



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 375/2023

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 11 de mayo de 2023

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE JUSTICIA.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 375/2023

**SEÑORAS y SEÑORES :**

Valerio Cordero, Presidenta  
Herrero y Rodríguez de Miñón  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Andrés Sáenz de Santa María  
Ledesma Bartret  
Aza Arias  
Manzanares Samaniego  
Fernández de la Vega Sanz  
Alonso García  
Carcedo Roces  
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,  
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2023, con asistencia de las señoras y señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“En cumplimiento de una Orden de V. E., de 13 de abril de 2023, con entrada en registro el mismo día, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

**ANTECEDENTES**

**Primero. El anteproyecto objeto del expediente**

El anteproyecto de Ley objeto del expediente que ahora se dictamina se refiere a una proyectada nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles por la que se transpone la Directiva

9



CONSEJO DE ESTADO

(UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019 (citada también en adelante, de modo abreviado, como la “Directiva 2019/2121”), por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (mencionada también en lo sucesivo, de modo abreviado, como la “Directiva 2017/1132), en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Obran en el expediente remitido a este Consejo tres versiones del anteproyecto, la primera de ellas sin fechar, mientras que las dos restantes llevan, respectivamente, fechas de los pasados días 11 y 13 de abril. La segunda versión es subsiguiente al trámite de audiencia e información pública, mientras que la última versión recoge los cambios finales introducidos en la proyectada nueva legislación. Cada una de las versiones viene acompañada de una memoria del análisis de su impacto normativo.

La versión final (a la que se aludirá también en lo sucesivo, de modo abreviado, como el “Anteproyecto”) consta de una exposición de motivos, 126 artículos repartidos en cuatro títulos, divididos en capítulos que, a su vez, se subdividen, en ocasiones, en secciones, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

La exposición de motivos indica que la Ley proyectada recoge las reformas legales necesarias para transponer al derecho español la Directiva 2019/2121, actualizando el régimen vigente de esas modificaciones societarias y extendiendo la regulación transfronteriza a las transformaciones y escisiones tanto parciales como totales. Su ámbito de aplicación se limita a las sociedades de capital cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo (modificaciones estructurales intraeuropeas), así como a las operaciones en las que intervengan sociedades de capital constituidas de conformidad con el derecho de un Estado que no forme parte del Espacio Económico Europeo, siempre que en una de estas operaciones participe una sociedad sujeta a la legislación española (modificaciones estructurales extraeuropeas), excluyendo las sociedades cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público, y que



CONSEJO DE ESTADO

funcionen según el principio de reparto de riesgos, previendo la exclusión facultativa de las sociedades de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, lo que no hace la ley proyectada.

La parte dispositiva señala que los criterios seguidos en la transposición se han basado en los principios de la buena regulación, entre los que se incluye los de necesidad y eficacia para transponer con fidelidad la Directiva 2019/2121, incluyendo en el texto legal proyectado, en aras de su simplificación, la actual normativa sobre modificaciones estructurales. Otros de los principios seguidos son el de proporcionalidad, que conlleva abordar la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y el de seguridad jurídica, ya que se trata de fijar un marco normativo estable, predecible, integrado y claro. La exposición de motivos también recoge que se ha atendido el principio de eficiencia, ya que la norma proyectada no establece nuevas cargas administrativas para conseguir los objetivos que persigue, y alude, asimismo, al principio de transparencia, ya que la tramitación seguida incluye los trámites de audiencia, información pública y recepción de los informes preceptivos y ha posibilitado el acceso actualizado a la normativa en vigor y a los documentos del proceso de elaboración.

La transposición de la Directiva 2019/2121 recoge las importantes modificaciones que esta ha introducido en la Directiva 2017/1132, a la que ha añadido, en relación con las transformaciones transfronterizas, un nuevo capítulo, compuesto de veintiséis artículos, 86 *bis* a 86 *unvicies*, y en la que ha modificado sus artículos 119 a 121, 123 a 126 e introduciéndose unos nuevos artículos 126 *bis* a *quater*, 128, 130 a 133 y añadido un nuevo artículo, 133 *bis* en relación con las fusiones. Finalmente, respecto de las escisiones, la Directiva 2019/2121 introdujo 22 nuevos artículos en la Directiva 2017/1132 (160 *bis* a 160 *quatervicies*).

Aunque la Directiva 2019/2121 regula separadamente las transformaciones, fusiones y escisiones intracomunitarias, se ha optado por integrar todas esas modificaciones en un marco común, contenido en el título I del Anteproyecto, aplicable también a las modificaciones estructurales internas



para evitar que queden sujetas a un régimen más exigente que el de las transfronterizas.

Por lo que hace a las normas específicas de las modificaciones estructurales internas, se contienen en el título II del Anteproyecto, que mantiene el régimen de la actual Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, con ajuste de la numeración de su articulado y recogiendo, en materia de escisiones, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión frente a las deudas que hubieran quedado a cargo de la sociedad escindida o segregada.

Las modificaciones estructurales transfronterizas se abordan en los títulos III (modificaciones estructurales intraeuropeas) y IV (modificaciones estructurales extraeuropeas). En primer lugar, se formulan disposiciones generales para todas las operaciones transfronterizas y después se añaden reglas específicas para cada tipo de modificación estructural.

De acuerdo con la Directiva 2019/2121, se somete el proyecto de modificación estructural a procedimientos de información, aprobación y control, con la finalidad de establecer un régimen de transparencia y legalidad común a todas las operaciones transfronterizas, acogiéndose la opción del sistema de publicidad registral y previéndose la publicación del proyecto de modificación estructural mediante un aviso o anuncio a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores.

Por lo que se refiere a la protección de los socios, se incorporan las disposiciones de la Directiva 2019/2121 sobre la aprobación de las operaciones transfronterizas por la junta general de socios, con una protección específica de los socios disidentes, a los que se reconoce el derecho de los socios a enajenar sus acciones o participaciones.

En materia de protección de los acreedores en las tres operaciones de modificación estructural, la proyectada Ley exige, en primer lugar, que los administradores informen sobre las implicaciones que la



CONSEJO DE ESTADO

operación propuesta tenga para los acreedores y hagan constar en el proyecto “toda garantía”, que se ofrezca a los acreedores, a los que reconoce el derecho a formular “observaciones” con antelación a la junta general, exponiendo, en su caso, su disconformidad con las garantías que la operación les ofrece. En segundo lugar, cuando la satisfacción de sus derechos esté en juego debido a la modificación estructural, se reconoce el derecho a obtener garantías “adecuadas” de la sociedad a todos los acreedores que hayan mostrado su disconformidad con las garantías ofrecidas por aquella, incorporándose dos presunciones *iuris tantum* sobre la valoración de adecuación de la garantía por parte del experto independiente y en la declaración de los administradores sobre la situación financiera de la sociedad, todo lo cual trata de compensar a los acreedores por la pérdida de su tradicional derecho de oposición.

Además, existen normas especiales de protección de los acreedores en los casos de transformación transfronteriza y en los casos de escisión, y se mantiene la posición y garantía de derechos a favor de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Finalmente, la protección también se extiende a los derechos de los trabajadores, tanto en lo relativo a sus derechos de información y consulta, como en sus derechos, cuando existan, de participación o cogestión en los órganos de dirección o control. El régimen de protección de la Directiva 2019/2121, previsto para las fusiones transfronterizas, sigue vigente en lo sustancial y se extiende ahora a las operaciones de transformación y escisión transfronteriza. Con ese fin, se introducen algunas novedades en la regulación de los derechos de información y consulta, exigiéndose que el informe del órgano de administración incluya una sección específica respecto de los derechos de los trabajadores, a los que se reconoce el derecho a presentar observaciones con antelación a la junta general, en la misma línea que a socios y acreedores.

No obstante, las modificaciones vinculadas a la protección de los derechos de participación o cogestión de los trabajadores se siguen regulando en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en



las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que se ve modificada por la implementación de la Directiva.

Con el fin de evitar la elusión de sus derechos, la Directiva exige que no se puedan suprimir los derechos de participación mediante la realización de transformaciones, fusiones o escisiones ulteriores, ya sean nacionales o transfronterizas, en el plazo de los cuatro años siguientes. Si la negociación exigida por la Directiva no tuviese éxito porque no se lograra un acuerdo, serán de aplicación las disposiciones que figuran en el anexo de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

Finalmente, para dotar de seguridad jurídica a esas operaciones transfronterizas y en cuanto requisito para la aprobación definitiva de su proyecto, la Directiva 2019/2121 obliga a que los Estados designen una autoridad que emita un "certificado previo a la operación", habiendo optado la proyectada Ley en que los Registros Mercantiles sean esa autoridad competente, comprobando que se han cumplido todas las condiciones exigidas y los procedimientos necesarios. Tal opción se justificaría en que esos Registros ya disponen de toda la información relevante de las sociedades afectadas, al concentrar la hoja registral de cada una de ellas, y tienen ya atribuida la función de designar expertos independientes que intervengan en diversas operaciones societarias de valoración y a los auditores que verifiquen las cuentas anuales de las sociedades. Además, si los Registros Mercantiles tienen sospechas de que la operación se realiza con fines abusivos o fraudulentos, pueden recabar del correspondiente organismo o entidad pública por razón de la materia la información adicional que consideren necesaria, y también información de la autoridad del Estado de destino. Si de la información y la documentación recibida resultara que la operación transfronteriza se lleva a cabo con fines abusivos o fraudulentos o con intención delictiva, se denegará el certificado previo.

Por último, las modificaciones estructurales transfronterizas con sociedades constituidas fuera del Espacio Económico Europeo se regulan en el



título IV bajo la denominación de “Modificaciones estructurales transfronterizas extraeuropeas”, aplicándoles el mismo régimen y procedimientos de control de las operaciones intraeuropeas con las adecuadas adaptaciones, aunque sin beneficiarse de alguna de las reglas que facilitan las operaciones intraeuropeas.

La exposición de motivos declara, por último, que la proyectada Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en legislación mercantil ex artículo 149.1. 6.<sup>a</sup> de la Constitución Española.

Por lo que se refiere al articulado del Anteproyecto, responde a la siguiente estructura:

## TÍTULO I. DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

### CAPÍTULO I. DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 1. Ámbito objetivo

Artículo 2. Ámbito subjetivo

Artículo 3. Limitaciones y exclusiones

### CAPÍTULO II. DISPOSICIONES COMUNES

*Sección 1.<sup>a</sup>* Del proyecto y de los informes de la modificación estructural

Artículo 4. Proyecto de modificación estructural

Artículo 5. Informe del órgano de administración

Artículo 6. Informe de experto independiente

Artículo 7. Publicidad preparatoria del acuerdo

*Sección 2.<sup>a</sup>* Del acuerdo de modificación estructural y de la validez de la operación

Artículo 8. Aprobación por la junta general

Artículo 9. Acuerdo unánime de modificación estructural



Artículo 10. Publicación del acuerdo

Artículo 11. Impugnación del acuerdo

*Sección 3.ª* De la protección de los socios y los acreedores

Artículo 12. Protección de los socios: derecho a una compensación en efectivo y tipo de canje.

Artículo 13. Protección de los acreedores

Artículo 14. Adecuación y eficacia de las garantías

Artículo 15. Declaración sobre la situación financiera

*Sección 4.ª* Inscripción y validez de la operación

Artículo 16. Eficacia de la inscripción y validez de la operación

TÍTULO II. DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES  
INTERNAS

CAPÍTULO I. DE LA TRANSFORMACIÓN POR CAMBIO DE  
TIPO SOCIAL

*Sección 1.ª* Disposiciones generales

Artículo 17. Concepto

Artículo 18. Supuestos de posible transformación

Artículo 19. Transformaciones entre sociedad anónima y sociedad anónima europea

*Sección 2.ª* Del proyecto y del informe de la transformación

Artículo 20. Proyecto de transformación

Artículo 21. Informe del órgano de administración

Artículo 22. Informe de experto independiente



*Sección 3.ª* Del acuerdo de transformación y protección de los socios

Artículo 23. Requisitos del acuerdo de transformación

Artículo 24. Protección de los socios

Artículo 25. Subsistencia de las obligaciones de los socios

Artículo 26. Participación de los socios en la sociedad transformada

Artículo 27. Sociedades que tuvieran emitidas obligaciones u otros valores

Artículo 28. Titulares de derechos especiales

Artículo 29. Modificaciones adicionales a la transformación

*Sección 4.ª* De la formalización y de la inscripción de la transformación

Artículo 30. Escritura pública de transformación

Artículo 31. Eficacia de la transformación

*Sección 5.ª* Efectos de la transformación sobre la responsabilidad de los socios

Artículo 32. Responsabilidad de los socios por las deudas sociales y protección de acreedores

CAPÍTULO II. DE LA FUSIÓN

*Sección 1.ª* Disposiciones generales

Artículo 33. Concepto

Artículo 34. Clases de fusión

Artículo 35. Continuidad en la participación

Artículo 36. Tipo de canje

Artículo 37. Prohibición de canje de participaciones propias

Artículo 38. Aplicación de legislación sectorial

9



*Sección 2.ª Del proyecto de fusión*

Artículo 39. Proyecto común de fusión

Artículo 40. Contenido del proyecto común de fusión

Artículo 41. Informe de expertos sobre el proyecto de fusión

Artículo 42. Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente

*Sección 3.ª Del balance de fusión*

Artículo 43. Balance de fusión

Artículo 44. Verificación y aprobación del balance

Artículo 45. Impugnación del balance de fusión

*Sección 4.ª Del acuerdo de fusión*

Artículo 46. Información sobre la fusión

Artículo 47. Acuerdo de fusión

Artículo 48. Exigencias especiales del acuerdo de fusión

Artículo 49. Protección de los socios en la relación de canje

*Sección 5.ª De la formalización e inscripción de la fusión*

Artículo 50. Escritura pública de fusión

Artículo 51. Inscripción de la fusión

9



*Sección 6.ª* Efectos de la fusión sobre la responsabilidad de los socios

Artículo 52. Responsabilidad por las deudas sociales anteriores a la fusión

*Sección 7.ª* De las fusiones especiales

Artículo 53. Absorción de sociedad íntegramente participada

Artículo 54. Absorción de sociedad participada al noventa por ciento

Artículo 55. Junta de socios de la sociedad absorbente

Artículo 56. Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas

Artículo 57. Operación asimilada a la fusión

CAPITULO III. DE LA ESCISIÓN

*Sección 1.ª* Disposiciones generales

Artículo 58. Clases y requisitos

Artículo 59. Escisión total

Artículo 60. Escisión parcial

Artículo 61. Segregación

Artículo 62. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio

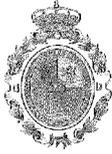
*Sección 2.ª* Régimen legal de la escisión

Artículo 63. Régimen jurídico de la escisión

Artículo 64. Proyecto de escisión

Artículo 65. Atribución de elementos del activo y del pasivo

Artículo 66. Atribución de acciones, participaciones o cuotas a los socios



Artículo 67. Informe de los administradores sobre el proyecto de escisión

Artículo 68. Informe de expertos independientes

Artículo 69. Modificaciones patrimoniales posteriores al proyecto de escisión

Artículo 70. Protección de los acreedores y responsabilidad por las obligaciones incumplidas

Artículo 71. Simplificación de requisitos

#### CAPITULO IV. DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

##### *Sección 1.ª Disposiciones generales*

Artículo 72. Cesión global de activo y pasivo

Artículo 73. Cesión global plural

##### *Sección 2.ª Régimen legal de la cesión global*

Artículo 74. Proyecto de cesión global

Artículo 75. Informe de los administradores

Artículo 76. Informe de experto independiente

Artículo 77. Acuerdo de cesión global

Artículo 78. Escritura e inscripción de la cesión global

Artículo 79. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas

#### TÍTULO III. DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS INTRAEUROPEAS

##### CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 80. Modificaciones estructurales incluidas

Artículo 81. Exclusiones

Artículo 82. Ley aplicable

Artículo 83. Régimen aplicable a las sociedades españolas



## CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

### *Sección 1.ª* Del proyecto y protección de socios, acreedores y trabajadores

Artículo 84. Proyecto de modificación estructural

Artículo 85. Informe del órgano de administración

Artículo 86. Protección de los socios

Artículo 87. Protección de los acreedores

Artículo 88. Información, consulta y participación de los trabajadores

Artículo 89. Publicidad preparatoria y complementaria

### *Sección 2.ª* De la impugnación, formalización e inscripción de las modificaciones estructurales

Artículo 90. Certificado previo a la modificación estructural

Artículo 91. Control de legalidad en caso de sospecha de abuso o fraude

Artículo 92. Recursos y vigencia del certificado previo

Artículo 93. Transmisión del certificado previo

Artículo 94. Control de la legalidad de la operación cuando España sea el estado de destino

Artículo 95. Registro e inscripción de la operación

## CAPÍTULO III. DISPOSICIONES ESPECIALES

### *Sección 1.ª* De las transformaciones transfronterizas

Artículo 96. Concepto

Artículo 97. Ley aplicable y formalidades

Artículo 98. Proyecto de transformación

Artículo 99. Protección de los acreedores en las transformaciones

Artículo 100. Fecha y efectos de la transformación



*Sección 2.ª De las fusiones*

Artículo 101. Condiciones relativas a las fusiones

Artículo 102. Proyecto común de fusión

Artículo 103. Informe de experto independiente

Artículo 104. Protección de los socios en la relación de canje

Artículo 105. Fusiones especiales

Artículo 106. Fecha y efectos de la fusión

*Sección 3.ª De las escisiones con creación de nuevas sociedades*

Artículo 107. Ley aplicable y formalidades

Artículo 108. Proyecto de escisión

Artículo 109. Protección de los socios en la relación de canje

Artículo 110. Protección de los acreedores en las escisiones

Artículo 111. Fecha y efectos de la escisión

*Sección 4.ª De las escisiones con sociedades existentes*

Artículo 112. Escisión con sociedades beneficiarias ya existentes:  
regla general

Artículo 113. Control de legalidad cuando España sea el estado de  
destino

*Sección 5.ª De las cesiones globales de activo y pasivo*

Artículo 114. Concepto

Artículo 115. Ley aplicable

Artículo 116. Proyecto de cesión global

Artículo 117. Protección de los socios

Artículo 118. Protección de los acreedores

Artículo 119. Certificado previo y control de legalidad

Artículo 120. Fecha y efectos de la cesión global





## TÍTULO IV. DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES TRANSFRONTERIZAS EXTRAEUROPEAS

### CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 121. Modificaciones estructurales incluidas

Artículo 122. Régimen general

Artículo 123. Certificado previo a la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo

Artículo 124. Control de legalidad cuando España sea el Estado de destino

### CAPÍTULO II. DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 125. Transformación

Artículo 126. Cesión global de activo y pasivo

Disposición adicional primera. Derechos laborales derivados de modificaciones estructurales

Disposición adicional segunda. Sociedades colectivas e irregulares

Disposición adicional tercera. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito

Disposición transitoria única. Régimen transitorio

Disposición derogatoria única. Normas derogadas

Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto



CONSEJO DE ESTADO

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas

Disposición final tercera. Modificación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Disposición final cuarta. Modificación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal

Disposición final quinta. Título competencial

Disposición final sexta. Incorporación de Derecho Europeo

Disposición final séptima. Entrada en vigor

**Segundo. La memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto**

Esa memoria, fechada en el mes de abril de 2023, empieza por referirse a la necesidad de transponer la Directiva 2019/2121, cuyo plazo de transposición finalizaba el 31 de enero de 2023, para lo que es preciso aprobar una norma de rango legal a la vista de que las modificaciones a introducir afectan a distintas ramas del derecho, en especial el derecho mercantil y el derecho del trabajo.

