



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Caso Práctico de Adquisición de Sociedad y
Reestructuración de Grupo Societario

*Case Study of Company Acquisition and
Restructuring of Corporate Group*

Dictamen elaborado por

Inés de Los Arcos Domingo

Director

Profesor Luis Alberto Marco Arcalá

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza

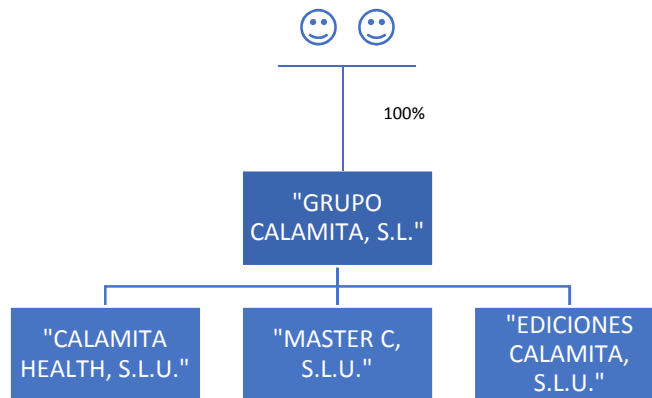
2019

ÍNDICE

- I. ANTECEDENTES DE HECHO**
- II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**
- III. NORMATIVA APLICABLE**
- IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**
- V. CONCLUSIONES**

ANTECEDENTES DE HECHO

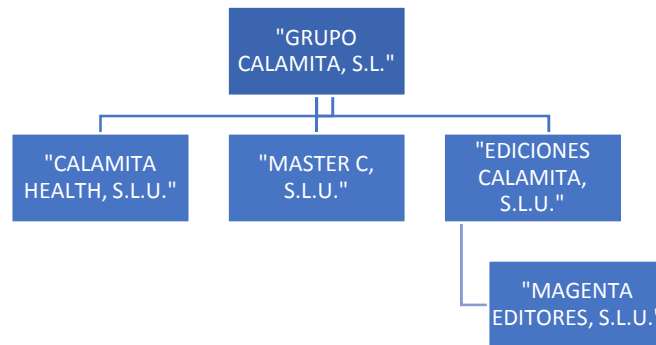
- I. “GRUPO CALAMITA, S.L.” (en adelante, “GRUPO CALAMITA”), es la sociedad *Holding* de un grupo dedicado al sector veterinario, la cual está participada a partes iguales por los hermanos D^a. Lucía Cala Mita y D. Pedro Cala Mita, que sucedieron a su padre, el socio único originario, como socios en la compañía. GRUPO CALAMITA participa íntegramente al 100% de su capital social a las tres restantes sociedades del grupo, a través de las que se estructuran las diferentes ramas de actividad del mismo.



- “CALAMITA HEALTH, S.L.” (en adelante, “CALAMITA HEALTH”) es la sociedad dedicada a la prestación de servicios de laboratorio, clínica y hospital veterinario, compraventa y distribución de productos zoonosanitarios, asesoría veterinaria y servicios de unidad móvil veterinaria.
- “MASTER C, S.L.” (en adelante, “MASTER C”) es la sociedad dedicada a la organización de cursos de formación para veterinarios y personal de tiendas especializadas en animales de compañía.
- Y, “EDICIONES CALAMITA, S.L.” (en adelante, “EDICIONES CALAMITA” o el “Cliente”) es la sociedad dedicada a la edición, distribución y comercialización de revistas y libros relacionados con Veterinaria, así como la prestación de servicios de publicidad, marketing, relaciones públicas y promoción de venta, estudio fotográfico, artes gráficas, señaléticas, rótulos e indicadores.

- II.** El Grupo ha recorrido una larga trayectoria como cliente de nuestro despacho, recibiendo servicios de asesoría legal recurrente, así como cuestiones puntuales de litigios contra otras sociedades y personas físicas o reestructuraciones del grupo. Es relevante mencionar, la reciente reestructuración que se ha realizado en el grupo, la cual ha tenido como resultado la estructura *holding* que podemos observar por la que GRUPO CALAMITA participa íntegramente y tiene bajo control al resto de sociedades del grupo.
- III.** En el momento actual, GRUPO CALAMITA, a través de su filial EDICIONES CALAMITA, ha comenzado una serie de negociaciones con D. José Mage Enta, socio único de la Sociedad “MAGENTA EDITORES, S.L.” (en adelante, “MAGENTA EDITORES”), con la finalidad de llevar a cabo la adquisición por parte de EDICIONES CALAMITA de MAGENTA EDITORES, sociedad domiciliada en Madrid, dedicada a la edición de revistas de contenido odontológico y creación de contenido digital a través de plataformas y aplicaciones *on line*, la cual se diferencia creando contenido y aplicaciones únicas en el mercado gracias al óptimo software que ha desarrollado, y ha acudido a nosotros con el fin de lograr una estrategia societaria que les proporcione las máximas garantías en la adquisición y les permita mantener todas las ventajas que su estructura actual les otorga.
- IV.** EDICIONES CALAMITA se encuentra en un momento de expansión y desea conseguir un crecimiento notable a nivel de actividades y a nivel territorial, por lo que la adquisición de esta sociedad les permitiría obtener presencia en diversos puntos a nivel nacional, llegando a un mayor número de clientes, así como comenzar la edición de nuevos contenidos con nuevos métodos más eficientes a través de las TIC. Pero para poder obtener los mejores resultados es necesario también contar con el factor humano que tenga capacidad de obtener el mayor rendimiento de la tecnología, la cual ostenta el actual socio de MAGENTA EDITORES, a pesar de vender la sociedad por cuestiones personales, está interesado en continuar trabajando en la sociedad en unas condiciones lo suficientemente ventajosas.
- Ambas partes están de acuerdo en llevar a cabo la operación, previo análisis de la misma, tomando las adecuadas garantías y planeando una estrategia idónea.

- V. El órgano de Administración de EDICIONES CALAMITA está organizado en forma de Consejo de Administración de tres miembros, mientras que en MAGENTA EDITORES se halla un órgano formado por dos administradores solidarios
- VI. Una vez adquirida la sociedad MAGENTA EDITORES, la estructura de GRUPO CALAMITA quedaría de la siguiente forma:



Sin embargo, el objetivo de la Operación no es solo la adquisición de la sociedad, sino lograr el crecimiento de EDICIONES CALAMITA y, en consecuencia, del GRUPO CALAMITA, sin perder las ventajas que su estructura recientemente reorganizada les otorga.

- VII. Con esta finalidad, se procederá a una Fusión por Absorción de EDICIONES CALAMITA (Sociedad Absorbente) a MAGENTA EDITORES (Sociedad Absorbida), procediendo asimismo a una redenominación de la Sociedad Absorbente adoptando la denominación de la Sociedad Absorbida. Quedando finalmente el Grupo estructurado de la siguiente manera:



CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

I. ADQUISICIÓN DE SOCIEDAD

1. Ventajas e idoneidad de la compraventa de participaciones frente a la compraventa de los activos de la sociedad.
2. Medios para evitar el riesgo
 - 2.1 Carta de intenciones
 - 2.2 *Due Diligence*: Detección de riesgos para la Operación a través del análisis exhaustivo de todos los aspectos relevantes para la misma.
3. Operación de compraventa de participaciones sociales.
 - 3.1 El Contrato de Compraventa
4. Aspectos laborales y de Seguridad Social de la operación de compraventa. El Contrato de Alta Dirección.
5. Aspectos tributarios de la operación de compraventa.
6. La Escritura de Compraventa. El *Signing* y el *Closing*.

II. FUSIÓN POR ABSORCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA.

1. Ventajas e idoneidad de la realización de la fusión y de mantener la estructura *holding* original.
2. Las particularidades del procedimiento simplificado del artículo 49 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales (en adelante, LME).
3. Particularidades ante el acuerdo unánime de fusión, adoptado en junta universal de las sociedades intervinientes.
4. El Balance de Fusión.
5. 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.
6. Los Estatutos de la sociedad resultante de la fusión

7. Valoración de los aspectos fiscales y contables:

7.1 Posibilidad de acogimiento al Régimen fiscal especial de las fusiones escisiones, aportaciones de activos y canje de valores previsto en el Título VII, Capítulo VII del Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS).

7.2 Fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el plan general de contabilidad.

8. Publicidad de la fusión y derecho de oposición de los acreedores

9. Formalización e Inscripción de la Fusión

NORMATIVA APLICABLE

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
- REGLAMENTO (UE) N o 1215/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.
- Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
- Ley 3/2009 sobre Modificaciones estructurales
- Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.
- Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

JURISPRUDENCIA

- STS núm. 98/2018 de 26 de febrero, RJ 2018\635
- STS núm. 1548/2014 de 17 junio, RJ 2015/3659
- STS núm. 4269/2012 de 2 de enero, RJ 2014\534
- STS núm. 506/2013 de 17 de septiembre, RJ 2013/6826
- STS núm. 301/2012 de 18 de mayo, RJ 2012/6360
- STS núm. 102/2012 de 7 de marzo, RJ 2012/5437
- STS núm. 258/2012 de 5 de enero, RJ 931/2008
- STS núm. 2324/2011 de 14 de abril, RJ 1147/2007
- STS núm. 3839/2007 de 6 de marzo, RJ 2009\1843
- STS núm. 899/2007 de 31 de julio, RJ 2007\5093
- STS núm. 155/2007 de 8 febrero, RJ 2007\560
- ST núm. 496/1998 de 16 mayo, RJ 1988\4308
- AP de Valladolid, sentencia núm. 251/2017 de 28 de junio, JUR 2017/234697
- AP de Lleida, sentencia núm. 243/2010 de 10 de junio, JUR 2010/345921
- TSJ Madrid, sentencia núm 1925/1992 de 14 de octubre, AS 1992\4909
- TSJ Navarra, sentencia de 6 de mayo 1992, AS 1992\2643
- TSJ Castilla y León, Valladolid, rec. 2303/1992, de 24 de noviembre, AS 1992\5385

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. ADQUISICIÓN DE SOCIEDAD

La adquisición de sociedades mercantiles se puede llevar a cabo de diversas formas, por ejemplo, mediante compraventa de acciones o participaciones, de activos, mediante modificaciones estructurales tales como fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, etc.

En el caso de que se realice la adquisición por medio de una modificación estructural, estaría regulada por la Ley 3/2009 sobre Modificaciones estructurales, pero en muchos otros casos, como el nuestro, se lleva a cabo la compraventa de la sociedad, bien sea de los activos o de las participaciones o acciones, en cuyo caso la regulación es más heterogénea deberá tenerse como marco jurídico de referencia el Código Civil y el Código de Comercio.

