

Las operaciones de segregación-filialización tras la entrada en vigor de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles



Mayte Andrevia

Cumplido un año desde La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles ("LME") y, durante este tiempo, no han faltado las críticas a esta nueva norma. El presente artículo se centra en algunos de los aspectos controvertidos de la reforma.

En este sentido, se ha criticado especialmente la nueva regulación de la operación de **"cesión global de activos y pasivos"**, que con la LME cobra singularidad propia como una nueva forma de modificación estructural al margen de las normas previstas para las fusiones y escisiones, y que ha supuesto una decepción para muchos, al observar cómo se deja en un plano secundario a la figura del cesionario (al que no se le imponen las mismas obligaciones que al cedente) y cómo, en cierta medida, se disminuyen las garantías de los socios de la entidad cedente. Si la anterior regulación del artículo 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, enmarcada únicamente en las operaciones de liquidación, ya era escueta, lo cierto es que la LME ha perdido una buenísima oportunidad para regular de manera verdaderamente completa, y con todas las garantías, una operación que se entiende relevante (al fin y al cabo, estamos hablando de traspasar todo el patrimonio de una sociedad a otra).

Otras críticas se han centrado en **la nueva figura de la "segregación"**, regulada ahora en el artículo 71 de la LME, que para muchos no deja de ser la "aportación no dineraria" de toda la vida, con la diferencia de que

ahora se enmarca en el marco de las normas de la escisión, y, con ello, se quejan algunos, se complica su ejecución. Si antes bastaba con un informe del órgano de administración, ahora tendremos que regirnos por todos los trámites previstos para la escisión. Como decimos, no han faltado voces que se han alzado para criticar el encuadramiento de esta nueva figura dentro de los tipos de escisión, por entender que supone una complicación a la hora de formalizar una operación que antes, bajo el paraguas de la "aportación no dineraria" era relativamente sencilla de ejecutar. Sin embargo, lo que para algunos supone una "innecesaria complicación" para otros se revela como una fuente de garantías que hace años se debería haber regulado.

En efecto, tal y como explicaremos en las siguientes líneas, con la nueva regulación de las operaciones de segregación, se aumenta la protección de los socios en general pero, muy particularmente, la de los socios minoritarios.

Todos sabemos que existen diversas operaciones societarias que pueden servir al accionista de control

para excluir de la sociedad a un socio minoritario molesto. Se trata de lo que en el lenguaje financiero se han llamado operaciones de "squeeze-outs" (se podría traducir por algo así como operaciones de exclusión).

■ ■ ■ Se aumenta la protección de los socios en general particularmente, la de los socios minoritarios ■ ■ ■

Las fórmulas para "expropiar" a los socios minoritarios son diversas y no siempre se pueden tachar de ilegales. Para determinar si lo son o no, es preciso evaluar una serie de parámetros tales como si se guarda un criterio de proporcionalidad, si están basadas en el interés social (un interés social que justifique el sacrificio de los intereses de los minoritarios), que se lleven a cabo con la debida transparencia, que los socios minoritarios a los que se despoje de sus acciones o participaciones sean adecuadamente compensados, etc.

Pero, no nos engañemos, **en muchas ocasiones el interés social no es tal** y lo único que se pretende es quitarse de encima al socio minoritario y hacerse con el monopolio de un negocio que se pronostica muy rentable. Y eso, aunque no olvidamos que, otras veces, el socio minoritario "molesto" realmente lo es (molesto) y lo único que hace es abusar de su derecho de información para que le compren su participación social. En fin, como siempre todo depende del cristal con que se mire y hay que reconocer que los abusos a veces tienen origen en la minoría, pero esto ya podría ser objeto de otro artículo...

Volviendo al tema que nos ocupa, las operaciones societarias para excluir a un socio minoritario son diversas y muchas veces, como decimos, están al límite de la legalidad y rozan la frontera que les separa del fraude de ley (en otras ocasiones, directamente, la sobrepasan). Por eso siempre han sido miradas con lupa y no siempre han sido muy aconsejables.

Una técnica que se enmarcaría dentro de este tipo de operaciones de exclusión o "squeeze-outs" es la operación de segregación y/o filialización de ramas de actividad.