La memoria recuerda que esa Directiva otorga un margen de flexibilidad y distintas opciones alternativas para que los Estados establezcan medidas concretas en relación con las operaciones afectadas a fin de asegurar la protección de las partes interesadas. En el caso de nuestro ordenamiento, y teniendo en cuenta el ya comentado objeto de equiparar las modificaciones internas con las transfronterizas, se requiere una nueva norma general que venga a sustituir a la vigente Ley de modificaciones estructurales de las



CONSEJO DE ESTADO

sociedades mercantiles de 2009, respetando el resto del contenido y la tramitación llevada a cabo para su aprobación.

Tras analizar los antecedentes en el ámbito de la Unión Europea, se analiza el objeto de la Directiva 2019/2121, que extiende la regulación de las fusiones transfronterizas también a las transformaciones y escisiones de ese mismo alcance, y que se inserta en el contexto de otras directivas cuyo plazo de transposición está próximo y con las que guarda una estrecha conexión.

A diferencia de la opción de la Directiva de regular por separado cada modalidad de modificación estructural, se ha optado por contar con un marco común aplicable a todas las modificaciones estructurales, internas y transfronterizas, para evitar que el régimen de las primeras sea más exigente que el de las segundas, de modo que el régimen de las modificaciones internas se convierte en el régimen de partida para las transformaciones transfronterizas que acometan las sociedades españolas, añadiendo normas y controles específicos por el carácter internacional de la modificación.

Por otra parte, la memoria señala que el objetivo del Anteproyecto es establecer un régimen jurídico que permita las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas europeas y garantice una protección efectiva de las partes implicadas, como los socios, los acreedores y los trabajadores de las sociedades.

Los criterios seguidos en la transposición se han basado en los principios de buena regulación y se han recabado los informes pertinentes y preceptivos, sin que exista una alternativa regulatoria para la transposición de la Directiva que exige la introducción de las necesarias modificaciones en nuestra legislación, que ya estaban incluidas en el Plan Anual Normativo de 2023.

Seguidamente, la memoria hace un extenso análisis jurídico de la proyectada nueva Ley, examinando en primer lugar las novedades introducidas que han partido del borrador elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación.

9



CONSEJO DE ESTADO

Se ha considerado conveniente extender también al ámbito interno alguna de las opciones de política legislativa adoptadas respecto a las modificaciones estructurales transfronterizas, por ejemplo, los dos tipos de funciones simplificadas y la simplificación de requisitos que la Directiva 2019/2121 establece respecto a la escisión por segregación, generalizando al ámbito interno otras opciones adoptadas en relación con las operaciones transfronterizas.

También se ha extendido a las operaciones internas el derecho que esa directiva reconoce a favor de los socios disconformes con la operación transfronteriza o el régimen de responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión.

El ámbito de aplicación sigue siendo la sociedad de capital, excluyendo a las sociedades cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público.

Respecto a las sociedades en procedimiento de insolvencia no se excluyen del ámbito de aplicación de la proyectada nueva Ley las compañías en concurso de acreedores.

Seguidamente, la memoria analiza con detalle el sistema de publicidad preparatoria y la forma de adoptar las modificaciones estructurales y los sistemas de protección de los socios y acreedores y los nuevos criterios de competencia judicial que no excluyen la posibilidad del arbitraje, así como el sistema de protección de los trabajadores.

En relación con el control y certificado previo, se justifica la opción de que los Registros Mercantiles sean la autoridad competente para expedir el certificado previo y se les faculta a denegarlo cuando estimen que no se cumplen los trámites y procedimientos o se consideren abusivos los fines de la operación, denegación que podrá ser impugnada ante los Juzgados de lo Mercantil.



CONSEJO DE ESTADO

Se establece que no cabe declarar la nulidad de la operación transfronteriza que haya surtido efectos, aunque se aclara que quedan a salvo los derechos de socios y terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la operación no realizada. Además, se dispone que los Registros Mercantiles no procederán a inscribir la operación de modificación estructural si no se han cumplido las condiciones exigibles y no se han seguido los trámites y procedimientos previstos. La imposibilidad de declaración de nulidad no obsta a la aplicación de las disposiciones penales u otras que permitan imponer medidas y sanciones tras la operación.

Finalmente, se explica por qué se ha incluido también la regulación de las operaciones transfronterizas extraeuropeas. En su regulación se ha seguido, con las necesarias adaptaciones, el mismo sistema de las operaciones intraeuropeas, salvo los beneficios de algunas reglas facilitadoras de estas, y se sustituye la exigencia del certificado previo emitido por el Estado de origen por una certificación de la autoridad competente extranjera que acredite que la operación es legal en ese Estado.

La proyectada regulación entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* con vigencia indefinida y tiene rango de ley al crear nuevas obligaciones y derechos y afectar a normas mercantiles y laborales.

En cuanto al análisis de impacto, la memoria entiende que la proyectada nueva Ley se adecúa al orden de distribución de competencias y destaca la importante reducción de costes que supondrá, sin incremento del gasto público ni disminución de los ingresos, así como que no supondrá nuevas cargas administrativas, ni un nuevo coste para los Registros Mercantiles.

La propuesta puede tener un impacto positivo en razón de género en cuanto a la modificación prevista en los órganos de administración de las sociedades y tendrá impacto nulo en materia de medio ambiente y cambio climático, en materia de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en materia de familia o en la infancia.



CONSEJO DE ESTADO

Pasa la memoria a describir brevemente la tramitación practicada, empezando por indicar que el Ministerio de Justicia es el departamento ministerial proponente de la nueva legislación y destacando que la transposición de la Directiva 2019/2121 se encomendó a un grupo de trabajo constituido en la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación mediante orden de 20 de junio de 2020, durante cuyas tareas se analizó la conveniencia de revisar la actual regulación de las modificaciones societarias estructurales internas, ampliándose en ese sentido el encargo de ese grupo de trabajo mediante orden de 27 de noviembre de 2022.

La memoria también da cuenta de la tramitación urgente acordada, con reducción a la mitad de los plazos, que, unida al plazo de transposición de la Directiva 2019/2121, explica que la iniciativa no ha sido sometida a consulta pública previa, aunque han participado partes interesadas, organizaciones y asociaciones o colectivos afectados en el trámite de audiencia e información pública.

Tras recordar que, junto con las modificaciones exigidas por la Directiva 2019/2121 y la equiparación de las modificaciones estructurales internas y transfronterizas, se ha respetado el contenido y la tramitación que se llevó a cabo para aprobar la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 2009, la memoria describe los informes emitidos y considera que el resultado de la nueva legislación no es susceptible de evaluación *a posteriori*.

La memoria del análisis de impacto normativo se acompaña de un anexo I, que incluye la tabla de equivalencias entre el Anteproyecto y la Directiva 2019/2121, y de un anexo II, que analiza los apartados del Anteproyecto y las opiniones u observaciones formuladas en el trámite de información pública y en los informes recibidos, valorando los mismos y expresando las observaciones aceptadas y rechazadas y las razones para ello.

9



### Tercero. La audiencia e información pública

Durante los referidos trámites, el Consejo General del Notariado comunicó que no formularía alegaciones, mientras que sí han presentado alegaciones y observaciones las siguientes entidades:

a) BSK Legal & Fiscal, que traslada unas dudas interpretativas sobre la iniciativa normativa, en concreto, sobre la coordinación entre los artículos 17 y 49 en cuanto a determinar el *dies a quo* del plazo de tres meses cuando no se realice la publicación del proyecto y, además, si es aplicable el artículo 49 en fusiones intracomunitarias por remisión del artículo 111, preguntándose si, a la vista de esa remisión, podría prescindirse de la publicación del proyecto en la fusión intracomunitaria.

b) La Asociación Española de la Banca, que propone una serie de modificaciones en el artículo 11, sobre protección de los acreedores; en el artículo 42, sobre la fusión posterior de una sociedad con endeudamiento del adquirente, entendiéndose no necesario el pronunciamiento del experto; en los artículos 46 y 47 para añadir a los acreedores a efectos de que dispongan de la misma información que los obligacionistas, y en el artículo 74 para adaptar su redacción al importe máximo de la responsabilidad solidaria de cualquier sociedad que participe en la escisión.

c) La Confederación Española de Cajas de Ahorro, que propone que el título I se denomine título preliminar; que la referencia a las entidades financieras objeto de los mecanismos de resolución de la Directiva 2014/59/UE se incluya en el capítulo II del título III porque ese extremo no afecta a las modificaciones estructurales internas, que en el artículo 4 la referencia al calendario se califique de "tentativo" en vez de "indicativo", que en el apartado 4 del artículo 5 se sustituya la expresión "hayan acordado" por "acuerden", que se eliminen los apartados 3 y 7 del artículo 8, el apartado 4 del artículo 9, así como el apartado 1 del artículo 17 (referente al requisito de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social), el punto 10 del apartado 1 del artículo 29, el apartado 1 del artículo 68, el apartado 1 del artículo 78, el apartado 2.7 y el apartado 3.3 del artículo 94, y

9



CONSEJO DE ESTADO

que en el apartado 3 del artículo 72 se incluya la previsión referente a “sin perjuicio de su necesidad en cuanto a la valoración del patrimonio aportado en relación al capital de las sociedades beneficiarias”. Estas exclusiones se justifican por considerarlas contrarias a la política de la Unión Europea de simplificar el derecho de las sociedades de capital.

d) El bufete Uría & Menéndez, que sugiere incluir en el texto algunas mejoras, unas referentes a la sistemática, otras de aclaraciones, y otras de eliminación de requisitos, como el de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social que podía complicar o impedir modificaciones estructurales para sociedades inmersas en un plan de reestructuración. En cuanto al artículo 5.2, debería sustituirse la expresión “administradores” por la de sociedad; aclarar la mención al precio del mercado en el artículo 6.3 referido al informe del experto independiente; cambiar en el artículo 7.5 la referencia a la fusión por la de “operación”. También se observan algunas contradicciones entre el artículo 8.7 y el artículo 47.1.

En materia de protección, se sugieren modificaciones en el artículo 10, referente a la protección de los socios, y en el artículo 11.3, sobre protección de los acreedores, se solicitan aclaraciones en relación con la inscripción en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las condiciones anteriormente referidas, así como que se resuelva la incertidumbre sobre la fecha en que produce todos sus efectos una fusión, dadas las posiciones encontradas entre la jurisprudencia y la Dirección General competente.

En cuanto a la fusión, se hacen diversas propuestas sobre el contenido del informe del experto y, a propósito del balance de fusión en operaciones simplificadas, se postula que no tenga que ser auditado el informe financiero semestral, cuando se utilice en sustitución del balance en fusión. También se indica que en los proyectos de fusión o de la modificación estructural correspondiente cabría regular el procedimiento a seguir y aclarar en el acuerdo unánime de fusión si es necesario el informe de los socios acreedores y representantes de trabajadores de la sociedad. En cuanto a la protección de los socios en la relación de canje, se propone aclarar la redacción de los artículos 39 y 52, y, en esta materia de fusión, se sostiene que



CONSEJO DE ESTADO

convendría aclarar qué mención debe incluir la escritura de fusión cuando el anuncio se sustituye por la comunicación individual a socios y acreedores y no dejar el tema a una resolución administrativa.

En cuanto a las modificaciones estructurales especiales (simplificadas), se solicitan aclaraciones en el informe del experto independiente, que se especifique la no necesidad de aprobación de la modificación estructural por las Juntas Generales, las condiciones para que los socios de la sociedad absorbida opten por vender sus acciones al absorbente o si el anuncio previsto en el artículo 51.1 es sustitutivo del previsto en el artículo 50. También solicita aclarar si cabe emplear el procedimiento simplificado del artículo 75.1 para la segregación a favor de las sociedades íntegramente participadas, como vienen entendiendo algunos Registros Mercantiles.

En cuanto a las escisiones o segregaciones se propone clarificar la aplicación de las reglas de las fusiones especiales a estas operaciones y, teniendo en cuenta la práctica registral, dejar claro cuando es posible llevar a cabo una escisión parcial sin que la sociedad beneficiaria lleve a cabo ningún aumento de capital, así como los temas planteados en la actual práctica registral.

A propósito de la cesión global de activos y pasivos, convendría aclarar la no necesidad de acuerdo de la junta general de la sociedad cesionaria, explicitar que en estas operaciones no se requiere un balance y que se incluyera en el Registro Mercantil la regulación de esta figura.

Sobre las operaciones transfronterizas, se hacen determinadas propuestas para limitar el plazo del control de legalidad en caso de sospecha o fraude y poner límite al coste del auditor externo, haciendo algunas sugerencias respecto a la función y a la transformación.

Por último, se considera fundamental que la disposición final segunda, que modifica el título IV de la Ley 31/2006, aclare que su capítulo II solo se aplica cuando la sociedad resultante tenga su domicilio en España y



CONSEJO DE ESTADO

cuál es el umbral aplicable para el artículo 40.1.a) en cuanto a los derechos de participación de los trabajadores, estableciendo que no será de aplicación si ese umbral no está establecido en el Estado miembro, así como que los artículos 40 y 42 no incluyan la referencia a “las normas de participación vigentes en la legislación laboral española”.

e) El bufete Pérez-Llorca, que plantea dudas en relación con lo previsto en el artículo 8.3 sobre si sería necesario convocar una nueva junta general y si, en caso de fusiones, la previa ratificación de las disposiciones que regulan la implicación y participación de los trabajadores podría implicar la modificación del proyecto de fusión a los efectos del artículo 47.1 del Anteproyecto.

Sobre el informe de expertos independientes, se propone que la redacción de la norma se acomode a la que ha venido siendo la práctica común en el ámbito societario y registral.

En cuanto al artículo 49, sobre el informe de administradores y junta universal en las fusiones, se debería confirmar el régimen de publicidad del informe de los administradores en la parte que se refiere a los trabajadores en relación con los apartados 5 y 6 del artículo 5.

Respecto de la fusión apalancada, el artículo 42 ha suprimido el último inciso de la norma vigente, que establece la necesidad de informe de experto incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión, de lo que cabe deducir la no necesidad de ese informe, que debe aclararse.

En relación con la transformación transfronteriza, se cuestiona que el artículo 31.2 exija el informe del experto, que debería justificarse, con independencia del tipo de sociedad y del Estado de destino.

Finalmente, el alegante entiende que la referencia que la exposición de motivos hace a la Plataforma Central Europea en materia de interconexión de los registros mercantiles debería también figurar en el articulado de la nueva norma.



#### **Cuarto. Informes presentados**

Obran en el expediente los siguientes informes:

a) El informe del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, que se refiere al continuismo de la proyectada nueva Ley respecto de la vigente Ley 3/2009 en relación con la designación de los Registros Mercantiles como autoridad competente para expedir el certificado previo, recogiendo lo que ya es un criterio consolidado en la opinión de la doctrina y de los expertos en la materia.

En todo caso, considera que esa opción es la idónea para la certificación previa que debe analizar el cumplimiento y control de legalidad y examinar los eventuales vicios, posible fraude o abuso. En cuanto a este control del abuso y el fraude, no hay novedad reseñable sino solo la antelación en el tiempo de determinadas funciones.

