

## CUESTIONES RELEVANTES DEL NUEVO RÉGIMEN DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

La aprobación por el RD Ley 5/2023, de 28 de junio, de un nuevo régimen de modificaciones estructurales (que entrará en vigor el 29 de julio y que será de aplicación a las modificaciones cuyos proyectos no hubiesen sido aprobados en tal fecha) suscita numerosas cuestiones, entre las que cabe destacar algunas de especial significación.

### LA NUEVA ESTRUCTURA DEL RÉGIMEN LEGAL

La antigua Ley de modificaciones estructurales regulaba las distintas figuras de forma separada, al margen de incluir numerosas remisiones legales entre ellas. Pero el nuevo RD Ley 5/2023 adopta un nuevo enfoque normativo, al establecer unas extensas disposiciones comunes para todas las modificaciones estructurales internas y otras para las transfronterizas, junto a una regulación específica de cada operación con sus especialidades de régimen. Y ello dificulta en numerosos extremos la comprensión y aplicación del nuevo régimen, por la necesidad de combinar e integrar distintos bloques normativos cuya coordinación no siempre resulta evidente.

A modo de ejemplo, una escisión interna se regirá por sus disposiciones específicas; pero en atención al carácter supletorio que para las escisiones tiene la disciplina de la fusión, habrá que combinar también -en la medida que corresponda- el régimen propio de las fusiones y las disposiciones comunes a todas las modificaciones estructurales.

Y la cuestión adquiere mayor complejidad en las operaciones transfronterizas: si la escisión es transnacional, la determinación del régimen aplicable exigirá integrar los anteriores bloques normativos con las previsiones específicas de las propias escisiones transfronterizas, pero también con las de las fusiones transfronterizas.

### NUEVAS MODALIDADES DE MODIFICACIÓN

#### Transformación transfronteriza

Desde el punto de vista de las clases o modalidades de las modificaciones estructurales, la principal novedad estriba en la regulación de la denominada "transformación transfronteriza". Ésta se traduce básicamente, no tanto -o no solo- en un simple cambio de tipo social (como la transformación interna), sino en la conversión de una sociedad de capital española en una sociedad extranjera (o el proceso inverso), y por extensión en la sujeción de la

#### Key issues

- Nueva estructura del régimen legal
- Nuevas modalidades de modificaciones transfronterizas
- La facultad de modificación del proyecto
- La exigencia de un certificado fiscal
- El nuevo derecho de los acreedores a solicitar garantías
- Responsabilidad solidaria de las distintas sociedades en la escisión
- Las fusiones apalancadas
- Impugnación de la relación de canje

sociedad afectada a una nueva ley personal o *lex societatis*. Esta figura procede de la Directiva de movilidad transfronteriza que el legislador español estaba obligado a trasponer (y de ahí el censurable recurso a un real decreto-ley, justificado en el hecho de haber vencido el plazo de transposición). Pero la misma figura se contemplaba ya por la normativa anterior bajo la denominación de "traslado internacional del domicilio social".

### **Escisión transfronteriza**

De conformidad también con la Directiva de movilidad, el nuevo régimen incluye una regulación de la escisión transfronteriza, contemplando la doble posibilidad de que las sociedades beneficiarias sean de nueva constitución (único supuesto previsto en la Directiva) o sociedades existentes.

Pero aunque esta concreta operación no estuviera expresamente prevista bajo la normativa anterior, en realidad ya era posible bajo el principio comunitario de libertad de establecimiento y por analogía con las fusiones transfronterizas, existiendo precedentes en tal sentido.

### **LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN DEL PROYECTO**

El nuevo RD Ley 5/2023 prevé expresamente que las juntas generales de las sociedades involucradas en una modificación estructural, además de aprobar o rechazar el proyecto, puedan también modificarlo, siempre lógicamente que así lo acuerden todas las sociedades y no se trate de una modificación unilateral de una de ellas. Se trata de una posibilidad que no contemplaba la normativa anterior, pero que solía admitirse con ciertos límites y condiciones.