Muchas veces este tipo de operaciones están justificadas en el intento de conseguir empresas más

pequeñas, con mayor competitividad y rentabilidad, y por lo tanto más atractivas para terceros inversores. Sin embargo, en no pocas ocasiones este tipo de operaciones sirven, como decimos, como **técnica de "squeeze-out"**.

Pero pensemos en un ejemplo concreto para hacernos una idea de cómo una operación de este tipo podía ser, antes de la entrada en vigor de la LME, el fin de un socio minoritario:

Supuesto de hecho

- (i) Sociedad Limitada "X, S.L." participada por dos socios en una proporción 60%-40%.
- (ii) La Sociedad X, S.L. tiene dos ramas de actividad: una de ellas es la principal y más rentable y la otra, muy residual, apenas aporta beneficios.
- (iii) El socio titular de un 60% es, asimismo, el administrador único de X, S.L.
- (iv) Los dos socios digamos que comienzan a tener discrepancias y desencuentros varios sobre cómo se está gestionando el negocio.
- (v) El socio minoritario comienza a pedir explicaciones detalladas al órgano de administración, solicita la convocatoria de Juntas informativas al margen y adicionales a la de la de aprobación de Cuentas de cada año, solicita la presencia de Notario para que levante acta de cada Junta....comienza la guerra.
- (vi) Tras varios años de hostilidades, se plantea la posibilidad de una compraventa de las participaciones sociales del socio minoritario pero no se llega a ningún acuerdo.... continúa la guerra.
- (vii) Finalmente, el administrador único de X, S.L. (que, recordemos, también es el socio mayoritario), constituye una filial participada al 100% (llamémosle "Y, S.L.") a la que traspasa la rama de actividad principal y más rentable de X, S.L., bajo el régimen de la aportación no dineraria, nombrando como administrador único de Y, S.L., a la sociedad X, S.L. y designando como persona física representante, a alguien muy afín

y de plena confianza que se prevé no causará problemas.

(viii) Consecuencia final: el socio minoritario se queda con una participación en una Sociedad que, aunque no es meramente una holding, tan solo sigue desarrollando la rama de actividad residual que no produce beneficios. El socio minoritario deja de tener información y control sobre el grueso del negocio, es decir sobre la rama de actividad realmente rentable, que se desarrolla ahora desde la filial.

El sentido común nos podría indicar que esta operación quizá roce lo **fraudulento**, que “de facto” esto es una modificación estructural como un piano, que debería entenderse y regirse por las normas de la escisión, que el administrador único de X, S.L., al formalizar una operación de este tipo, se excedió totalmente de sus competencias y que, cuando menos, debió haberse sometido a la consideración de la Junta General de X, S.L.

Pues bien, si bien el sentido común y el olfato jurídico nos dice todo esto, lo cierto es que esta operación es **calificada positivamente por el Registrador Mercantil de turno** quien la inscribe sin plantear objeción alguna. Y, sin perjuicio de la eventual posibilidad de iniciar acciones civiles e incluso penales contra el administrador único de X, S.L., que asimismo es el socio mayoritario, lo cierto es que la operación, como decimos, se entiende correcta por el Registrador Mercantil que la califica e inscribe. Y el socio minoritario, cuando finalmente llega a enterarse de la maniobra efectuada por su socio (el mayoritario), se queda estupefacto y se pregunta cómo le pudo haber sucedido algo así.

Porque, fijémonos en el caso que hemos explicado, es que no se trata de un minoritario cualquiera, es que su participación en el capital social no es ninguna menudencia, es que estamos haciendo referencia a un socio (para más inri, socio fundador) que detenta, nada más y nada menos, que un 40% del capital social de una Sociedad y que, de pronto, ve que no tiene ningún tipo de control ni información sobre el negocio principal, que se filializa. Es más, ni siquiera tiene conocimiento de la operación hasta meses después de que ésta haya sido formalizada, ya que ni siquiera puede evaluarla y votarla en sede de Junta General de X, S.L.

Existe alguna resolución de la **Dirección General de los Registros y Notariados** que ya discutía hace años (aunque de soslayo y sin entrar en el fondo del asunto) la viabilidad de este tipo de operaciones por parte de los administradores de una Sociedad. En concreto, nos referimos a la RDGRN de 10 de junio de 1994 en la que se establecía que “es discutible si, en función del volumen de la aportación en relación con el patrimonio de la sociedad aportante, sería preciso el acuerdo de la Junta General, al exceder el acto de la competencia de los administradores”. Pero tampoco se planteaba la cuestión como un tema claro e indiscutible, pareciendo por lo tanto quedar al arbitrio de cada registrador mercantil. También es relevante a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo núm 25/2006, de 30 de enero, que invoca la RDGRN antes citada.