Por todo ello, el Colegio considera adecuada la opción legislativa del Anteproyecto en orden al control de legalidad por los Registros Mercantiles, tanto en las operaciones internas como en las transfronterizas.

b) El Consejo Económico y Social, que, tras describir brevemente el contenido del Anteproyecto, hace unas observaciones generales que critican severamente la urgencia de la consulta y que el Anteproyecto no haya sido objeto de consulta previa a las distintas organizaciones representadas en el CES (organizaciones sindicales y empresariales). También se refiere al lenguaje inclusivo y no sexista, al posible impacto del Anteproyecto en el pequeño tejido empresarial, y a que la norma proyectada no resulta suficientemente clara ni asegura los derechos de los trabajadores ni la legitimación de sus representantes a lo largo de todo el proceso de modificaciones, recogiendo solo de manera parcial los derechos de información, participación y consulta, incumpléndose lo previsto en el artículo 86 *sexies* de la Directiva 2017/1132, generando una asimetría injustificada entre las operaciones internas y las transfronterizas en cuanto al derecho de información, que contradice el objetivo de elaborar una norma general homogénea que

9



CONSEJO DE ESTADO

equipare ambos tipos de modificaciones, lo que se refleja también en los plazos de entrega de información y también en cuanto a la declaración sobre la situación financiera en relación con la protección de los acreedores.

En relación con las cargas, se debería prever la gratuidad de la actuación en los procedimientos de las personas legítimamente interesadas, disponiendo expresamente la exención de aranceles y tasas cuando esas personas actúen en relación con los Registros Mercantiles como autoridad responsable, así como cuando se defiendan los derechos de los trabajadores, para lo que sería necesario extender el beneficio de la justicia gratuita a todas las jurisdicciones y prever exenciones en el pago de costas judiciales y respecto del coste del informe del experto.

Igualmente, se insiste en la necesidad de minimizar las cargas administrativas, especialmente en el caso de empresas concursales que realicen modificaciones estructurales, no teniendo sentido la acreditación de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

c) El informe del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, tras hacer un análisis resumido del Anteproyecto en cuanto a la protección de trabajadores, acreedores y socios y al denominado certificado previo a la operación, realiza una serie de observaciones referidas, en primer lugar, a la parte expositiva recomendando reorganizar el contenido de algunos apartados, completar la cita abreviada de disposiciones y hacer una referencia completa a la Directiva y posteriores referencias abreviadas.

En cuanto al articulado del Anteproyecto, se comparte su objetivo general de establecer un marco jurídico armonizado para las modificaciones societarias estructurales, al tiempo de proteger a los trabajadores, acreedores y socios. No obstante, hace una serie de observaciones a la disposición final segunda, que modifica la Ley 31/2006 para introducir las previsiones de la directiva en materia de participación de los trabajadores. La transposición de esta materia es compleja porque la Directiva 2019/2121 regula esta materia por remisión a otra directiva y a un reglamento, lo que debería explicarse en la



CONSEJO DE ESTADO

memoria. Se considera innecesario que la disposición final segunda de la proyectada Ley modifique el artículo 39 de la Ley 31/2006 porque el ámbito de aplicación de esa ley en el caso de las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas ya se define en su artículo 40. Además, ese artículo crea confusión al establecer que las normas son aplicables a sociedades domiciliadas en España que participen en operaciones de modificación estructural, cuando lo que se pretende regular es cómo se aplica la participación en la empresa o empresas resultantes de la operación. En cuanto a la reforma del artículo 40 de la Ley 31/2006, entiende que es dudoso que recoja adecuadamente lo dispuesto en la Directiva 2019/2121. La redacción propuesta se refiere a un umbral de trabajadores independientemente de que en la sociedad se aplique o no un régimen de participación, pero no es claro si esa directiva prevé que, además de ese umbral, la empresa debe estar gestionada en forma de participación, de modo que el Anteproyecto introduce exigencias que van más allá de lo requerido por la Directiva 2019/2121 y que pueden desincentivar la realización de operaciones estructurales de sociedades con domicilio social en España, con impacto negativo en el empleo. Además, en la redacción propuesta no queda claro que el umbral de referencia a que se refiere la directiva será el fijado por el derecho del Estado miembro a cuya jurisdicción está sujeta la sociedad.

En cuanto a la reforma del artículo 42.1.b) de la Ley 31/2006, se plantea la duda de si se han transpuesto las previsiones de la Directiva 2019/2121 sobre las disposiciones subsidiarias respecto al número de representantes de los trabajadores en los órganos de administración.

Estima el ministerio informante que es conveniente aclarar el alcance del revisado artículo 43 de la Ley 31/2006 sobre la aplicación transitoria de las normas de participación anteriores y el motivo por el que no se contempla el caso de fusiones extraeuropeas, y que se debería contemplar el supuesto en el que el órgano especial de negociación decida, por mayoría de dos tercios, basarse en las normas de participación vigentes en la legislación española.



CONSEJO DE ESTADO

Finalmente, respecto al análisis jurídico contenido en la memoria de análisis de impacto normativo, se recomienda recoger las derogaciones normativas en un apartado específico, además de expresar la fecha en que el Consejo de Ministros acordó la tramitación urgente de esta iniciación normativa.

d) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que hace un análisis detenido del contenido de la proyectada nueva Ley y unas consideraciones favorables sobre su rango normativo, base constitucional y tramitación.

Sin embargo, en cuanto a la incidencia en la competencia del Ministerio de Trabajo y Economía Social, se solicita su participación como proponente de la nueva Ley, dado que su contenido afecta a las competencias de ese departamento por regular los derechos laborales de información e incluir una modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y de la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

Se hacen observaciones a la parte expositiva por la falta de análisis del principio de eficiencia y, respecto al articulado, se propone añadir en el artículo 3 una previsión expresa para que en ningún caso se vean menoscabados los derechos de información y consulta de la representación de los trabajadores.

Respecto al artículo 5, relativo al informe del órgano de administración, se echan en falta los requisitos de información mucho más amplios y precisos que contiene la Directiva 2019/2121 y, por ello, propone la reformulación de su apartado número 5, referido a la sección de ese informe sobre los trabajadores y sus representantes para que detalle las consecuencias de la operación para las relaciones laborales y cualquier medida destinada a preservarlas, cualquier cambio sustancial en las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad y el modo en que esos factores afecten a las filiales de la sociedad.



CONSEJO DE ESTADO

Respecto a la memoria del análisis de impacto normativo, se observa que no coincide la rúbrica que da a la nueva legislación con la que esta utiliza, hace una serie de sugerencias sobre el análisis de sus impactos y señala defectos en la numeración de los apartados de una serie de artículos.

e) La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que valora las observaciones realizadas por el Ministerio de Asuntos Económicos y Tecnología Digital respecto de la disposición final segunda y su modificación de la Ley 31/2006.

El informe comparte la necesidad de añadir en la tabla de correspondencias y hacer referencia en la memoria a que esa disposición final segunda transpone los artículos 86 y 160 *terdecies* de la Directiva 2017/1132, introducidos por la Directiva 2019/2121, así como las modificaciones introducidas en el artículo 133 de aquella. Además, se comparte la observación de que la reforma del artículo 39 de la Ley 31/2006, al limitar su contenido a las sociedades domiciliadas en España, puede inducir a confusión por lo que acepta su supresión y también la necesidad de aclarar el umbral a que se refiere la Directiva 2019/2121, añadiendo precisiones a la reforma del artículo 40.1.a) de la Ley 31/2006.

Por lo que se refiere a si esa reforma del aludido artículo 40.1.a) transpone adecuadamente lo dispuesto al respecto en la Directiva 2019/2121, al exigir, además del umbral de número de trabajadores, la existencia de un régimen de participación, la Dirección General informante estima que se transpone adecuadamente el artículo 88.2 de la Directiva 2017/1132, que prevé que el umbral desencadene la obligación de negociar los derechos de participación sin necesidad de que ya existan, tal y como se recoge en el considerando 31 de la Directiva 2019/2121.

Respecto al artículo 91 (artículo 88.3 del Anteproyecto), reproduce el artículo 67.2 de la vigente Ley 3/2009 en relación con las fusiones, si bien lo aplica a los tres tipos de modificaciones transfronterizas, y no se refiere solo a los derechos preexistentes, sino también a los supuestos en los que las sociedades resultantes de la modificación vayan a regirse por el régimen de



CONSEJO DE ESTADO

participación existente en una de las sociedades participantes en la modificación. Por ello, se insiste en la sugerencia ya expresada de que el precepto se modifique de acuerdo a la directiva.

No se comparten las observaciones del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital sobre la transposición de los artículos 86 *tercedecies.4.b)*, 133.4.c) y 160 *terdecies.4.b)* de la Directiva 2017/1132 pues se trata de una opción para que los Estados miembros puedan decidir limitar la proporción de los representantes de los trabajadores en los órganos de administración, ya prevista en las Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, pero que no se ejerció al aprobar la Ley 31/2006 y que ahora tampoco se ejerce pese a que tal opción se haya extendido a otros tipos de modificaciones estructurales transfronterizas.

Finalmente, tampoco se comparte la observación del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a la reforma del artículo 43 de la Ley 31/2006 sobre aplicación transitoria de las normas anteriores de las transformaciones y escisiones también a las fusiones, pues los preceptos correspondientes de la Directiva 2019/2121 solo se refieren a transformaciones y escisiones.

f) El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, de 12 de abril de 2023, que se emite en atención a ser ese departamento ministerial el proponente de la nueva legislación.

El informe describe el objeto y contenido del Anteproyecto, sus antecedentes y rango, y la tramitación practicada, aludiendo, dentro de ella, a los informes recabados de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Asuntos Económicos y Transformación Digital y de Trabajo y Economía Social.

Finalmente, y dada su condición de unidad proponente de la nueva legislación propuesta, la secretaria general técnica no formula observaciones al Anteproyecto y a su memoria,



### **Quinto. Audiencia ante este Consejo**

Obrando ya el expediente en este Consejo, solicitó ante él audiencia el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a quien le fue denegada en razón del carácter urgente de la consulta y por haber sido esta sometida a los trámites de audiencia e información pública, en cuyo desarrollo ya intervinieron y expresaron sus puntos de vista la entidad solicitante.

### **Sexto. Declaración especial de urgencia**

El 26 de abril de 2023 tuvo entrada en este Consejo una certificación del ministro de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, expedida en sus funciones de ministro secretario del Consejo de Ministros, que recogió que, en el curso de la reunión que celebró el pasado día 25 de abril, el Consejo de Ministros tomó el acuerdo de que el dictamen del presente expediente debía emitirse no más tarde del 11 de mayo de 2023.

### **CONSIDERACIONES**

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

#### **Primera. Planteamiento de la consulta**

El expediente sometido a dictamen de este Consejo tiene por objeto un anteproyecto de una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que venga a sustituir a la vigente Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

De acuerdo con la reseña efectuada en antecedentes, el Anteproyecto responde a un doble objetivo:

- De un lado, transponer al derecho español la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019,



CONSEJO DE ESTADO

por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas.

Interesa recordar al respecto que la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, vino a refundir las directivas europeas en esa materia societaria, salvo las referidas a extremos contables, e incorporó la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, que reguló las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Se explica, así que esa Directiva 2017/1132 sea presentada como la versión codificada del derecho de la Unión Europea en materia de sociedades de capital, con la aludida excepción contable.

Partiendo de esa situación, la Directiva 2019/2121 incide en el régimen de las fusiones transfronterizas y aborda otras relevantes modificaciones de ese mismo alcance, como son las transformaciones y escisiones y, a efectos de mantener esa codificación del derecho de la Unión Europea en materia societaria, se presenta como una modificación parcial de la Directiva 2017/1132, a la que incorpora novedades sustanciales.

- De otro, tratar de alinear la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que carezcan de ese alcance transfronterizo, es decir, las modificaciones puramente internas, con el régimen que la Directiva 2019/2121 dedica a las modificaciones transfronterizas, a los efectos de que todas las modificaciones societarias estructurales se rijan, básicamente, por un mismo régimen, con independencia de que se trate de modificaciones transfronterizas o internas.

Quedó reseñado en antecedentes que ese alineamiento se dirige a evitar que las modificaciones estructurales internas queden sujetas a un régimen más exigente que el que la Directiva 2019/2121 dedica a las modificaciones transfronterizas.

En consecuencia, confluye en el Anteproyecto el cumplimiento de la obligación de transponer al derecho interno español las previsiones de una



CONSEJO DE ESTADO

directiva de la Unión Europea con una opción de política legislativa interna acerca del mejor modo de regular las modificaciones societarias estructurales de alcance interno.

Una similar naturaleza dual subyació en el proyecto que dio lugar a la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 2009, que, como destacó este Consejo al informar ese proyecto (dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 19 de diciembre de 2007, relativo al expediente número 1.977/2007), incorporó al derecho español previsiones contenidas en directivas de la UE (la ya citada Directiva 2005/56/CE y la Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital) y contuvo otras decisiones, de estricta política legislativa nacional, en materia de sociedades mercantiles.

En todo caso, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo, por así preverlo el artículo 21, número 2, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que encomienda a su Pleno las consultas sobre anteproyectos de ley que hayan de aprobarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario.

Aunque la Orden de remisión de V. E. también invoca ese artículo 21, número 2, quedó reseñado en el punto sexto de antecedentes que, en el curso de su reunión de 25 de abril de 2023, el Gobierno tomó el acuerdo de que el presente dictamen debía emitirse no más tarde del 11 de mayo de 2023. Se da, en consecuencia, la circunstancia prevista por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que dispone que, en los casos en que el Gobierno o su Presidente fijen un plazo inferior a diez días para una consulta competencia del Pleno del Consejo de Estado, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno.



CONSEJO DE ESTADO

En consecuencia, la Comisión Permanente emite el presente dictamen en aplicación de los artículos 21, número 2, y 25, número 1, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, puestos en relación con el artículo 19 de esa misma ley orgánica.

**Segunda. Aspectos procedimentales**

Por lo que se refiere al orden con que se ha tramitado el expediente, obran en él:

- Las previas versiones de la proyectada Ley (punto primero de antecedentes).

Tal y como se reseñó en antecedentes, la proyectada nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es el resultado de los trabajos desarrollados en el seno de la Sección Segunda de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación.

Es conocido el criterio marcadamente favorable que este Consejo tiene sobre la valiosa aportación que la Comisión General de Codificación brinda a la elaboración de textos de naturaleza y alcance similares al que ahora se examina, en la medida que permite contar con los conocimientos especializados, experiencia consolidada y confluencia de puntos de vista de los integrantes de esa comisión y beneficiarse del método de trabajo de un organismo de ese tipo.

Por lo tanto, se avanza un juicio favorable al modo en que se plantearon los trabajos dirigidos a transponer la Directiva 2019/2121, que está en línea con el criterio que se aplicó para preparar la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que fue también el resultado de una ponencia encomendada a la Comisión General de Codificación.

Dicho eso, no puede dejar de añadirse que, precisamente por las exigencias del método de trabajo de la referida comisión general, es precisa



CONSEJO DE ESTADO

una cuidadosa programación de sus trabajos, lo que no se ha cumplido adecuadamente en el presente caso.

Nótese al respecto que la directiva a transponer lleva fecha de 27 de noviembre de 2019 y que su plazo de transposición era de 3 años largos, ya que finalizaba el 31 de enero de 2023. Siendo claro que, en razón de su materia, la transposición de esa directiva iba a requerir una norma de rango legal, empieza por llamar la atención que el encargo a la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación para que preparase tal norma no se formalizó hasta el 20 de junio de 2020. Sin embargo, lo verdaderamente llamativo es que la decisión estratégica de acometer una regulación uniforme de las modificaciones estructurales, tanto transfronterizas como internas, no se adoptase hasta el 27 de noviembre de 2022, cuando ya era imposible cumplir el plazo de transposición de la Directiva 2019/2121 y la elaboración pausada de esa regulación uniforme de las modificaciones societarias estructurales corría serio peligro de no poder culminarse a la vista del calendario de la legislatura en curso.

Esos más de dos años transcurridos desde el encargo inicial de los trabajos hasta su reorientación sustancial ha determinado, por otra parte, que se haya recurrido finalmente a la declaración de tramitación urgente del expediente, con la consiguiente drástica limitación de la posibilidad de examinar y valorar con detenimiento las relevantes novedades legales que están considerándose, situación que es precisamente la contraria a la que debería producirse en una iniciativa normativa de semejante calado. También resulta anómala la urgencia con que se ha recabado el dictamen de este Consejo, que vuelve a limitar las aportaciones que puede brindar en orden a preparar la proyectada nueva legislación.

Por último, no puede dejar de señalarse que la programación de los trabajos ha desembocado en que, desgraciadamente, se haya incumplido el plazo en que la Directiva 2019/2121 debiera haber sido incorporada a nuestro derecho. Por lo mismo, es necesario que la programación de los trabajos que deban llevarse a cabo en ulteriores ocasiones similares a la presente se efectúe de modo que se respeten los correspondientes plazos de transposición.



CONSEJO DE ESTADO

- La memoria del análisis de impacto normativo de esa nueva legislación (punto segundo, de antecedentes), requerida, con carácter preceptivo, por el artículo 26, número 3, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

La memoria respeta formalmente las previsiones a las que debe responder, siendo de destacar que la parte del Anteproyecto referida a transponer la Directiva 2019/2121 descansa en los criterios y decisiones de esta última, lo que aligera sustancialmente las consideraciones que deben hacerse a propósito de la necesidad y conveniencia del instrumento legal preparado.

