

CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS ACORDADAS EN JUNTA UNIVERSAL

José Soria Sorjús, Abogado de Uría Menéndez

ABSTRACT: El artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, bajo la rúbrica “acuerdo unánime de fusión”, establece un régimen jurídico simplificado para las fusiones de sociedades mercantiles, distintas a las sociedades anónimas. Es precisamente objeto de este trabajo determinar si resulta posible simplificar también los aspectos relacionados con el procedimiento de fusión de sociedades anónimas que no se puedan englobar en los supuestos de fusiones especiales previstas en la Ley de Modificaciones Estructurales, dar respuesta a numerosas cuestiones que se plantean alrededor de la adopción del acuerdo en sede de junta universal, y analizar la forma y plazo para hacer efectivo el derecho de información.

COLUMNA DE OPINIÓN: Este trabajo presta especial atención a un tema hasta ahora escasamente tratado por la doctrina como es el análisis sobre la posibilidad de simplificar aspectos relacionados con el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal que no reúnan los requisitos para poderse acoger al régimen de las fusiones especiales. A tal fin, se estudian los caracteres de los distintos aspectos que integran la fase preparatoria del procedimiento de fusión, concluyéndose que la Ley de Modificaciones Estructurales establece el carácter imperativo de la preparación del proyecto común de fusión y su publicación con una antelación de al menos un mes al otorgamiento de la escritura de fusión, del informe de administradores y del balance de fusión. En relación con el informe de expertos independientes se establece el carácter imperativo por lo que respecta a la valoración del patrimonio aportado.

Asimismo, este trabajo analiza la forma y el plazo para hacer efectivo el derecho de información por los distintos sujetos que participan en el procedimiento de fusión. En particular, los accionistas pueden renunciar al ejercicio del derecho de información pero, al menos, deberán disponer del proyecto común de fusión en el momento de la celebración de la junta dado que el acuerdo ha de ajustarse al proyecto. En nuestra opinión, el representante de los trabajadores tiene derecho a recibir la información con un mes de antelación a la fecha de formalización de la escritura de fusión y, finalmente, los obligacionistas y los titulares de derechos especiales tienen derecho a recibir la información con un mes de antelación a la fecha de celebración de la junta.

1. Introducción

1.1. El artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (“**Ley de Modificaciones Estructurales**” o “**LME**”) regula, entre otras materias, la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo, dedicando concretamente su Título II a la fusión de sociedades mercantiles.

El artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la rúbrica “acuerdo unánime de fusión”, determina los requisitos que deben aplicarse a las fusiones de sociedades mercantiles,

distintas a las sociedades anónimas o comanditarias por acciones, que se acuerden en junta de socios con la asistencia o representación de todos ellos y por unanimidad y establece un régimen jurídico simplificado al excluir numerosos requisitos que resultan aplicables a la fusión de sociedades mercantiles en general. En particular, en los supuestos regulados en el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales es posible prescindir de las normas generales sobre el proyecto y el balance de fusión, sobre la información, convocatoria y adopción del acuerdo de fusión, que puede ser directamente adoptado sin proyecto de fusión y sin que sea necesaria ninguna publicidad o anuncio previo¹.

Por contra, y por lo que respecta a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones (únicamente nos referiremos en este trabajo a las sociedades anónimas), el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales las excluye expresamente del régimen regulado en el mencionado precepto y se les debe aplicar el régimen general de fusión previsto en esa Ley, de manera que basta con que intervenga una sola sociedad anónima, aunque se trate de la sociedad de nueva creación, para que no resulte aplicable el régimen establecido en el citado artículo 42. Sin perjuicio de las dudas que desde un punto de vista técnico suscita este tratamiento, si se atiende a la adecuación del régimen simplificado a la realidad del tráfico², debe advertirse que esta referencia no quiere decir, sin embargo, que no exista posibilidad alguna de simplificar su régimen jurídico.

El objeto de este trabajo es estudiar precisamente si es posible simplificar el procedimiento de fusión en los casos en los que participa una sociedad anónima o en los que la sociedad resultante sea una sociedad anónima, que no se pueda beneficiar del régimen legal previsto en el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales ni del régimen previsto para las fusiones especiales por no reunir las sociedades que intervengan en el procedimiento las circunstancias exigidas para acogerse a este régimen (artículos 49 a 52 LME). Tiene particular interés considerar si los argumentos avanzados por la Dirección General de los Registros y del Notariado (“DGRN”) y una buena parte de la doctrina continúan siendo válidos ahora en el marco del nuevo régimen previsto en la Ley de Modificaciones Estructurales para la fusión de sociedades mercantiles.

1.2. Antecedentes: la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993 y una breve referencia a la doctrina anterior a la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales

Con carácter preliminar al análisis de la materia objeto de este trabajo es preciso detenerse en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1993 que ha causado un gran debate doctrinal al obviar ésta determinadas formalidades establecidas en la normativa³.

¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, en AA. VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tomo I, *Transformación, fusión, fusiones transfronterizas e intracomunitarias*, Aranzadi (2009), págs. 572 a 575.

² Nótese que se prevé un régimen simplificado para los supuestos de fusión más habituales ya que en éstos participan sociedades limitadas y un régimen general para procesos de fusión en los que intervienen sociedades anónimas que si bien es cierto que también son frecuentes no lo es menos que son menos habituales que los primeros.

³ La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado realiza una apuesta a favor de la simplificación del procedimiento para la realización de cambios estructurales. En la Resolución que se analiza en

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de junio de 1993⁴, estimó un recurso de reforma y revocó la decisión de la Registradora de denegar la inscripción de una escritura de fusión por absorción de dos sociedades anónimas basándose - una vez subsanadas ciertas cuestiones de carácter material - en el incumplimiento de los artículos 238 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas⁵ (“LSA”), cuyo objeto es el derecho de información de los accionistas sobre la fusión (en la actualidad sustituido por el artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital) y 193 del Real Decreto 1587/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento del Registro Mercantil⁶ (en la actualidad artículo 226 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil), que regula el depósito del proyecto de fusión.