Dentro de la figura de la compraventa de sociedad, existen múltiples modalidades de llevarla a cabo, siendo las más comunes la compraventa de los activos o la adquisición de las participaciones sociales o acciones, dependiendo de si se trata de una sociedad limitada o anónima; Asimismo, es necesario elegir entre la compraventa total de la sociedad, también llamada compraventa de capa, o la compraventa de una o varias de sus ramas de actividad, además de otros factores.

Todas estas variables tienen una justificación desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista económico, estando ambas perspectivas estrechamente ligadas y, aunque este trabajo irá dedicado a analizar las bases jurídicas del proceso, es igualmente necesario mencionar la estructura económica a la que éstas darán soporte.

El factor en el que coinciden todas las modalidades de adquisición de la sociedad es su objeto común, que es la toma de control de la empresa enfocada a la creación de valor, un valor superior al que representaban la parte compradora y la vendedora por separado, en palabras de ALVAREZ ARJONA, *la unión de dos empresas debe producir el efecto de que el valor de las empresas juntas sea superior al valor de ellas individualmente consideradas.*

1. Ventajas e idoneidad de la compraventa de participaciones frente a la compraventa de los activos de la sociedad.

Podríamos catalogar a la sociedad Ediciones Calamita como un comprador industrial que, en contraposición con la figura de inversor financiero cuya principal pretensión es lograr una rentabilidad del negocio en el que invierte, éste es un empresario que viene dedicándose al sector de actividad de la sociedad que pretende adquirir y lo que quiere es ampliar y mejorar su propia empresa, adquiriendo algunos elementos nuevos, los cuales son potencialmente beneficiosos debido a su propio *know how*, a su experiencia en el sector y a su capacidad de sacarle rentabilidad.

Cuando Ediciones Calamita nos comunica su voluntad de adquirir la Sociedad Magenta Editores y su deseo de que regulemos el entramado jurídico de la operación, lo primero que se debe valorar es el marco en el que se va a llevar a cabo. En la mayoría de los casos hay que valorar si conviene más la compraventa de activos (*asset deal*) o la compraventa de las participaciones (*shares deal*).

Para entender estos conceptos es necesario hacer un inciso en el concepto de la titularidad de los elementos a transmitir en cada caso. En nuestro caso y en el caso de cualquier sociedad, existen unos socios, personas físicas o jurídicas, que ostentan esta condición en virtud de la titularidad legítima de una o varias de las participaciones en las que se divide el capital social de la sociedad, artículo 91 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 (en adelante, LSC), siendo, por tanto, titulares de las participaciones como elemento particular que les otorga una serie de derechos en relación a la Sociedad reconocidos en la Ley y en los Estatutos de la misma.

Por otro lado, la Sociedad como entidad con personalidad jurídica independiente de la de sus socios, es titular legítima de todos los elementos que conforman su patrimonio, independientemente de que sus socios puedan tener una serie de derechos sobre estos elementos por su condición de socios.

Una vez explicado esto, podemos afirmar la primera diferencia entre la compraventa de los activos y de las participaciones. La compraventa de las participaciones comporta la transmisión de un solo elemento, las participaciones, de los

socios vendedores a los nuevos socios compradores (en nuestro caso, es la propia sociedad Ediciones Calamita la parte compradora), que otorgará a estos últimos la toma de control sobre la sociedad cuyo capital social esté dividido en las participaciones transmitidas, pero la sociedad se mantiene inalterada, sin ver modificado su patrimonio ni su composición de activos y pasivos.

Sin embargo, en la compraventa de activos societarios, los sujetos participantes en la operación son distintos, la parte vendedora será la propia sociedad persona jurídica y el objeto de la transmisión serán los activos y pasivos individualizados, debiendo procederse a la tradición por separado de cada uno de ellos, lo cual implica un cambio de titularidad de los mismos, así como de las licencias y permisos, en su caso; la asunción de los trámites necesarios para materializar el cambio de titularidad, como la inscripción en el Registro de la Propiedad en el caso de bienes inmuebles, art. 2 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), o en otros registros dependiendo de los derechos o bienes transmitidos; o la necesidad de solicitar un cambio de titularidad en los contratos en que la sociedad es parte, cuando se prevea la restricción para su cesión a un tercero, con el consecuente riesgo de pérdida de valor si se produjera una negativa, etc.

La ventaja que lleva a la parte compradora a preferir, en ocasiones, la adquisición de activos de la sociedad es el hecho de poder seleccionar qué es lo que quiere adquirir y qué no, lo cual se conoce en el mundo anglosajón como “*Cherry Picking*”.

Igualmente, en cuanto a la tributación encontramos diferencias relevantes, ya que una compraventa de activos supone que la sociedad vendedora debería tributar en la base imponible del Impuesto de Sociedades por la venta de cada activo, mientras que en la compraventa de participaciones, las rentas derivadas de la transmisión se integran en la base imponible del Impuesto de Sociedades y la sociedad compradora de una serie de activos individualizados, no constitutivos de unidad económica, se enfrentaría a la carga impositiva derivada de la adquisición de los mismos, mientras que la compraventa de participaciones, con carácter general, está exenta de tributación tanto en el Impuesto sobre el Valor Añadido como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, I.V.A e I.T.P y A.J.D.)

Tras un análisis pormenorizado de todos los factores mencionados, recomendamos a nuestro cliente la adquisición de las participaciones sociales de MAGENTA EDITORES como medio para tomar el control de la sociedad.

Sin embargo, la compraventa de participaciones es una modalidad que conlleva más riesgos, ya que se traspasa la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad con las cargas y demás obligaciones que afecten a los mismos, siendo habitual en la práctica que las participaciones se encuentren gravadas a favor de terceros o de entidades financieras acreedoras, o que alguno de los activos patrimonio de la sociedad de la que pasaremos a tomar el control presente contingencias sobre las que se pueda exigir responsabilidad al socio entrante, por ello, el planteamiento y las medidas a tomar con carácter previo a la firma de la compraventa, es decir, la fase preparatoria, será especialmente relevante.

2. Medios para evitar el riesgo

Una vez entendida la estructura de la operación, es necesario comenzar a elaborar los elementos que le dan soporte.

En el marco de una operación de gran valor para ambas partes y tratándose de la compraventa de las participaciones que alberga posibles riesgos, es aconsejable comenzar a negociar a través de Tratos Preliminares que le pueden ayudar a conocer la realidad de la sociedad MAGENTA EDITORES con el fin de poder redactar finalmente un contrato de compraventa lo más garantista posible.

2.1 Carta de intenciones

Dado que se trata de una negociación bilateral, lo más aconsejable es la elaboración de una Carta de Intenciones (*Letter of Intends*) que refleje el resultado de las negociaciones iniciales de las Partes.

La Carta de Intenciones se configura como un documento suscrito en la fase precontractual de una transacción corporativa en la que las partes interesadas en la conclusión de la misma formalizan por escrito una serie de declaraciones de intención y manifestaciones sobre los principios y reglas del proceso de negociación y determinados aspectos, hechos o actos relacionados con dicha transacción corporativa a fin de regular

los términos y condiciones de las negociaciones que se mantengan entre las partes en el contexto de la transacción corporativa¹.

La diferencia de este documento con un precontrato, es el mayor nivel de vinculación de este último, siendo la carta de intenciones no vinculante con respecto al contenido de la Operación por indicación en este sentido en el contenido de la misma, que estará condicionada por posteriores actuaciones, pero sí que sirva para establecer ciertos compromisos respecto a las relaciones de las partes.

Cada Carta de Intenciones es específica para la operación y las partes concretas, en este caso los socios de Ediciones Calamita se encontraban en negociaciones con D. Jose Mage Enta en relación con la adquisición por parte la primera, de la sociedad del segundo, Magenta Editores, y los puntos más importantes a determinar en este primer acuerdo entre las Partes eran los siguientes:

- Facultad de sustitución: se hace referencia a los términos definidos en el artículo 42 del Código de Comercio (en adelante, “Ccom”), en virtud de los cuales podrá ser sustituida por cualquier sociedad perteneciente a su grupo empresarial en cualquier momento de la operación, punto que afecta en este caso únicamente a Ediciones Calamita, por ser la parte vendedora una persona física.

- Precio: Es importante fijar desde un primer momento las expectativas económicas de la Operación, en este caso 2.000.000 € así como la forma de pago de este, que en este documento acordaron que fuera periódico. Estos términos son orientativos, dado que estarán sujetos al resultado de las demás operaciones previas al cierre de la Operación.

- Laboral: Al margen de las implicaciones laborales con respecto al personal de la sociedad adquirida, que analizaré más adelante, las partes habían acordado por medio de la carta de intenciones que D. José Mage Enta pasaría a ejercer el puesto de Director Comercial de la Sociedad, suscribiendo las partes un contrato de Alta Dirección, estableciendo un plan de carrera, así como un compromiso de colaboración y permanencia durante 2 años, con el fin de ayudar a los adquirentes a establecerse en la Sociedad y conocer adecuadamente su funcionamiento y su entorno.

¹ CASAS, I. “*Memento Práctico: Transmisión de Empresas*”. Lefevbre El Derecho. 2019. Ep. 8676.

- Contrato de Permuta: En la elaboración del plan de actuación de la compraventa nos encontramos con una situación particular porque el Sr. Mage Enta había registrado las marcas españolas y europeas relacionadas con la Sociedad, a su propio nombre, pero las mismas suponen un activo de gran valor e interés para el comprador, que necesita adquirirlas junto con la Sociedad para que ésta conserve todo su valor.

Por otro lado, el Sr. Mage Enta había adquirido dos plazas de garaje de uso particular, a nombre de la Sociedad, y estaba interesado en mantenerlas bajo su propiedad con posterioridad a la Operación.

Como solución a esta situación propusimos la suscripción de un Contrato de Permuta con carácter previo a la adquisición de la Sociedad, de modo que la Sociedad compraría al Sr. Mage Enta las marcas registradas relativas a la Sociedad y, como contraprestación, le cedería las plazas de garaje, adquiriendo forma de permuta.

