

# FUSIÓN DE SOCIEDADES



Trabajo fin de grado

**Autor:** Miguel Ángel Moya Ortega

**Tutor:** Antonio Conde Tejón

## Índice

1.-INTRODUCCIÓN.....	Pág.1
2.-DEFINICIÓN DE LA FUSIÓN MERCANTIL....	Pág.1
3.-TIPOS DE FUSIÓN.....	Pág.2
4.-CAUSAS QUE MOTIVAN LA FUSIÓN.....	Pág.6
5.-PASOS A SEGUIR PARA LA FUSIÓN.....	Pág.6
6.-EFECTOS QUE PRODUCE LA FUSIÓN.....	Pág.9
7.-MEDIDAS DE TUTELA.....	Pág.11
8.-CONCLUSIÓN.....	Pág.14
9.-BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.15
9.1.- webs utilizadas	
10.-ABREVIATURAS.....	Pág.15

## **1.- INTRODUCCIÓN**

Este trabajo se encuentra destinado a entender que es la figura de la fusión en el derecho mercantil, los diferentes tipos en los que se puede llevar a cabo y, el modo en que pueden verse afectadas las empresas que se encuentran implicadas en un procedimiento de fusión.

## **2.- DEFINICIÓN DE LA FUSIÓN MERCANTIL**

La fusión es una operación de ámbito jurídico conocida entre otras, como modificación estructural de las sociedades mercantiles, es decir, se puede definir como uno de los mecanismos en virtud del cual una o más sociedades sufren un cambio trascendental.

Cabe destacar que su definición legal se encuentra recogida en la Ley 3/2009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la cual es producto del desarrollo llevado a cabo por las Cortes Generales de una Directiva de la Unión Europea, que define el concepto de fusión de la siguiente manera: “ en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad 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 sociedades que se fusionen.

Otros conceptos a tener en cuenta sobre la fusión de sociedades, es la realizada por la jurisprudencia, entre las que destacan la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1987, la cual establece que es “un acto social que exige inexcusablemente la disolución previa de la empresa fusionada, cuyo patrimonio pasa a la nueva sociedad”. La Sentencia del Tribunal Supremo 25/2006 de 30 de Enero que dice, “la fusión como fenómeno de extinción de una sociedad con integración de sus socios y patrimonio en otra, preexistente o de nueva creación se caracteriza por perseguir, como modificación estructural, una concentración de empresas, provocar una disolución sin liquidación de la sociedad fusionada o absorbida y, como consecuencia, una sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones por la nueva o absorbente, y, finalmente, por dar paso a la incorporación a esta última de los socios de aquella”.

Autores como Enrique Rúa Alonso de Corrales, la definen como un proceso de concentración de empresas que da lugar a una noción de patrimonios y de socios de las sociedades intervinientes en la operación. Fruto de la misma se extinguen personalidades jurídicas independientes, con el fin de ampliar el patrimonio de otra personalidad jurídica preexistente o de nueva constitución.

Néboa Zozaa González, en su estudio sobre las fusiones y adquisiciones realizado para el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, lo define como la unión de dos empresas que dan lugar a una de mayor tamaño constituyendo así una de las maneras más recurrentes en la actualidad para ganar dimensión y competitividad, ante posibles amenazas u oportunidades de mercado.

Y Diego Fierro Rodríguez, la define como una modificación estructural bilateral, en la que existe una pluralidad de sociedades implicadas, entre las que se llevan a cabo la cesión global del activo y el pasivo.

Ante la vista de la amplia variedad de conceptos realizados sobre la fusión, ya sea por la jurisprudencia o por distintos autores, se podría extraer un denominador común de todos ellos, basados en que la fusión consiste en que dos o más empresas se juntan, ya sea creando una nueva sociedad con la correspondiente extinción de las anteriores a favor de la nueva, o bien porque una o varias sociedades ceden globalmente todo su activo y pasivo a otra sociedad preexistente o absorbente.

### **3.- TIPOS DE FUSIÓN**

Los tipos o clases de fusión pueden ser muy variado o, mejor dicho pueden recibir distintos nombres según los distintos autores que lleven a cabo su estudio, por ejemplo, Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez en su libro<sup>1</sup>, mencionan que la fusión puede ser, en primer lugar, por creación de sociedad y fusión por absorción; en segundo lugar, impropias y figuras distintas de la fusión; en tercer lugar, pueden ser abreviadas, y por último pueden ser realizadas entre sociedades independientes e intragrupo.