Es preciso tener en cuenta que en el supuesto de hecho analizado la sociedad absorbida estaba participada íntegramente por la sociedad absorbente, y ambas sociedades carecían de obligacionistas y de titulares de derechos especiales distintos de las acciones y contaban con trabajadores. Se trataba de una fusión en régimen simplificado (artículo 250 LSA).

El Notario autorizante planteó su recurso sobre la base de que la junta general universal es competente para decidir sobre cualquier tipo de asunto y de hacerlo incluso antes de haber depositado el proyecto de fusión en el Registro Mercantil.

Así, las cuestiones analizadas en la Resolución se pueden englobar en dos grandes apartados, a saber: (a) por un lado, la competencia de la junta universal para aprobar acuerdos de fusión y (b) por otro lado, la posibilidad de acordar la fusión prescindiendo de los derechos de información previstos en la ley.

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas en el párrafo anterior, la Dirección General de los Registros y del Notariado admitió en la Resolución la validez de una fusión por absorción decidida en junta universal y por unanimidad en la que el proyecto se había depositado tras los acuerdos de fusión.

En efecto, la Resolución, aun reconociendo expresamente la garantía que para los accionistas establecían los artículos 238 de la Ley de Sociedades Anónimas y 193 del derogado Real Decreto 1587/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobaba el Reglamento del Registro Mercantil, dispone que “[...] es obvio que tal garantía no puede llevarse al extremo de entorpecer el derecho de aquéllos a tratar en cualquier momento cualquier asunto si estando presente todo el capital social así lo acuerda. Se trata de una medida encaminada a facilitar

este apartado relativa al procedimiento de fusión así queda reflejado. Para otros supuestos de modificaciones estructurales, VICENT CHULIÁ, F., en “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, fascículo 1997/003, pág. 57, considera que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado de forma flexible y desregulada la normativa de transformación en los supuestos en los que los mecanismos de publicidad previa a la transformación no sirve a la protección de intereses efectivos.

⁴ La Ley 684-RN/1994, Boletín Oficial del Estado, núm. 185, de 4 de agosto, págs. 23717 y 23718.

⁵ Derogado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁶ El artículo 193.4 del derogado Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, disponía que “La publicación de la convocatoria de las Juntas generales que hayan de resolver sobre la fusión no podrá realizarse antes de que hubiese quedado efectuado el depósito”. Derogado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

a los socios un conocimiento completo, veraz y oportuno de los presupuestos y repercusiones de la decisión a adoptar, que garantice un ejercicio del derecho de voto verdaderamente libre y consciente, pero que ha de ceder ante la propia decisión del socio de aceptar la celebración de la junta universal en cualquier momento [...]”.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones apuntadas anteriormente, el Centro Directivo establece que *“a) que la no efectuaración de ese depósito no excluye la efectiva existencia del proyecto de fusión, incluso con la antelación mínima de un mes respecto al momento de celebración de la junta; b) que ni siquiera la inexistencia del proyecto de fusión implica un desconocimiento por los socios de los presupuestos y alcance de la fusión pretendida (piénsese en Sociedades con escaso número de socios y patrimonio social reducido); y c) que un precepto reglamentario -el art. 193,4- no puede interpretarse en contradicción con una norma de rango superior, el art. 99 de la Ley de Sociedades Anónimas”.*

Por último, la Resolución al tratar de los representantes de los trabajadores destaca que estos *“no participan en la adopción de la pertinente decisión, ni pueden predeterminar, vetar o modificar su contenido”* como argumento para defender que basta con que el depósito se efectúe con un mes de antelación a la realización de la fusión para entender protegidos sus derechos.

Asimismo, resulta de interés detenerse en el análisis de esta cuestión realizado por la doctrina anterior a la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales. La doctrina se halla dividida en el análisis del contenido de la citada Resolución, sin dar en buena parte de casos una opinión concluyente - especialmente por lo que respecta a la necesidad del depósito del proyecto de fusión previo a la celebración de la junta -, sino opiniones condicionadas a las circunstancias particulares de la sociedad en cuestión y de los sujetos interesados en el proceso de fusión, por lo que, como veremos a continuación, las consideraciones realizadas por determinados autores deben interpretarse con la cautela oportuna.

En primer lugar, encontramos una interpretación doctrinal⁷ muy crítica con el contenido de la Resolución, que considera que una junta universal no es competente para tratar fusiones de sociedades teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 240 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente artículo 40 LME) por entender que prevalece sobre el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas (actualmente artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital) por el principio de especialidad.

Asimismo, esta corriente doctrinal critica la Resolución ya que, en su opinión, el derecho de información previo a la celebración de la junta que ha de decidir sobre la fusión está destinado a proteger los intereses no sólo de los accionistas sino también de terceros (obligacionistas, titulares de derechos especiales, trabajadores, acreedores, etc.) y además el control de

⁷ Esta corriente está encabezada por LARGO GIL, R. “Adopción de acuerdos de fusión de sociedades en junta universal (RDGRN 30-6-1993)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Dir.). *Derecho de sociedades I. Comentarios a la jurisprudencia*, Tomo II, Aranzadi (2010), págs. 2723 a 2737, id., “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm 9, (1997), págs. 165 a 169, SEQUEIRA MARTIN, A., “Comentario de los artículos 234, 238 y 240 LSA”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, *Revista de Derecho Privado*, (1993), págs. 119 a 130, 168 a 184 y 202 a 218 y ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 3, (1994), pág. 200.

legalidad del proyecto de fusión por el Registrador con carácter previo a la adopción del acuerdo social de fusión garantiza que el documento que va a ser puesto a disposición de los interesados se ajuste a las exigencias legales. En conclusión, defienden que la fase preparatoria de la operación de fusión es imperativa y, por tanto, no puede ser dispuesta por los accionistas.