Por el contrario, el margen de explicaciones y justificaciones requeridas es considerablemente mayor en la segunda vertiente del Anteproyecto, cual es la decisión de uniformar el régimen de las modificaciones societarias estructurales internas con las de proyección transfronteriza. La memoria contiene algunas reflexiones sobre esa decisión de política legislativa, empezando con el objetivo de evitar que las modificaciones de índole interna queden sujetas a requisitos más exigentes que los que se aplican a las de alcance transfronterizo. Sin embargo, estima este Consejo que hubiera sido conveniente un mayor detalle, explicación y justificación de las novedades que la proyectada legislación introduce en aspectos concretos del régimen aplicable a las modificaciones estructurales internas. Ello es especialmente así si se tiene en cuenta que el mencionado propósito uniformador ha llevado a adoptar como previsiones de carácter general soluciones y novedades que la Directiva 2019/2121 recoge con la vista únicamente puesta en las modificaciones societarias estructurales transfronterizas.

- El trámite de audiencia e información pública (punto tercero de antecedentes), que ha permitido reunir en el expediente observaciones formuladas por entidades profesionales especializadas en el régimen societario mercantil, figurando en la memoria del análisis de impacto normativo la oportuna información sobre esas observaciones y el criterio que los órganos instructores sostienen al respecto, especialmente en lo que se refiere a su incorporación o rechazo en la versión definitiva de la proyectada legislación.



CONSEJO DE ESTADO

Tal y como quedó reflejado en el punto quinto de antecedentes, se ha denegado la audiencia que el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España solicitó ante este Consejo, lo que se basó en la urgencia con que se ha recabado el presente dictamen y en el hecho de que esa entidad ya tuvo ocasión de expresar sus puntos de vista sobre esta iniciativa normativa en el curso del referido trámite de audiencia e información pública.

- Los informes emitidos por diversos departamentos ministeriales y entidades, dentro de los que están los de los ministerios cuyas atribuciones se corresponden directamente con el objeto de la proyectada nueva legislación, como son los Ministerios de Asuntos Económicos y Transformación Digital y de Trabajo y Economía Social (punto cuarto de antecedentes). Sobre este punto se volverá ulteriormente al examinar los títulos competenciales en que se basa la proyectada nueva legislación y las correspondientes competencias de los departamentos ministeriales.

También figura dentro de este capítulo el informe del Consejo Económico y Social, que reviste carácter preceptivo en atención a la materia socioeconómica que el Anteproyecto aborda (artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social).

- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, preceptivo en cuanto departamento ministerial proponente (artículo 26, número 5, cuarto párrafo, de la Ley del Gobierno), que también se examinará posteriormente, al abordar los títulos competenciales a que responde la nueva Ley proyectada

A la vista de tales actuaciones y extremos, pueden considerarse cumplidas las exigencias de índole procedimental con que debe elaborarse una

9



legislación del tipo de la que ahora se dictamina, por lo que cabe pasar a examinar las cuestiones de fondo que plantea.

### **Tercera. Esquema de las observaciones al Anteproyecto**

Ese análisis sustantivo se iniciará con unas consideraciones de índole general sobre la decisión de aprobar una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que sustituya a la vigente, de 2009, la opción de técnica legislativa a que responde la proyectada nueva Ley, y los títulos competenciales aplicables al respecto, para pasar seguidamente a examinar el contenido del Anteproyecto.

A fin de que las observaciones y comentarios que se formularán puedan fácilmente contrastarse con los términos del Anteproyecto, el examen de su contenido seguirá el mismo orden en que la proyectada nueva legislación está construida: disposiciones preliminares, disposiciones generales sobre las modificaciones societarias estructurales, modificaciones estructurales internas, modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas y modificaciones estructurales transfronterizas extraeuropeas.

### **Cuarta. La aprobación de una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**

Tal y como ha quedado reiteradamente indicado en antecedentes, la iniciativa normativa que ahora se dictamina está dirigida a aprobar una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que sustituirá a la ahora vigente (Ley 3/2009, de 3 de abril).

Esa decisión se ha fundamentado en las decisiones de técnica legislativa adoptadas, como son:

De un lado, no abordar solo por separado cada una de las distintas modificaciones societarias estructurales (transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo), sino encuadrar previamente las



CONSEJO DE ESTADO

previsiones específicas aplicables a cada una de esas modificaciones dentro de unas disposiciones comunes aplicables a todas ellas.

- De otro, no ocuparse solamente de las modificaciones contempladas en la Directiva 2019/2121, las de alcance transfronterizo, sino abordar también las modificaciones societarias de orden interno. Esta segunda decisión incide en la anterior, por cuanto las proyectadas disposiciones comunes han de serlo no solo para las modificaciones transfronterizas, sino, también, para las internas.

Al examinar el proyecto que dio origen a la actual Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (dictamen ya citado de 19 de diciembre de 2007, referido al expediente número 1.977/2007), este Consejo tuvo ocasión de comentar las muy diversas posibilidades que existían para canalizar la regulación de las modificaciones societarias estructurales.

En concreto, ese dictamen destacó que había otras opciones distintas de la que finalmente se adoptó de contar con un cuerpo legal autónomo que regulase esas modificaciones fuera de los cuerpos legales que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se ocupan de los distintos tipos de sociedades mercantiles. Así, este Consejo valoró, por ejemplo, la posibilidad de que el grueso del régimen de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se incardinase en la regulación propia de la más importante de esas sociedades (las sociedades anónimas) y que las singularidades exigidas por las restantes sociedades se incluyesen en sus normas específicas, con las oportunas remisiones al régimen de las sociedades anónimas.

Otra posibilidad al respecto hubiera sido la aprobación por separado de una Ley de modificaciones estructurales y su posterior refundición con la legislación de las sociedades mercantiles, tal y como figuraba en el proyecto de Ley objeto del citado dictamen de 2007, si bien la Ley finalmente aprobada (Ley 3/2009, de 3 de abril) la excluyó de esa refundición (disposición final séptima), dando origen al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).



En todo caso, y más allá de esos antecedentes, el actual punto de partida para valorar el Anteproyecto fue la decisión del legislador de 2009 de contar con un instrumento legal autónomo y separado para regir las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Se hace eco el expediente de que, partiendo de tal decisión, una primera posibilidad habría podido ser modificar parcialmente la Ley de 2009, lo que se desechó precisamente por la doble decisión de política legislativa que se ha recordado al comienzo de esta consideración, decantándose la cuestión hacia la aprobación de una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Entiende este Consejo que esa opción es razonable, por cuanto se basa en datos objetivos tales como la amplitud y relevancia de las previsiones contenidas en la Directiva 2019/2121, la propuesta equiparación entre las modificaciones estructurales transfronterizas y las internas y la decisión de contar con una parte general o común aplicable a todas las modificaciones societarias estructurales.

Tal decisión viene acompañada por la de mantener en el Anteproyecto buena parte de las previsiones de la Ley 3/2009, de 3 de abril, lo que también se considera razonable, ya que la cuestión abordada no es una revisión o nueva construcción del régimen actualmente aplicable a las modificaciones societarias estructurales internas, sino su equiparación a la disciplina de las modificaciones de índole transfronteriza, con la intención de que las primeras no queden sometidas a requisitos más exigentes que las segundas.

Importante consecuencia de tal opción es que no se requiere una nueva justificación o valoración del grueso de la Ley 3/2009, que se mantiene inalterado. Por eso mismo, la memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto y el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia han apuntado que vale al respecto la tramitación que en su día se practicó para preparar esa Ley 3/2009, de 3 de abril, sin que sea necesario reiterar las actuaciones que entonces se realizaron.



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado comparte esa apreciación y constata que, consecuentemente con el auténtico alcance innovador del Anteproyecto, los trámites de su preparación y los informes evacuados al respecto se han centrado en las novedades que contiene en comparación con la mencionada Ley de 2009.

Una importante consecuencia de la opción por aprobar una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es la necesidad de modificar la actual rúbrica general del Anteproyecto, que solo se refiere a la transposición de la Directiva 2019/2121, cuando, de acuerdo con lo que se viene señalando, su alcance es mucho más amplio. Por ello, entiende este Consejo que la proyectada nueva Ley debería titularse, al igual que la actualmente vigente (Ley 3/2009) "Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles", sin perjuicio de que la proyectada disposición final sexta recoja que, mediante esa nueva Ley, se transpone al derecho español la aludida directiva.

**Quinta. La opción de política legislativa en la regulación de las modificaciones societarias estructurales**

Además de optar por una nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles y no por una modificación parcial, siquiera muy amplia, de la vigente Ley 3/2009, el Anteproyecto se ha decantado por introducir una suerte de parte general aplicable a todas las modificaciones societarias estructurales, sean estas de alcance transfronterizo o de alcance interno.

Tal y como se recogió en antecedentes, esa decisión se tomó en el curso de los trabajos que se encomendaron a la Comisión General de Codificación y se aparta de la factura técnica, tanto de la Directiva 2019/2121 como de la vigente Ley 3/2009, que no contienen esa parte general de previsiones aplicables a todas las citadas modificaciones estructurales, sino que disciplinan por separado cada una de ellas, con la consiguiente necesidad de tener frecuentemente que abordar para cada una de tales modificaciones estructurales cuestiones que también se plantean en relación con las restantes.



CONSEJO DE ESTADO

Esa opción por contar con una parte general en materia de modificaciones societarias estructurales se corresponde con el elevado nivel técnico y perfil característico de la Comisión General de Codificación y de sus integrantes y es conceptualmente más depurada que la de reiterar por separado previsiones destinadas a cada una de esas modificaciones. Además, la confección de esa parte general ha tenido que tener en cuenta que, junto con las normas comunes aplicables a todas esas modificaciones, interna o transfronterizas, también hay algunas previsiones generales propias de las modificaciones transfronterizas, tal y como se refleja en la estructura de los títulos que el Anteproyecto dedica a las intraeuropeas (capítulo II de su título III) y extraeuropeas (capítulo I de su título IV).

No se trata de una cuestión enteramente pacífica, y así se ha reflejado a lo largo de la tramitación del expediente, ya que es claro que existen diferencias que separan las modificaciones societarias estructurales internas de las transfronterizas, como son, por ejemplo, la diversidad de prácticas, criterios y tradiciones de los ordenamientos que concurren en estas últimas frente a las unidades de criterios que rigen las modificaciones de alcance interno.

En todo caso, el Consejo de Estado valora positivamente la rigurosa y depurada opción de técnica legislativa a que el Anteproyecto responde y considera que el texto que resulta de los trabajos desarrollados es también de alto nivel y permite acometer mejor las operaciones a que se refiere la proyectada nueva Ley. En ulteriores apartados de estas consideraciones habrá ocasión de examinar las más relevantes decisiones de política legislativa que se han tomado a la hora de formular esa parte general, varias de las cuales han consistido en generalizar soluciones y fórmulas que la Directiva 2019/2121 contiene en relación con las modificaciones societarias estructurales transfronterizas.

Sin perjuicio de ese juicio favorable, no puede olvidarse que esa opción puede comportar algunas dificultades de aplicación por parte de los operadores jurídicos y destinatarios de la nueva legislación, en la medida en que les obliga a relacionar cuidadosamente las previsiones de esa parte general con las de parte especial de la nueva Ley, cuestión que siempre está abierta a



diversos criterios interpretativos. Algunos ejemplos de esas dificultades se verán al examinar las previsiones que el Anteproyecto contiene en relación con las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas.

Adicionalmente, la proyectada parte general debe contrastarse con la citada Directiva 2019/2121, que carece de una semejante parte general, lo que, no solamente ha obligado ahora a extraer criterios generales, sino que exigirá en el futuro analizar con sumo cuidado las eventuales modificaciones y novedades que puedan ulteriormente introducirse en esa regulación europea a fin de ponerlas en relación con el régimen común de modificaciones societarias estructurales con el que se aspira a contar.

#### **Sexta. Los títulos competenciales**

De acuerdo con el orden de análisis que se avanzó en la tercera consideración, la atención ha de volverse ahora sobre los títulos competenciales en que descansa la proyectada nueva legislación.

La disposición final quinta del Anteproyecto reputa como tal la competencia estatal exclusiva en relación con la legislación mercantil (artículo 149, número 1, 6.ª de la Constitución), lo que se recoge igualmente en la memoria del análisis de su impacto normativo y en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Es obvio que la regulación de las modificaciones societarias estructurales de las sociedades mercantiles forma parte, y en un lugar destacado, de la legislación mercantil. Sin embargo, y tal y como se desprende de la reseña efectuada en antecedentes, no es menos evidente que, tanto el derecho de la Unión Europea y, en concreto, la Directiva 2019/2121, como la legislación española, conceden una importancia capital al tratamiento que los derechos de los trabajadores y de sus representantes deben tener dentro de esas modificaciones, de lo que es manifestación elocuente el hecho de que la legislación española sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (Ley 31/2006, de 18 de octubre) contenga previsiones específicas centradas en las modificaciones societarias



CONSEJO DE ESTADO

estructurales de alcance transfronterizo y que el Anteproyecto proponga reformar diversos extremos de esa ley.

Precisamente por ello, entiende este Consejo que el Anteproyecto no descansa solamente sobre la referida competencia estatal en relación con la legislación mercantil, sino que también se apoya, y de un modo marcado, en la competencia estatal respecto de la legislación laboral (artículo 149, número 1, 7.ª, de la Constitución). Por ello, resulta preciso revisar la disposición final quinta del Anteproyecto para que incluya una expresa mención a ese segundo título competencial estatal.

A la luz de esa conclusión ha de volver a valorarse la tramitación seguida por el Anteproyecto y, más en concreto, la intervención de otros departamentos ministeriales distintos del Ministerio de Justicia.

Empezando por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, su intervención puede quedar canalizada por la vía recogida en el artículo 26, número 5, primer párrafo, de la Ley del Gobierno, que contempla que el centro directivo competente para preparar una iniciativa legal podrá recabar *“cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto”*.

La cuestión tiene notas distintas en el caso del Ministerio de Trabajo y Economía Social a la vista de que corresponde al mismo *“la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de empleo, economía social y responsabilidad social de las empresas”* (artículo 9, número 1, del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales) o *“la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de empleo, de relaciones laborales, de economía social y de responsabilidad social de las empresas”* (artículo 1, número 1, del Real Decreto Real Decreto 499/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Economía Social).

Poniendo esa definición orgánica esencial del Ministerio de Trabajo y Economía Social en relación con uno de los títulos competenciales en

9



CONSEJO DE ESTADO

que, como acaba de indicarse, se fundamenta el Anteproyecto (la legislación laboral), entiende este Consejo que ese ministerio ha de ser también proponente de la nueva legislación proyectada, si bien su intervención ha de ceñirse a aquellos aspectos de la misma que se correspondan con legislación laboral.

Ese cambio del rol que ha de tener el Ministerio de Trabajo y Economía Social tiene sus consecuencias sobre el informe de su Secretaría General Técnica. Aunque el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia entiende que el de su homónima del Ministerio de Trabajo y Economía Social se ha evacuado al amparo del citado artículo 26, número 5, primer párrafo, de la Ley del Gobierno, parece más exacto sostener que el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social está vinculado con la condición de coproponente que corresponde a ese departamento ministerial, de manera que ese informe se conecta con lo dispuesto en el quinto párrafo de ese precepto, que contempla que *“los anteproyectos de ley deberán ser informados por la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes”*.

En todo caso, esa recalificación del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Economía Social no tiene consecuencias sustanciales para la tramitación ya efectuada más allá de reflejarla adecuadamente en la formulación final de la memoria del análisis de impacto normativo de la proyectada nueva legislación y en la tramitación final de la misma, ya que el informe que esa secretaria general técnica ha evacuado recoge su criterio en relación con los puntos a que se refieren las competencias del citado departamento ministerial.

**Séptima. Las disposiciones preliminares**

Figuran estas en el capítulo I del título I del Anteproyecto, bajo esa misma rúbrica, comprendiendo los tres primeros artículos de la proyectada nueva Ley.



CONSEJO DE ESTADO

Los artículos 1 y 2 se ocupan, respectivamente, del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la proyectada Ley.

El artículo 1 refleja adecuadamente el ya comentado doble objetivo al que sirve el Anteproyecto y no supone modificación sustancial sobre la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, salvo la supresión de la referencia específica al “traslado internacional del domicilio social”.

La razón de esta supresión se encuentra en que el “traslado internacional de domicilio” pasa a denominarse “transformación transfronteriza”, ya que la Directiva 2019/2121 califica de tal tipo de transformación a *“una operación mediante la cual una sociedad, sin ser disuelta ni liquidada, convierte la forma jurídica en la que está registrada en un Estado miembro de origen en una forma jurídica del Estado miembro de destino que figura enumerada en el anexo II, y traslada al menos su domicilio social al Estado miembro de destino al tiempo que conserva su personalidad jurídica”* (artículo 86 *ter*.2), de la Directiva 2017/1132, incluido por el artículo 1.5) de la Directiva 2019/2121).

Este cambio de tratamiento se refleja a lo largo de todo el Anteproyecto, de manera que el contenido de los artículos 92 a 103 (título V) de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que regulaban el régimen del traslado internacional del domicilio social, pasa a integrarse en el régimen general de las modificaciones estructurales.