En el nuevo régimen, la modificación del proyecto puede servir por ejemplo para recoger las observaciones que puedan formular al mismo los socios, los acreedores y los representantes de los trabajadores, a quienes ha de ofrecerse ahora este derecho con carácter previo a la junta general (salvo cuando el acuerdo se adopte en junta universal y por unanimidad de todos los socios).

Debe entenderse, en todo caso, que la modificación solo podría afectar a aspectos accesorios o secundarios del proyecto, pero no a la naturaleza o características esenciales de la modificación propuesta.

### **LA EXIGENCIA DE UN CERTIFICADO FISCAL**

Entre las novedades más llamativas del nuevo régimen se encuentra la exigencia de acreditar en el proyecto de transformación, de fusión, de escisión o de cesión global, y tanto si la operación es interna como transfronteriza, que la sociedad se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, mediante la aportación de los correspondientes certificados.

Desde el punto de vista tributario, la misma exigencia de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales se impone en materia de contratación pública y de subvenciones. Estos certificados también se contemplan por la Ley General Tributaria para los casos -entre otros- de venta de negocio o rama de actividad, con la consecuencia de limitar la responsabilidad del adquirente a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en los mismos.

Pero siendo el efecto general asignado a dichos certificados inconsistente con la sucesión a título universal que caracteriza a las modificaciones estructurales, la exigencia de los mismos resulta cuestionable y desproporcionada. Parece encubrir un simple exceso de celo tributario,

destinado a forzar a las sociedades que quieran acometer una modificación estructural a regularizar previamente su situación fiscal (o con la Seguridad Social).

Al no ser esperable un desarrollo reglamentario del alcance de esta exigencia (a diferencia por ejemplo del régimen sobre contratación pública y subvenciones), debe entenderse que el certificado solo debería exigirse en relación con la Administración central, esto es, con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria; pero no en relación con las demás administraciones, como podrían ser a modo de ejemplo los municipios en que la sociedad afectada realice una actividad económica a través de algún establecimiento o local. Al margen de que así parecen confirmarlo los antecedentes legislativos, lo contrario supondría convertir en infinito e incontrolable el número de certificados exigibles (potencialmente, de todas las administraciones con competencias fiscales).

## **LAS NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES**

### **El régimen general**

Uno de los aspectos en que el RD Ley 5/2023 ha aportado mayores novedades es el relativo a las medidas de protección de los acreedores, que además se extienden a todas las modificaciones estructurales (incluyendo la transformación, que es una operación carente por principio de consecuencias patrimoniales para la sociedad). Hasta ahora los acreedores disponían del derecho de oposición, que en caso de ejercicio obligaba a la sociedad a prestar garantía a satisfacción de aquéllos o en su defecto una fianza por entidad de crédito. Pero el nuevo régimen ha generalizado para todas las modificaciones estructurales el sistema que la Directiva de movilidad establece para las operaciones transfronterizas, con el plausible fin de evitar la existencia de sistemas diversos de protección en relación con las operaciones internas.

En esencia: (i) el proyecto puede ofrecer -sin que exista obligación ninguna- garantías personales o reales a los acreedores; (ii) los administradores de la sociedad pueden también adjuntar al proyecto -sin que sea tampoco obligatorio- una declaración sobre la situación financiera de la sociedad y su capacidad para hacer frente a sus obligaciones; (iii) de intervenir un experto independiente, éste podrá pronunciarse -aunque sólo cuando lo soliciten los administradores- sobre la adecuación de las garantías ofrecidas; (iv) los acreedores anteriores al proyecto que no estén conformes con las garantías ofrecidas o con la falta de ellas tienen reconocido el derecho a solicitar que se amplíen o que se otorguen otras nuevas, a través de un procedimiento que se ejercita ante el Registro mercantil o el Juzgado de lo mercantil en función de que el informe del experto -que en caso de ausencia podría también ser nombrado en tal caso- considere las garantías como adecuadas o inadecuadas; y (v) el acreedor deberá acreditar además que la satisfacción de su derecho está en riesgo por la modificación estructural y que no ha obtenido garantías adecuadas.