En segundo lugar, resaltamos la posición defendida por otro sector doctrinal⁸ que, aún reconociendo las dificultades de dar una opinión concluyente sobre el tema, se inclina por defender una interpretación flexible del régimen legal al justificar la posibilidad de que la junta universal adopte acuerdos de fusión con base en su competencia para tratar cualquier tipo de asunto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas. Este grupo de autores entienden, no obstante, que la flexibilidad del proceso de fusión no debe implicar una reducción del derecho de información de los sujetos legitimados.

Por lo que respecta a la posibilidad de prescindir del proyecto de fusión, a Embid Irujo le plantea serias dudas la licitud de la aprobación de una fusión sin que se haya presentado el correspondiente proyecto. En el eventual supuesto de que se pudiera llegar a dar por buena la solución contraria (planteamiento que critica), este autor considera que se debería preparar como mínimo alguna base documental que permita que la información esté objetivada y sea susceptible de control para su conocimiento por los accionistas y su control por los expertos.

Por último, otro grupo de autores⁹ defienden con firmeza que la junta universal es competente para decidir cualquier asunto que le sea propio, incluida la fusión¹⁰, entre otras razones, con base en lo dispuesto por la Tercera Directiva sobre Sociedades¹¹, de la que no resulta objeción para que la fusión sea decidida por la junta universal. Conviene recordar que la Tercera Directiva sobre Sociedades establece que el proyecto de fusión deberá ser objeto de publicidad al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general.

⁸ EMBID IRUJO, J.M., “Comentario del artículo 234 LSA” y “Comentario del artículo 240 LSA”, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y EMBID IRUJO, J.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Volumen III, Tecnos (2009), págs. 2247 y 2248 y 2307 a 2309 y GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas (1993), pág. 238, nota 406.

⁹ PEREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas (1998), págs. 349 a 365, CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. y PÉREZ TROYA, A., “Comentario del artículo 240 LSA”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IX, Volumen 2, Civitas (2008), págs. 299 a 303 y CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit., págs. 25 y 26, por lo que respecta a sus comentarios a la Resolución.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 15 de febrero de 2007 que reconoce expresamente la posibilidad de que la junta que apruebe una fusión tenga carácter de universal conforme a lo establecido por el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas (La Ley 3263/2007).

¹¹ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, (La Ley 1925/1978) (en adelante, la “**Tercera Directiva sobre Sociedades**”). Recientemente se ha aprobado la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a fusiones de sociedades anónimas (“**Directiva 2011/35/UE**”). La Directiva 2011/35/UE (La Ley 8454/2011) es una versión consolidada de la normativa europea relativa a fusiones de sociedades anónimas, entra en vigor el 1 de julio de 2011 y deroga la Tercera Directiva sobre Sociedades a partir de su entrada en vigor. La numeración de los artículos de la Tercera Directiva sobre Sociedades que se relacionan en este trabajo tiene idéntica correspondencia con la numeración de la Directiva 2011/35/UE.

En este último grupo hay autores¹² que sostienen que los accionistas pueden aprobar la fusión aun cuando no exista en el momento de la adopción del acuerdo de fusión el proyecto ni el resto de documentos de carácter informativo, si bien con matices según el escenario que se contemple. El primero consistente en la inexistencia de otros interesados en el proceso de fusión distintos de los accionistas, en cuyo caso entienden que se puede aprobar la fusión en junta universal sin necesidad de proyecto de fusión siempre que así lo aprueben de forma unánime los accionistas implicados. El segundo en el que además de los accionistas figuran otros interesados con derecho de información análogo al de éstos, en cuyo caso, y a pesar de ser un supuesto más dudoso, también optan por defender la procedencia del acuerdo de fusión adoptado, sin proyecto de fusión siempre que el derecho de información se haga efectivo en algún momento que permita a los interesados la defensa de sus derechos.

2. Requisitos aplicables a las fusiones de sociedades anónimas acordadas en junta general universal de accionistas

2.1 Adopción del acuerdo de fusión en junta general universal

Tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, el tratamiento de la cuestión relativa a la posibilidad de adoptar el acuerdo de fusión en sede de junta universal es una cuestión que está en buena medida superada ya que está reconocida expresamente.

En efecto, el artículo 32 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la rúbrica “publicidad”, admite expresamente, en el último inciso de su apartado primero, la celebración de junta universal para la aprobación del acuerdo de fusión, sin restringirlo a ningún tipo societario, antes de que se haya efectuado el depósito del proyecto común de fusión.

En nuestra opinión, que es compartida por buena parte de la doctrina, puede sostenerse que la normativa vigente permite la adopción de acuerdos sociales de fusión en sede de junta universal a todas las sociedades mercantiles, entre las que lógicamente se encuentran las sociedades anónimas¹³.

No es obstáculo para mantener esta interpretación la existencia de un régimen simplificado en relación con el acuerdo de fusión (artículo 42 LME).

Como ha sido anticipado, el legislador ha introducido un supuesto, regulado en el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la rúbrica de “acuerdo unánime de fusión”, que permite adoptar el acuerdo de fusión en junta por unanimidad salvando gran parte de los requisitos exigidos en el procedimiento general de fusión con la salvedad de que las sociedades mercantiles que intervengan no sean anónimas.

El artículo 32 de la Ley de Modificaciones Estructurales contiene una regla general sobre la publicidad del procedimiento de fusión que no establece salvedades a su aplicación en función del tipo de sociedades que participen en la fusión. En este sentido, es preciso tener en cuenta

¹² PEREZ TROYA, A., *La tutela...*, op. cit., págs. 349 a 365 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. Y PÉREZ TROYA, A. “Comentario del artículo 234 LSA”, *Comentario al...*, op. cit., págs. 114 a 118.

¹³ En este sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase...”, op. cit., págs. 575 y 576 y CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit., págs. 37 a 42. De otra opinión, LARGO GIL, R., “La fase previa y el proyecto de fusión”, en AA.VV., *Modificaciones estructurales ...*, op. cit., págs. 441 y 471 y ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. La Ley 3/2009*, Bosch (2009), págs. 406 a 409.

que el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital establece que la junta universal se puede constituir para tratar de “*cualquier asunto*” y hay que entender que también para acordar una fusión.