- Due Diligence: Las Partes están negociando de conformidad con las expectativas que tienen sobre MAGENTA EDITORES y sobre el negocio, que han sido afirmadas por el Sr. Mage Enta y conforme a las cuales se ha fijado el precio. Pero todo ello está condicionado a la realización de una auditoría de compra o *Due Diligence*, cuyo coste será pagado a partes iguales por las Partes, que confirme todas las afirmaciones y expectativas sobre la sociedad. Esta es una de las razones por la que la carta de intenciones no tiene carácter vinculante, dado que nos encontramos en una fase muy inicial en la que no es aconsejable comprometerse como en un contrato.

- Cláusula de no competencia y no captación: es especialmente importante, tratándose de una negociación bilateral, establecer un compromiso de las partes, especialmente la parte vendedora, de no solicitar ninguna otra oferta sobre la sociedad y tratar únicamente con EDICIONES CALAMITA. Asimismo, se establece una cláusula de no competencia por la que D. José Mage Enta se compromete a no realizar actividades del sector de actividad de la sociedad objeto de adquisición durante al menos 4 años. De este modo, la sociedad adquirente garantiza que tendrá el margen suficiente para implantarse en el mercado sin eventuales perjuicios de un competidor que conoce todos los detalles de su empresa.

- Cláusula penal: aunque las obligaciones con cláusula penal se hallan expresamente contempladas en los artículos 1152 a 1155 de nuestro CC, no se prevé específicamente la ruptura de negociaciones o el incumplimiento de tratos preliminares como un supuesto que lleve aparejada responsabilidad para el infractor, pero sí que tiene cabida en ciertas ocasiones bajo el prisma de la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC, como se reconoce en la STS núm. 496/1998 de 16 mayo, RJ 1988\4308, fundamentada en la confianza que se genera en la contraparte de llegar a suscribir un contrato definitivo y los perjuicios causados por la ruptura de las negociaciones, pero lo cierto es que jurisprudencialmente los requisitos son muy estrictos, y una Carta de Intenciones no es fácilmente considerada como vinculante si no se cumplen los mencionados requisitos.

Por estas razones, es necesario que nos acojamos a la posibilidad amparada en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC y la libertad de pactos para pactar de manera vinculante (indicándolo en la misma carta) una cláusula penal específica en el supuesto de que se produzca un incumplimiento de las negociaciones. En nuestro caso impusimos una penalidad de 25.000 € para el caso de que se incumpliera la cláusula de no competencia y no captación, en cualquiera de sus términos, penalizando, por tanto, la ruptura de las negociaciones por aceptación de la oferta de un tercero y/o la competencia por parte del socio único en los términos mencionados. Decidimos imponer una penalidad considerablemente moderada con respecto de la cuantía de la operación debido a que existe un criterio eminentemente restrictivo del Tribunal Supremo a la hora de interpretar las cláusulas penales, por ejemplo, la STS núm. 506/2013 de 17 de septiembre, RJ 2013/6826 que dice sobre las cláusulas penales que se tratan de *“una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva”*.

- Por último, añadimos una miscelánea de cláusulas referentes a la confidencialidad, derecho aplicable, gastos a pagar por cada parte, así como una referencia expresa a las cláusulas que tenían el carácter de obligatorias.

2.2 *Due Diligence*: Detección de riesgos para la Operación a través del análisis exhaustivo de todos los aspectos relevantes para la misma.

2.2.1 Concepto y utilidad.

La *Due Diligence* es el término anglosajón utilizado en la práctica de los negocios para definir el proceso de investigación, revisión detallada o verificación de los distintos aspectos financieros, fiscales, legales, técnicos y operativos de una empresa o grupo de empresas, normalmente en el contexto de una transacción mercantil, y conforme a un alcance previamente determinado².

Nuestro derecho positivo no contempla esta figura específicamente, pero la jurisprudencia está comenzando a reconocerla en varias de sus sentencias, haciendo referencia a su finalidad y poniendo de manifiesto su uso habitual en el tráfico de los negocios.

La Audiencia Provincial de Lleida en su sentencia núm. 243/2010 de 10 de junio, JUR 2010/345921, pone de manifiesto que la *Due Diligence* tiene como función básica la valoración de todos los aspectos relevantes de una empresa, que se reflejará en un informe con comentarios y observaciones que servirá como base para la negociación del acuerdo final, puesto que es evidente que resultaría, cuanto menos, arriesgado, adquirir cualquier tipo de empresa sin disponer de la información que proporciona este documento.

Puesto que la finalidad de la *Due Diligence* es entender a la sociedad *target* e identificar los aspectos que afecten a la operación, lo primero que debemos hacer es delimitar el objeto de la transacción, en este caso, las participaciones sociales. Las participaciones sociales obligan al análisis de todos los activos, pasivos, derechos y obligaciones de la Sociedad.

En ocasiones, puede ser exigido por la parte vendedora la suscripción de **un acuerdo de confidencialidad** o de no divulgación (*Non-disclosure Agreement*) que proteja sus intereses durante todo el periodo previo al cierre de la operación y toda la información que está compartiendo con la compradora con el fin de dar a conocer el objeto de la negociación y que, especialmente con ocasión de la *Due Diligence* implica

²DELOITTE ABOGADOS, S.L.P. MUA. “*El Proceso de Due Diligence*”. Universidad de Deusto. 2016-2017.

una exposición total de la sociedad de la parte vendedora, que podría ser utilizada por la parte compradora como una ventaja competitiva en el posible escenario de una ruptura en las negociaciones, si no se pactan unos compromisos de confidencialidad al respecto. Este acuerdo cumple además una función ventajosa para la parte compradora y para los profesionales que deben realizar la *Due Diligence*, porque genera una mayor confianza en las relaciones entre las partes y una mayor disposición de la sociedad *target* a compartir la información necesaria para poder realizar el informe.

Es importante dedicar un tiempo a establecer una buena relación entre el encargado de la *Due Diligence* y el responsable de la empresa *target*, puesto que estos procesos suelen ser tediosos para la misma y la actitud cooperante de ambas partes es vital.

2.2.2 Check List

Una vez tenemos delimitada la operación, tendremos que elaborar una *Check List*, en la que enumeraremos exhaustivamente cada departamento que deba ser revisado y los documentos que requerimos de la empresa vendedora para su correcto análisis.

Existen numerosos tipos de *Due Diligence* (legal, fiscal, financiera, laboral, etc.) que, en ocasiones, se realizan por separado debido a las grandes dimensiones de cada objeto a analizar, pero en nuestro caso, debido a las dimensiones de la sociedad *target*, optamos por hacer una *Due Diligence* principalmente legal, con un análisis conjunto de los aspectos fiscales y laborales relevantes para la operación.

Esta *Check List* se envía al responsable de la sociedad vendedora para que proceda a la recopilación y remisión de la documentación de la que disponga en relación con la solicitada y la indicación expresa de aquella de la que no disponga.

Una vez se ha obtenido toda la documentación necesaria se procederá a su estudio y verificación, cuando sea posible, con los correspondientes registros o administraciones. Igualmente, será necesario comunicarse con la empresa vendedora para insistir en la remisión de la documentación que no ha sido enviada, explicar al responsable de qué se trata en los casos en que no esté familiarizado con la terminología, así como, cuando realmente no disponga de ella, solicitar una manifestación escrita expresa de este extremo por su parte.

A continuación, expongo nuestra *Due Diligence*, con una breve referencia a cada sección, a su relevancia y a las contingencias encontradas relevantes para la operación.

2.2.3 Legal Due Diligence Report on: MAGENTA EDITORES, S.L.U.

SECCIÓN I: INFORMACIÓN SOCIETARIA.

Cuando la empresa *target* es una sociedad mercantil, es preciso confirmar toda la información al respecto de esta sociedad: Su existencia y situación jurídica en los registros, los Estatutos Sociales, composición del órgano de administración, poderes, etc.,

Como nos encontramos ante una Sociedad Unipersonal, es importante verificar que se encuentra registrado el carácter de unipersonalidad de la sociedad por ser José Mage Enta el titular del 100% de las participaciones sociales. El art. 14 LSC exige que en el plazo de 6 meses desde el momento en el que tuvo lugar la adquisición de la unipersonalidad, ésta se haga constar en el Registro Mercantil. En caso de incumplimiento, se establece un régimen de responsabilidad por el que el socio único vendrá obligado a responder personal e ilimitadamente de las deudas que la sociedad hubiera podido contraer desde el momento en el que devino unipersonal.

Régimen de transmisión de participaciones

Especialmente en las Sociedades Limitadas es relevante la atención a este factor, debido a que necesariamente la transmisibilidad de las participaciones va a estar limitada o restringida, en primer lugar, por las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital, pero también, por los estatutos sociales, que en este momento son objeto de análisis, porque pueden establecerse restricciones que los socios hayan estimado oportunas siempre que respeten los límites previstos en el art. 108 LSC. Entre otros, serán nulas las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión³.

En el análisis estatutos de MAGENTA EDITORES, comprobamos en el artículo 5 de los Estatutos Sociales que, la transmisión de participaciones a un tercero, tal y como sería el supuesto de la Operación, requería seguir un determinado procedimiento de comunicación a la Sociedad y al resto de socios para el ejercicio de posibles derechos

³ LARGO GIL, R., HERNÁNDEZ SAINZ, E. “*Derecho Mercantil I, Vol. 2: El empresario. Empresario individual y derecho de sociedades*”. KRONOS EDITORIAL. 4º Edición. 2018.

de asunción preferente por parte de los socios no transmitentes. Dada la naturaleza de la Operación y en tanto la venta consistía en la enajenación de la totalidad de participaciones sociales por parte de sus dos únicos socios, dicho procedimiento no necesitaba tener lugar “de facto”, si bien era necesario tenerlo en consideración a la hora de materializar la escritura de compraventa, en la que debía incluirse, aún a efectos formales, para dar adecuado cumplimiento a los requisitos estatutarios.

Pactos Parasociales

Los pactos parasociales, son acuerdos extra estatutarios de naturaleza contractual cuya eficacia se encuentra regulada en la actualidad en la LSC que, tras disponer en el artículo 28 que en la escritura y en los estatutos se podrán incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido, se preceptúa en su artículo 29, que “los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”.

En nuestro caso concreto se hizo constar que no se habían suscrito pactos parasociales, pero si existen, son un punto de análisis importante, puesto que aunque la LSC parece estipular la inoponibilidad de los mismos a la sociedad, el concepto que se utiliza en el artículo 29, “pactos reservados”, parece evidenciar que si los pactos no son reservados y la sociedad es consciente de su existencia y de su contenido el pacto parasocial podría serle opuesto, en este sentido, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sentencia núm. 251/2017, de 28 de junio, JUR 2017/234697), entiende que no todo pacto parasocial es reservado, sino que solo lo sería el pacto que la sociedad no conoce⁴.

