

PRINCIPALES NOVEDADES LEGISLATIVAS ACAECIDAS EN ESPAÑA DESDE FINALES DE 2008 HASTA MEDIADOS DE 2009

Las especiales circunstancias económicas por las que viene atravesando nuestro país, han forzado al legislador español a dictar una serie de normas legales, que intentan minimizar los efectos perversos que dichas circunstancias pueden provocar en la economía española.

Dos son las líneas de actuación que se han seguido, para intentar dinamizar (quizás sería más correcto decir “proteger” el desenvolvimiento normal de) la economía española.

Por un lado se ha intentado otorgar a las entidades de crédito posibilidades de financiación –fuera de sus circuitos normales- y por otro se ha intentado ayudar a las empresas a hacer frente a los problemas de valoración de sus activos inmobiliarios y clarificar el marco de actuación de dichas empresas a la hora de reestructurar los grupos de sociedades, así como de la aplicación de la normativa sobre procedimientos de insolvencia.

No entramos en la consideración de las medidas dirigidas a facilitar la financiación (y, consecuentemente, a promover la refinanciación a los particulares) de las entidades de crédito, por ser limitado el número de destinatarios de dichas medidas y no tener una repercusión directa en el día a día de las empresas españolas.

Sí parece conveniente exponer, aunque sea brevemente y aunque la exposición se limite a los principios generales que informan la normativa publicada, aquellas medidas que intentan, de varias formas, proteger a las compañías españolas de las negativas repercusiones de la crisis económica global que nos azota.

La normativa que destaca por su importancia es la siguiente:

I.- Mejora de la liquidez.

El Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias, ha modificado el art. 36.1.c) del Código de Comercio y ha hecho una aclaración a la Ley de Sociedades Anónimas (LSA).

En cuanto al art. 36.1.c) del CCom, la reforma se limita a señalar que, a efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto.

En cuanto a la LSA, la aclaración se refiere a la determinación de las pérdidas en los casos de reducción obligatoria de capital regulada en el segundo párrafo del artículo 163.1 LSA y a la disolución prevista en los arts. 260.1.4° LSA y 104.1.e) Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En este sentido, el RDL 10/08 establece que no se computarán las pérdidas por deterioro reconocidas en las cuentas anuales, derivadas del Inmovilizado Material, las Inversiones Inmobiliarias y las Existencias.

Asimismo, el RDL establece que esta medida señalada en el párrafo anterior, será **sólo de aplicación excepcional en los dos ejercicios sociales que se cierren a partir de la entrada en vigor del RDL,** es decir, del 13 de diciembre de 2008.

II.- Modificación de la normativa sobre insolvencia (Ley Concursal).

Dentro de las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (de reforma de la legislación sobre insolvencia –concurso de acreedores–), destacan, por su extensión, las referidas al concurso de acreedores y sus consecuencias.

Como principio rector de la reforma, se encuentra la agilización de los trámites que conlleva la declaración de concurso. De este modo, además de una decidida apuesta por la comunicación telemática a las partes, se han tratado de reducir algunos de los trámites, que la práctica había revelado como inadecuados o excesivamente lentos.

Asimismo, y como importante novedad, se crea un Registro Público Concursal, con objeto de facilitar la publicidad y agilidad de las resoluciones concursales, aunque habrá que esperar a la publicación del reglamento,

anunciado profusamente en la reforma, y que aún no ha visto la luz. Para una más clara exposición de las reformas, seguiremos el orden mantenido por la ley:

1.- Administración concursal.

Respecto a la administración concursal, las novedades se refieren al régimen de responsabilidad del administrador concursal que sea Administración pública, a las normas de determinación de la remuneración de los administradores concursales (aunque entrarán en vigor cuando se publique un Real Decreto que regule la retribución), a la regulación relativa a los expertos independientes y, por último, establece que la dirección técnica de los recursos e incidentes en los que intervenga la administración concursal, será parte integrante de las funciones del letrado miembro de la administración concursal.

2.- Reintegración y acuerdos de refinanciación.