Por su parte, y a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley, el artículo 2 lo ciñe, con carácter general, a *“todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución. Las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas se regirán por su específico régimen legal”*.

El artículo 3 completa esa delimitación subjetiva abordando las limitaciones y exclusiones y afectando, en esencia, a las sociedades en concurso de acreedores, en liquidación concursal o en fase de distribución de su patrimonio entre los socios. El Anteproyecto opta por permitir las

9



CONSEJO DE ESTADO

transformaciones y modificaciones estructurales en aquellos casos en los que las sociedades en dificultades o situación de insolvencia se encuentren insertas en un proceso que no termine en la liquidación de sus activos. Este es el sentido de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, que se ha incorporado ya a nuestro derecho mediante la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Todavía en relación con el ámbito subjetivo de la proyectada nueva Ley, la disposición adicional segunda del Anteproyecto mantiene el régimen de la actual Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en relación con las sociedades colectivas e irregulares, cuya transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo requerirán su previa inscripción registral.

Por el contrario, la disposición adicional tercera del Anteproyecto amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la proyectada nueva Ley en comparación con la Ley de 2009. Así, mientras que la homónima previsión de esta última se refiere a las entidades de crédito, cuyas modificaciones estructurales y traspasos de patrimonio quedan sujetas a esa ley y a las especialidades recogidas en su legislación específica, el Anteproyecto incluye ahora, en esos mismos términos, a las entidades aseguradoras.

9

Estima el Consejo de Estado que incorporar estas precisiones de los tres primeros artículos del Anteproyecto en unas disposiciones preliminares responde a un criterio de buena técnica normativa y facilita la interpretación y aplicación de la norma sometida a consulta. En todo caso, debería considerarse la posibilidad de acentuar ese carácter preliminar, convirtiendo el capítulo I del título I del Anteproyecto en un título preliminar, dedicado a su ámbito de aplicación, lo que tendría la ventaja de que el restante capítulo II del actual título



CONSEJO DE ESTADO

l pasaría a ser su título I, manteniendo su rúbrica de disposiciones comunes a todas las modificaciones societarias estructurales.

**Octava. Las disposiciones comunes a todas las modificaciones societarias estructurales**

Siguiendo el orden de examen enunciado en la tercera consideración del presente dictamen, pasan ahora a examinarse las disposiciones comunes sobre las modificaciones societarias estructurales.

Se contienen estas en el capítulo II del título I del Anteproyecto (artículos 4 a 16), al que han añadirse las previsiones generales en materia laboral (disposición adicional primera), las modificaciones en la Ley de Sociedades de Capital y en la Ley Concursal (disposiciones finales tercera y cuarta) y el régimen transitorio.

El alcance de esas disposiciones comunes ha quedado ya expuesto y valorado en previos apartados de estas consideraciones, de manera que procede ahora examinar su contenido concreto.

**A) La regulación general del proyecto de modificación estructural**

El proceso que conduce a la modificación estructural comienza con la formulación de un proyecto, al que se refiere el artículo 4 del Anteproyecto, que exige que ese proyecto incluya toda la información relevante sobre la operación que se plantee, lo que abarca extremos tales como la forma jurídica prevista para la sociedad o las sociedades, el instrumento de constitución en su caso, los estatutos, el calendario indicativo propuesto para la operación y los detalles de cualesquiera garantías ofrecidas a los socios y los acreedores. Sobre estos aspectos se añadirán, en cada caso, los requisitos a los que se refieren los artículos 20 y siguientes, en el caso de transformación por cambio de tipo de sociedad; 39 y siguientes, en el caso de fusión; 64, en el caso de escisión, y 74, en el caso de cesión global de activo y pasivo.

9



### **B) Los informes de la modificación**

Al referido proyecto se acompañarán los informes de los órganos de administración (regulados en el artículo 5 del Anteproyecto), destinados a socios y trabajadores, con el objetivo de que puedan conocer y formular sus observaciones sobre la operación propuesta, en defensa de sus intereses legítimos. El informe del experto independiente, requisito que introdujo en su momento la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, ya se incorporó a nuestro derecho en la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En el Anteproyecto, este informe se regula en el artículo 6, teniendo en cuenta las previsiones de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CEE del Consejo. A lo largo de la tramitación se ha suscitado la conveniencia de aclarar que el pronunciamiento sobre la suficiencia del capital aportado solo será preciso si se trata de una sociedad anónima o comanditaria por acciones, observación que se ha incorporado en la versión final enviada al Consejo de Estado.

### **C) La publicidad de la modificación**

A la publicidad preparatoria del acuerdo se dedica el proyectado artículo 7, instrumentándola a través de la página web de la sociedad y con mención en el "*Boletín Oficial del Registro Mercantil*" (artículo 7.2) o, en caso de que la sociedad careciera de página web, en el Registro Mercantil de su domicilio social y en el "*Boletín Oficial del Registro Mercantil*". Se ocupa el proyectado artículo 7 de garantizar que el acceso a la documentación depositada en el Registro Mercantil o a la información presentada en el mismo será público y gratuito mediante el sistema de interconexión de registros, previsión que parece acertada a este Consejo de Estado. En el mismo sentido favorable a la gratuidad se ha pronunciado durante la tramitación el Consejo Económico y Social.

9



#### **D) La aprobación del acuerdo de modificación**

El Anteproyecto no incorpora modificaciones sustanciales al régimen jurídico vigente sobre la aprobación del acuerdo por la junta general. En efecto, el proyectado artículo 8 se remite al régimen propio de cada sociedad o sociedades, como ahora lo hacen los artículos 40, 61 y 87 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El Anteproyecto precisa algunos extremos adicionales en el caso de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. En el primer supuesto será necesaria en primera convocatoria, como norma general, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto y en segunda convocatoria la concurrencia del veinticinco por ciento de dicho capital. Cuando el capital presente o representado alcance, al menos, el cincuenta por ciento, bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Se requerirá el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (artículo 8.5). Estas previsiones reflejan los criterios establecidos en el artículo 194 y concordantes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. En el segundo de los casos, se prevé que la aprobación del proyecto por la junta general requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (artículo 8.6), criterio que refleja el establecido en el artículo 199 y concordantes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por otra parte, tampoco suponen novedad sobre el régimen vigente la posibilidad de que las decisiones se adopten por acuerdo unánime, posibilidad ahora regulada en el proyectado artículo 9, ni la publicación del acuerdo, a la que se dedica el artículo 10.



### **E) La protección de los socios**

El sistema de protección de los socios por el que el Anteproyecto opta se basa en el reconocimiento de un derecho de los socios disidentes a separarse de la sociedad, un principio ya conocido tradicionalmente, y mantenido de forma continuada en nuestro derecho en las modificaciones societarias. Esta peculiar variante del derecho de separación, con aplicación común en todas las operaciones transfronterizas, supone que los socios que hayan votado en contra del correspondiente acuerdo de enajenar sus acciones o participaciones pueden obtener a cambio una compensación en efectivo adecuada que la sociedad debe ofrecerles en el proyecto de la operación. Cabe, pues, entender que la sociedad está en última instancia obligada a adquirir esas acciones o participaciones, sin perjuicio de que pueda presentar al socio que ejerce el derecho un adquirente distinto, sea otro u otros socios, sea un tercero. Esta es la razón por la que la inadecuada fijación de la relación de canje o de la compensación en efectivo o las insuficiencias o deficiencias en la información exigible se excluyen como motivos de impugnación de los acuerdos sociales. Así se refleja en el proyectado artículo 11, que señala que no constituirán por sí solos, individual o conjuntamente, motivos de impugnación del acuerdo de modificación estructural los extremos relacionados con estos aspectos, es decir, si fueron fijadas inadecuadamente las compensaciones en efectivo en relación con la enajenación de las acciones, participaciones o cuotas o sobre la información ofrecida sobre estos aspectos, siguiendo el criterio de la Directiva 2019/2121.

Es precisamente el artículo 12 de la proyectada norma el que regula el sistema de protección de los socios disidentes, sin modificaciones sustanciales sobre el sistema hasta ahora vigente, de modo que se adquiere el derecho a enajenar acciones, participaciones o cuotas en el caso de haber votado en contra del acuerdo societario. A estos efectos la sociedad tendrá la obligación de adquirir estas acciones, participaciones o cuotas.



### F) La protección de los acreedores

El Anteproyecto se ocupa al respecto (artículos 13 y 14), al igual que el régimen actualmente vigente, de proteger aquellos créditos nacidos con anterioridad a la publicación del proyecto, concediendo a los acreedores un plazo para la impugnación si faltan garantías o estas no resultaran suficientes.

Como instrumentos que sirven y concretan esa protección, el Anteproyecto contempla un esquema de pronunciamientos externos acerca de esas garantías y su suficiencia, que se encomienda, en primer lugar, al experto independiente que participe en el proceso de modificación societaria o que sea designado para ese cometido, con la posibilidad, en segundo lugar, de que su conclusión acerca de la adecuación de las garantías pueda dar lugar a que la sociedad las amplíe u ofrezca otras garantías nuevas y salvando, finalmente, la posibilidad de una decisión final por parte del correspondiente Juzgado de lo Mercantil.

Ese sistema vendría a sustituir a la protección tradicionalmente reconocida a los acreedores en nuestro ordenamiento, cifrada en su derecho de oposición a la modificación planteada, con la posibilidad de recabar un afianzamiento por una entidad de crédito y supone, en suma, trasladar el acento de esa protección en mecanismos de revisión y fijación *a priori* de las garantías que ofrezcan las sociedades involucradas en una modificación estructural.

Completa ese cuadro de mecanismos preventivos el proyectado artículo 15, que regula la declaración del órgano de administración de las sociedades que realicen o participen en una modificación estructural sobre su situación financiera. Se trata de un informe que deberá reflejar con exactitud la situación de la sociedad y que procede de la Directiva 2019/2121, siendo, en consecuencia, un ejemplo relevante de decisiones de política legislativa nacional basadas en novedades contenidas en el derecho de la Unión Europea y, más en concreto, de la mencionada directiva.

Entiende este Consejo que el resultado de esas novedades es satisfactorio, ya que brinda a los acreedores un conjunto de cauces



CONSEJO DE ESTADO

especializados que tratan de asegurar que las sociedades afectadas puedan responder de sus obligaciones.

### **G) La eficacia de las modificaciones estructurales**

A la inscripción de la operación y su validez se dedica el artículo 16 del Anteproyecto, que, en línea con el artículo 19 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, supedita la eficacia de la modificación estructural a su inscripción en el Registro Mercantil.

La innovación en este punto consiste en precisar el Anteproyecto que la eficacia de la operación se producirá *“desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil”*, precisión que el Consejo de Estado considera oportuna y atinada, ya que fue objeto de consideraciones en el trámite de audiencia.

### **H) La impugnación de las modificaciones estructurales**

El Anteproyecto incorpora novedades sustanciales en lo que se refiere a las posibilidades de impugnar una modificación societaria estructural.

En concreto, el artículo 16 del Anteproyecto prevé que no podrá declararse la nulidad de una modificación estructural una vez inscrita, dejando a salvo las acciones resarcitorias que correspondan a socios y terceros, así como las disposiciones de derecho penal, de prevención y lucha contra la financiación del terrorismo y de derecho laboral y tributario, para imponer medidas y sanciones después de la fecha en que haya surtido efectos la modificación estructural.

El origen de ese precepto está en la Directiva 2019/2121 que señala que *“en aras de la seguridad jurídica, no debe ser posible declarar la nulidad absoluta de una operación transfronteriza que haya surtido efecto de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Directiva. Esa restricción debe entenderse sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros relativas, entre otras, al Derecho penal, la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, el Derecho social, la fiscalidad y la garantía del*



CONSEJO DE ESTADO

*cumplimiento de la ley en virtud del Derecho nacional, en particular en el caso de que, una vez que la operación transfronteriza haya surtido efecto, las autoridades competentes u otras autoridades pertinentes determinen, en particular sobre la base de nueva información sustancial, que la operación transfronteriza se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tenían por efecto u objeto sustraerse al Derecho la Unión o nacional o eludirlo, o bien fines delictivos” (considerando 50). Concretando esas exposiciones, los artículos 86 *unvicies* (transformaciones) y 160 *quatervicies* (escisiones) de la Directiva 2017/1132 (introducidos por la Directiva 2019/2121) recogen esa imposibilidad de declarar la nulidad absoluta de una de esas modificaciones societarias estructurales que ya haya surtido efectos, mientras que el artículo 108 de esa misma Directiva (no modificada por la Directiva 2019/2121) recoge un régimen muy limitado de posible nulidad de una fusión.*

Se trata de una muy relevante novedad, que el Anteproyecto introduce, con carácter general, dentro de la ordenación española de las modificaciones societarias estructurales y más allá, por tanto, de los términos en que está enunciada por la mencionada directiva. En todo caso, ha de recordarse que nuestra vigente legislación ya contempla restricciones acentuadas en el cuestionamiento de operaciones de modificación societaria estructural, buen ejemplo de lo cual es, en relación con las fusiones, el artículo 47 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que prevé límites temporales reducidos para la impugnación de una fusión y mantiene 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.

La ampliación o expansión de ese criterio restrictivo por obra del proyectado artículo 16 debe valorarse teniendo en cuenta que no afecta a las indicadas acciones de índole resarcitoria, que incluyen las que han quedado anteriormente indicadas en relación con los socios, ni a las derivadas de las relevantes legislaciones anteriormente indicadas.

Siendo ello así, entiende este Consejo que el Anteproyecto contiene una solución razonable para la trascendencia y complejidad de las



operaciones societarias de las que se ocupa y para la diversidad de cuestiones y personas en ellas afectadas, sin que el mencionado criterio restrictivo de su artículo 16 descompense las posibilidades de reacción de los interesados.

### **I) Las previsiones sobre la legislación laboral**

La disposición adicional primera del Anteproyecto se refiere, con carácter general, a los derechos de información y consulta de los trabajadores en el caso de modificaciones estructurales y reproduce el contenido de la disposición adicional primera de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin más modificación que actualizar la referencia al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que pasa de ser el aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al que fue objeto del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

### **J) Los ajustes en la Ley de Sociedades de Capital**

La disposición final tercera del Anteproyecto introduce varias modificaciones en el vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). Todas ellas se dirigen a incorporar el régimen jurídico del traslado de domicilio como una de las especies del género de las transformaciones societarias. Como se indicó previamente, este aspecto empezó por reflejarse en el artículo 1 del Anteproyecto y afecta a diversos artículos del aludido texto refundido, como son el 160, sobre competencias de la junta, 194, sobre las mayorías necesarias en la junta general, y 199, sobre autorizaciones a los administradores para dedicarse a actividades semejantes a las que ocupan a la sociedad.

Se modifican, además, los preceptos relativos a los derechos de los socios y la protección de los acreedores, en concreto los artículos 346, 461 y 462, que confieren a unos y otros derechos de separación o enajenación de acciones y protección para los créditos nacidos antes de la fecha de publicación del proyecto de modificación estructural de la sociedad.



### **K) Los ajustes en la Ley Concursal**

La disposición final cuarta del Anteproyecto afecta a la Ley Concursal como consecuencia de las novedades ya apuntadas de la proyectada nueva Ley en materia de entidades incluidas en su ámbito de aplicación.

Quedó ya apuntado que el artículo 3 del Anteproyecto excluye a las sociedades que se encuentren en liquidación concursal, pero incluye, por el contrario, a las entidades que sean objeto de procedimientos de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, entendiéndose que, en los casos en que el procedimiento concursal desemboque en un convenio, sin llegar a la liquidación, las transformaciones pueden ser un útil instrumento para la negociación.

Como consecuencia de esa opción, el Anteproyecto modifica los artículos 399 ter.1, 317.3, 317 bis y 631.3 del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para incorporar la posibilidad de que el convenio incorpore previsiones sobre una posible transformación societaria o modificación estructural que permita la supervivencia de la sociedad.

Se introduce, sin embargo, la cautela de que *“en ningún caso la sociedad transformada, la sociedad absorbente, la nueva sociedad, las sociedades beneficiarias de la escisión o la sociedad cesionaria pueden llegar a tener un patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural”*, cautela que, en el sentir de este Consejo, protege adecuadamente los intereses en juego.

### **L) El régimen transitorio**

La única disposición transitoria del Anteproyecto es idéntica a la disposición homónima de la vigente Ley 3/2009, señalando acertadamente que la nueva Ley se ceñirá a *“las modificaciones estructurales de sociedades*



*mercantiles cuyos proyectos no hubieren sido aún aprobados por las sociedades implicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley”.*

### **Novena. Las modificaciones societarias estructurales internas**

De acuerdo con el orden de examen avanzado en la tercera consideración de la presente consulta, procede ahora examinar las previsiones que el Anteproyecto dedica a cada una de las modificaciones societarias estructurales de índole interno, que figuran recogidas en los capítulos II, III y IV de su título II, prestando especial atención a las novedades que la proyectada nueva Ley contiene respecto de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

#### **A) Las fusiones**

Dentro del título II del Anteproyecto, su capítulo II recoge las disposiciones aplicables a las fusiones. Este capítulo está compuesto por veinticuatro artículos que se integran sistemáticamente en siete secciones y que se complementan, a través de la correspondiente remisión, con las disposiciones generales previstas en los proyectados artículos 4 a 16.