El supuesto de hecho del artículo 32.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales no se identifica con el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales en la medida que el primero está relacionado con el funcionamiento de la junta mientras que el segundo con el acuerdo de fusión adoptado de forma unánime y, como es sabido, la junta universal no es la que adopta los acuerdos por unanimidad sino la que se celebra sin haberse realizado la convocatoria previa según los requisitos legales. Nada impide que el régimen simplificado pueda referirse a una junta previamente convocada.

2.2 Análisis sobre la posibilidad de simplificar aspectos relacionados con el procedimiento de fusión

A) Introducción

Con carácter preliminar, es preciso destacar que la Ley de Modificaciones Estructurales establece un marco general del régimen jurídico de la fusión que no diferencia a las sociedades anónimas destinatarias por razón de su tamaño o de los sujetos que pueden estar interesados en el proceso, a los que aplica un mismo régimen en la fase de preparación de la fusión.

El legislador español únicamente ha incorporado algunos aspectos de las disposiciones de la normativa comunitaria que permiten la simplificación el procedimiento en relación con las fusiones objeto de este trabajo.

Afirmada la posibilidad de celebrar juntas universales para la aprobación del acuerdo de fusión, interesa ahora analizar los caracteres de los distintos aspectos que integran la fase preparatoria del procedimiento de fusión. La opción legislativa realizada a partir del régimen comunitario permite orientar la interpretación de este régimen.

B) Proyecto común de fusión

La Ley de Modificaciones Estructurales impone la obligación de preparar un proyecto común de fusión para todas y cada una de las sociedades implicadas en un proceso de fusión en las que intervengan sociedades anónimas. Así resulta claramente de los artículos 30, 31, 39, 40, 42, 49 y 51 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Tal y como se ha configurado el régimen general del procedimiento de fusión en la Ley de Modificaciones Estructurales, no parece que pueda acogerse una interpretación flexible de la norma tendente a defender la posibilidad de prescindir del proyecto de fusión por acuerdo unánime de los accionistas.

En este sentido, es preciso tener en cuenta que el apartado primero del derogado artículo 240 de la Ley de Sociedades Anónimas, bajo la rúbrica “acuerdo de fusión”, disponía que “*el acuerdo de fusión habrá de ser adoptado por la junta general de cada una de las Sociedades que participen en la fusión, ajustándose al proyecto de fusión*” mientras que el artículo 40.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la misma rúbrica, establece que “*la fusión habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades*

que participen en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión...". Las palabras “necesariamente” y “estrictamente” creemos que han sido introducidas por el legislador para reforzar la idea de la imperatividad del proyecto común de fusión.

Por tanto, en nuestra opinión, la puerta que dejó abierta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución al afirmar que “*ni siquiera la inexistencia del proyecto de fusión implica un desconocimiento por los socios de los presupuestos y alcance de la fusión pretendida*”, que se podía llegar a interpretar en el sentido de que era posible prescindir del proyecto de fusión en alguna de las fases del procedimiento de fusión si los accionistas lo acordaban de forma unánime, debe quedar cerrada tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales¹⁴.

Es preciso tener en cuenta que incluso en los supuestos de las fusiones acogidas al régimen especial (artículos 49 y 51 LME), relativas a fusiones intragrupo en los que participen, entre otras, sociedades anónimas, no se puede prescindir del proyecto común de fusión sino simplemente se puede prescindir de determinados requisitos.

Una vez afirmado el carácter imperativo de la preparación del proyecto común de fusión en la Ley de Modificaciones Estructurales, en el supuesto de que el acuerdo de fusión se adopte en sede de junta universal, se plantea la cuestión de si se puede llegar a prescindir del depósito del proyecto aprobado en el Registro Mercantil y en el supuesto de que la respuesta sea negativa en qué momento debe procederse al depósito del proyecto.

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas en el párrafo anterior, la respuesta debe ser negativa dado el tenor del artículo 32 de la Ley de Modificaciones Estructurales que establece que los administradores están obligados a depositar el proyecto común de fusión en el Registro Mercantil y no se exceptiona ningún supuesto en el que sea posible prescindir de este trámite. Esta obligación de publicidad resulta igualmente del artículo 6 de la Tercera Directiva sobre Sociedades.

El depósito del proyecto común de fusión puede realizarse con anterioridad o posterioridad a la adopción del acuerdo de fusión.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Tercera Directiva sobre Sociedades, se deduce que el depósito del proyecto común de fusión tiene la finalidad de hacer público el documento en beneficio de cualquier tercero (“*pone a disposición del público*”) y, por lo tanto, no sólo de los sujetos interesados en el procedimiento de fusión tal y como quedan estos listados en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales. Esta cuestión puede tener relevancia en relación con los derechos de información que tienen los sujetos interesados en el procedimiento de fusión. Asimismo, el citado precepto comunitario dispone que el proyecto

¹⁴ En el supuesto de que, a sensu contrario, se diese por bueno el planteamiento consistente en la posibilidad de flexibilizar la interpretación de la normativa en el sentido de que los accionistas pudiesen adoptar el acuerdo de fusión sin disponer de un proyecto común de fusión se plantearía la dificultad práctica de determinar el contenido exacto del proyecto que se ha de depositar en el Registro Mercantil. Esto es, si no hay un proyecto común de fusión aprobado en junta es muy difícil que se produzca una concordancia perfecta entre la voluntad exacta de la junta y el proyecto depositado, ¿qué certeza se tendría de que el documento depositado se corresponde con la voluntad de la junta?

debe depositarse al menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general llamada a pronunciarse sobre el proyecto de fusión.

Es preciso tener en cuenta que la publicidad del proyecto común de fusión tiene además de la finalidad señalada en el párrafo anterior, la de control de legalidad. Si se llegase a la conclusión de que resulta posible reducir el plazo de publicidad mencionado en la normativa comunitaria se estaría dando más importancia a la vertiente del control de legalidad que a la de publicidad. Esta interpretación parece que no es conforme con la Tercera Directiva sobre Sociedades que, como ya ha sido comentado, da relevancia a la publicidad con la antelación mencionada.

