este proyecto en \_\_\_\_\_, en fecha 30 de junio de 201\_, bajo las siguientes circunstancias:

**1. Identidad de las Sociedades Participantes.** La Sociedad Absorbente es SOCIEDAD A, S.A. [con datos \_\_\_\_]. La Sociedad Absorbida es SOCIEDAD B, S.L., Sociedad Unipersonal, [con datos \_\_\_\_]. El socio único de la Sociedad Absorbida es la Sociedad Absorbente.

**2. Motivo Económico.** Constituye el motivo económico de la Fusión \_\_\_\_\_.

**3. Régimen Jurídico de la Fusión.** La Fusión se rige por lo previsto en el artículo 49.1 de la LMESM. Con carácter supletorio, aplicarán las restantes disposiciones que recoge la LMESM para las fusiones.

Resultan de aplicación las dispensas del artículo 49 de la LMESM y, en consecuencia, este proyecto de fusión no recoge: i) el tipo, procedimiento de canje ni tampoco la compensación complementaria en dinero; ii) la fecha a partir de la cual se disfrute de las ganancias sociales; iii) información sobre la valoración del patrimonio transmitido de la Sociedad Absorbida; y iv) las fechas de las cuentas anuales de las Sociedades Participantes para establecer las condiciones en que se realiza la Fusión.

Tampoco se emitirán en la Fusión informes de administradores y expertos. Asimismo, como consecuencia de la Fusión no se producirá un aumento de capital de la Sociedad Absorbente. Por último, en aplicación de los artículos 49 y 51 de la LMESM, la Fusión no se aprobará por las Juntas Generales de las Sociedades Participantes.

**4. Balances de Fusión.** Serán considerados balances de fusión, los balances de las Sociedades Participantes cerrados a 31 de diciembre de 201\_. Los balances de fusión han sido verificados por los auditores de cuentas Auditores, S.L.P.

**5. Incidencia que la Fusión tendrá sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias.** No existen titulares de aportaciones de industria o prestaciones accesorias.

**6. Derechos que vayan a otorgarse en la Sociedad Absorbente a los titulares de derechos especiales o de títulos distintos de los representativos de capital u opciones.** Al no existir, no se otorgarán derechos especiales en la Sociedad Absorbente.

**7. Ventajas que vayan a atribuirse en la Sociedad Absorbente a los expertos independientes, así como a los consejeros de las Sociedades Participantes.** La Fusión no prevé la concesión de ventajas de ningún tipo en la Sociedad Absorbente.

**8. Fecha a partir de la cual la Fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo previsto en el PGC.** La fecha a partir de la cual las operaciones de la Sociedad Absorbida se considerarán realizadas contablemente por la Sociedad Absorbente será el 01.01.201\_.

**9. Modificación estatutaria de la sociedad resultante.** La Fusión no comporta cambios en los estatutos sociales de la Sociedad Absorbente.

**10. Identificación del órgano de administración de la Sociedad Absorbente y, en su caso, de los auditores de cuentas.** La Sociedad Absorbente seguirá regida tras la Fusión por los miembros que componen el consejo de administración en la actualidad. La Auditoría de Cuentas de la Sociedad Absorbente se mantendrá tras la Fusión a cargo de Auditores, S.L.P.

**11. Consecuencias de la fusión sobre el empleo.** La Fusión no conllevará ninguna consecuencia o modificación de carácter laboral, de seguridad social o de prevención de riesgos laborales que afecten a los empleados de las Sociedades Participantes, subrogándose la Sociedad Absorbente en la posición legal y contractual de la Sociedad Absorbida.

**12. Impacto de género en los órganos de administración.** La Fusión no tendrá impacto de género en el órgano de administración.

**13. Incidencia en la responsabilidad social.** Compromiso de las Sociedades Participantes hacia las preocupaciones sociales y ecológicas en sus actividades comerciales.

**14. Amortización de participaciones propias o recíprocas.** Las Sociedades Participantes no son titulares de acciones o participaciones propias y, en consecuencia, no se prevé ninguna amortización al respecto.

#### **Cronograma de la fusión por absorción de sociedad directa e íntegramente participada hasta su inscripción registral**

1. Cierre del Balance de Fusión.
2. Convocatoria, redacción y suscripción del Proyecto de Fusión por los Órganos de Administración.
3. Presentación y depósito registral del Proyecto de Fusión, así como publicación BORME.
4. Comunicación del Proyecto de Fusión a los representantes de los trabajadores.
5. Publicación del Proyecto de Fusión en BORME y diario gran circulación.
6. En su caso, solicitud de accionistas minoritarios de la Sociedad Absorbente para la celebración de Junta General de Accionistas de aprobación de la fusión.
7. Plazo oposición de acreedores.
8. Convocatoria y aprobación de la Fusión por la Junta General de Accionistas de las Sociedades Participantes.
9. Otorgamiento de la escritura pública de fusión.
10. Presentación e inscripción registral.