---

<sup>1</sup> “MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES”.

Según Carlos Baquerin Alonso<sup>2</sup>, se ha de realizar una clasificación dependiendo de que el objeto social de las sociedades que se fusionen pueda ser idéntico o diverso, clasificando los tipos de fusión en que pueden ser homogéneas o heterogéneas. Es decir, dependiendo de si su objeto social es el mismo o no.

Por mi parte, y tras una entretenida lectura de distintos autores, así como también de la Ley 3/2009, de 3 de Abril, considero que se pueden hacer sin menospreciar a los distintos autores, tres clases distintas de clasificación sobre tipos de fusiones.

La primera clasificación estaría compuesta por dos tipos de fusión, que serían la fusión mediante creación y, la fusión mediante absorción. La primera, sería según lo establecido por el artículo 23.1 de la Ley 3/2009, que “la fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionen y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas”. Por lo tanto, se caracteriza porque dos o más sociedades se extinguen una vez transmitidos sus patrimonios y socios a una nueva sociedad. La segunda, sería la regulada en el artículo 23.2 de la misma Ley, la cual dice: “Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta 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”. Por lo que una o más empresas desaparecen a favor de otra, que es la que absorbe mediante sucesión universal sus patrimonios, haciendo que esta última aumente su capital social.

La segunda clasificación de los tipos de fusión es la que se podría obtener en base a la estructuración realizada por la Ley 3/2009, consistente en clasificar las fusiones según su carácter, ya sea general, con carácter especial u operaciones asimiladas a la fusión.

Las fusiones con carácter general, se podrían definir como aquellas que aun estando reguladas por la Ley 3/2009, no cumplen los requisitos establecidos por sus artículos 49, 50, 51 y 52 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Es decir, se encuentran reguladas desde el artículo 22 al 48 de esta Ley.

---

<sup>2</sup> <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-mercantil-htm>

Las fusiones con carácter especial, serían las que se podrían enmarcar en alguno de los anteriores artículos en los que no estarían las de carácter general, debido a que cumplen alguno de los requisitos establecidos por ellos, como por ejemplo sería la absorción de una sociedad íntegramente participativa regulada en el artículo 49 o, la absorción de una sociedad participada al noventa por ciento como establece el artículo 50.

Con respecto a las operaciones asimiladas a la fusión, también se podrían incluir dentro de las de carácter especial, ya que aunque la Ley 3/2009 las regule fuera de las anteriores, no deja de tener un carácter especial por ser asimiladas a la fusión. Así lo establece el artículo 53 donde dice:” La operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas, también constituye una fusión”.

La tercera clasificación que se podría realizar, también extraída de la Ley 3/2009 , teniendo en consideración la época económico-social actual en la que nos encontramos inmersos como es la globalización de los mercados, la cual hace que exista una mayor interconexión entre los distintos mercados y empresas de una forma más rápida exigente, que a su vez crea una mayor competitividad y nuevas formas de hacer frente a las posibles amenazas que puedan surgir a lo largo de la vida de las diferentes sociedades, ya sea en sus relaciones mercantiles con otras empresas o transformaciones como es en este supuesto, vendría a consistir en clasificar las fusiones en nacionales, transfronterizas intracomunitarias y, aunque dicha Ley no lo diga, también cabrían las transfronterizas extracomunitarias.

Las fusiones nacionales, serían aquellas fusiones entre sociedades de capital que se encuentran domiciliadas y por ello, inscritas en el Registro de un mismo ámbito nacional, es decir, por ejemplo, todas aquellas que se encuentran en el Registro Español, y tal como dice el artículo 27.1 de la Ley 3/2009 “la fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la ley española se regirán por lo establecido en esta Ley”. Por lo tanto, su regulación estaría comprendida en el Reglamento del Registro Mercantil<sup>3</sup> y por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

---

<sup>3</sup> RD 1784/1996 JULIO de los artículos 216 a 237 y 349; Ley de Sociedades de Capital artículos 467 a 470 RDLEG 1/2010 de 2 JULIO.