La cuestión que presenta especial dificultad es el límite respecto del cual se ha de fijar la antelación de un mes, esto es, la escritura de fusión o la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. Aunque entendemos que los argumentos para la defensa de esta posición no son definitivos, creemos que cabe defender de forma razonable que el límite es, al menos, el otorgamiento de la escritura de fusión.

Esta interpretación permite coordinar la exigencia de publicidad del proyecto de fusión con el plazo para ejercer el derecho de oposición por parte de los acreedores y con el otorgamiento de la escritura de fusión con todas las manifestaciones del artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil (*“la declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad”*). Esta posición nos parece la más prudente ya que garantiza especialmente el derecho de información que asiste a los acreedores y reproduce el esquema general del procedimiento de fusión¹⁵.

Por lo tanto, una interpretación prudente conduce a afirmar que el depósito del proyecto común de fusión debe realizarse con una antelación mínima de un mes a la fecha de otorgamiento de la escritura de fusión.

C) Informe de administradores

El artículo 33 de la Ley de Modificaciones Estructurales exige la preparación de un informe de administradores por cada una de las sociedades que participen en cualquier fusión. A diferencia de lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la rúbrica “informe de expertos”, que prevé expresamente la posibilidad de que exista un único informe, el artículo 33 de la Ley de Modificaciones Estructurales guarda silencio en relación con este particular.

La mayor parte de la doctrina¹⁶ defiende que son necesarios tantos informes como sociedades intervienen en el proceso de fusión. Uno de los argumentos utilizados para la defensa de esta posición consiste en la afirmación de que cada informe debe reflejar las razones de orden individual que tiene cada sociedad para llevar a cabo la fusión, que estas razones no tienen por

¹⁵ En este sentido, CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit., pág., 27, “en el sobreentendido de que la fusión se realiza para la DGRN con el otorgamiento de la escritura (art 243.1 LSA), bastará para la firma de esta última con esperar un mes desde la fecha de aquel depósito^{15”}

¹⁶ Por todos, MARTÍ MOYA, V., *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Comares, (2010), págs. 146 a 148.

qué coincidir entre las distintas sociedades que participen en el procedimiento de fusión y, por ello, entienden que cada sociedad debe formalizar su propio informe de administradores.

Por contra, es posición minoritaria en la doctrina¹⁷ la defensa de la posibilidad de que se preparen bien informes separados o bien un informe conjunto para todas las sociedades que participen en la fusión. Para la defensa de esta opción se argumenta, entre otras razones, que la redacción del artículo 237 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 33 LME) que establecía la obligación de elaborar un informe si bien es cierto que no se refiere de forma expresa a la posibilidad de que se elabore un informe conjunto no lo es menos que tampoco la excluye.

Es difícil, sin embargo, que pueda mantenerse esta última interpretación a la vista del nuevo redactado de la Ley de Modificaciones Estructurales. Y es que tras la promulgación de la Ley de Modificaciones Estructurales, continua admitiendo de forma expresa la preparación de un único informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión, por lo que se podría llegar a interpretar de forma razonable que si el legislador hubiese deseado que fuese posible la preparación de un único informe de administradores para todas las sociedades involucradas en el proceso de fusión así lo habría reflejado expresamente.

El informe ha de ser para cada sociedad y no se puede prescindir del mismo. Un argumento que refuerza la tesis del carácter imperativo de la pluralidad del informe de administradores, consiste en que no se ha previsto en la normativa española una exclusión de la obligación de aportar informe de administradores para los supuestos establecidos en el artículo 34.5 de la Ley de Modificaciones Estructurales que excepciona la obligación de preparar el informe de expertos independientes sobre el proyecto de fusión en determinados supuestos¹⁸.

Además, refuerza la interpretación tendente a afirmar el carácter imperativo de este documento el hecho de que el legislador español aún teniendo la facultad de incorporar a nuestro sistema jurídico el tenor de los artículos 9 y 11.1 d) de la Tercera Directiva sobre Sociedades, según la redacción dada por la Directiva 2009/109, de 16 de septiembre de 2009¹⁹, referida a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, que prevén la posibilidad de que los accionistas por acuerdo unánime prescindan del informe de administradores, ha renunciado hasta la fecha a hacerlo²⁰.

D) Informe de expertos independientes

La Ley de Modificaciones Estructurales igualmente preceptúa la obligación de preparar un informe de expertos independientes cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima y

¹⁷ LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles, fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Civitas, (2000), págs. 435 a 441.

¹⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Informe de los administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en AA.VV. *Modificaciones Estructurales...*, op. cit., págs. 489 a 526.

¹⁹ Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones (“Directiva 2009/109 CEE”).

²⁰ En los supuestos de fusiones especiales regulados en los artículos 49.1.2º y 50 de la Ley de Modificaciones Estructurales se dispensa la preparación del informe de administradores salvo que se trate de una fusión transfronteriza.

siempre que sean legalmente necesarios. La Ley de Modificaciones Estructurales faculta expresamente a los administradores optar por solicitar un único o una pluralidad de informes.

Del tenor literal del artículo 34.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales parece desprenderse que el informe de expertos no es necesario si en la fusión participa una sociedad anónima pero la resultante no lo es. Esta previsión así interpretada suprimía la obligación impuesta por el derogado artículo 94 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de someter el proyecto de fusión al informe de expertos independientes cuando alguna de las sociedades que participaban en la fusión eran anónimas²¹.

Sin embargo, el Consejo de Estado en su dictamen de fecha 19 de diciembre de 2007²² al anteproyecto de la Ley de Modificaciones Estructurales, ratifica la postura del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles consistente en solicitar que el informe de expertos se requiera siempre que una sociedad anónima participe en la fusión en la medida en que parece corresponderse con más fidelidad a la Tercera Directiva sobre Sociedades, al establecer que *“el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles ha propugnado que ese informe se requiera siempre que una sociedad mercantil de los indicados tipos [sociedades anónimas] participe en la fusión, criterio que este Consejo comparte, en la medida en que parece corresponderse con más fidelidad a la Tercera Directiva comunitaria europea en materia de Derecho de Sociedades (Directiva 78/855/CEE, del Consejo, de 9 de octubre, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas), cuyo artículo 10 prevé un informe a cargo de uno o varios peritos independientes "por cada una de las sociedades que se fusionen"*.