Asimismo, hay otros supuestos en los que los pactos parasociales pueden producir efectos para la sociedad y eventualmente para la transmisión de la misma, o para las expectativas que pueda tener en la misma el comprador, por ejemplo los supuestos de “pactos de atribución”, en virtud de los cuales los socios se obligan a realizar una determinada conducta a favor de la sociedad; o aquellos casos de pactos parasociales suscritos por la propia sociedad⁵. Por estas razones es necesario hacer

⁴ EMPARANZA, A. “El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores”. Marcial Pons. 2019. págs. 92-94.

⁵ EMPARANZA, A. “El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores”. Marcial Pons. 2019. Pág. 101: En este caso, tal y como nos explica el

hincapié en analizar los posibles pactos parasociales suscritos por los socios en el momento en que se está realizando la *Due Diligence*.

Retribución de los Administradores

De la documentación aportada resulta que el órgano de administración se configura a través de dos administradores solidarios con carácter retribuido, según se detalla en el artículo 21 de los Estatutos (vigentes desde el año 2.002 y hasta la fecha):

“El Administrador o Administradores que podrán no ser socios, ejercerán su cargo por tiempo indefinido y ello sin perjuicio de poder ser separados en cualquier momento de su cargo, por acuerdo de la Junta General adoptado por mayoría de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social.

El cargo de Administrador será retribuido determinando la Junta General, por acuerdo, la cantidad para cada ejercicio.”.

Por tanto, la retribución a percibir por los Administradores requiere de dos elementos fundamentales:

1. Su inclusión como tal en los Estatutos Sociales (tal y como se ha reflejado).
2. La adopción por la Junta, para cada ejercicio, de acuerdo respecto al importe que ha de ser abonado.

Estos elementos establecidos en los estatutos son corroborados por la jurisprudencia, especialmente controvertida en los últimos tiempos, como consecuencia de sentencias como la STS núm. 98/2018 de 26 de febrero, RJ 2018\635, que sienta la interpretación de los artículos 217 y 249 LSC sobre la retribución de los administradores y establece los filtros para que sea conforme a derecho:

- En primer lugar, debe estar previsto en los Estatutos Sociales el carácter retribuido de los Administradores, en general.
- En segundo lugar, la Junta de Socios debe fijar la cuantía máxima anual dedicada a retribución de los Administradores.

Alberto Emparanza en su artículo, se plantea la posibilidad de que el pacto surta efectos frente a la sociedad, aunque el hecho de la suscripción de un pacto parasocial por la propia sociedad es objeto de controversia, pues frente a quienes defienden su viabilidad (cita en el artículo), un sector de la doctrina entiende que en tal caso el pacto no sería un pacto parasocial, sino un simple contrato derivado de la actuación de la sociedad en el tráfico. (cita en el artículo)

- Por último, el órgano de Administración deberá decidir cómo repartir la cuantía asignada entre sus Administradores y consejeros.
- La suscripción de un contrato con la sociedad si se trata de un Cosejero Delegado o Ejecutivo.

Del análisis realizado, obtenemos que Magenta Editores no ha observado las previsiones de los Estatutos, puesto que no ha generado las correspondientes actas de la Junta adoptando los correspondientes acuerdos sobre la cuantía dedicada a remuneración de los administradores y, habiendo sido preguntado por ello, ha respondido que no existían, por lo tanto, la remuneración de los administradores no es conforme a derecho.

Además, el importe de las prestaciones es de una cuantía elevada y exceden de una proporción razonable respecto a la facturación y los resultados de la compañía, así como de los estándares de mercado (artículo 217 LSC último párrafo).

Estos incumplimientos tienen repercusión mercantil en el ámbito de la responsabilidad de los administradores por la falta de diligencia debida que implican estas actuaciones, pero las consecuencias más posibles e inmediatas pueden derivarse del ámbito fiscal, puesto que, durante los últimos años, la sociedad ha estado declarando el importe percibido por sus administradores como retribuciones de consejeros y administradores, y acogiéndose por tanto a las deducciones que la Ley otorga a este concepto retributivo que, sin embargo, no le correspondía.

Para entenderlo, haré referencia a la Consulta de la Dirección General de Tributos⁶ (en adelante, DGT) V1027-14, de 10 de abril de 2014, la cual ha reconocido que, en caso de percibir un Administrador una remuneración establecida estatutariamente en su condición de Administrador, ésta supone un gasto deducible siempre que el sistema de retribución dispuesto en los estatutos sociales se adecúe a lo dispuesto en el artículo 217 de la LSC.

“(…) Por tanto, en la medida en que el sistema de retribución recogido en los estatutos de la consultante se adecue a lo dispuesto en el artículo 217 del TRLSC, previamente transcrito, el gasto correspondiente a la retribución del administrador

⁶ La contestación a las consultas tributarias escritas tendrá efectos vinculantes de acuerdo con el artículo 89.1 LGT.

tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible, en la medida en que no supere la cantidad fija aprobada en Junta General”.

Con respecto a la jurisprudencia que a fecha de hoy se encuentra sobre esta materia, debe hacerse referencia a la STS núm. 4269/2012 de 2 de enero, RJ 2014\534 que no comparte la conclusión alcanzada por la DGT en una serie de consultas recientes que flexibilizaban los criterios de deducibilidad, al concluir que lo importante no es el criterio de “necesariedad” del gasto, sino su legalidad. En particular, el F.D. quinto concluye lo siguiente:

“La cuestión, por tanto, no se centra en la "necesariedad" del gasto como a veces se pretende, sino en su "legalidad", que, ha de inferirse de las normas que rigen la materia de las retribuciones de los Administradores en los respectivos textos que las regulan. Tal legalidad hay que entenderla referida, como también hemos señalado, no sólo a los Estatutos sino a los límites que de la totalidad del ordenamiento jurídico pueden inferirse a la vista de las circunstancias concurrentes. Por eso, resulta insólita, como ya hemos dicho en alguna ocasión, cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil.”

De la actual doctrina del TS, se puede concluir que la deducción de gasto derivado de la retribución de los administradores exigirá siempre y en cualquier caso que esté prevista en los estatutos, y no solo eso, sino que además los socios hayan utilizado los cauces mercantiles que de la propia norma y los estatutos imponen para la válida aprobación de dicha remuneración⁷.

En este sentido, el art. 15 f) LIS señala que no son deducibles los gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, por resultar ese gasto encuadrado en la letra f) de art. 15 LIS al no ser conforme a derecho, la deducibilidad fiscal de las retribuciones de administradores de los ejercicios 2014 a 2017, ambos inclusive, podría ser cuestionada en el ámbito de una hipotética inspección fiscal.

Se cuantificó el importe de esta contingencia – cuyo riesgo podría calificarse entre alto y muy alto – que se valora, incluyendo una estimación de posibles sanciones, en 389.184 €.

⁷ ADAME MARTÍNEZ, F. D., ROMERO PLAZA, C. J. “Retribución de administradores. Aspectos Mercantiles y Fiscales”. AEDAF. 2016.

En virtud de lo expuesto, se recomendó a la compañía Magenta Editores elaborar y diligenciar el acta de junta de socios en la que se acuerde la retribución de los administradores correspondiente al ejercicio 2018, con el objeto de cumplir con la previsión estatutaria y salvaguardar en consecuencia la deducibilidad fiscal del gasto para ese ejercicio, este trámite es muy sencillo pero no es efectivo con seguridad. Es seguramente más efectivo que omitir este acta, pero en el caso de una posible inspección, la Agencia Tributaria tendría constancia de que se ha subsanado este acta con posterioridad al ejercicio correspondiente y, por lo tanto, no se puede garantizar que la consideren como válida a efectos de los requisitos para la deducibilidad fiscal. En consecuencia, la posible sanción a la que podría enfrentarse Ediciones Calamita será objeto de prevención en el contrato de compraventa.

SECCIÓN II: INMOVILIZADO MATERIAL.

En este apartado el objeto de análisis son todos los elementos que constituyen activos materiales dentro del patrimonio neto de la Sociedad.

Los bienes inmuebles son el activo más significativo, contando en este caso la empresa *target* con una oficina y dos plazas de garaje, éstas últimas objeto de permuta, sobre las que correspondía solicitar la información del efectivo cambio de titularidad. Las medidas de verificación son, en primer lugar, constatar la identificación y titularidad de los inmuebles, para lo cual se piden las escrituras de compraventa o de obra nueva, si fuera el caso, así como las correspondientes notas simples al Registro de la Propiedad, a través de las cuales podremos también averiguar si existen cargas o gravámenes sobre el inmueble, como por ejemplo hipotecas, en cuyo caso será conveniente pedir a la empresa *target* la escritura de constitución de la hipoteca para conocer los términos de la misma.

Asimismo, es conveniente, verificar que el inmueble está al corriente de pago de todas sus cuotas con la Comunidad de Propietarios, así como de luz, agua, Impuesto sobre Bienes inmuebles -para lo cual solicitamos los últimos tres recibos de pago de las cuotas- y que cuenta con las correspondientes licencias, como la de apertura y actividad.

Se verifican igualmente las instalaciones permanentes, maquinaria industrial y elementos de transporte. La revisión se centra normalmente en analizar los títulos o contratos que acreditan la titularidad o el derecho de uso de dichos activos. En nuestro caso este apartado no reveló contingencia alguna, y los elementos de transporte habían

sido extraídos del patrimonio de la sociedad por acuerdo de las partes, al inicio del periodo de negociación.

SECCIÓN III: CONTRATOS Y ACUERDOS CON TERCEROS.

El objetivo de la revisión de las relaciones contractuales de la empresa *target* es identificar sus principales términos y condiciones y que los mismos están siendo cumplidos, así como verificar la expectativa y la marcha real del negocio a través de los contratos con proveedores y clientes. Es especialmente importante prestar atención a las cláusulas de resolución de los contratos, o la declaración del vencimiento anticipado y sus consecuencias.

SECCIÓN IV: LICENCIAS ADMINISTRATIVAS Y MEDIO AMBIENTE.

Este apartado del informe trata de verificar si la actividad que desarrolla la empresa *target* cuenta con todos los títulos, permisos y autorizaciones administrativas preceptivas por parte de las distintas Administraciones Públicas (estatal y/o autonómica y/o local) competentes. Algunos ejemplos de la documentación solicitada y analizada en nuestro caso son, la licencia de apertura y comunicación previa al Ayuntamiento o, dado que en las publicaciones de contenido sanitario una de sus revistas se hace generalmente publicidad a medicamentos, de acuerdo con el artículo 15.3 de Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, la Sociedad debía realizar una comunicación para la utilización de la obra como soporte válido de la publicidad de medicamentos a la consejería de sanidad y servicios sociales de la Comunidad de Madrid.