Se trata de un procedimiento complejo, que previsiblemente -cabe anticipar- no debería tener una especial relevancia práctica (como tampoco solía tenerlo, por lo demás, el antiguo derecho de oposición). No solo depende en numerosos extremos de las decisiones que libremente tomen las sociedades afectadas, sino que obliga a los acreedores a seguir un proceso de cierta complejidad y resultado incierto.

## **La protección en la escisión**

Más relevancia ofrece el régimen de tutela de los acreedores específicamente previsto para la escisión, por ser las operaciones que por su efecto de división o segregación patrimonial pueden comportar mayores riesgos para aquéllos.

Bajo el régimen anterior, de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resultaran incumplidas respondían las demás sociedades beneficiarias por el importe del activo neto atribuido a cada una de ellas, así como la propiedad escindida -si subsistiera- por la totalidad de la obligación. Pero esta responsabilidad solidaria no operaba respecto de las obligaciones que pudiera incumplir la propia sociedad escindida, por lo que los acreedores de ésta carecían del derecho a reclamar en tal caso a las sociedades beneficiarias.

La nueva regulación ha corregido esta disparidad de trato, por la vía de extender la responsabilidad solidaria también a los supuestos de incumplimiento por la sociedad escindida. Pero la responsabilidad se limita en todos los casos, también cuando se ejercita frente a la sociedad escindida por una deuda incumplida por una sociedad beneficiaria, al importe de los activos netos atribuidos a cada sociedad.

## **LAS FUSIONES APALANCADAS**

El RD Ley 5/2023 mantiene una regulación específica de las fusiones apalancadas (entendiendo por tales las que involucren a dos o más sociedades cuando una de ellas se hubiera endeudado en los tres años anteriores para adquirir el control de otra u otras). Básicamente, refuerza el contenido del proyecto de fusión y del informe de administradores, al exigir que incluyan un plan de pagos de la deuda de adquisición y que justifiquen los motivos de la adquisición del control y posterior fusión. Pero ha eliminado la exigencia de que el informe del experto independiente -necesario en todo caso- determine además si existe asistencia financiera.

Esta eliminación debe celebrarse. Se trataba de una exigencia perturbadora y de más que incierto alcance jurídico, por la inaplicabilidad general de la prohibición de la asistencia financiera a las operaciones societarias -como la fusión- que disponen de su propio régimen de tutela de socios y acreedores. Así lo evidenciaba la práctica, que inducía a los expertos a recurrir a fórmulas atípicas y cautelosas a la hora de realizar esa concreta manifestación.

## **LA IMPUGNACIÓN DE LA RELACIÓN DE CANJE**

Otra novedad del RD Ley 5/2023 en relación con las modificaciones estructurales que precisan de una relación de canje (fusión y en su caso escisión) consiste en la previsión de un régimen singular para la posible impugnación de la misma por parte de los socios disconformes.

Se trata de un régimen que ya contemplaba la normativa anterior, aunque con carácter meramente facultativo, de muy limitada relevancia práctica. Pero este derecho de impugnación se impone ahora en términos imperativos, facultando a los socios que lo ejerciten para reclamar un pago en efectivo ante el Juzgado de lo Mercantil. El ejercicio del derecho, en todo caso, no suspende la modificación ni impide su inscripción en el Registro Mercantil.

## CONTACTS

**Luis Alonso**  
Partner

**T** +34 91 590 4147  
**E** luis.alonso  
@cliffordchance.com

**Javier García de Enterría**  
Consultant

**T** +34 91 590 4102  
**E** javier.garciadeenterria  
@cliffordchance.com

**Samuel Rosas**  
Counsel

**T** +34 91 590 4180  
**E** samuel.rosas  
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, 10 Upper Bank Street,  
London, E14 5JJ

© Clifford Chance 2023

Clifford Chance LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street,  
London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

If you do not wish to receive further information from Clifford Chance about events or legal developments which we believe may be of interest to you, please either send an email to [nomorecontact@cliffordchance.com](mailto:nomorecontact@cliffordchance.com) or by post at Clifford Chance LLP, 10 Upper Bank Street, Canary Wharf, London E14 5JJ

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Delhi • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Houston • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Riyadh • Rome • São Paulo • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

AS&H Clifford Chance, a joint venture entered into by Clifford Chance LLP.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.