No obstante, la Ley de Modificaciones Estructurales dispensa la obligación de elaborar el informe de expertos en determinadas circunstancias²³. El supuesto objeto de análisis en este trabajo es el regulado en el artículo 34.5 de la Ley de Modificaciones Estructurales que establece que no será necesario el informe de expertos sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de accionistas con derecho de voto y, en su caso, quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto. En este sentido, el artículo 10.4 de la Tercera Directiva sobre Sociedades según la redacción dada por la Directiva 2007/63 CE²⁴, estableció la posibilidad de renunciar al informe de expertos por acuerdo de todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión. La Ley de Modificaciones Estructurales incorpora de este modo la regulación comunitaria.

Por ello, se plantea la duda de si el artículo 34.5 de la Ley de Modificaciones Estructurales dispensa de la obligación de aportar el informe de expertos en la valoración de aportaciones no dinerarias en la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas que resulten de la fusión.

²¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase...”, op. cit., pág. 542.

²² Dictamen del Consejo de Estado, 19 de diciembre de 2007, núm. de expediente 1977/2007.

²³ Adicionalmente al supuesto previsto en el artículo 34.5 de la Ley de Modificaciones Estructurales, en los supuestos de fusiones especiales regulados en los artículos 49.1.2º y 50 de la Ley de Modificaciones Estructurales se dispensa asimismo la preparación del informe de expertos.

²⁴ Directiva 2007/63 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855 CEE y 82/891 CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas.

Muy recientemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, se ha pronunciado sobre la cuestión en su Resolución de 22 de febrero de 2011²⁵, por la que desestimó un recurso de reforma y confirmó la decisión de la Registradora de suspender la inscripción de unos acuerdos sociales de fusión por los que tres sociedades anónimas y dos de responsabilidad limitada son absorbidas por otra sociedad anónima.

Según la mencionada Resolución, cuando la sociedad absorbente sea anónima, el informe emitido por el experto independiente nombrado por el Registro Mercantil tiene un doble contenido: por un lado, el relativo a los aspectos propios de la fusión (relacionado básicamente con el tipo de canje de las acciones o participaciones) y, por otro lado, la manifestación relativa a que el patrimonio aportado por las sociedades absorbidas sea al menos equivalente al importe del aumento de capital social de la absorbente.

El Centro Directivo entiende que el primero de los extremos mencionados responde a la exigencia impuesta por el artículo 10, relativo al examen del proyecto de fusión por experto independiente, de la Tercera Directiva sobre Sociedades. Por su finalidad, los accionistas podrán renunciar al contenido relativo a la relación de canje ya que sólo puede tener efecto sobre ellos.

El segundo de los aspectos que debe abarcar el informe del experto al que se refiere el artículo 34.3 de la Ley de Modificaciones Estructurales, relativo a la manifestación sobre la efectiva contraprestación patrimonial del aumento del capital social de la sociedad absorbente, tiene por fin garantizar el principio de realidad del capital social (ya que de tal principio penden intereses de terceros - acreedores -, indisponibles por tanto por parte de los accionistas), que además viene exigido por el artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital que traspone los artículos 10 y 27 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, relativa a la protección de los intereses de los socios y terceros (la “**Segunda Directiva**”), según la redacción dada por la Directiva 2009/109 CEE.

Por ello, el Centro Directivo entiende que la norma del artículo 34.5 de la Ley 3/2009, en cuanto permite prescindir del informe del experto independiente, *“debe ser interpretada en el sentido de que dicha renuncia puede tener como objeto únicamente el informe «sobre el proyecto común de fusión» –como el propio precepto expresa–, es decir, respecto de la valoración de la relación de canje, pero no puede extenderse al informe sobre la integridad patrimonial de la contraprestación del aumento del capital de la sociedad absorbente. Así resulta no sólo de la finalidad de la exigencia de informe sobre este último aspecto, sino también de la interpretación sistemática de la norma, que necesariamente deberá entenderse en el sentido más adecuado para evitar la existencia de contradicción de valoración normativa entre el supuesto contemplado y el régimen general del mencionado artículo 67 de Ley de Sociedades de Capital, así como respecto del régimen de la transformación (artículo 18.3 de esta misma Ley)”*.

La Resolución refleja, en nuestra opinión, la interpretación más coherente con la Ley de Sociedades de Capital que exige el informe de experto independiente en la valoración de aportaciones no dinerarias realizadas en sede de constitución o ampliación de capital de sociedades anónimas (artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital). Es además coherente con la regulación comunitaria ya que la Directiva 2009/109/CE que introduce

²⁵ Boletín Oficial del Estado, núm. 69, 22 de marzo de 2011, págs. 30627 y 30632.

simplificaciones en la documentación requerida por el procedimiento de fusión, al modificar la Segunda Directiva que protege los intereses de los socios y terceros en relación con el capital de sociedades anónimas, permite no aplicar la exigencia de informe de experto sobre las aportaciones no dinerarias cuando el aumento del capital suscrito se efectúe para realizar una fusión si se elabora un informe por parte de un experto sobre el proyecto de fusión. A sensu contrario, si se prescindiera de este último informe debemos concluir que será necesario el informe de experto para valorar las aportaciones no dinerarias (artículos 10 y 27 de la Segunda Directiva, según la redacción dada por la Directiva 2009/109 CEE).

E) Balance de fusión

La Ley de Modificaciones Estructurales asimismo impone la obligación de preparar el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado.

El balance de fusión es un documento estrictamente informativo²⁶ que no tiene trascendencia frente a terceros pero del que no se puede prescindir en el proceso de fusión si se realiza una interpretación literal de los artículos 39, 40, 43 y 45 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Esta interpretación queda reforzada por el hecho de que el legislador español aún teniendo la facultad de incorporar a nuestro sistema jurídico el redactado del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 11 y la letra c) del citado artículo de la Tercera Directiva sobre Sociedades, que prevé la posibilidad de que los accionistas y poseedores de otros títulos que confieran derecho a voto que participen en la fusión por acuerdo unánime prescindan de la presentación de balances o estados contables de la fusión, ha renunciado hasta la fecha a hacerlo.