Las fusiones transfronterizas intracomunitarias, por su parte se encuentran reguladas en la Ley 3/2009, la cual en su art. 54, que establece que “se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española. Con respecto al análisis de este artículo que ha sido argumentado y desarrollado en multitud de revistas ya sea por juristas o catedráticos, como Luis Javier Cortés Catedrático de la Universidad de Alcalá<sup>4</sup>. Una breve definición de que son las fusiones intracomunitarias es la que realiza la revista Europa<sup>5</sup>, que argumenta que las medidas que se toman con el artículo 54 de la Ley 3/2009, tienen por objeto reducir costes en las fusiones, garantizar la seguridad jurídica y permitir que se beneficien de ella un mayor número de empresas, sobre todo las que no deseen constituir una sociedad europea. De tal forma que una vez creada la sociedad resultante de la fusión, se le aplicará únicamente la legislación correspondiente al Estado miembro donde se halle su sede.

Las fusiones transfronterizas extracomunitarias, la Ley de Modificaciones Estructurales hace referencia a estas en su art. 27.2 que dice “la fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirán por lo establecido en las respectivas leyes personales”. Por su parte, el abogado de Hammonds, Jaime de la Lastra en su artículo realizado para el diario jurídico.com, dice que la fusión entre una sociedad perteneciente a un Estado miembro, con otra de un país no perteneciente a la Comunidad Europea, se regirá por lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales si una de las sociedades es Española y que sea parte en estos, y sin perjuicio de lo establecido para la Sociedad Anónima Europea. También argumenta, que es la primera vez que se regula el traslado del domicilio de sociedades españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros estados, lo cual pone de manifiesto la voluntad del legislador para facilitar la movilidad societaria y la proyección internacional que intenta otorgar esta Ley.

---

<sup>4</sup> El [notario.es/index.php/hemeroteca/revista/28/opinion/1411](http://notario.es/index.php/hemeroteca/revista/28/opinion/1411).

<sup>5</sup> EUR-Lex website, [Europa.eu/legislation-summaries](http://Europa.eu/legislation-summaries).

#### **4.- CAUSAS QUE MOTIVAN LA FUSIÓN**

La fusión de dos o más empresas, de forma general es producida por el carácter e interés económico que puedan tener estas en la fusión. Es decir, ya sea para reducir costes, abarcar un nuevo sector económico del mercado, que anteriormente a la fusión no se podría obtener, ganar mayor control sobre un mercado específico e, incluso también para hacer frente a posibles amenazas que puedan surgir o hayan surgido por la continua fluctuación de los mercados.

También se podría decir que otro motivo para que se lleve a cabo esta figura, es para lograr una mayor concentración empresarial, pero siempre teniendo en cuenta que no se puede contravenir la legislación vigente, ni producir daños a terceros.

En relación con estas causas comentadas que motivan que una fusión se pueda llevar a cabo, Tamez Martínez<sup>6</sup>, afirma que las sociedades pueden fusionarse para alcanzar distintos objetivos como son; aumentar sus ingresos; reducir los costes de producción, reducir los costes de distribución, reducir los intereses de los capitales ajenos, aumentar en la mayor medida posible la productividad, así como reducir la competencia y conseguir un lugar predominante en el mercado.

#### **5.- PASOS A SEGUIR PARA LA FUSIÓN**

Para la realización de este apartado he tomado como referencia a los autores Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez, que realizan un análisis referente a la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles en su libro, titulado de la misma forma que la Ley.

El Proceso para que se lleve a cabo la fusión sigue tres fases diferenciadas, la fase preparatoria, la fase decisoria (también denominada acuerdos de fusión) y la fase de ejecución.

La fase preparatoria, se caracteriza por la carencia de regulación legal, así como de la dificultad de conocer de esas negociaciones, las cuales se suelen desarrollar en secreto. Esta situación plantea una serie de problemas, como sería la discusión sobre la legitimación de los administradores sociales para llevar a cabo estas negociaciones, aun teniendo en cuenta que el artículo 30 LME atribuye a los administradores la elaboración del proyecto de fusión, presuponiendo por tanto que son los responsables de las

---

<sup>6</sup> Noticias.jurídicas.com/artículos-50-Derecho-Mercantil//201404



negociaciones previas, y por otro lado, si estas negociaciones tienen naturaleza contractual o no, es decir, si constituyen un preacuerdo.

Asimismo, el artículo 30.1 LME dispone:” los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión. Si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto con indicación de las causas”.