En cuanto a la reintegración a la masa y los acuerdos de refinanciación, se establece la importante novedad de que no podrán ser objeto de rescisión “las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica”. Hay que tener en cuenta que, además de estas garantías, tampoco podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, y los actos comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.

Por otro lado, se introduce una nueva **disposición adicional cuarta** en la ley concursal, que favorece la refinanciación previa de las empresas con dificultades económicas pero viables, mediante un aumento de las garantías de las operaciones pre-concursales centradas en su no rescindibilidad en el proceso. Ahora bien, la efectividad de estas garantías se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Que la refinanciación (entendiendo por tal los negocios, actos y pagos realizados a tal fin, y las garantías prestadas para asegurar su cumplimiento) cuente con el respaldo de, al menos, los tres quintos de los acreedores;

- Que haya un plan de viabilidad que permita la continuidad del deudor en el corto y el medio plazo;

- La existencia de un informe de experto independiente designado por el Registrador mercantil del domicilio del deudor;

- Y que el acuerdo se formalice en instrumento público.

Declarado el concurso, solo la administración concursal estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación contra los acuerdos de refinanciación.

3.- Reconocimiento y subordinación de créditos.

Desde este punto de vista, uno de los aspectos que han experimentado una reforma de gran alcance es el reconocimiento y subordinación de créditos, ya que la reforma ha añadido una nueva clase de créditos subordinados. Concretamente, son subordinados los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas mencionados en la ley, cuando el acreedor obstaculice, a juicio del juez y de forma reiterada, el cumplimiento de dicho contrato.

Por otro lado, se establece que los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección, se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación. En caso de que se comunicaran tardíamente por esta causa, no serán considerados subordinados por esta causa.

Finalmente, se señala que los créditos en los que es acreedor disfrute de fianza de tercero, se reconocerán por su importe sin limitación alguna, y siempre que se produzca la subrogación por pago, la calificación del crédito será la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador (modificación que intenta resolver las discusiones derivadas de la interpretación del art. 87.6 de la Ley Concursal).

4.- Convenio

El convenio del procedimiento concursal ha sido una de las materias específicas que más se ha reformado. Como primera novedad, se admite que el deudor no solicite el concurso en caso de insolvencia, sin perder por ello la posibilidad de someterse a concurso voluntario, si ha iniciado los trámites para obtener una propuesta anticipada de convenio y, sometido a que en el plazo de 3 meses, logre o no las adhesiones necesarias. Además, los requisitos de adhesión exigidos para este supuesto se reducen, ya que si se presenta la solicitud acompañado de la propuesta anticipada, bastará con que se haya producido la adhesión de un 10% del pasivo (incluyendo en este porcentaje a los acreedores subordinados –aunque estos después no tengan derecho de voto-). Si se presenta la propuesta anticipada con posterioridad a

la solicitud de concurso, el porcentaje de voto que se adhiera a la propuesta se eleva al 20%.

Asimismo, para el supuesto de concurso de empresas con una actividad de especial trascendencia económica, se reducen los requisitos para poder superar los límites que la ley establece, como norma general, para el convenio en relación con la quita y la espera, al no ser necesario ya el informe de la Administración económica competente y basta la decisión del juez.

En cuanto a la tramitación del convenio, y para aquellos casos en que el número de acreedores exceda de 300, se incorpora la posibilidad de no convocar la Junta de acreedores, sino acudir a la denominada tramitación escrita del convenio.

Dicha tramitación escrita establecerá un plazo de 90 días para la presentar la adhesión o el rechazo, a contar de cada una de las distintas propuestas. Dichas propuestas sólo se podrán presentar desde que se acuerde la tramitación escrita y hasta los sesenta días anteriores al vencimiento del plazo anteriormente mencionado.

5.- Liquidación anticipada.

También con la finalidad anteriormente señalada de agilizar el procedimiento, se ha introducido la posibilidad de que el deudor presente una propuesta anticipada de liquidación, hasta los quince días siguientes a la presentación del informe de la administración concursal.

6.- Normas procesales.