Este apartado requiere un esfuerzo añadido para estudiar el sector de actividad de la sociedad y cuáles son los requisitos legales exigidos en el campo concreto, es necesario un estudio de la normativa que regula un sector de actividad, que muchas veces es desconocido para quien realiza la *Due Diligence* y puede requerir la consulta a terceros expertos en la materia.

SECCIÓN V: PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

Debido a la actividad editorial de Magenta Editores, uno de los principales activos que posee son las marcas y derechos de propiedad intelectual de su titularidad. Como hemos mencionado, las marcas relacionadas con la actividad de la Sociedad habían sido registradas inicialmente a nombre el socio y, con motivo de la Operación, se había pactado que estas marcas debían ser cedidas a la Sociedad con carácter previo a la

cesión en virtud del Contrato de Permuta, por tanto, el objeto de análisis en este apartado consistía, en primer lugar, en verificar la efectiva existencia de todas las Marcas y la regularidad de su situación, así como la confirmación del cambio de titularidad a favor de la Sociedad.

En cuanto a las marcas españolas, verificamos los Títulos de Registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas (“OEPM”) y, en algunos casos que correspondía, el título de renovación de las marcas, ya que el registro de una marca se otorga por una duración de diez años que podrá ser renovada por periodos sucesivos iguales, por determinación del artículo 31 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (la “LM”), recientemente modificada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados⁸. Asimismo, para mayor garantía consultamos el Registro *on line* del que dispone la OEPM para cotejar los datos que constaban registrados en el mismo día de la elaboración del informe.

En relación con la cesión de la titularidad, fue aportado el “acuerdo de transferencia de signos distintivos” de cada una de las marcas a favor de la Sociedad, expedido por la OEPM y, consecuentemente, comprobamos que la efectiva cesión de la titularidad sobre los derechos de propiedad industrial en favor de la Sociedad había sido debidamente publicada en el Boletín Oficial de Propiedad Industrial conforme al artículo 50 LM.

Del mismo modo procedimos con las marcas europeas, analizando los títulos de inscripción y renovación de los derechos de marca ante la Oficina de la Propiedad Industrial de la Unión Europea (“EUIPO”, por sus siglas en inglés), los certificados de cambio de titularidad expedidos por la EUIPO y la correspondiente publicación en el Boletín de Marcas de la Unión Europea.

SECCIÓN VI: LITIGIOS.

En cualquier proceso de *due diligence* es siempre conveniente identificar riesgos derivados de procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales en los que la empresa *target* esté o pueda estar inmersa, así como cualquier conflicto que esté siendo objeto de resolución extrajudicial por vía de técnicas de resolución alternativa de conflictos (o ADR por sus siglas en inglés).

⁸ Vid. MARCO ARCALÁ, L. M. “Las nuevas modificaciones de la Ley española de Marcas”. 2019.

En nuestro caso existían dos procedimientos por los que debía recibir unas cantidades de terceras empresas, lo cual, a priori, no suponía ulteriores problemas ya que los derechos de crédito se transmiten junto a la sociedad con la sola obligación de comunicar al deudor el cambio en la figura del acreedor, v. 1112, 1255, 1526 CC.

SECCIÓN VII: CONTRATOS DE SEGURO.

Los contratos y pólizas de seguro contratadas por la empresa vendedora deben ser objeto de tratamiento separado, por su particular regulación en relación a la transmisión del objeto asegurado, en este caso las participaciones de la sociedad, porque en virtud de lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, “LSC”), como regla general, el adquirente se subroga en el momento de la enajenación en los derechos y obligaciones que correspondían en el contrato de seguro al anterior titular. Además, en virtud del último párrafo del artículo 34 LCS, ambas partes serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión, por ello es importante solicitar el justificante de pago de las últimas mensualidades de las primas de pólizas de seguro contratadas por la vendedora para garantizar la indemnidad de la compradora en este sentido.

Por lo demás, las partes habían acordado en la Carta de Intenciones que se rescindirían todos los contratos de seguro suscritos por Magenta Editores hasta ese momento, para evitar eventuales conflictos o responsabilidades por este concepto, por tanto, el objeto de la revisión consiste en verificar que las últimas primas de cada seguro han sido pagadas para evitar posibles reclamaciones, así como verificar la cláusula de rescisión de cada contrato para que, en caso de suponer cualquier gasto, éste sea asumido por la parte vendedora.

SECCIÓN VIII: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

Para la verificación de este apartado fueron objeto de análisis: los contratos laborales de los 11 trabajadores de la Sociedad, el convenio colectivo aplicable, que era en ese momento el “Convenio Colectivo Estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares 2017-2018”, publicado en el B.O.E. en fecha 19 de enero de 2018, así como las posibles contingencias con la Seguridad Social y las condiciones salariales.

Debido a que EDICIONES CALAMITA se subrogará en los derechos y obligaciones del empresario, como veremos a continuación, es necesario verificar que no existen contingencias laborales que puedan ser reclamadas al nuevo empresario cuando se haga efectiva la subrogación ya que, según se regula en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en las transmisiones que tengan lugar por actos ínter vivos, el cedente y el cesionario responden solidariamente durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social.

SECCIÓN IX: ASPECTOS FISCALES.

Las implicaciones fiscales de las compraventas de empresas figuran entre los aspectos más relevantes de la práctica legal, con una gran incidencia en la planificación, negociación y ejecución de la operación. Es indispensable realizar un previo análisis fiscal, en el que se tomen en consideración los distintos efectos, implicaciones y costes de la operación en el ámbito tributario.

El objetivo principal de este apartado consiste en la identificación de los riesgos y contingencias de naturaleza fiscal que afectan a las empresas o entidades objeto de la operación y, en la medida en que la información disponible lo permita, la cuantificación de dichos riesgos. En este caso la principal contingencia fiscal que encontramos fue la mencionada con respecto a la remuneración de los administradores.

SECCIÓN IX: MEDIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, COMPLIANCE Y PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL.

Protección de Datos

Las obligaciones en materia de protección de datos deben ser objeto de revisión por su importancia y trascendencia. Es necesario verificar la adaptación de la empresa a la reciente normativa en esta materia por directa aplicación del REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 sobre Protección de Datos (en adelante, “RGPD”) y su transposición a nuestra legislación a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, “LOPDGDD”), en virtud de los cuales las empresas deben adoptar todas las medidas exigidas por la Ley, así como nombrar un responsable del tratamiento. Estas medidas pueden implantarse en la empresa a través

de Programas de Protección de Datos desarrollados por expertos en la materia, que analizan el tipo de tratamiento que realiza una empresa concreta, cuáles son los riesgos que presenta a la luz de la normativa mencionada, y posteriormente prepara todas las medidas que deban ser tomadas por la Sociedad y forma a su personal para el cumplimiento de las mismas.

La realidad práctica, sin embargo, es que, por su reciente aparición o por falta de conciencia en gran parte de los casos, muchas empresas todavía no han incorporado estas medidas a su empresa o lo han hecho de forma incompleta. Además, es igualmente necesario, llevar a cabo un seguimiento y actualización periódico para que el mismo sea efectivo.

Magenta Editores cuando fue requerido sobre este punto, nos hizo entrega de un certificado emitido por una empresa dedicada a la Protección de Datos en 2017, que manifestaba la adaptación de la Sociedad a la normativa en Protección de Datos, pero no se nos hizo entrega del programa, que es necesario revisar para valorar su alcance y eficacia, por lo que no podíamos garantizar la ausencia de riesgos en el informe de *Due Diligence* y además, por la fecha, sí que se podía afirmar que sería necesario actualizarlo al menos con las novedades introducidas por la LOPDGDD, que desarrolla y concreta algunos conceptos mencionados en el Reglamento (como la “Lista Robinson”) e introduce la novedad de los Derechos Digitales que deberán ser tenidos en cuenta por el Responsable del Tratamiento.

Prevención de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (*Compliance*)

Por su parte, los programas de *Compliance* o cumplimiento normativo, aunque no son obligatorios para las empresas, adquieren especial importancia desde la última reforma del Código Penal de 2010, en la que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 31 bis de este cuerpo legal, la responsabilidad de las personas jurídicas, a lo que se le suman las cuantiosas sanciones que las empresas pueden verse obligadas a abonar.

La función del *Compliance* es, precisamente, evitar esa responsabilidad a través de la implementación de mecanismos adecuados enfocados a la evitación del riesgo. Estos programas han sido reconocidos como una medida de exención de responsabilidad de las personas jurídicas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como las STS núm. 154/2016 de 29 de febrero, RJ 2016\600 o la STS núm.

516/2016 de 13 de junio, RJ 2016\2531, cuando se han implementado las herramientas de control idóneas y eficaces orientadas a evitar, en lo posible, la comisión de delitos. La implantación de estos sistemas puede acreditarse por medio de diferentes certificados otorgados en virtud de normas que regulan los requisitos que deben cumplir, como la UNE ISO 19601 sobre sistemas de Gestión de *Compliance* Penal, estándar certificable que complementa las recomendaciones de la UNE 19600 sobre Sistema de Gestión de *Compliance*.

Sin embargo, el *Compliance* todavía no está tan generalizado como convendría y, el caso de Magenta Editores no es una excepción. Los especialistas en *Compliance*⁹, están de acuerdo en que es necesaria una gran labor formativa y de divulgación de la cultura del cumplimiento normativo por parte de todos los profesionales del Derecho para que el *Compliance* pueda desplegar todos sus efectos. Por nuestra parte, en la *Due Diligence* debemos informar sobre la función de estos programas y los riesgos de su falta de implementación ante eventuales delitos que puedan ser imputables a la empresa.

Prevención de Blanqueo de Capitales

La Ley 10/2010 de 28 abril, de Prevención en materia de Blanqueo de Capitales, establece todas las medidas que deben cumplir aquellas personas físicas y jurídicas que la Ley califica como sujetos obligados en el artículo 2.1, por el riesgo de la actividad que desarrollan.

Dada la naturaleza de la Sociedad, el alcance de la aplicación de esta normativa es limitado, si bien es necesario señalar el potencial riesgo que conlleva la no valoración de esta normativa por la empresa o por un experto en la materia¹⁰.