En general, el Anteproyecto sigue en este ámbito, tanto en el orden, como en el contenido, lo previsto en los artículos 22 a 53 de vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. De esta forma, el Anteproyecto hace suya la regulación existente e introduce algunos aspectos novedosos en los artículos 36, 38, 40, 41, 43, 45, 46, 47 y 53.

**1. Disposiciones generales.** La sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II está dedicada a recoger las disposiciones generales (artículos 33 a 38).

Se define, en primer lugar, la fusión societaria y sus clases. De acuerdo con el artículo 33 del Anteproyecto, la fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva

9



CONSEJO DE ESTADO

entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquellas.

Ninguna novedad contiene la regulación relativa a las clases de fusión (por extinción o por absorción) a las que se refiere el artículo 34, ni las reglas aplicables a la continuidad de los socios de las sociedades extinguidas en la sociedad resultante de la fusión (artículo 35), ni la prohibición de canje de participaciones propias (artículo 37) o la prevista, por remisión a la aplicación de la legislación sectorial (artículo 38).

Respecto del canje de las acciones, participaciones o cuotas de sociedades, el proyectado artículo 36 toma el valor razonable del patrimonio de las sociedades como tipo aplicable a ese canje.

A pesar de que la vigente legislación acude al "valor real de su patrimonio", entiende el Consejo de Estado que la terminología introducida no suscita objeciones, puesto que, desde una perspectiva técnico-contable, el valor razonable se identifica con el valor actual del activo al ser contrastado con el mercado.

**2. El proyecto de fusión.** Se dedica al mismo la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo que se comenta (artículos 39 a 42), que dispone que el proyecto común de fusión deberá ser redactado y suscrito por los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión (artículo 39).

El contenido del proyecto común de fusión incluirá, además de las menciones contempladas en las disposiciones comunes (artículo 4), los datos enumerados en el artículo 40, que no comprenden la información actualmente exigida en relación con las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa, e introducen como obligación, la necesidad de aportar los certificados que acrediten encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social.



CONSEJO DE ESTADO

La omisión de la información relativa a las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como como a su eventual impacto de género, se explica porque ese artículo 40 se remite a las disposiciones comunes, reguladas en el artículo 5 del Anteproyecto, en cuyos apartados 4.º y 5.º se establecen expresamente, como contenido necesario del informe del órgano de administración, el eventual impacto de género y la explicación sobre las posibles consecuencias de la modificación estructural sobre el empleo.

Respecto a la incorporación de la documentación que acredite que la mercantil se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, ha sido una cuestión contestada durante la tramitación de la norma.

La Confederación Española de Cajas de Ahorros ha sostenido que la introducción de estos requisitos es contraria a la política interna de la Unión Europea de simplificación del derecho de las sociedades de capital. Aduce que este requisito puede en la práctica determinar la exclusión de todas aquellas sociedades que no estén al día en sus obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social o que, aun estándolo, no puedan obtener los correspondientes certificados. Durante la tramitación, ha sido cuestionada también la aplicación de estos requisitos a sociedades inmersas en un plan de reestructuración.

El órgano proponente (Ministerio de Justicia) aceptó estas observaciones, si bien la hizo depender directamente del criterio que sustentase el Ministerio de Trabajo y Economía Social, no habiendo sido esa observación incorporada al texto del Anteproyecto.

En tales circunstancias, han de hacerse al respecto dos puntualizaciones.

De una parte, debe notarse que el certificado previo a la transformación (artículo 86 *quaterdecies* de la Directiva 2017/1132) obliga a la expedición de un certificado previo a la transformación cuando esta sea transfronteriza, pudiendo comprender este certificado “*el cumplimiento o la garantía de las obligaciones pecuniarias o no pecuniarias debidas a organismos*”

9



CONSEJO DE ESTADO

públicos o el cumplimiento de requisitos sectoriales específicos, incluida la garantía de obligaciones derivadas de procedimientos en curso”.

Se constata que la obligación de estar al corriente de ambas obligaciones ha sido incorporada con carácter general para las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas (artículo 90.7.º) y, con carácter general también para las extraeuropeas cuando participen sociedades españolas (artículo 123). Cuestión distinta, es, obviamente, que ese requisito se aplique también a las modificaciones estructurales de carácter interno, como son las ahora contempladas.

De otra, que, no necesitándose enfatizar la importancia de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones para con la Hacienda Pública y la Seguridad Social, entiende este Consejo de Estado que no puede tener el mismo efecto que una sociedad no cumpla con algunas de estas dos importantes obligaciones y el hecho de que no obtenga los correspondientes certificados a tiempo para formalizar la fusión. Por ello, considera que la no obtención de los correspondientes certificados por causas ajenas a los solicitantes, o la obtención habiéndose superado determinados plazos -cuando la empresa que pretende la fusión sí que está cumpliendo con estas obligaciones-, debe ser tenida en cuenta a la hora de autorizarse una modificación societaria estructural.

En relación con esta cuestión, es también muy relevante tener en cuenta que una de las novedades del Anteproyecto es permitir que sociedades inmersas en un plan de reestructuración puedan acometer modificaciones estructurales. Siendo ello así, ha de recordarse que, aunque un plan de reestructuración no puede, en ningún caso, reducir el importe de los créditos de derecho público, sí puede tener alguna incidencia sobre los mismos. En efecto, esos planes de reestructuración pueden comprender tanto la modificación del activo como la del pasivo del deudor, así como afectar a la estructura de los fondos propios, y pueden prever transmisiones de activos, de unidades productivas o cambios operativos o combinaciones de tales elementos.

9



CONSEJO DE ESTADO

Así se desprende del contenido de la reciente Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que modificó el texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) para transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Y es que, de conformidad con el artículo 616 *bis* apartado 1.º, de la Ley Concursal:

*“En ningún caso, el plan de reestructuración podrá suponer para los créditos de Derecho público la reducción de su importe; el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieren; o la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, en crédito o préstamo participativo o en un instrumento de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el originario”.*

En consecuencia, entiende el Consejo de Estado que, dentro del proyectado nuevo régimen general de las modificaciones societarias estructurales internas, el mencionado requisito del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social debe coordinarse con la vigente regulación en materia de reestructuraciones societarias.

Finalmente, en el proyectado artículo 40 debe corregirse la numeración de sus apartados, que pasan actualmente del 6.º al 8.º.

Dedica el Anteproyecto su artículo 41 a regular el informe de expertos sobre el proyecto de fusión, obligatorio como hasta ahora cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, mientras que pasa a ser solo facultativo en los

9



CONSEJO DE ESTADO

demás casos (artículo 41.5). Este artículo, que ha de ser puesto en relación con el artículo 6 del Anteproyecto (informe de un experto independiente), describe la estructura que deberá tener, con carácter general este informe.

Así, en una primera parte, ese informe deberá exponer los métodos seguidos por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen, explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores a los que conducen, y, si existieran, las dificultades especiales de valoración, y manifestar la opinión de si el tipo de canje está o no justificado.

Y, en una segunda, el informe de los expertos deberá manifestar la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente.

Este artículo ha sido objetado durante la tramitación de la norma proyectada, planteándose que la práctica demuestra que la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones de fusión en las que participan sociedades españolas se sujetan, en la mayor parte de las ocasiones, a obtener una o varias autorizaciones administrativas, tanto españolas, como europeas o de terceros países, y que, cada una de esas autorizaciones está sometida a su legislación específica y suele llevar aparejados plazos superiores al de los seis meses previsto en el artículo 347 del Reglamento del Registro Mercantil cuando regula la fecha de caducidad del informe emitido por el experto (tres meses desde la ratificación prorrogable por otros tres). Se ha propuesto, por ello, revisar el régimen de vigencia de ese informe, ya sea modificando el artículo 347 del Reglamento del Registro Mercantil o incorporando en el proyectado artículo 41 la precisión de que el informe deberá estar vigente en el momento de la celebración de las juntas generales de accionistas que aprueben la fusión para cada una de las sociedades intervinientes. Esta observación fue aceptada por los órganos instructores, pero, sin embargo, nada se recoge en el proyectado artículo 41 sobre la vigencia del informe del experto independiente. En opinión de este órgano consultivo, debería hacerse una mención a la vigencia de este informe en el sentido propuesto para evitar que, como



consecuencia de la emisión de las correspondientes autorizaciones, pueda este caducar entorpeciendo a la postre la fusión societaria.

Mantiene el proyectado artículo 42 las reglas aplicables a la fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento del adquirente, previsto para los casos de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial. La única novedad que se introduce en este ámbito se refiere al informe de los expertos sobre el proyecto de fusión, del que se suprime la necesidad de determinar si existe asistencia financiera. Según el órgano proponente la supresión se debe a que la "asistencia financiera" es un concepto jurídico sobre el que no se requiere un pronunciamiento experto.

**3. El balance de fusión.** La sección 3.<sup>a</sup> del capítulo que se examina (artículos 43 a 45) se ocupa de ese balance.

Dispone el artículo 43 que el balance del último ejercicio aprobado podrá considerarse balance de fusión, siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. En otro caso, será preciso elaborar un balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes previo a la fecha del proyecto de fusión, siguiendo los mismos métodos y criterios de presentación del último balance anual.

En ambos casos, podrán modificarse las valoraciones contenidas en el último balance en atención a las modificaciones importantes del valor razonable que no aparezcan en los asientos contables.

Si en la fusión participan una o varias sociedades anónimas cotizadas cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, el balance de fusión podrá ser sustituido por el informe financiero semestral de cada una de ellas exigido por la legislación sobre mercado de valores, siempre que dicho informe hubiere sido cerrado y hecho público dentro de los seis



CONSEJO DE ESTADO

meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión. El informe se pondrá a disposición de los accionistas en la misma forma que la establecida para el balance de fusión.

Parece existir una duplicación innecesaria de formulaciones entre el comienzo y el inciso final del apartado 3 de ese artículo 43, que debe hacerse eco, por otra parte, de que la denominación "mercado secundario oficial" ha quedado ya sustituida, con carácter general, por la de "mercado regulado", tal y como se refleja en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

El balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, y habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta.

La impugnación del balance de fusión no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión (artículo 45).

**4. El acuerdo de fusión.** Aborda el mismo la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo II del título II del Anteproyecto (artículos 46 a 49), precisando que tal acuerdo deberá contener las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores de cuentas de las sociedades en las que fueran legalmente exigibles; el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado, si fuera exigible, del informe de auditoría o, en el caso de fusión de sociedades cotizadas, del informe financiero semestral por el que el balance se hubiera sustituido; los estatutos sociales vigentes incorporados a escritura pública y, en su caso, los pactos relevantes que vayan a constar en documento público; el proyecto de escritura de constitución de la nueva sociedad; los estatutos de la sociedad absorbente, y los datos relativos a la identidad de los administradores de las sociedades que participan en la fusión y de los que vayan a ser nombrados.

9



No menciona el proyectado artículo 46 nada respecto a que el acuerdo deba incorporar el proyecto común de fusión, ni los informes de los administradores de cada una de las sociedades sobre el proyecto de fusión y los informes de los expertos independientes, cuando procedan.

A estos documentos se refiere de forma expresa el artículo 39 apartados 1, 2, y 3 de la actual Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. No obstante, cabe entender que su incorporación será necesaria por la aplicación de los requisitos especificados en las disposiciones comunes del Anteproyecto (artículos 4, 5 y 6), a las que se remite en bloque el proyectado artículo 46.1.

En todo caso, el acuerdo de fusión deberá ser aprobado por la junta general, que deberá ser debidamente convocada con un mes de antelación y cuyos miembros tendrán derecho a obtener copia de todos los documentos por medios electrónicos (artículo 47).

El artículo 49 recoge el sistema de protección de los socios en la relación de canje, concediéndoles la facultad de impugnarla y reclamar un pago en efectivo, siempre que no hayan votado a favor de la aprobación del acuerdo de fusión o no tengan derecho de voto, dentro del plazo de dos meses desde la fecha de publicación del acuerdo de la junta general. En todo caso, la impugnación de la relación de canje no paralizará la fusión ni impedirá su inscripción en el Registro Mercantil.

**5. La formalización de la fusión.** La sección 5.<sup>a</sup> del capítulo II del título II del Anteproyecto recoge los requisitos de formalización en escritura pública e inscripción de la fusión en el Registro Mercantil por cuanto el acuerdo de fusión deberá ser elevado a escritura pública (artículo 50), e inscrito en el Registro Mercantil competente (artículo 51).

**6. Las fusiones especiales.** Están recogidas en la sección 7.<sup>a</sup> del capítulo II del título II del Anteproyecto, integrado por cuatro artículos sustancialmente idénticos a los ahora vigentes. El artículo 53 se refiere a la absorción de sociedad íntegramente participada; el artículo 54, a la absorción

9



CONSEJO DE ESTADO

de sociedad participada al noventa y nueve por ciento; el artículo 55 a la junta general de la sociedad absorbente; el artículo 56 a los supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas, y el artículo 57 a la operación asimilada a la fusión.

Las únicas novedades destacables -que son coherentes con el espíritu de la nueva regulación- son las siguientes:

-En el artículo 53, aunque se mantiene la relación de requisitos que no es necesario que concurren en el caso de la absorción de sociedad íntegramente participada, se suprime la referencia al informe de los administradores y de los expertos sobre el proyecto de fusión cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria.

-En el artículo 54.2, para los supuestos de absorción de sociedad participada al noventa por ciento, se prevé que, dentro del plazo de veinte días desde la fecha de la junta general que haya aprobado el acuerdo de modificación estructural, los socios que no estuvieran de acuerdo con el valor que para las mismas se hubiera hecho constar en el proyecto pueden manifestar su voluntad de transmitir sus acciones o participaciones sociales a la sociedad absorbente, reclamando una compensación en efectivo complementaria, en los términos previstos en las disposiciones comunes para la protección de los socios.

-En el artículo 55, la regulación de la junta general de la sociedad absorbente recoge como novedad la posibilidad de excluir la obligación de publicar el acuerdo de fusión cuando cada una de las sociedades en proceso de fusión ya lo hubieran hecho.

## **B) Las escisiones**

El Anteproyecto dedica el capítulo III de su título II a regular las escisiones, a las que dedica catorce artículos (58 a 71), distribuidos en dos secciones.



Aunque puede decirse que, en general, el Anteproyecto sigue la misma sistemática y adopta el mismo contenido que la regulación vigente (artículos 68 a 80), presenta algunas novedades.

**1. Las disposiciones generales.** Contenidas en la sección 1.<sup>a</sup> del referido capítulo (artículos 58 a 62), empiezan por la clasificación (artículo 58), contemplando que podrán ser totales, parciales o adoptar la modalidad de segregación. Los artículos 59, 60 y 61 se dedican a definirlos y se introduce, como novedad destacable en las escisiones totales (artículo 59 *in fine*) y en las escisiones parciales (artículo 60 *in fine*), la posibilidad de que, además de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias en parte proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se extingue, los socios puedan recibir una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas, reduciendo esta, en el caso de las escisiones parciales, el capital social en la cuantía necesaria.

También para las escisiones se exigen como requisitos elaborar un proyecto de escisión (con acreditación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social (artículo 64.3<sup>o</sup>); un informe de los administradores (artículo 67) y un informe de expertos independientes siempre que las sociedades que participen sean anónimas o comanditarias por acciones y, para el resto, siempre que los soliciten los administradores de las sociedades participantes (artículo 68).

Estos dos últimos informes no serán exigidos en el caso de escisión por constitución de nuevas sociedades -si las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades se atribuyen a los socios de la sociedad que se escinde proporcionalmente a los derechos que tenían en el capital de esta-, ni en el caso de la segregación con creación de nuevas sociedades o en favor de sociedades íntegramente participadas (artículo 61).

También para las escisiones se exige acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. Esta obligación ha sido observada por algunos de los órganos y



CONSEJO DE ESTADO

entidades que han formulado alegaciones durante la tramitación de la norma, como en relación con el proyecto de fusión. También en este caso el departamento consultante ha hecho depender la supresión de este requisito del criterio del Ministerio de Trabajo y Economía Social, sin que se haya incorporado al Anteproyecto el criterio sustentado por los órganos alegantes. Se remite en este punto el Consejo de Estado a las observaciones anteriormente formuladas dentro de esta consideración a propósito de esta misma cuestión.

**2. El régimen legal de la escisión.** Dentro de la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo III de su título II, el Anteproyecto se ocupa de la atribución de elementos del activo y del pasivo (artículo 65) y de la atribución de acciones, participaciones o cuotas de socios (artículo 66).

Finalmente, resulta importante mencionar el artículo 70, que recoge el régimen de protección de los acreedores y responsabilidad por las obligaciones incumplidas.

El Anteproyecto se remite en este punto a las disposiciones comunes sobre protección de acreedores, pero, además, prevé, específicamente, que todas las sociedades beneficiarias de la escisión responderán solidariamente de las deudas nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión y aun no vencidas en ese momento y asumidas por la sociedad escindida o segregada, precisándose que esa responsabilidad se extiende hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas. En el caso de que la sociedad escindida subsistiera, también ella está comprendida en esa responsabilidad solidaria, hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella, y no por la totalidad de la obligación como hasta ahora.

La responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión o segregación prescribirá los cinco años.