Dentro de esta materia, la mayor reforma se refiere a la inclusión de una mayor protección al empleo y los trabajadores (a diferencia de la regulación anterior, que sólo contemplaba la viabilidad de la empresa), al permitir la solicitud y adopción de medidas cautelares que protejan estos aspectos en cualquier momento del procedimiento.

Además, en línea con esa mayor protección a los trabajadores, se establece que los expedientes de regulación de empleo se sustanciarán ante el juez del concurso desde el momento en el que se declare la situación de concurso, y no desde que se presente la solicitud, como se establecía anteriormente.

Las normas contenidas en esta reforma entraron en vigor el día 1 de abril de 2009.

Con carácter general, y con algunas matizaciones, se trata de una norma con carácter retroactivo, ya que se aplicará a los concursos que se encuentren en tramitación.

Como excepción a la mencionada retroactividad, encontramos las normas relativas al reconocimiento y subordinación de créditos, que se aplicarán, con carácter general, a los procedimientos concursales que se hayan iniciado a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto.

III.- Modificaciones en materia fiscal

Se modifica el Impuesto de Sociedades en cuanto a las deducciones por I+D+i e IT. Y así se modifica el apartado 3 de la disposición derogatoria segunda de la ley 35/2006, de 28 de noviembre del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, así como el apartado 2 de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

El objetivo de la reforma es la de hacer posible el mantenimiento indefinido de la deducción por actividades de I+D+i en el citado Impuesto, conservando su vigencia más allá del 1 de Enero de 2012.

La Ley 35/2006 del IRPF en su disposición adicional vigésimo tercera, se estableció que la citada deducción desaparecería para los periodos impositivos posteriores a 1 de enero de 2012.

La reforma suprime el límite temporal que la Ley 35/2006 establecía para las deducciones por I+D+i recogidas en el artículo 35 del RDL 4/2004 que regula el Impuesto sobre Sociedades. Así pues, se siguen manteniendo las deducciones a la cuota a pagar por los gastos en los que incurra la empresa en actividades de I+D e IT.

Con carácter general, la base de deducción consiste en la suma total de los gastos incurridos en las actividades que sean susceptibles de ser catalogadas como innovación y desarrollo.

IV.- Operaciones de reestructuración de compañías y grupos de sociedades.

Por otro lado, la Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril), que entrará en vigor el 5 de julio de

este año, con excepción de las disposiciones relativas a las fusiones transfronterizas que han entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (esto es, el 5 de abril de 2009), regula las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, e incorpora a derecho español la Directiva de Modificación de la Segunda Directiva.

En las presentes notas vamos a exponer, poniendo énfasis en que se trata de una exposición muy general, el régimen que la mencionada norma establece para cada una de las materias que regula, a saber:

- Transformación
- Fusión
- Escisión
- Cesión Global de Activo y Pasivo
- Traslado Internacional del domicilio social
- Modificaciones a la LSA

A) TRANSFORMACION

Por transformación de una sociedad se entiende el supuesto en el que ésta adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.

La Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, LME) amplía los supuestos de transformaciones admitidas por ley, permitiendo la transformación, entre otras, de cualquier sociedad mercantil o civil en cualquier otro tipo de sociedad mercantil.

Las principales novedades son:

- (a) Se refuerza el derecho de información de los socios así, al convocar la Junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación, los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, una serie de documentos detallados en la nueva Ley, no siendo preciso dicho requisito cuando el acuerdo se adopte en Junta Universal y por unanimidad
- (b) El balance de transformación será un balance cerrado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo (hasta ahora, el balance exigido para la inscripción de la transformación era el balance general cerrado el día anterior a la fecha del acuerdo, así como el balance final, cerrado el día anterior del otorgamiento de la escritura) y, en su caso, auditado.

Asimismo, los administradores deberán aportar un informe sobre las modificaciones patrimoniales significativas que hayan tenido lugar con posterioridad al cierre del balance.

- (c) Reducción del número de anuncios del acuerdo de transformación; uno en el BORME y otro en un periódico. Igualmente se permite sustituir los anuncios por comunicación individual a socios y acreedores.
- (d) Los socios que no voten a favor del acuerdo de transformación tendrán derecho de separación. Este derecho se concede en todos los supuestos de transformación, incluyendo así los supuestos de transformación de Sociedad Anónima en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, que anteriormente quedaban excluidos.
- (e) Se exige informe de experto independiente sobre el patrimonio social, al igual que en el régimen actual pasaba con el caso de transformación en S.A.