ELABORACIÓN DEL INFORME

Los resultados obtenidos de la *Due Diligence* se transmiten al Cliente en forma de informe, en el que es importante incluir un resumen ejecutivo en el que se sintetice, utilizando un lenguaje sencillo y claro, cuáles son los aspectos relevantes para la operación y que deben ser tenidos en cuenta por el comprador para configurar el contrato de compraventa.

⁹ WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION. “*Guía de Implementación de Compliance para PYMES*”. Mayo 2019. Barcelona.

¹⁰ SEPBLAC. <https://www.sepblac.es/es/sujetos-obligados/>. Consulta realizada el 01/11/2019.

3. Operación de compraventa de participaciones sociales.

Con carácter general, por disposición del artículo 233 LSC, el órgano de administración de una Sociedad es el encargado de representar a la Sociedad en el tráfico de sus actividades y, en este sentido, en un acto de compraventa como el que nos ocupa, será el encargado de comparecer en representación de la Sociedad en el acto de la compraventa. Existe, sin embargo, una limitación a este poder de representación del órgano de administración, impuesto por el artículo 160 f) LSC, en cuanto a la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, entendiéndose como tales, aquellos cuyo importe supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado, siendo estas decisiones competencia de la Junta General de Socios.

En este caso, resulta que el 100% del valor de las participaciones de Magenta Editores suponen más del 25% del valor de los activos de Ediciones Calamita, por ello, es necesario que los socios de Ediciones Calamita acuerden en acta la adquisición de este activo esencial.

En segundo lugar, una vez que la operación ha sido aprobada por la Junta, el órgano de administración de Ediciones Calamita puede llevar a cabo la operación y, dado que su órgano de administración se configura como Consejo de Administración, al tratarse de un órgano colegiado es igualmente necesario que recoja sus acuerdos en la correspondiente acta del Consejo de Administración firmada por el presidente y el secretario que se incorporará al Libro de Actas de la Sociedad, v. artículo 250 LSC.

Las certificaciones de estas dos actas deberán unirse a la escritura de compraventa, porque, según lo establecido en el artículo 106 LSC, la transmisión de las participaciones sociales deberá constar en documento público.

Asimismo, se adjuntará al contrato y a la escritura de compraventa una certificación del Sr. Mage Enta manifestando que en la venta de las participaciones sociales de Magenta Editores se han cumplido todos los requisitos legales y estatutarios. Este trámite, que no es exigido por la legislación, es el resultado de un acuerdo de las partes que persigue dar cumplimiento al artículo 5º de los estatutos sociales de Magenta Editores sobre el régimen de transmisión de las participaciones que, aunque como mencionábamos, no debía resultar aplicable por el hecho de estar transmitiendo la

totalidad de las participaciones, es una garantía adicional para el comprador que evita posibles contingencias futuras.

3.1 El Contrato de Compraventa

El Contrato de adquisición de una sociedad es un contrato atípico en nuestro ordenamiento jurídico, cuyo clausulado depende del tipo de transacción ante la que nos encontremos. En nuestro caso, al tratarse de una compraventa de participaciones sociales será de aplicación principalmente el Código Civil y el Código de Comercio, amparado por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, art. 1255 CC, siendo además un proceso fuertemente influenciado en la práctica por el Derecho Anglosajón (SPA o *Sale and Purchase Agreement*), en la forma y en la terminología¹¹. Todo ello, sin perjuicio de las demás leyes que resultan de aplicación.

Las Partes

En la Compraventa comparecen, de una parte, el Sr. Mage Enta como titular y vendedor de las participaciones de la Sociedad y, por otro lado, la sociedad Ediciones Calamita, como compradora, debidamente representada por el secretario del Consejo de Administración y habiendo sido facultado para el acto concreto. La identificación de las partes es necesario que sea completa (datos personales, domicilio, datos de constitución y registro en el caso de las personas jurídicas...) y correcta, así como suficientemente acreditada su capacidad y/o la legitimación de la representación en la que actúan, v. art. 156 a 169 Decreto 2310/1967, de 22 de julio, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial. En el momento de la escritura la suficiencia o no de las facultades de representación será apreciada, bajo su responsabilidad, por el Notario autorizante.

Expositivos

Posteriormente, corresponde redactar una parte introductoria (“Expositivos”), en la que se definan los antecedentes del Contrato, es decir el contexto en el que se desarrolla la Operación, la causa y la finalidad de la misma.

Esta parte es de enorme importancia de cara a la interpretación del contrato y de las posibles ambigüedades que contenga en su articulado, que deba ser realizada por las

¹¹ MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVBRE, Transmisión de empresas, 2016-2017.

partes o por un juez en la hipótesis de que surgiera un conflicto o incluso un eventual proceso.

Se trata de las afirmaciones, hechos o circunstancias que han sido expresamente asumidas por las partes por considerarse un elemento objetivamente cierto y veraz. Aquí hacemos referencia a la carta de intenciones, al proceso de *Due Diligence*, al Contrato de Permuta, a la descripción de la Sociedad *target* y, especialmente, a las razones por las que se ha decidido realizar la adquisición, con especial mención a la esencialidad del cumplimiento de las condiciones y declaraciones que se recogen en el Contrato.¹²

Objeto y Precio

Como primeros artículos del clausulado encontramos el Objeto y el Precio, elementos esenciales de cualquier compraventa.

Después de delimitar el objeto de la Operación de manera detallada, lo que en nuestro caso sería equivalente a citar de manera detalladas las participaciones objeto de la compraventa, al menos con identificación de su titular, valor nominal y numeración, es necesario determinar el precio, que es uno de los ejes esenciales de la misma y la principal obligación del comprador, de acuerdo con el artículo 1500 CC¹³.

El precio de adquisición de las participaciones objeto de la compraventa se fijó en un millón cuatrocientos cuarenta mil euros, de los cuales, 1.000.000 quedaría abonado contextualmente a la firma del Contrato mediante la entrega de un cheque bancario y, los restantes 440.000 euros quedaban aplazados de la siguiente manera:

- 159.000€ a los dos años de la firma de la Compraventa;
- 143.500 € a los tres años de la firma de la Compraventa;
- 137.500 € a los cuatro años de la firma de la Compraventa.

Como consecuencia de estos plazos aplazados, la compradora se comprometió a abonar con cada pago aplazado, una serie de importes en concepto de intereses:

- A los dos años de la fecha de firma de la Compraventa: 16.000 €

¹² <https://www.iberley.es/temas/estructura-clausulas-habituales-contrato-compraventa-62634>. Consultado el 23/20/2019. Artículo 1500 Código Civil”

¹³ : “El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.”

- A los tres años de la fecha de firma de la Compraventa: 21.500 €
- A los cuatro años de la fecha de firma de la Compraventa: 27.500€

Esta forma de pago de precio no es aleatoria, sino que se trata de una medida de protección para el comprador frente a la contingencia fiscal detectada en la realización de la *Due Diligence* derivada de la retribución de los administradores por la infracción del artículo 15 f) LIS, de la que podría derivarse una sanción de hasta 389.184 € de la que tendría que hacerse cargo el comprador desde el momento de adquisición de las participaciones de la Sociedad.

Tal y como establece el artículo 189 LGT, la responsabilidad derivada de las infracciones tributarias prescribe a los cuatro años desde el momento en el que se cometió la infracción correspondiente, y es, por tanto, durante esos cuatro años, que la Sociedad podría ser sancionada por esa infracción cometida con anterioridad al cambio de su titularidad.

Como medio de evitar este riesgo para la parte Compradora, se formuló esta forma de pago del precio, de modo que el eventual perjuicio que podría generar la sanción quedase proporcionalmente cubierto.

Manifestaciones y garantías

Como ha sido mencionado previamente, el adquirente de las participaciones representativas del capital social de una empresa, se hace cargo de todos los derechos y obligaciones derivados de la actividad de la empresa hasta la fecha misma de la transacción.

La revisión llevada a cabo durante el proceso de *Due Diligence* ayuda a un mejor conocimiento de la realidad y a reducir los riesgos e incertidumbres de la Operación, pero no los elimina por completo. En este contexto, tiene sentido que los resultados obtenidos en la *Due Diligence* encuentren su desarrollo en el Contrato de Compraventa, a la hora de exigir responsabilidades al vendedor por la cosa vendida en forma de cláusula contractual que, por herencia de la cultura anglosajona, es generalmente conocida como cláusula de Manifestaciones y Garantías (*Representations and Warranties*), cuyo propósito consiste en reforzar la veracidad sobre el objeto de

compraventa y obtener una respuesta explícita del vendedor ante cualquier activo o pasivo contingente.

En nuestra legislación, esta cláusula encontraría amparo en el artículo 1484 CC, complementando y concretando el régimen de responsabilidad del vendedor respecto al saneamiento por vicios ocultos, en este caso en las participaciones.

El objetivo del comprador es que, en el marco de la libertad y la autonomía de las partes, el vendedor reitere la legítima posesión de lo que le transmite; la veracidad de las cuentas de la Compañía (para lo cual se anexan los balances de los últimos años) y que las mismas reflejan la imagen fiel de la misma; la no existencia de compromisos o contratos distintos o ajenos al curso ordinario de sus negocios; el no incumplimiento de compromisos o contratos; la inexistencia de litigios; la fiel observancia de la totalidad de las obligaciones tributarias y relativas a la Seguridad Social, etc.¹⁴

El Comprador por su parte también realiza sus Manifestaciones y Garantías en cláusula separada, principalmente enfocadas a acreditar su solvencia para el pago del precio, especialmente requerida por el Vendedor al existir una parte del precio aplazado, que quiere asegurarse de que el comprador no llevará a cabo actuaciones que puedan eventualmente resultar en su insolvencia de cara al pago de la deuda pendiente. Asimismo, realiza manifestaciones en cuanto a la propia existencia de la sociedad y su capacidad para la realización de la compraventa, declaraciones que no son estrictamente necesarias cuando el contrato va a ser elevado a público, puesto que son funciones que lleva a cabo el notario con mayores garantías, pero que refuerzan la seguridad del Vendedor.