Por lo que al parecer, a esta fase preparatoria se le da un carácter negocial, destinada a la preparación de la fusión por parte de los administradores, los cuales posteriormente necesitarán el acuerdo unánime de la junta de sus respectivas sociedades. En este sentido se pronunció la SAP Barcelona de 5 de mayo de 2008 que dice: “el proyecto de fusión no supone un contrato perfeccionado... sino un mero instrumento de preparación de la fusión... que... no es vinculante para las sociedades hasta que haya sido aprobado en sus respectivas juntas”.

Por su parte, los administradores de cada una de las sociedades tendrán que redactar y suscribir un proyecto común de fusión, sobre el cual no podrán delegar esta facultad en sus consejeros delegados o comisiones ejecutivas, y el o los administradores que se encuentren disconformes podrán mostrar su disconformidad reflejándola en la redacción y posterior firma de todos los administradores, quedando así libre de responsabilidad.

Del artículo 30.2 LME se puede extraer que aunque los administradores no han de comprometer el proyecto, este posee un límite que no es más que si en algún momento entre la firma del proyecto hasta su consecución obtuviere noticia de alguna circunstancia relevante, en primer lugar tiene que mirar por el bien de su sociedad informando a los socios de esta de tal circunstancia.

Con respecto al informe que realizan los administradores, el artículo 33 LME regula que: “los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaboran un informe explicando y justificando el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y en las especiales dificultades de valoración que pudiesen existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores”, lo que conlleva también a exigir una posible responsabilidad a los administradores por la falta de información o la falta de veracidad de ésta y, que a su vez puede ser motivo de impugnación para la fusión.

A diferencia del informe de experto, no se prevé la formulación de un nuevo informe, de esta forma los administradores podrán realizar los que crean pertinentes, aunque hay que tener en cuenta que la SAP de las Palmas de 16 de Octubre admitió un único informe como válido, esto es debido a que este recogía las distintas posturas de las diferentes sociedades.

El informe del experto como he mencionado anteriormente, es único y fue introducido por la LME, la cual en su art. 34.1 define su ámbito de exigencia, y a su vez representa una medida de protección preventiva del interés de los socios de las sociedades y los intereses de terceros.

La fase decisoria o acuerdos de fusión, se encuentra regulada en el artículo 40.1 LME que establece que, “la fusión habrá de ser acordada por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose al proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldría al rechazo de la propuesta”.

Por tanto, en vista de este precepto la competencia para decidir sobre el resultado de la fusión corresponde a la junta general de socios, que son los que dan el consentimiento al acuerdo realizado con anterioridad por los administradores, quedando así vinculados tras el acuerdo aprobado por las distintas juntas.

El consentimiento en el procedimiento de fusión, será evidente por la concurrencia de los acuerdos de las juntas generales de las sociedades participantes, que tendrán que darse en el plazo máximo de seis meses desde la suscripción del proyecto de fusión.

Una vez llevado a cabo el acuerdo de fusión el artículo 43 LME establece que su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en la que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Pero esta no será necesaria si se comunica individualmente por escrito a cada uno de los socios y acreedores. Además, en la publicación se tendrá que hacer mención al acuerdo de fusión y del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

La fase de ejecución, se inicia una vez realizada la publicación o comunicación del acuerdo de fusión, el cual da inicio al plazo del derecho de oposición regulado en el

artículo 44LME y, tras pasar dicho plazo se podrá otorgar la escritura con la consiguiente inscripción y finalización de esta fase.

El derecho de oposición de los acreedores tiene su razón de ser, en el hecho de que al unirse varios patrimonios con diferente grado de solvencia, unos acreedores pueden resultar beneficiados y otros perjudicados.

Pero hay que destacar que para que finalice este proceso, se ha de hacer referencia al artículo 36.3 LME que establece que “las sociedades que se fusionen elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquella o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, el informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido”.

Aunque la plena eficacia de la fusión se consigue con su inscripción registral en el Registro Mercantil competente, siendo considerada en general por la doctrina y la jurisprudencia (STS de 21 de mayo de 2012) como constitutiva, produciendo así la plenitud de sus efectos y su oponibilidad frente a todos.

## **6.- EFECTOS QUE PRODUCE LA FUSIÓN**

Si la fusión tuviere por objetivo la creación de una nueva sociedad, el efecto que llevaría consigo sería la extinción de las sociedades que se fusionan mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios sociales a la nueva entidad. Por el contrario, si la fusión consistiera en la absorción de una sociedad por otra, la existente aumentará su capital social con la cuantía que proceda de la absorbida.