B) FUSION

Se introduce un nuevo concepto de fusión, el de Fusiones Transfronterizas comunitarias, para diferenciarlo de la fusión, en general.

a) Fusión general (a nivel interno).

Entre las principales novedades que la nueva regulación introduce cabe destacar las siguientes:

- Sólo es necesario el informe de expertos cuando la resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones.
- Incluso en el caso de las Sociedades Anónimas, se podrá prescindir del informe de experto, si así se acuerda por unanimidad del capital social.
- Se reduce el número de anuncios de publicación del acuerdo de fusión que ahora se hará en un diario (anteriormente era en dos) de gran circulación en la provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, y asimismo se introduce otra novedad destacable y es que se permite sustituir los anuncios por una comunicación individual a socios y acreedores.

- Sobre el contenido del Proyecto de Fusión la nueva regulación incluye novedades como:

- Hacer constar la incidencia que la fusión haya de tener sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen y las compensaciones que vayan a otorgarse, en su caso, a los socios afectados en la sociedad resultante.
 - Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión
 - La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad, que se transmita a la sociedad resultante.
 - Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan, utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.
 - 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.
- Respecto al balance de fusión; ahora se permite considerar balance de fusión al último balance del ejercicio siempre que hubiese sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto (se amplía así el plazo establecido hasta ahora, en el que el balance a utilizar debía haber sido aprobado en los 6 meses anteriores de la celebración de la junta).

b) Fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquiriente.

La LME regula expresamente este tipo de fusiones, que se da, si una de las sociedades que se fusiona, contrajo una deuda dentro de los tres años anteriores a la fusión, para adquirir el control de otra que participe en la operación o para adquirir activos de dicha sociedad esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial.

En este tipo de fusión se refuerza la protección de socios y acreedores, ya que se exigen la aplicación de reglas como que; el proyecto de fusión indique los recursos y plazos previstos para pagar la deuda; el informe de administradores exponga las razones que justificaron la adquisición y que justifican la fusión y un plan económico y financiero; y el informe de expertos debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.

c) Fusiones simplificadas

Dentro de las fusiones especiales, encontramos las fusiones simplificadas, concepto en el que la LME incluye:

Absorción de sociedad íntegramente participada

La LME establece un procedimiento general para los supuestos de participación directa y algunas particularidades en los casos de participación indirecta.

En los supuestos de participación directa, además de lo ya excluido por la presente ley, la LME añade que no es necesaria la aprobación de la fusión por la junta de la absorbida.

En los supuestos de participación indirecta, se establecen además nuevos requisitos como informe de expertos, aumento de capital de la absorbente (en su caso) y compensación de la sociedad absorbente a la sociedad del grupo que no interviene en la fusión, cuando la fusión provoque una disminución en su patrimonio neto por la pérdida de su participación en la absorbida.

Absorción de sociedad participada al noventa por ciento

En el caso de que la sociedad absorbente fuera titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital de la sociedad, no son necesarios los informes de administradores y de expertos, si en el proyecto de fusión se ofrece a los minoritarios la compra de su participación a valor razonable (término no definido expresamente en la LME, aunque el nuevo artículo 38 Bis LSA contenga algunos elementos necesarios para su cálculo), en un plazo máximo de un mes desde la fecha inscripción de la fusión.

d) Fusión Transfronteriza Intracomunitaria

Se consideran fusiones transfronterizas intracomunitarias las fusiones de sociedades de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española.

El régimen se aplica únicamente a sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades limitadas y sociedades comanditarias por acciones), se excluyen aquellas fusiones transfronterizas en las que participe alguna cooperativa o sociedad de inversión colectiva.

Son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones del Capítulo II de La Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril) y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general.

Cuando la sociedad resultante de la fusión esté sujeta a la legislación española, el Registrador Mercantil, antes de proceder a la inscripción, controlará también la legalidad del procedimiento en lo relativo a la realización de la fusión y a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente.