Régimen de responsabilidad y proceso de reclamación

Una vez establecida la cláusula de Manifestaciones y Garantías, es esencial regular adecuadamente en el contrato el régimen de responsabilidad y el mecanismo de reclamación de las garantías dadas en función de la veracidad de lo declarado. En definitiva, regular que la incorrección de las manifestaciones y garantías, por tratarse de afirmaciones contrastables, conforman de hecho la base para la atribución objetiva de

¹⁴ PINEDO Y DE NORIEGA, J. M. “*Las Manifestaciones y Garantías en el Contrato de compraventa de empresa*”. 10 mayo 2017. <https://www.auren.com/es-ES/blog/corporate/2017/05/10/las-manifestaciones-y-garantias-en-el-contrato-de-compraventa-de-empresa>. Consulta realizada el 26/10/2019.

responsabilidad contractual como mecanismo de resolución del contrato, de ajuste del precio o, en su caso, de indemnización.

En los contratos de compraventa de empresa es práctica habitual el pacto de un régimen específico aplicable a la responsabilidad del vendedor con respecto a las contingencias que puedan surgir en relación con la empresa vendida, como modo de incrementar el régimen de responsabilidad generalmente aplicable por el Código Civil sobre el saneamiento y evicción de los artículos 1474 y siguientes.

En primer lugar, regulamos en el régimen de responsabilidad de nuestro Contrato que, el incumplimiento o inexactitud de cualquiera de las declaraciones realizadas por el Vendedor en el Contrato serán de su exclusiva responsabilidad. Esto implica que cualquier reclamación realizada a la Sociedad o a la Compradora directamente que tenga su origen en una actuación realizada por el Vendedor con carácter previo a la cesión de la Sociedad, será a cargo del Vendedor, debiendo éste indemnizar a la Compradora por el concepto de la reclamación y, en su caso, por los daños y perjuicios causados, en virtud del artículo 1101 CC.

Esta responsabilidad, por su parte, no es indefinida, es habitual que el vendedor exija la fijación del periodo temporal de vigencia de la responsabilidad que, para que sea también favorable al Comprador, las partes pactan un régimen de responsabilidad durante 4 años, acorde a la vigencia de la responsabilidad por la prescripción legal de las posibles contingencias tributarias detectadas, y se prevé su extensión en el caso de que surgiera alguna contingencia desconocida en el momento de la compraventa cuyo plazo de prescripción sea más amplio.

Además, en caso de activarse el régimen de responsabilidad por el acontecimiento de una contingencia, el Comprador comunicará al Vendedor todos los detalles al respecto para que pueda hacerse cargo adecuadamente, y el plazo de prescripción de la responsabilidad quedará suspendido hasta que el Comprador quede satisfecho por los perjuicios ocasionados.

En cuanto a la tramitación de las reclamaciones durante estos 4 años, en conexión con el aplazamiento del pago del precio en 4 años igualmente, las posibles reclamaciones o contingencias a las que tenga que hacer frente el vendedor podrán ser satisfechas directamente mediante deducción del precio pendiente de pago, y si esta

cantidad no fuera suficiente, el vendedor deberá proceder al abono del resto de las cantidades reclamadas al Vendedor en el plazo de 15 días.

Es asimismo frecuente en la práctica, como colofón del régimen de garantías, introducir una cláusula de indemnidad a favor del comprador ante eventuales reclamaciones derivadas de actuaciones anteriores a la compraventa. En virtud de esta cláusula, el vendedor se compromete a abonar al comprador el coste de cualesquiera responsabilidades o deudas que se generen en la sociedad adquirida, en la medida, en la medida que se correspondan con las declaraciones realizadas por vendedor.

Confidencialidad y no competencia

Es común en este tipo de operaciones que las Partes hagan referencia a la confidencialidad en relación con el negocio y con el contenido del contrato y se establece una obligación de no competencia para el vendedor durante el periodo de 4 años durante el cual no podrán directa o indirectamente llevar a cabo actividades relacionadas con el objeto social de la empresa.

Dada su importancia, el pacto de no competencia, suele destacarse como uno de los más importantes para la adquisición del negocio por parte del comprador, estableciéndose cláusulas penales muy elevadas con el objetivo de disuadir a los vendedores de su incumplimiento¹⁵. En nuestro caso impusimos una cláusula penal de 300.000 euros como consecuencia de un incumplimiento de este tipo.

El Tribunal Supremo en su sentencia núm. 301/2012 de 18 de mayo, RJ 2012/6360, aborda el análisis de la validez de las cláusulas de no competencia en los contratos de transmisión de empresa en un contrato donde se habían pactado del mismo modo que en nuestro caso, 4 años de no competencia por parte del vendedor, en la que establece:

“En numerosas ocasiones el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato

¹⁵ ARGALI ABOGADOS. “Contrato de compraventa de empresas: claves”, 18 de enero de 2018. <https://empresax.com/blog/contrato-de-compraventa-empresas-claves/>. Consulta realizada el 01/11/2019.

lícito (en este sentido apuntan las sentencias núm. 899/2007, de 31 de julio , y 102/2012, de 7 de marzo).

[...] *Incluso, de no estar expresamente pactadas, pueden llegar a entenderse exigibles al amparo de lo que disponen los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio -así se establece, por ejemplo, en el artículo 2557 del Código Civil italiano según el que “quién enajena la empresa tiene que abstenerse, por el período de cinco años de la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por el objeto, la ubicación u otras circunstancias sea idónea para desviar a la clientela de la empresa cedida”.*

Legislación aplicable y jurisdicción

Las partes acuerdan que la Ley que rige el contrato es la española, y se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid, para la dilucidación de cuantas cuestiones, discrepancias o controversias puedan surgir sobre la validez, eficacia, interpretación y cumplimiento del Contrato.

En cuanto a la legislación y fuero aplicable al contrato, cobra especial relevancia en los casos en que las partes tienen diferente nacionalidad y deben ponerse de acuerdo en la determinación de esta cláusula que establece a que legislación y tribunales se someten las partes en caso de discrepancia.

En el caso de la jurisdicción, es habitual que las partes decidan la sumisión a arbitraje debido a la complejidad de este tipo de procesos y de las cuestiones que pueden surgir en su ejecución.

En los contratos internacionales es fundamental determinar la ley aplicable y el fuero en el caso de que surja conflicto y, en la práctica, es común que las partes elijan la legislación y fuero que más les conviene, independientemente de que no coincida con las nacionalidades de las partes, esto es posible en virtud del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, también conocido como Reglamento de Roma-I, que establece como primer criterio para establecer la ley aplicable la autonomía de las partes y el Reglamento 44/200, conocido como Reglamento de Bruselas I, en cuanto a la competencia judicial.

4. Aspectos laborales y de Seguridad Social de la operación de compraventa. El Contrato de Alta Dirección.

Debido a que Magenta Editores se trata de una sociedad que cuenta con una plantilla de once trabajadores, los aspectos laborales de la transmisión son especialmente delicados.

En nuestro caso, la empresa empleadora de los trabajadores continúa siendo la misma con independencia del cambio de titularidad de sus participaciones, pero nos encontramos ante un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 ET, que establece que *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo, o de una unidad productiva autónoma, no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos por pensiones y, en general, cuantas obligaciones hubiera adquirido el cedente en materia de protección social complementaria”*.

El elemento esencial para que concurra la subrogación es que conste el traspaso de una organización de medios materiales y humanos, o sólo humanos en una proporción significativa¹⁶. En nuestro caso lo que se transmite es la totalidad de la sociedad de manera unitaria, por lo que la sucesión de empresa no es controvertida¹⁷.

Adicionalmente, como hemos mencionado, por disposición del 44.3 ET, el comprador y vendedor serían responsables solidariamente frente a cualquier obligación laboral nacida con anterioridad a la transmisión que no hubiera sido satisfecha, pero en este sentido, de la *Due Diligence* se extrajo que el cesionario había cumplido diligentemente con sus obligaciones como empleador y por tanto no deberían derivarse contingencias con posterioridad a la transmisión.

Hay que informar igualmente al cliente que está adquiriendo la empresa, en lo relativo al convenio colectivo que rige a esos trabajadores, puesto que seguirá en vigor automáticamente sin perjuicio de la transmisión y, al menos, durante todo el periodo de vigencia del mismo, asimismo, debe tenerse en cuenta, aunque no aplicaba en nuestro caso, que los representantes legales de los trabajadores seguirán ejerciendo sus

¹⁶ STS núm. 1548/2014 de 17 junio, RJ 2015/3659

¹⁷ *vid.* MARTÍNEZ SALDAÑA, D. “La sucesión de empresa”. Lex Nova. 2016.

funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad a la transmisión, por disposición igualmente del artículo 44 ET.

Además, el artículo 44.6 y 7 ET establece obligaciones de información para los supuestos de transmisión de empresa en relación con los detalles de la operación y los efectos en los trabajadores. El cedente y el cesionario están obligados a facilitar esta información a los representantes de los trabajadores, o si no los hay, como sucede en Magenta Editores, directamente a los trabajadores con la antelación suficiente.

Contrato de Alta Dirección

Los Contratos de Alta Dirección están regulados en el artículo 2.1 a) ET y en el RD 1382/1985, que establece en su artículo 1.2 que *“se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”*.

Inicialmente, en el momento de la redacción de la Carta de Intenciones, las partes manifestaron su intención de contratar al Sr. Mage Enta como Director Comercial, lo cual, a priori, se encuadra en una relación laboral común sujeta al art. 1.1 ET. Sin embargo, entendimos que la idea que tenían las partes sobre la posición que debía ostentar el Sr. Mage Enta en la compañía encajaba mejor con la relación laboral especial de Alto Directivo, debido a que por la relación de confianza que han establecido las partes y los conocimientos del negocio que tiene el Sr. Mage Enta, las funciones que debía desarrollar eran esencialmente las de un Gerente general de la compañía, inherentes a las que tendría como titular de la compañía, teniendo sólo por encima a los miembros del órgano societario y administrativo de la Sociedad¹⁸.

Es aconsejable suscribir el Contrato de Alta dirección por razones de claridad y transparencia en las relaciones, pero lo cierto es que, incluso aunque hubieran suscrito un contrato denominado de Director Comercial, el contenido real del contrato y las funciones que efectivamente se hubieran concedido al empleado son las que determinan

¹⁸ DE VAL TENA, A.L. “El trabajo de Alta Dirección: Caracteres y régimen jurídico”. Civitas. Madrid. 2002.

la tipología del contrato y no la denominación que le atribuyen las partes. Así lo ha determinado la STS núm. 3839/2007 de 6 de marzo, RJ 2009\1843 y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia núm 1925/1992 de 14 de octubre, AS 1992\4909, a través del criterio de “irrelevancia del *nomen iuris*”.

A través de la jurisprudencia se ha estructurado un marco que determina las características del contrato de alta dirección¹⁹, como son las capacidades de organización y dirección económica del negocio, la planificación de la plantilla y los recursos humanos, la disposición patrimonial o la representación de la sociedad.