Cualquier balance de fusión debe ser aprobado por la junta. El artículo 37 de la Ley de Modificaciones Estructurales destaca la importancia de este documento al establecer que la deliberación y la votación de este documento “*deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta*”.

3. Forma y plazo para hacer efectivo el derecho de información

En los casos de junta universal en los que, como es sabido, falla la convocatoria formal de la junta o se convoca con un plazo inferior al señalado legalmente o estatutariamente, surge la duda de si la información relacionada en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales debe ser puesta a disposición imperativamente a favor de los sujetos interesados en el procedimiento antes de la celebración de la junta.

²⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.F., *El Derecho contable de fusiones y escisiones*, Marcial Pons, (2008), págs. 63 y ss.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 22 de marzo de 2002 (La Ley 7110/2002) entendió que “*para determinar la verdadera relevancia del balance de fusión de «cada una de las sociedades» que, según el artículo 238.1.e) de la Ley de Sociedades Anónimas [actual 39.5 de la Ley de Modificaciones Estructurales], deberá ponerse a disposición de los accionistas (y, en su caso, de los demás interesados a que se refiere tal precepto) desde la publicación de la convocatoria de la junta que haya de acordar la fusión, no cabe sino entender que se trata de un requisito cuyo alcance es simplemente informativo, en cuanto sirve para permitir que los socios y tales interesados conozcan la situación económica de las sociedades que participan en la fusión...*”.

La cuestión merece ser analizada de forma separada según los distintos sujetos que tienen derecho a participar en el procedimiento de fusión:

A) Accionistas

El artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales dispone que al publicar la convocatoria de la junta deberán ponerse a disposición de los accionistas una serie de documentos que configuran el derecho de información en el procedimiento de fusión previsto por el legislador.

El artículo 11 de la Tercera Directiva sobre Sociedades configura el acceso a la información como un derecho de los accionistas.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 30 de junio de 1993 ya comentada entendió que los accionistas pueden renunciar al derecho establecido en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales (en realidad hace referencia al derogado artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas cuyo contenido es sustancialmente similar en lo que aquí interesa) ya que el derecho de información no puede entorpecer el derecho de los accionistas a tratar en cualquier momento cualquier asunto si estando presente todo el capital social así lo acuerda.

No obstante, y a diferencia de lo que parece deducirse de la mencionada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras la promulgación de la Ley de Modificaciones Estructurales es preciso que se ponga a disposición de los accionistas en el momento de la votación el proyecto común de fusión ya que el acuerdo deberá adoptarse “*ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión*” (artículo 40.1 LME).

Por tanto, entendemos que los accionistas pueden acordar de forma unánime renunciar al ejercicio del derecho de información establecido en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales pero, al menos, deberán disponer del proyecto común de fusión en el momento de la celebración de la junta.

B) Representantes de los trabajadores

Otros de los sujetos que tienen derecho a obtener la información relacionada en el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales son los representantes de los trabajadores²⁷. La norma mercantil equipara a accionistas y representantes de los trabajadores en cuanto a la forma de hacer efectivo este derecho.

A los efectos de este trabajo interesa poner en relación el tratamiento del derecho de información regulado en la Ley de Modificaciones Estructurales por lo que respecta a los

²⁷ En ausencia de estos, el artículo 44.7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“**Estatuto de los Trabajadores**”), según redacción dada al artículo 44 por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, prevé que el cedente y cesionario faciliten la información a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

representantes de los trabajadores con la regla paralela arbitrada en el sistema laboral (esto es el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores)²⁸.

La protección de los trabajadores en los procedimientos de modificación estructural también viene regulada en la normativa sobre sucesión de empresa del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que el cambio de titularidad no extingue la relación laboral quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior²⁹.

En particular, el artículo 44.8 del Estatuto de los Trabajadores establece un sistema de información participativa de carácter previo a la modificación subjetiva. El primer párrafo establece la regla general: *“El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.”* Y el segundo párrafo añade una regla especial para los supuestos concretos de fusión y escisión de sociedades: *“En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos”*.

La regla especial únicamente regula el supuesto de las juntas generales convocadas y no prevé el supuesto de celebración de una junta universal por lo que en estos supuestos entendemos que deberá aplicarse la regla general³⁰.

Una vez sentado que la regla general de forma y entrega de información se aplica a la junta universal, debe plantearse el momento en el que debe facilitarse la información.

En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, el artículo 44.8 del Estatuto de los Trabajadores establece una obligación genérica de entrega de información que debe realizarse con *“suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión”*. No está exenta de sombras la determinación del momento en el que se entiende que se ha entregado la información con *“suficiente”* antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura de fusión. Esto es, con otras palabras ¿con qué antelación debe entregarse la información para asegurar la protección del derecho de información de los representantes de los trabajadores?

Una interpretación prudente de la norma consistiría en defender que en la medida en que los representantes de los trabajadores son acreedores de la sociedad que interviene en el proceso de fusión le resultan de aplicación *mutatis mutandis* los plazos que el legislador ha previsto para el ejercicio del derecho de oposición y, por lo tanto, basta con que se entregue la información con un mes de antelación a la fecha de formalización de la escritura de fusión contando desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de fusión para entender que el derecho de información de los trabajadores ha quedado suficientemente

²⁸ Adicionalmente al derecho de información regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la normativa laboral establece determinados derechos de información y consulta.

²⁹ Aunque la obra se refiere a un supuesto de fusión distinto, CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit., págs. 167 a 171, los comentarios relativos a los representantes de los trabajadores sirven a los efectos de este trabajo.