Otro efecto producto de la fusión consiste en la continuidad en la participación de los socios, los cuales en el supuesto en caso en que se crease una nueva sociedad tras la fusión, sus participaciones se integrarán en la nueva sociedad, recibiendo un número de acciones o participaciones proporcionalmente a la participación que poseían en las sociedades anteriores antes de su extinción. Si es en la fusión por absorción, el efecto resultante es que la participación de los socios se determinará atribuyendo a cada uno la participación en el capital de la sociedad extinguida correspondiente a la cuota de participación que le hubiera sido asignada en la escritura de constitución, reduciéndose proporcionalmente la participación de los demás socios (artículo 24 LME).

El tipo de canje es otro efecto de la fusión muy importante, debido a que este se establecerá sobre la base del valor real de su patrimonio, es decir, del de la sociedad de nueva creación o, la que absorbe una vez realizada tal operación, lo que conlleva a que

se tenga que ajustar el canje, produciendo que los socios puedan percibir una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas. Pero este no es el caso de las acciones o participaciones que estuvieran en poder de las sociedades que se fusionan, la cuales según el artículo 26 LME, estas tendrán que ser amortizadas o extinguidas.

Con respecto a este punto que hace referencia a los efectos de la fusión, estos efectos no serán efectivos hasta una vez realizada la escritura pública de fusión y su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente, momento en el que se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas.

Pero además de los efectos principales mencionados anteriormente, se pueden producir otros efectos secundarios, pero no por ello menos importantes, como son los siguientes:

Los efectos que se pueden producir sobre el régimen de arrendamientos, el cual crea cierta controversia motivada a la hora de aplicar el régimen vigente procedente de la reforma de la LAU de 1964 por la Ley de reforma societaria del año 1989, el cual implica un privilegio o excepción del contrato de arrendamiento respecto del régimen general de los demás contratos, a los que se aplica la regla de no alteración de la relación jurídica en caso fusión, con respecto si podría tener sentido ampliar los supuestos en que el arrendador tenía derecho a aumentar la renta. Algunas sentencias como la “SAP Madrid 1 de julio de 1994 y STS de 20 de septiembre de 1994” ambas referidas al artículo 31.4 LAU de 1964, entienden que la Ley no distingue y que la elevación de la renta se produce también en el caso de la transformación. A juicio de Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez<sup>7</sup> dicho artículo, así como el art. 32.3 de la actual LAU, no deben aplicarse ya que dicha aplicación sería contraria a la doctrina anterior del TS y, que consideran que la finalidad de la reforma era facilitar estas operaciones motivando de este modo una interpretación restrictiva.

Los efectos de la fusión en la legitimación procesal, sobre la que hace referencia la STS 23 de octubre de 1995 citada por la SAP Barcelona de 12 de marzo de 2001, son aquellos en los que la extinción de la personalidad de la fusionada implica la extinción de los poderes otorgados, siendo posible subsanar la falta de representación mediante el

---

<sup>7</sup> Autores del libro Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

otorgamiento de nuevo poder, pero no con la mera acreditación de la fusión, subsistiendo por tanto los poderes de la sociedad absorbente. Por lo tanto, se está haciendo referencia a la extinción de los poderes por <<fallecimiento>> derivado del art. 1732.2 del Cc., el cual entraría en colisión con opiniones como las de los autores anteriormente mencionados, que hacen alusión a la sentencia de la AP de Santa Cruz de 18 de diciembre de 1999, la cual argumenta que la ejecutante es absorbida por la absorbente adquiriendo esta todos los derechos y obligaciones de aquella, por lo que se tendría que aplicar el principio de la sucesión universal.

Los efectos que se producen en la responsabilidad por las deudas sociales, dichos efectos se encuentran recogidos en el art. 48 LME, que establece que “los socios que hubieran sido personalmente responsables de las deudas sociales de las sociedades que se extingan por la fusión contraídas con anterioridad a esa fusión, continuarán respondiendo de esas deudas”. Y el art. 21 dispone, que la responsabilidad prescribirá a los cinco años desde la publicación de la fusión en el BORME. Estos efectos de responsabilidad por las deudas sociales se entienden desde el punto de vista de que aunque se consienta dicha fusión por los socios, no son los acreedores los que la consienten, aunque un socio sea al mismo tiempo acreedor, circunstancia que motivaría su liberación sobre tal responsabilidad. De ahí que deba responder por las deudas de las que hubiera sido responsable.