Igualmente, el Registrador mercantil del domicilio social de la sociedad que se fusiona, certificará la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión por parte de las sociedades sujetas a la legislación española (emitiendo entonces el correspondiente certificado en el que se atestigua el mencionado cumplimiento).

Se introduce igualmente en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, un nuevo Título IV en el que se regulan los derechos de participación de los trabajadores en las sociedades resultantes de fusiones transfronterizas intracomunitarias.

C) ESCISIÓN

En el régimen de la escisión, la gran novedad es la regulación expresa de la *segregación y la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio*.

La segregación se define como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad-cada una de las cuales forma una unidad económica- a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada (y no sus socios como ocurre en el caso de la escisión parcial) acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

La constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio es la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio a una sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria.

D) CESION GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

En la LME se introduce la cesión global de activos y pasivos como una operación estructural, de forma que proporciona un instrumento más para la transmisión de empresas con el beneficio de la sucesión universal.

La cesión global de activos y pasivos consiste en que una sociedad inscrita pueda transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.

Se establece como novedad la necesidad de poner a disposición de los representantes de los trabajadores tanto el proyecto de cesión global como el informe de los administradores.

E) TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO SOCIAL

A través de la LME se regula expresamente (dejando en vigor l aplicación de los convenios que España pueda haber suscrito) el traslado internacional del domicilio social:

Traslado de sociedad española al extranjero

El traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita en España (que no esté en liquidación o en concurso), sólo podrá realizarse a un Estado que permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

Los administradores de la sociedad redactarán y suscribirán un proyecto de traslado, que deberá ser acordado por la junta de socios (e inscrito con posterioridad en el Registro Mercantil). Los socios que voten en contra del acuerdo de traslado pueden separarse de la sociedad.

Traslado de Sociedad Extranjera a España

Las sociedades extranjeras del Espacio Económico Europeo podrán trasladarse a España si la ley de su país de origen lo permite y con mantenimiento de su personalidad jurídica. No obstante deberán cumplir la legislación española aplicable al tipo de sociedad de que se trate.

Esta Ley también regula el traslado de las sociedades extranjeras de capital desde un Estado no miembro del Espacio Económico Europeo, a las cuales se les exigirá un informe de experto independiente que justifique que el patrimonio neto de la sociedad cubre la cifra de capital social exigida por la legislación española en cada caso.

F) MODIFICACIONES A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

La LME modifica algunos artículos de la LSA y añade otros nuevos. Las modificaciones de mayor relevancia, son las siguientes:

Aportaciones No Dinerarias

A diferencia del régimen actual en el que se permite una disparidad entre el valor escriturado de la aportación no dineraria y el atribuido por el experto de hasta un 20%, la LME establece que el valor que se dé a la aportación en la escritura, no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.

Se regula expresamente la responsabilidad del experto frente a la sociedad, a los accionistas y a los acreedores por los daños causados por la valoración.

Autocartera

En lo que se refiere a la adquisición de autocartera, se amplía el plazo por el que la junta puede autorizar la adquisición (de 18 meses a cinco años) y se elevan los límites actuales (de 10% a 20% del capital –en no cotizadas- y de 5% a 10% del capital –en cotizadas-).

En línea con el nuevo modelo contable, no existe obligación de dotar la reserva por acciones propias, salvo en el supuesto de (adquisiciones derivativas) que se adquieran acciones de la sociedad dominante.

Modificaciones sobre el derecho de suscripción preferente:

La LME ha aprovechado la oportunidad para adecuar el régimen del derecho de suscripción preferente y de las obligaciones convertibles de la LSA al pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2008.

Por ello, se modifica el artículo 158.1 de la LSA excluyendo en los aumentos de capital social del derecho de adquisición preferente a los titulares de obligaciones convertibles. Igualmente se modifica el artículo 293 de la LSA, pudiendo la Junta General acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente, que pudiera corresponder a los accionistas, en los casos de emisión de obligaciones convertibles.

Madrid, Junio de 2009