En el proyectado artículo 70.1, se sugiera mencionar expresamente que la responsabilidad solidaria se extiende hasta el importe de los activos netos atribuidos "*en la escisión*" a cada una de ellas, como hace el



CONSEJO DE ESTADO

todavía vigente artículo 80 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

**C) La cesión global de activo y de pasivo.** El capítulo IV del título II del Anteproyecto recoge el régimen jurídico de esa cesión global, al que dedica sus artículos 72 a 78, distribuidos en dos secciones.

La sección 1.<sup>a</sup> contiene las disposiciones generales, disponiendo el artículo 72 que la cesión global se produce cuando una sociedad inscrita transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación (artículo 72).

Por su parte, la sección 2.<sup>a</sup> contiene el régimen jurídico aplicable a la cesión global. También en este caso los administradores de la sociedad deberán redactar y suscribir: (i) un proyecto de cesión global con los datos que se exigen con carácter general para toda modificación estructural y, además, con los datos de identificación del cesionario o cesionarios; (ii) la fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables; (iii) la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio; y (iv) la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario (artículo 74). Los administradores deberán elaborar un informe (artículo 75) y acordar la cesión global en la junta general de la sociedad siempre que la cesión global tenga por objeto la adquisición de activos esenciales (artículo 77, puesto en relación con el artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital).

El acuerdo de cesión se hará constar en escritura pública (artículo 78.1) y se inscribirá en el Registro Mercantil. La inscripción determinará la eficacia de la cesión (artículo 78.2).



CONSEJO DE ESTADO

El informe del experto independiente es en este caso facultativo (artículo 76).

Finalmente, el artículo 79 recoge el régimen de la responsabilidad solidaria de los cesionarios y de los socios por las obligaciones incumplidas y el plazo de prescripción de cinco años, en términos muy similares a la regulación contenida en el artículo 91 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. La única novedad viene determinada por la previsión que se refiere a la responsabilidad de la propia sociedad que no se hubiera extinguido, que se extenderá hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella y no a la totalidad de la obligación como hasta ahora.

#### **Décima. Las modificaciones societarias estructurales transfronterizas intraeuropeas**

De acuerdo con el orden de examen anunciado en la tercera consideración de la presente consulta, procede ahora concentrar la atención en las previsiones que el Anteproyecto dedica a las modificaciones estructurales transfronterizas intraeuropeas.

Tales previsiones se contienen en el título III del Anteproyecto, que es el que directamente se dirige a transponer la Directiva 2019/2121, y a cuyo contenido han de añadirse las que el Anteproyecto dedica a los derechos de los trabajadores, contenidas en su disposición final segunda y las precisiones en materia de infracciones y sanciones en el orden social (disposición final primera).

Como ya ha quedado indicado, esa directiva acomete una regulación general de las modificaciones societarias estructurales transfronterizas, ampliando la previa regulación que estaba únicamente ceñida a las fusiones de ese alcance. Por lo tanto, buena parte de la proyectada nueva Ley es de nueva planta y acomete materias que no están actualmente tratadas por la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

9



El título III del Anteproyecto se estructura en tres capítulos, dedicados a su “*ámbito de aplicación*”, “*disposiciones generales*” y “*disposiciones especiales*”, respectivamente, que se analizan a continuación por separado, si bien algunas de las observaciones que se efectúan afectan paralelamente a artículos análogos de distintos capítulos, tal y como habrá ocasión de advertir.

Se observa que, a lo largo de este título III, y también en el título IV, se utilizan en ocasiones referencias a la las sociedades “*sujetas al Derecho español*”, “*sujetas a la legislación española*” o análogas, mientras que en otras ocasiones se hace referencia a “*sociedades españolas*”, aparentemente sin intención de darle un sentido diferente en unos y otros casos. Teniendo en cuenta el marco de integración y armonización del derecho societario dentro de la Unión Europea, parece que sería mejor no utilizar indistintamente aquellas expresiones y la de “*sociedades españolas*”, en la medida en que, en ocasiones, una sociedad de un Estado miembro puede estar sujeta a la legislación de otro Estado miembro en un aspecto concreto; en definitiva, se trata de expresiones que no siempre habrán de considerarse equivalentes. Por tanto, debería utilizarse con precisión una u otra expresión en cada caso en función de la finalidad perseguida por el concreto precepto de que se trate.

#### **A) Capítulo I. Ámbito de aplicación: artículos 80 a 83**

El artículo 80 recoge las modificaciones estructurales incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley proyectada y su apartado 2 precisa que las sociedades de capital sujetas a la legislación española a las que se aplica este título son las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. Son, en efecto, estos tipos societarios los que se contemplan en el anexo II de la Directiva 2017/1132, al que se remiten los artículos que en ella introdujo la Directiva 2019/2121 en relación con las transformaciones (artículo 86 *ter*, apartado 1); fusiones (artículo 119.1.a) y escisiones (artículo 160 *ter*, apartado 1). Se sugiere valorar la posibilidad de introducir alguna aclaración sobre el régimen aplicable a otros tipos societarios.



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a las exclusiones, el artículo 81 dispone que este título *“no se aplicará a las modificaciones estructurales en las que participen una o varias sociedades cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público, que funcione según el principio de reparto de riesgos”*. Se observa que en el artículo 86 *bis*, apartado 2 (en relación con las transformaciones), el 120.3 (para las fusiones) y el 160 *bis*, apartado 3 (para las escisiones) de la Directiva 2017/1132 (en la redacción dada por la Directiva 2019/2121) añaden una precisión que resulta conveniente añadir aquí (*“... y cuyas partes sociales, a petición del tenedor de estas, se readquieran o se rescaten, directa o indirectamente, con cargo a los activos de dicha sociedad”*).

Por último, se observa que el artículo 83 (*“Régimen aplicable a las sociedades españolas”*) establece, en su apartado 1: *“Salvo que el presente título disponga lo contrario, las sociedades españolas que participen en una modificación transfronteriza cumplirán con los requisitos y trámites previstos para las modificaciones estructurales internas en esta ley y lo previsto en las disposiciones que siguen”*. Se sugiere añadir una precisión para aclarar que, en caso de discordancia o contradicción, prevalecerán -y por tanto se aplicarán- las disposiciones de este título III.

**B) Capítulo II. Disposiciones generales: artículos 84 a 95**

**1. Sección 1.ª. Del proyecto y protección de socios, acreedores y trabajadores.** El artículo 84 dispone lo siguiente:

*“Los administradores de la sociedad o sociedades españolas que realicen o participen en una modificación estructural deberán elaborar un proyecto que contendrá, al menos, las mismas menciones que para las modificaciones estructurales internas que corresponda y, en su caso, la información sobre los procedimientos por los que se determinan los regímenes de participación de los trabajadores en la definición de sus derechos a la participación en la sociedad o sociedades resultantes”*.

Por tanto, para cada tipo de modificación estructural habrá de integrarse -y cumplirse- lo que se exige para una modificación interna, lo que



CONSEJO DE ESTADO

incluye no solo lo que establece el artículo 4 con carácter general, sino también las menciones que para cada tipo de modificación estructural se establece en la Ley proyectada (tal y como prevé el artículo 4.2); y, además, lo que se exige en este capítulo de disposiciones generales, y también lo que se exige en la sección correspondiente del siguiente capítulo (sobre disposiciones especiales). Así, por ejemplo, para el caso de las transformaciones transfronterizas, habrá de integrarse lo previsto en el artículo 4 (de carácter general para las modificaciones estructurales internas), con lo dispuesto en el artículo 20 (de carácter específico para las transformaciones internas), con lo que prevé el artículo 84 (de carácter general para las operaciones transfronterizas) y con lo que establece el artículo 98 (de carácter específico para las transformaciones transfronterizas), de forma que entre esos cuatro artículos se recogen las menciones contempladas en el artículo 86 *quinquies* de la Directiva 2017/1132 (en la redacción dada por la Directiva 2019/2121).

Se trata de una opción sistemática que puede hacer menos sencilla la aplicación de la proyectada Ley por los operadores jurídicos, pero que puede servir al objetivo de asegurar la citada equiparación de régimen entre las modificaciones estructurales internas y transfronterizas.

Ello tiene la ventaja de hacer una regulación menos reiterativa (a diferencia de la Directiva 2019/2121), pero puede tener inconvenientes por mayor complejidad, no solo en el proceso de incorporación, sino también en caso de futuras modificaciones, en la medida en que supone una cierta separación del enfoque de la citada directiva, que contiene previsiones separadas y, en ocasiones, repetitivas para las distintas modificaciones. Se trata, en suma, de una cuestión que merece una detenida reflexión de carácter general en el marco de las relaciones entre las directivas europeas y las normas internas de incorporación, y ello, teniendo en cuenta no solo el avance de la integración normativa en el seno de la Unión Europea, sino también la realidad de que en no pocas ocasiones las normas armonizadoras en que las directivas consisten terminan por sustituirse por reglamentos (UE) directamente aplicables en los Estados miembros.



CONSEJO DE ESTADO

El artículo 87.2 dispone que los derechos de los acreedores se entenderán sin perjuicio de la aplicación del régimen propio "*de las obligaciones pecuniarias o no pecuniarias debidas a organismos públicos*". Aunque la redacción sigue de cerca la que recoge la directiva en distintos preceptos (artículo 86 *undecies* respecto a las transformaciones, 126 *ter* respecto a las fusiones, y 160 *quaterdecies* respecto a las escisiones), se sugiere mejorar o reconsiderar la redacción en dos aspectos: por una parte, las obligaciones no se deben, sino que se tienen en relación con uno u otro organismo (lo que se debe es la prestación en que la obligación consiste); por otra, debe notarse que el concepto de organismo público en derecho español (*cfr.* artículo 2 y artículo 84.1.a) de la Ley 40/2015, que los clasifica en organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, con exclusión del resto de AA. PP. y entes integrantes del sector público) es más limitado que el que se desprende de la Directiva ("*public bodies*", en la versión inglesa), por lo que quizás sería mejor utilizar otra expresión (como Administraciones públicas, que incluye la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 40/2015). No obstante, se trata de una cuestión a la que puede llegarse igualmente por vía interpretativa y que posiblemente sea mejor tenerla en cuenta, con carácter general, en la fase de traducción de las normas europeas (nótese que se plantea también en algún otro artículo del Anteproyecto: p. ej., artículo 90.3).

El artículo 88.3 del Anteproyecto dispone: "*Cuando al menos una de las sociedades que participan en la modificación estructural esté gestionada en régimen de participación de los trabajadores y la sociedad o sociedades resultantes de la modificación estructural se rijan por dicho sistema, dicha sociedad o sociedades deberán adoptar una forma jurídica que permita el ejercicio de los derechos de participación*". Con ello, se exigen dos condiciones para que la sociedad o sociedades resultantes de la modificación estructural deban adoptar esta forma jurídica; sin embargo, en línea con lo que advierte el informe de la Subdirección General de Ordenación Normativa del Ministerio de Trabajo y Economía Social, la directiva no solo se refiere a los supuestos en que existan derechos de participación preexistentes porque al menos una de las

9



CONSEJO DE ESTADO

sociedades ya esté gestionada en régimen de participación, sino que esa exigencia se aplica también a los supuestos en que la sociedad resultante vaya a estar gestionada por tal régimen de acuerdo con lo previsto en los artículos 86 *terdecies*, apartado 6 en relación con el apartado 2 (para las transformaciones), 133, apartado 6 en relación con el apartado 2 (para las fusiones) y 160 *terdecies*, apartado 6 en relación con el apartado 2 (para las escisiones). A partir de ello, se plantea si las dos condiciones que se recogen en este artículo 88.3 deberían recogerse con carácter alternativo (cuando se dé la primera o cuando, sin darse la primera, concorra la segunda). No obstante, la cuestión podría quedar solventada por la remisión que el apartado 2 del mismo artículo 88 proyectado hace a lo dispuesto en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, unido a la previsión del artículo 39.1.a), una vez modificado en los términos previstos en la disposición final segunda del Anteproyecto (apartado uno)

Por lo demás, en el artículo 89.3 parece que la referencia que recoge su inciso final al "*párrafo primero, incisos 1º a 4º*" debe hacerse, en realidad, al apartado 2 y no al citado párrafo primero.

**2. Sección 2.ª: De la impugnación, formalización e inscripción de las modificaciones estructurales.** El artículo 90 ("*Certificado previo a la modificación estructural*") dispone en su apartado 5 que si la modificación proyectada no cumple todas las condiciones exigidas, el Registrador Mercantil no expedirá el certificado previo, informará a la sociedad de los motivos de su decisión y le ofrecerá la oportunidad de subsanar los defectos observados "*en un plazo no superior a 30 días*", de forma que, en caso de no producirse la subsanación en dicho plazo, el Registrador denegará el certificado previo y la operación no podrá llevarse a cabo.

Los artículos de la Directiva 2017/1132 de que esta previsión trae causa (apartado 7.b) del artículo 86 *quaterdecies* para las transformaciones, del artículo 127.7.b) para las fusiones y del artículo 160 *quaterdecies* para las escisiones) ofrecen la posibilidad de subsanar "*en un plazo adecuado*". En principio, parece que el plazo de 30 días puede ser adecuado con carácter general, pero debe valorarse si en determinados casos podría ser necesario -o más adecuado- un plazo mayor, con el objeto de dar un poco de flexibilidad en

9



CONSEJO DE ESTADO

este punto a la norma (p. ej., permitiendo al Registrador que excepcionalmente pueda conceder un plazo más amplio cuando resulte adecuado en función de la subsanación requerida).

A continuación, el artículo 91, en su apartado 4 dispone que, cuando *"debido a la complejidad de la operación, no sea posible realizar la valoración en los plazos establecidos en los apartados anteriores, el Registrador Mercantil notificará a la sociedad los motivos de cualquier retraso antes del vencimiento de dichos plazos"*.

Los artículos de que trae causa este apartado (apartado 11 del artículo 86 *quaterdecies* para transformaciones, del 127 para fusiones y del 160 *quaterdecies* para escisiones) se refieren a los plazos de los apartados 7 y 10 de esos mismos artículos, que se corresponden con el plazo general de tres meses previsto en el proyectado artículo 90.4 y con la prórroga de tres meses prevista en el proyectado artículo 91.1. Por tanto, puesto que este artículo 91.4 se refiere a los *"plazos establecidos en los apartados anteriores"* podría entenderse que queda fuera el plazo general de tres meses recogido en el proyectado artículo 90.4. Se propone, por tanto, dejar claro que la previsión del artículo 91.4 es aplicable tanto para el plazo de tres meses previsto (con carácter general) en el artículo 90.4 como para la ampliación prevista en el artículo 91.1 (para el caso de sospecha de abuso o fraude), lo que podría hacerse modificando la redacción del artículo 91.4 o bien introduciendo una previsión análoga en el artículo 90.

**C) Capítulo II. Disposiciones especiales: artículos 96 a 120**

El capítulo II del título III recoge una serie de disposiciones especiales en relación con cada una de las operaciones transfronterizas, de forma que se estructura en cinco secciones que se corresponden con cada una de aquellas: transformaciones transfronterizas, fusiones, escisiones con creación de nuevas sociedades, escisiones con sociedades existentes, y cesiones globales de activo y pasivo.

9



**1. Sección 1.ª. De las transformaciones transfronterizas.** El artículo 99 (*"Protección de los acreedores"*) trata de incorporar lo previsto en el artículo 86 *undecies*, apartado 4, de acuerdo con el cual, los Estados miembros velarán por que los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de transformación transfronteriza *"también puedan iniciar un procedimiento contra la sociedad en el Estado miembro de origen en el plazo de dos años a partir de la fecha en que la transformación haya surtido efecto"*, sin perjuicio de las normas sobre competencia judicial aplicables en virtud del derecho de la Unión o nacional o de un acuerdo contractual. Sin embargo, ha de notarse que la redacción proyectada en el artículo 99 es cuando menos confusa, puesto que la referencia temporal de dos años aparece unida a *"otros foros de competencia judicial internacional"* (y separada por una coma de la posibilidad de demandar a la sociedad). Es necesario, pues, introducir una coma después del término *"internacional"* (o de otra forma aclarar la redacción), puesto que el plazo de dos años ha de quedar referido a la posibilidad de demandar a la sociedad en el Estado miembro de origen, tal y como revela el artículo 86 *undecies*, apartado 4 (y no a la existencia o recurso a otros foros de competencia judicial internacional).

El artículo 100 del Anteproyecto se refiere a la fecha y efectos de la transformación. En su apartado 2 se sugiere que se sustituyan los incisos 1.º, 2.º y 3.º por a), b), y c). Ciertamente, el contenido del inciso 3.º (referido a contratos y relaciones laborales) parece subsumible en el del inciso primero (que alcanza a todos los contratos, derechos y obligaciones); pero lo mismo cabría decir de la relación entre los apartados c) y a) del artículo 86 *novodecies* de la directiva, por lo que se considera adecuado mantener la redacción proyectada, en la medida en que la norma de la Unión Europea ha optado por hacer una mención específica.

Sin embargo, llama la atención que la solución adoptada por el Anteproyecto sea distinta en artículos diversos: así, la opción ha sido diferente (la no reproducción) en el caso del artículo 106.3 (al regular los efectos de la fusión transfronteriza, en que no se reproduce lo dispuesto en el artículo 131.4). Si hay alguna razón para ese tratamiento diverso, sería conveniente aclararlo;

9



CONSEJO DE ESTADO

y, en caso contrario, sería mejor optar por mantener un mismo criterio a lo largo de todo el articulado de la Ley proyectada.