## **7.- MEDIDAS DE TUTELA EN LA FUSIÓN**

Estas medidas de tutela tienen su fundamento en que el ordenamiento jurídico establece unos mecanismos de impugnación con la intención de asegurar que las fusiones se ajusten a la legalidad y por consiguiente, evitar que puedan verse dañados los intereses legítimos de otros sujetos que se vean directa o indirectamente implicados en la fusión.

Los mecanismos de protección a los que se hace referencia son, la impugnación de la fusión, la indemnización de daños y perjuicios, y la posible rescisión concursal.

Con respecto a la impugnación de la fusión, la Ley de Modificaciones Estructurales 3/2009 de 3 de abril, establece en su artículo 47 que la fusión no podrá ser impugnada una vez realizada su inscripción, siempre y cuando se ajuste a lo establecido por esta ley, exceptuando los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios que se les haya causado. Por lo tanto, es posible la impugnación de

los acuerdos antes de la inscripción conforme a las normas generales de impugnación de acuerdos.

De este apartado pueden extraerse tres conclusiones diferenciadas: la primera, tal como afirma Cristina Cano Ortega<sup>8</sup> es, “la regulación de la impugnación de la fusión tiene como principio inspirador la protección del tráfico y la apariencia jurídica”; la segunda, es que dicha Ley establece una medida de protección a favor de los socios y de los terceros que puedan sufrir daños sobre sus intereses legítimos, quedando de esta forma protegidos frente a la inscripción de la fusión, una vez inscrita puede basarse únicamente en la vulneración de alguna de las reglas contenidas en la Ley de Modificaciones Estructurales, aunque autores como Ricardo Cabanas Trejo y Luis Fernández del Pozo<sup>9</sup>, defienden que dicha impugnación también puede basarse en la vulneración de cualquier norma jurídica o por dañar el interés social.

El mismo artículo 47 LME establece que la sentencia que declare la nulidad deberá inscribirse en el Registro Mercantil, publicándose también en el “Boletín Oficial” y no afectará a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión a favor o a cargo de la sociedad absorbente, o de la nueva sociedad surgida de la fusión. Es decir, se puede entender con este precepto que se prima la protección del tráfico, de tal forma que se impone la subsistencia de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la fusión, a favor o a cargo de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad.

Pues bien, para que se pueda impugnar la fusión antes de su inscripción, el artículo 47 en su apartado 2º establece el plazo de tres meses para la realización de este ejercicio, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad.

Otra de las medidas mencionadas es la indemnización de daños y perjuicios, que aunque a ha sido mencionada con anterioridad, hay que hacer mención en que consiste en una clausula establecida en dicho precepto con la que se salvaguarda los intereses legítimos tanto de socios como de terceros que puedan verse dañados por el ejercicio de la fusión, quedando protegidos mediante el resarcimiento o compensación de tales daños.

---

<sup>8</sup> <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/201404>

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L..2009, pags.686ss.

Con respecto a la medida de rescisión concursal de la fusión, se ha de destacar el artículo 73 de la Ley Concursal, la cual establece que «la sentencia que estime la acción declarara la ineficacia del acto impugnado y condenara a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses». Este precepto supondría establecer en el caso de la fusión, un derecho preferente de los acreedores de la perjudicada frente a los de la sociedad beneficiada por la fusión en el cobro de sus créditos, pues de esta forma no se anula la fusión pero se evita el perjuicio de la confusión de patrimonios.

Otra medida de tutela que se podría insertar dentro de este apartado, es la recogida por el artículo 65 de la Ley 3/2009, y que hace referencia al control de legalidad, el cual establece que cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, será el Registrador mercantil quién controlará que todo el proceso realizado hasta la consecución de la fusión, se ajuste a la legalidad. Además, este precepto también establece junto con el artículo 67, que aquellos acuerdos de fusión en los que deba existir participación de los trabajadores en el sentido de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, no podrán inscribirse salvo que se haya celebrado un acuerdo o se haya optado por estar sujetos a las disposiciones subsidiarias establecidas por dicha Ley.