³⁰ CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit, pág. 168.

protegido. Por contra, debe entenderse que la información se suministra de forma tardía cuando la transmisión ya se ha efectuado - supuesto que no ocurriría con el planteamiento que defendemos - o impide que los trabajadores puedan poner en práctica las medidas o decisiones adecuadas en relación con la transmisión o con sus efectos laborales³¹. En relación con este último particular, es preciso tener en cuenta que la normativa laboral no condiciona la eficacia de una cesión de empresa a una previa comunicación al representante de los trabajadores³², sin perjuicio de las sanciones administrativas e indemnizaciones que su incumplimiento pueda derivar.

En efecto, la aprobación de la fusión no depende del consentimiento de los representantes de los trabajadores, sino de los accionistas, por lo que la falta de información de aquellos interesados no determina, en sentido propio, que la voluntad social se forme incorrectamente sin perjuicio, naturalmente, de las implicaciones que pueda tener no haberse ajustado a la ley.

c) **Obligacionistas y titulares de derechos especiales**

Por último, la Ley de Modificaciones Estructurales reconoce asimismo el derecho a obtener información por parte de obligacionistas y titulares de derechos especiales.

El criterio de delimitación de los sujetos a los que se considera titulares de derechos especiales no se trata de una cuestión pacífica, aunque la doctrina³³ considera de forma mayoritaria que, en todo caso, se pueden incluir los siguientes: (i) los titulares de obligaciones convertibles en acciones, (ii) los titulares de ventajas de fundadores y derechos de promotores y (iii) los titulares de bonos de disfrute.

Si cualquiera de ellos fuera acreedor tendría los derechos de información que resultan de la regla general establecida en la Ley de Modificaciones Estructurales y, por tanto, tendrían acceso al acuerdo adoptado y al balance de fusión (artículos 43 y 44 LME).

A continuación analizamos la forma y plazo para hacer efectivo el derecho de información por los obligacionistas y titulares de derechos especiales, en los supuestos de aprobación del acuerdo de fusión en junta universal:

c) 1. **Obligacionistas**

De los colectivos interesados en el procedimiento de fusión, además de los accionistas, se reserva a los obligacionistas un papel activo en la fusión, ya que tienen la posibilidad de influir con opciones legales en la toma del acuerdo de fusión. En efecto, el representante legal de los obligacionistas, el comisario, tiene el derecho de asistir con voz y sin voto a las

³¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., Las garantías colectivas en la transmisión de empresa, *Relaciones Laborales*, núm. 11, Tomo I, La Ley, (2002), pág. 675 (La Ley 5918/2002) y MERCADER UGUINA J.R., “Comentario del artículo 44” en MERCADER UGUINA J.R., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., CRUZ VILLALÓN, J., (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, (2011), págs. 436 a 445.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social de fecha 25 de abril de 1988 (La Ley 10630-R/1988).

³³ GÓMEZ PÓRRUA, J.M., “La protección de los intereses de los titulares de derechos especiales distintos a las acciones”, *La fusión de sociedades anónimas en el Derecho español y comunitario*, La Ley, (1991), págs. 249 y 251, SEQUEIRA MARTIN, A., “Comentario del artículo 248 LSA”, *Comentarios a la...*, op. cit., págs. 293 a 297 y CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. y PÉREZ TROYA, A., “Comentario del artículo 248 LSA”, *Comentario al ...*, op. cit., pág. 459 a 465.

reuniones de la junta de accionistas de la sociedad e informar a ésta de los acuerdos del sindicato.

Por lo que respecta al acceso a la información, el artículo 39 de la Ley de Modificaciones Estructurales dispone que la información deberá entregarse a los “obligacionistas” por lo que se plantea la duda de si el derecho a obtener la información puede ejercitarse por cada obligacionista o si su ejercicio corresponde, en cambio, al comisario.

En nuestra opinión, el derecho a la información se concede individualmente a los obligacionistas y no con carácter exclusivo al comisario como representante legal del sindicato. No obstante, el comisario mantiene su derecho a requerir de la sociedad emisora los informes que puedan interesar a los obligacionistas (artículo 427.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

La puesta a disposición de la información a los obligacionistas debe realizarse con, al menos, un mes de antelación a la fecha de celebración de la junta universal, con el fin de que los obligacionistas representados por el comisario puedan formar la opinión de forma reflexiva, esto es, durante un plazo sustancialmente coincidente y en los mismos términos que en el caso de haber sido convocada la junta.

c) 2. Titulares de derechos especiales

A continuación analizamos el derecho de información del que disponen los titulares de derechos especiales sin perjuicio de los derechos que puedan tener como acreedores u obligacionistas.

El artículo 41 de la Ley de Modificaciones Estructurales, bajo la rúbrica “exigencias especiales del acuerdo de fusión”, prevé la necesidad (“*el acuerdo de fusión exigirá...*”) de que los titulares de derechos especiales consientan individualmente cuando no disfruten en la sociedad resultante de la fusión de derechos equivalentes a los que les correspondían en la sociedad extinguida, salvo que la modificación de tales derechos hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Se trata de un consentimiento informado y, en este caso, es especialmente relevante que los titulares de derechos especiales dispongan del proyecto común de fusión (ver artículo 31.4 LME) para que puedan valorar el alcance de los derechos que les corresponderán en la nueva sociedad con una antelación de, al menos, un mes a la fecha de celebración de la junta universal. El consentimiento deberá producirse con carácter previo o simultáneo a la celebración de la junta de accionistas pero no posterior a la misma puesto que se presenta específicamente en la Ley de Modificaciones Estructurales como una exigencia especial del acuerdo de fusión y se podrían plantear problemas de formación de la voluntad de los accionistas al faltarles una información necesaria para emitir su voto. Se trata de aprobar la modificación de los derechos que les corresponden sin que estén facultados a introducir modificaciones a la propuesta realizada. En caso de rechazo del acuerdo entendemos que se podría producir un bloqueo del proceso ya que es un requisito que interfiere en el proceso decisorio³⁴.

³⁴ En este sentido, CABANAS TREJO, R., *Procedimientos...*, op. cit., pág. 179. En otro sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase...”, op. cit., págs. 564 y 565.

* * * *