**2. Sección 2.ª. De las fusiones.** El artículo 105, bajo el epígrafe "*Fusiones especiales*", dispone lo siguiente: "*El proyecto común de fusión deberá contener información sobre la valoración del activo y pasivo transferido a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza y las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza*".

Aunque este artículo 105 se titula "*Fusiones especiales*", su contenido no hace mención a alguna de ellas. Ciertamente, podría ser porque pretende referirse su contenido únicamente a las fusiones contempladas en la sección 7.ª del capítulo II del título II (artículos 53 a 57 del Anteproyecto); pero si es eso lo que se pretende, debe decirse expresamente en el contenido del artículo, puesto que ninguna referencia se incluye al respecto en la redacción proyectada.

El origen de ese artículo 105 podría buscarse en el artículo 132 de la directiva (si quiere ceñirse a las fusiones especiales) o bien en su artículo 122, apartados k) y l) (si se entiende de aplicación general a todas las fusiones transfronterizas intraeuropeas). Resulta necesario que quede claro el ámbito de aplicación del proyectado artículo 105, bien modificando su epígrafe, o bien precisando su alcance de forma expresa en el mandato que constituye su contenido.

En cuanto al artículo 106 del Anteproyecto, se observa que su apartado 1 se adecua a lo dispuesto en el artículo 129 de la Directiva 2017/1132 (en su redacción original, que se mantiene). Sin embargo, su apartado 2 no se refiere en realidad a la fecha y efectos de la fusión, sino al control de legalidad de la fusión transfronteriza (que se corresponde con el artículo 128 de la citada directiva) en el caso particular de que tanto una de las sociedades que se fusionan como la resultante fueran españolas, lo que encontraría mejor ubicación fuera del proyectado artículo 106.

9



CONSEJO DE ESTADO

Por otra parte, quiere recordarse aquí la observación que se ha hecho en relación con el artículo 100 del Anteproyecto, teniendo en cuenta, en este caso, lo dispuesto en el artículo 131.4 de la Directiva 2017/1132 (*“Los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionen procedentes de contratos de trabajo o de relaciones laborales existentes en la fecha en la que surta efecto la fusión transfronteriza se transferirán, en razón de este hecho, a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza en la fecha en que la fusión transfronteriza surta efecto”*).

Por lo demás, en el apartado 3 de este mismo artículo 106 se incorpora lo previsto en el artículo 131 de la directiva. Se observa que el ordinal 2.º sigue de cerca lo que dispone el 131.1.b), pero sin el inciso *“a menos que hayan enajenado sus acciones o participaciones tal como contempla el artículo 126 bis, apartado 1”*. Ciertamente cabría entenderlo implícito, pero para mantener el mismo criterio que en otros preceptos del Anteproyecto se sugiere valorar su incorporación (en línea con lo que hace el artículo 100 en relación con las transformaciones -trasunto del artículo 86 *novodecies* de la directiva- o el artículo 111 en relación con las escisiones -reflejo de lo que dispone el artículo 160 *novodecies* de la directiva-). En definitiva, se trata de un caso más en que resulta conveniente unificar el criterio seguido a lo largo del Anteproyecto, para evitar que se puedan producir interpretaciones no buscadas a partir de la comparación entre el tenor de unos artículos y sus equivalentes o análogos referidos a otros tipos de modificaciones estructurales.

**3. Sección 3.ª. De las escisiones con creación de nuevas sociedades.** El artículo 109 (*“Protección de los socios en la relación de canje”*) viene a incorporar lo previsto en el artículo 160 *decies*, apartado 6, de la directiva. Se sugiere aclarar la remisión que su apartado 2 introduce en relación con las escisiones internas, puesto que, salvo error, no hay una norma específica para esta cuestión en el capítulo que se ocupa de las escisiones internas (artículos 58 y siguientes del Anteproyecto), lo que llevaría a aplicar el artículo 12.6 en relación con la previsión existente para las fusiones en el artículo 49.

9



Con carácter general, ha de ponerse de manifiesto que los juegos de remisiones (no a artículos, sino a la regulación de modificaciones estructurales internas, o a las disposiciones generales de las modificaciones estructurales transfronterizas) no ayudan a proteger la seguridad jurídica del operador que habrá de aplicar esta norma, por lo que es altamente recomendable que se facilite al máximo esa labor, evitando redacciones que puedan inducir a error, en una regulación que puede tener cierta complejidad para el operador jurídico llamado a aplicarla.

El artículo 111 regula la fecha y efectos de la escisión. En el apartado 3 se sugiere sustituir los ordinales por letras en aras de la mayor claridad, y se recuerda lo indicado en relación con el 106.3 del Anteproyecto, puesto que este artículo 111 sí reproduce, en sus apartados 3.2.º y 4.2.º, la salvedad relativa a que hayan enajenado sus acciones o participaciones -en línea con lo dispuesto en el artículo 160 *novodecies*, apartados 1.b) y 2.b)-, a diferencia de lo que hace el 106.3.2.º del Anteproyecto, como se observó (no sucede lo mismo en el caso del apartado 5.2.º, en que ni el Anteproyecto ni la directiva recogen la salvedad).

También cabe recordar, en relación con los apartados 3.3.º, 4.3.º y 5.3.º de este artículo 111, lo ya observado en el 100.2 y 106 en relación con los contratos de trabajo y relaciones laborales.

#### **4. Sección 4.ª. De las escisiones con sociedades existentes.**

En el caso de la sección 4.ª, parece que no se trata de incorporar la Directiva 2019/2121, a la vista de lo que dice su considerando 8: "*La presente Directiva no dispone un marco armonizado para las escisiones transfronterizas en las que una sociedad transmite su patrimonio activo y pasivo a una o varias sociedades existentes, ya que se ha considerado que esos casos revisten una elevada complejidad, requieren la intervención de las autoridades competentes de varios Estados miembros y conllevan riesgos adicionales de elusión de las normas de la Unión y nacionales*".

En todo caso, se considera positiva su regulación en este capítulo, para que este supuesto de hecho tenga su propio marco jurídico en el derecho



CONSEJO DE ESTADO

interno, alineado por lo demás con la regulación de la escisión con sociedades de nueva creación, tal y como revela el inciso inicial del proyectado artículo 112.

En cuanto al contenido de la regulación proyectada, se observa que en el artículo 113 dice que el Registrador Mercantil "*controlará en especial*" que las sociedades que participan en la escisión hayan aprobado el proyecto común de escisión en los mismos términos. Ello puede suscitar algunas dudas acerca del alcance de su control en relación con otros elementos. Se sugiere reconsiderar esa redacción, que quizás podría sustituirse por la mención de que el Registrador "*comprobará*" o "*se asegurará*" de que las sociedades que participan en la escisión hayan aprobado el proyecto común de escisión en los mismos términos; o bien por una redacción análoga, con la idea de dejar más claro que no se pretende alterar el ámbito de control del Registrador, pero sí poner énfasis en un aspecto de ese control.

**5. Sección 5.ª. De las cesiones globales de activo y pasivo.**

Esta sección 5.ª regula las "*cesiones globales de activo y pasivo*", lo que no se regula específicamente como tal en la directiva. Tampoco indica nada al respecto la memoria.

En cualquier caso, se observa que el proyectado artículo 118 reproduce, casi en sus términos, lo dispuesto en el artículo 115.3, si bien en aquel se añade un inciso ("*al tiempo de la cesión*") que no se incluye en este (si bien podría entenderse implícito). Procede, por tanto, suprimir la reiteración o, en su defecto, si fuera intencionada, aclarar la relación entre uno y otro precepto.

**D) Los aspectos laborales**

De acuerdo con lo inicialmente indicado, quedan por comentar las previsiones que el Anteproyecto dedica a la legislación laboral y a los derechos de los trabajadores, contenidas en su disposición final segunda.

En concreto, esa disposición final segunda lleva a cabo una modificación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los

9



CONSEJO DE ESTADO

trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, con vistas a introducir las previsiones que, en materia de participación de los trabajadores, contempla la Directiva 2017/1132, en la redacción dada por la Directiva 2019/2121. Señala el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que se trata de una transposición especialmente compleja, entre otros motivos porque esta directiva regula la cuestión por remisión a partes del articulado de otra directiva y de un reglamento.

Destaca que, antes de la entrada en vigor de la Directiva 2019/2121, la regulación de la Unión Europea ya contemplaba un régimen para proteger la participación de los trabajadores en caso de fusión intraeuropea (pero no para las transformaciones y escisiones intraeuropeas), que ya está contemplado en la citada Ley 31/2006, que el Anteproyecto propone modificar. En este punto, la Directiva 2019/2121 se orienta a reforzar ese régimen de protección para las fusiones intraeuropeas y extenderlo al resto de modificaciones intraeuropeas (transformaciones y escisiones).

El mismo Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital había suscitado algunas dudas en relación con el contenido del artículo 39.1.a) (referidas antes al artículo 40.1.a), antes de la supresión del artículo 39 que incluía una anterior versión del Anteproyecto, de acuerdo con lo informado tanto por el citado departamento como por el Ministerio de Trabajo y Economía Social), dudas que, a juicio del Consejo de Estado han quedado adecuadamente resueltas con la redacción proyectada, con la precisión aclaratoria incluida en la última versión del Anteproyecto. Se trata de una cuestión relacionada con la observada en relación con el artículo 88.3 del Anteproyecto, y que deriva -como allí se advirtió- de lo establecido en los artículos 86 *terdecies* (para las transformaciones), 133 (para las fusiones) y 160 *terdecies* (para las escisiones).

El artículo 41 regula la aplicación de las disposiciones subsidiarias en materia de participación. En relación con su apartado 1.b), el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital advierte que la Directiva 2019/2121 permite que cuando sean de aplicación las disposiciones subsidiarias el número de representantes de los trabajadores en los órganos de

9



CONSEJO DE ESTADO

administración pueda limitarse, y plantea la duda de si se ha procedido a su transposición y, en su caso, cómo se ha hecho.

Se trata, en efecto, de una cuestión que está contemplada en los artículos 86 *terdecies*.1.4.b) (para las transformaciones), 133.4.c) (para las fusiones) y 160 *terdecies*.4.b) (para las escisiones). Sin embargo, la lectura de los citados artículos revela que se trata de una opción para los Estados miembros, que pueden decidir limitar -o no- la proporción de los representantes de los trabajadores en los órganos de administración.

En efecto, dispone el citado artículo 86 *terdecies*.1.4.b):

*"4. Al regular los principios y procedimientos a que se refiere el apartado 3, los Estados miembros:*

*(...)*

*b) podrán, cuando las disposiciones de referencia para la participación sean de aplicación, a raíz de negociaciones previas, no obstante dichas disposiciones, decidir limitar el número de representantes de los trabajadores en el órgano de administración de la sociedad transformada. No obstante, cuando en la sociedad los representantes de los trabajadores constituyan al menos una tercera parte de los miembros del órgano de administración o de supervisión, esta limitación nunca podrá tener por efecto que el número de representantes de los trabajadores en el órgano de administración sea inferior a una tercera parte".*

9

Por tanto, se trata de una opción que la citada directiva deja abierta a la libre decisión de los Estados miembros al regular los principios y procedimientos a que aquel artículo se refiere, tal y como revela su tenor ("*podrán*"). Por lo demás, aclara el Ministerio de Trabajo y Economía Social que dicha opción estaba ya prevista para las fusiones transfronterizas en la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (artículo 16.4.c), después codificada por la Directiva 2017/1132, sin que se



CONSEJO DE ESTADO

decidiera ejercerla en la transposición llevada a cabo en aquel momento mediante la modificación de la Ley 31/2006. De este modo, aunque ahora la directiva amplía esta opción a los otros dos tipos de operaciones transfronterizas (transformaciones y escisiones), se ha decidido no hacer uso de ella, dentro del margen de libertad admitido por la norma europea.

Por lo demás, también ha suscitado dudas el artículo 42 (*“Aplicación transitoria de las normas de participación anteriores en el caso de transformaciones y escisiones transfronterizas intraeuropeas”*), en particular por el hecho de hacer referencia a los casos de transformación y escisión transfronteriza europea, sin referencia alguna a las fusiones. No obstante, como aclara el Ministerio de Trabajo y Economía Social, este artículo transpone el artículo 86 *terdecies*, apartado c) (referido a las transformaciones) y el 160 *terdecies*, apartado 4.c) (relativo a las escisiones), preceptos que no tienen análoga previsión en el artículo 133.4 de la directiva (en materia de fusiones).

Todavía en relación con la legislación laboral, pero circunscrita a las infracciones y sanciones en el orden social, la disposición final primera del Anteproyecto modifica el artículo 5 del texto refundido de la Ley sobre tales infracciones y sanciones (aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) para precisar que las acciones u omisiones de los sujetos responsables contrarias a las normas de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas constituyen infracciones laborales. Se trata de una previsión acertada en la medida en que responde a la vinculación que la Ley 31/2006 tiene con la regulación que la Unión Europea ha hecho de las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

**Undécima. Las modificaciones societarias estructurales transfronterizas extraeuropeas**

El articulado del Anteproyecto se cierra con las previsiones que dedica a las modificaciones societarias estructurales transfronterizas extraeuropeas a las que dedica su título IV.



CONSEJO DE ESTADO

Señala la memoria del análisis de impacto normativo que, en la elaboración de ese título *“se ha seguido el mismo esquema de las operaciones intraeuropeas, con las necesarias adaptaciones, teniéndose en cuenta que esta regulación es unilateral sin que hasta el momento una Directiva europea o regla convencional establezca un marco común con Estados no miembros”* (y precisando que tampoco se benefician de algunas de las reglas facilitadoras que se aplican a las operaciones intraeuropeas).

En relación con el capítulo I (*“Disposiciones generales”*) se advierte que no hay referencia alguna a lo dispuesto en tratados y convenios internacionales vigentes en España (a diferencia de lo que recogen, por ejemplo, los artículos 92 y 94 de la vigente Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). Ciertamente es que la memoria, en el párrafo transcrito, afirma que no hay ninguna regla convencional que establezca un marco común con terceros Estados; sin embargo, apunta que es así *“hasta el momento”*, por lo que, teniendo en cuenta la creciente internacionalización de las relaciones mercantiles de sociedades españolas con sociedades de terceros Estados, sería prudente introducir una cautela en el inciso inicial del artículo 121 (p. ej., *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales vigentes en España, el presente Título se aplicará...”*).

En línea con lo que ha quedado señalado con carácter general más arriba, se sugiere sustituir las referencias a sociedades *“sujetas al Derecho español”* (artículo 121.1.º) o *“sujetas a la legislación española”* (artículo 121.2.º) por referencias a sociedades españolas, como se dice en los demás artículos de este mismo capítulo (122, 123, 124) y en otros artículos del Anteproyecto, teniendo en cuenta que no se trata de expresiones equivalentes (y salvo que se pretenda otra cosa, en cuyo caso convendría dejarlo más claro).

Por lo demás, no deben ignorarse las limitaciones que algunas de las previsiones incluidas en este título pueden tener en cuanto a su eficacia, por ejemplo, cuando se exige *“una certificación del Registrador o autoridad competente extranjera”*, que esa autoridad extranjera puede considerar -o no- procedente emitir. Como recuerda también la exposición de motivos, se trata de

9



CONSEJO DE ESTADO

una regulación unilateral, con las limitaciones que ello supone en cuanto a su potencial eficacia.

**Duodécima. Recapitulación final**

Concluido el examen detenido del Anteproyecto, ha de reiterarse que se está ante una iniciativa normativa muy depurada conceptualmente y de gran nivel técnico, que articula adecuadamente unas muy relevantes decisiones de política legislativa a la hora de regular las modificaciones societarias estructurales.

También ha de dejarse constancia de que, aunque sea con un indeseable retraso, la proyectada nueva Ley opera una adecuada transposición de la Directiva 2019/2121, insertando en nuestro derecho las previsiones necesarias para que contribuya a la mejor y más eficiente aplicación del corpus normativo que la Unión Europea viene diseñando en materia del derecho de sociedades.

Partiendo de ese material, el presente dictamen ha tratado de valorar las decisiones de política legislativa a que el Anteproyecto responde y el modo en que las ha desarrollado, destacando algunas de sus implicaciones a la hora de aplicar la nueva disciplina de las citadas modificaciones societarias, así como de aportar sugerencias que imbriquen adecuadamente esa disciplina con otras muy relevantes regulaciones aplicables al tráfico mercantil, como es el caso de la legislación concursal.

Esta consulta también ha prestado especial atención a los títulos competenciales en que se fundamenta el Anteproyecto, tanto en lo que se refiere a la legislación a que afecta como a los ministerios proponentes, que han de incluir a los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Economía Social.

Por último, no puede dejarse de destacar, de nuevo, que la urgencia final con que ha culminado la preparación del Anteproyecto ha impedido un examen más sosegado y detenido de sus previsiones y no ha posibilitado que el mismo fuese informado, como sí ocurrió con ocasión del

9



CONSEJO DE ESTADO

anteproyecto que dio origen a la vigente Ley 3/2009, por el Pleno de este Consejo, cuya intervención hubiera contribuido a contar con mayores matices y puntos de vista al respecto.

### CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

- Que, una vez consideradas las observaciones formuladas en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E., conjuntamente con la ministra de Trabajo y Economía Social, elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de nueva Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 11 de mayo de 2023  
LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE JUSTICIA.