De estos dos preceptos se puede destacar que cuando la sociedad emergente de la fusión se encuentre sujeta a la legislación española, para asegurar que dicha fusión se ajuste a la legalidad, todo el proceso por el que han de pasar las sociedades hasta la finalización de este, con la consiguiente creación o continuidad de una de las sociedades con la fusión, serán controlados por el Registrador mercantil, incluyendo entre sus funciones, controlar si se han de realizar acuerdos de participación de los trabajadores.

Ahora bien, a la hora de preguntarse ante quien ha de ejercerse dichas medidas de tutela, cabe destacar que a partir del diez de Enero de 2015, ha comenzado a ser aplicable el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Pues bien, este Reglamento de nueva aplicación, en referencia a la fusión, establece en su sección sexta, denominada “competencias exclusivas”, artículo 24.2 que “son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones y de sus órganos,

los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica esté domiciliada; para determinar dicho domicilio, el órgano jurisdiccional aplicará sus normas de Derecho internacional privado”; y su apartado tercero, establece que “en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro”.

Para pedir dicha tutela sobre una fusión que cuyo domicilio social final radique en España, teniendo en cuenta el Reglamento 1215/2012, se tendrá que acudir a la jurisdicción española, y más concretamente al partido judicial donde se encuentre situada o se vaya a situar la sede de la sociedad. A sí mismo, dicho Reglamento también establece que la pronunciación del tribunal de un Estado miembro, será efectiva y tendrán fuerza ejecutiva, si fuese el caso de pedir daños y perjuicios, en cualquier lugar de la Unión Europea.

## **8.- CONCLUSIÓN**

A lo largo de la realización de este trabajo basado en la fusión mercantil, a quedado claro que la fusión consiste en la unión de dos o más empresas, con el objetivo de convertirse en una sola de nueva creación o, la absorción de una sociedad por otra, así como de su patrimonio con la consiguiente supervivencia de la absorbente.

Además, aunque puede hacerse una clasificación diferenciada de los distintos tipo de fusión, tomando como base la Ley de Modificaciones Estructurales, así como los distintos motivos que conducen a ella, todas siguen un mismo patrón de preparación para la correspondiente consecución de la fusión basado en la fase preparatoria, la fase decisoria la fase de ejecución, las cuales estarán controladas en todo momento desde su inicio hasta su final por el Registrador mercantil, que será quién controlará que el proceso para que se lleve a cabo la fusión se ajuste a la legalidad establecida por la Ley 3/2009 de la Ley de Modificaciones Estructurales, ya sea con respecto a una fusión de ámbito nacional, como transfronteriza.

En lo que respecta a las medidas que se pueden tomar y ante qué tribunal se ha de pedir la tutela de dichas medidas, el Reglamento (UE) 1215/2012, que entró en vigor el 10 de Enero de 2015 establece que se tendrán que hacer efectivas ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre domiciliada la sociedad. Queda claro que ante cualquier circunstancia, ya sea por la forma en que se ha creado la sociedad en la fusión, las medidas tomadas, e incluso para pedir daños y perjuicios ocasionados por ella, se tendrá que actuar acorde a dicho Reglamento.



## **9.- BIBLIOGRAFÍA**

-Libro “Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea”. Estudios en homenaje a José Girón Tena.-Biblioteca Jovellanos.

-Libro “Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”-Autores: Manuel González-Meneses y Segismundo Álvarez.-Biblioteca Jovellanos.

-Ley Concursal.

-Código de Comercio y legislación complementaria.

-Código Civil.

-“Recopilación de Monografías”.-Biblioteca Jovellanos.

-Ley 3/2009, de la Ley de Modificaciones Estructurales.

-Reglamento (UE) 1215/2012, de 10 de Enero de 2015.

### **9.1.-webs utilizadas**

-Noticias jurídicas.

-CENDOJ.

-WESTLAW.

-EUR-LEX

-Elnotario.es

-Diario Jurídico.

-Revista de Derecho de Sociedades núm. 39/2012

-www.ipme.org

## **10.-ABREVIATURAS**

-Art.- Artículo.

-SAP- Sentencia de la Audiencia Provincial.

-LME- Ley de Modificaciones Estructurales.

-STS- Sentencia del Tribunal Supremo.

-LAU- Ley de Arrendamientos Urbanos.

-Cc.- Código Civil.

-AP- Audiencia Provincial.

-BORME- Boletín Oficial del Registro Mercantil

-UE- Unión Europea.