Por lo tanto, vemos como operaciones de este tipo han dado lugar a verdaderos abusos de la mayoría, y han servido a fines totalmente espurios. La nueva LME ha venido a mejorar la protección de los socios minoritarios. Porque una operación de este tipo ahora quedaría encajada dentro del Título III de la LME, es decir, dentro de las normas relativas a la escisión.

En particular, deberíamos referirnos al ya citado artículo 71 de la LME y al supuesto asimilado, contemplado en el artículo 72 subsiguiente. Los reproducimos a continuación:

“Artículo 71. Segregación

Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”.

“Artículo 72. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio

Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria”.



Por lo tanto, ahora, tras la entrada en vigor de la LME, una operación de segregación y/o filialización de este tipo deberá someterse a los requisitos de las escisiones y fusiones, mejorando por lo tanto la protección a los socios y, por ende, a los socios minoritarios. Y ello aunque, tal y como establece el artículo 71 citado, quien recibe acciones o participaciones de la entidad beneficiaria es la propia sociedad segregada y no los socios de la misma, lo cual tradicionalmente había servido de argumento para dejar este tipo de operaciones al margen de la aplicación analógica de las normas relativas a las fusiones y escisiones (y sin perjuicio de que, a efectos fiscales, que no mercantiles, estas operaciones ya fueran, desde hace años, calificadas como verdaderas escisiones).

También es cierto que si el acuerdo se pudiera aprobar por unanimidad de los socios, los **trámites de la escisión** se simplifican (y decimos esto para contrarrestar las críticas de quienes defienden que se está complicando innecesariamente lo que antes se formalizaba como una aportación no dineraria), pero para el resto de supuestos no abreviados o simplificados (como por ejemplo el de un pretendido squeeze-out en el que, obviamente, tal unanimidad no se va a lograr), será necesario un proyecto de escisión, un informe de los administradores sobre dicho proyecto de escisión, un informe de expertos independientes si las sociedades que participan en la escisión son anónimas o comanditarias por acciones y, por supuesto, someter la operación a la votación de los socios, debiéndose aprobar con un quórum reforzado.

Es decir, cuando menos, una operación como ésta deberá someterse necesariamente a un acuerdo de Junta General de Socios y/o Accionistas y ser aprobada con el quórum reforzado previsto en la Ley correspondiente. Por lo tanto, y a este último respecto, se regula ya expresamente lo que la doctrina venía reclamando desde hace años (vide RDGRN, ya citada, de 10 de junio de 1994, así como la

Sentencia del Tribunal Supremo núm 25/2006, de 30 de enero).

En el supuesto de hecho que hemos descrito, si hubiera estado en vigor la LME, esta operación no se hubiera podido llevar a cabo, simplemente porque con el voto en contra del socio minoritario (titular, recordemos, de un 40% del capital social) no hubiera podido aprobarse (el artículo 53.2.b) de la LSRL contempla para determinados supuestos, como la fusión o escisión, la necesidad de un voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social).

Por lo tanto, y para concluir, diremos que **si bien la LME es por supuesto mejorable y las críticas que ha recibido son, en la mayoría de los casos, acertadas**, constructivas y plenamente justificadas, **también tiene aspectos positivos**, como los ya indicados, y no podemos olvidar que no deja de ser una norma transitoria que viene a trazar un camino orientado hacia la unificación de la regulación de las Sociedades de capital, tal y como se establece en la Disposición Final Séptima de la misma.

Proponemos, por lo tanto, aguardar al cumplimiento del mandato otorgado al Gobierno y examinar en detalle la inminente **“Ley de Sociedades de Capital”** para ver si efectivamente se depuran los fallos detectados y se consigue, por fin, un texto refundido que unifique, aclare y armonice la actual regulación, que es, en definitiva, lo que todos deseamos.

Legislación y jurisprudencia aplicables

Artículos 71 y 72 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

RDGRN de 10 de junio de 1994

Sentencia del Tribunal Supremo núm 25/2006, de 30 de enero.