De hecho, para garantizar el adecuado desarrollo de las facultades del Sr. Mage Enta, se acordó el otorgamiento amplios poderes a favor de este último, para que pueda seguir desarrollando la gestión de la sociedad como venía haciendo hasta el momento de la transmisión.

Tal y como establece el artículo 4.1 del Real Decreto 1382/1985, el contrato de alta dirección debe formalizarse por escrito y el empresario está obligado a comunicar a la oficina pública de empleo la suscripción del contrato de alta dirección con identificación de sus partes. La duración, retribución y demás condiciones serán determinadas voluntariamente por las partes con base en lo pactado en la Carta de Intenciones.

Asimismo, se incluirán en el contrato los pactos de no concurrencia y permanencia en la empresa (de naturaleza diferente a los pactos de no competencia establecidos en el contrato de compraventa), artículo 8 del RD 1382/1985, que consiste, por un lado, en la relación de exclusividad por parte del alto directivo, que no podrá celebrar contratos de trabajo con otras empresas durante la vigencia del contrato. Por otro lado, también han pactado las partes un pacto de concurrencia no contractual, porque realmente interesa al comprador evitar que el Sr. Mage Enta suponga una competencia debido a su perfecto conocimiento de la empresa, pero estos pactos tienen la limitación de que debe concurrir un efectivo interés industrial o comercial y ha de satisfacerse al directivo una compensación económica adecuada durante la duración del pacto de no concurrencia post-contractual, que durará como máximo dos años.

¹⁹ TSJ Navarra, sentencia de 6 de mayo 1992, AS 1992\2643 y TSJ Castilla y León, Valladolid, rec. 2303/1992, de 24 de noviembre, AS 1992\5385

5. Aspectos Tributarios de la Operación de Compraventa de participaciones.

La documentación contractual soporte de las operaciones de compraventa de sociedades debe confeccionarse teniendo en cuenta los aspectos fiscales de la operación, especialmente, en función de los resultados obtenidos de la *Due Diligence* porque, aunque en la compraventa de las participaciones de la sociedad, el comprador no asume personalmente la responsabilidad sobre las deudas de índole tributaria (incluidas sanciones) del negocio, que permanecen en la sociedad titular, ésta sigue siendo responsable de estas obligaciones tributarias y, por tanto, de las deudas y, en su caso, sanciones u otras responsabilidades de índole tributario previas a la adquisición (que no estaban bajo la administración del nuevo adquirente)²⁰.

Es necesario redactar el clausulado del contrato de compraventa estableciendo las garantías suficientes conforme a las irregularidades encontradas, permitiendo que el comprador del negocio traslade al vendedor los costes y daños que se originen por actuaciones de la Administración tributaria debidas a la incorrecta llevanza o cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad adquirida por parte del vendedor.

Esta traslación de la responsabilidad puede lograrse mediante la introducción de acuerdos al respecto en el contrato.

En primer lugar, a través de las manifestaciones y garantías que hemos configurado en el contrato, incluimos también algunas respecto a las obligaciones de naturaleza tributaria de la entidad, por las que el vendedor expresa que ha cumplido con las obligaciones tributarias exigibles a la sociedad de forma completa, correcta y veraz, y que está al día en el pago de estas obligaciones tributarias (a estos efectos es de utilidad solicitar del vendedor el certificado de encontrarse al corriente de pago de las obligaciones tributarias que puede ser sencillamente solicitado por el mismo a la administración tributaria correspondiente).

Asimismo, introducimos en la cláusula de indemnidad una referencia a la indemnidad fiscal a favor del comprador ante reclamaciones derivadas de actuaciones anteriores a la compraventa. En virtud de esta cláusula, el vendedor se compromete a abonar al comprador el coste de cualesquiera responsabilidades o deudas tributarias que

²⁰ LÓPEZ POMBO, D. “Aspectos Fiscales de las Adquisiciones de Empresas”. La Ley-Wolters Kluwer. 2016-2018. Las Rozas (Madrid).

se generen en la sociedad adquirida, en la medida que se correspondan con las declaraciones o autoliquidaciones tributarias cuya confección y presentación haya correspondido al vendedor (o a la sociedad objeto de venta mientras en ella participara el vendedor).

Esta responsabilidad está ligada a los demás pactos regulados en el régimen de responsabilidad, en cuanto a plazo de prescripción, la forma en que el vendedor responde por estas obligaciones tributarias, etc.

Cabe recordar que el régimen de responsabilidad se configuró pensando en la principal contingencia encontrada, que se trataba de las posibles reclamaciones al comprador por las irregularidades en la retribución de los administradores, lo cual tiene una relevancia principalmente fiscal.

6. La escritura de Compraventa. El *Signing* y el *Closing* de la Operación

En el propio cuerpo del Contrato regulamos una serie de trámites y condiciones de necesario cumplimiento antes del Cierre de la Operación (o también llamado “*Closing*” en la práctica, por la influencia del derecho anglosajón).

En algunas operaciones, puede haber una disgregación entre la perfección y eficacia del contrato a través de la ejecución en dos fases distintas para la Firma (“*Signing*”) y el Cierre de la operación o momento en el que se ejecuta la compraventa, normalmente debido a condiciones suspensivas en el contrato. Algunos autores han argumentado que dichos términos coinciden con la perfección del contrato de compraventa en documento privado (*signing*) y con la elevación a público del mismo (*closing*), momento en el que concurre el modo o tradición (en forma de *traditio ficta*) que determina la transmisión de la propiedad del objeto de la compraventa, al amparo del artículo 609 del CC y la teoría del título y el modo²¹.

En nuestro caso la firma y cierre de la Operación son simultáneos, porque estas condiciones no implican necesariamente el transcurso de un tiempo de suspensión previo al cierre, sino que consisten en una serie de compromisos para la formalización idónea de la Compraventa, como la entrega al notario de toda la documentación que acredita todas las manifestaciones y garantías recogidas en el contrato, así como todos

²¹ CAZORLA, L. “*El signing, el closing y el título y el modo*”. 14 de diciembre de 2015. <http://luiscazorla.com/2014/12/el-signing-el-closing-y-el-titulo-y-el-modo/>. Consulta realizada el 20/10/2019.

los extremos declarados en el mismo, como los títulos de propiedad de las participaciones, los Libros Societarios, los acuerdos sociales autorizando la Operación; la formalización de la Escritura de Compraventa; la entrega por parte del Vendedor al Comprador de las renunciaciones por escrito de los administradores solidarios de la Sociedad, declarando haber recibido la totalidad de sus compensaciones y no tener nada más que reclamar por ningún concepto a la Sociedad. Todos los trámites necesarios para que la Operación se cierre sin incidencias.

El cumplimiento de estos términos al momento de la elevación a público de la compraventa permite que el *Signing* y *Closing* tengan lugar en unidad de acto. Cabe además recordar que, de acuerdo con el art. 106 LSC la elevación a público es necesaria para la válida transmisión de las participaciones sociales.

Respecto a la elevación a público, sin embargo, ha manifestado el TS en la sentencia núm 258/2012 de 5 de enero, RJ 931/2008, siguiendo el criterio de la STS núm. 2324/2011, de 14 de abril, RJ 1147/2007 que *“La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial -ad substantiam o solemnitatem- para la perfección de la transmisión, sólo cumple la función de medio de prueba -ad probationem- y de oponibilidad de la transmisión a los terceros -ad exercitium o utilitatem-, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil”*.

De este modo, parece afirmar el TS que la exigencia de documento público del 106 LSC no es un requisito constitutivo, es decir, que su falta no implicaría la nulidad del contrato, sino que tendría valor probatorio y de oponibilidad frente a terceros de los que carece si no se eleva a público.

En cualquier caso, a efectos prácticos, siempre será mejor documentar desde un principio la transmisión de participaciones sociales en escritura pública pues de esta forma dicha transmisión gozará de la fe pública notarial presumiéndose su contenido veraz e íntegro y sirviendo de título suficiente para poder inscribir su titularidad en el libro registro de socios de la sociedad y hacer valer su eficacia frente a terceros²².

Desde la firma de la escritura, la adquisición de Magenta Editores despliega todos sus efectos sin necesidad de inscribirla en Registro Mercantil, por no estar

²² GUELZENU, C. *“¿Es válida la transmisión de participaciones sociales en documento privado?”*. Abril 2019.

contemplada este acto jurídico en el artículo 94 RRM entre los actos susceptibles de ser inscritos en el mismo²³. Sin embargo, sí que es necesario inscribir, según lo dispuesto en el art.13 LSC y 174 RRM, la escritura pública que declare el carácter de unipersonal que la sociedad haya adquirido *como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales o de todas las acciones, la pérdida de tal situación o el cambio del socio único como consecuencia de haberse transmitido alguna o todas las participaciones o todas las acciones*, por tanto deberemos inscribir la escritura para dejar constancia en el Registro Mercantil de la nueva identificación del socio único de Magenta Editores.

En caso de unipersonalidad sobrevenida, es decir, en el caso de que la Sociedad que ahora pasa a tener un solo socio, no fuera previamente unipersonal, el art. 14 LSC exige que en el plazo de 6 meses desde el momento en el que tuvo lugar, ésta se haga constar en el Registro Mercantil. En caso de incumplimiento, se establece un régimen de responsabilidad por el que el socio único vendrá obligado a responder personal e ilimitadamente de las deudas que la sociedad hubiera podido contraer desde el momento en el que devino unipersonal.

Igualmente, será necesario inscribir la escritura en cuanto refleja el cambio en el órgano de administración, v. art. 94.1 4º RRM.

²³ GARCIA VALDECASAS, J.A. "Transmisión de participaciones sociales: su posible inscripción en el Registro Mercantil o de Bienes Muebles". Granada. Marzo 2005.

II. FUSIÓN POR ABSORCIÓN DE SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA.

La exposición de motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la “LME”), define las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como *“aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”*.

Cabe, por tanto, adelantar que la fusión de sociedades es una modalidad de modificación estructural que, en el ámbito societario, se regula en la LME.

Además, las fusiones, en la medida en que dan lugar a una concentración de empresas, se regulan, también, en la normativa de defensa de la competencia, por la normativa laboral y por la fiscal.

La fusión se regula en el Título II de la LME está dedicado a la fusión en general, pero no cabe hablar, ni en esta Ley, ni en derecho español, de una única operación. En la LME se regula un régimen general de fusión de sociedades y otro específicamente aplicable a la fusión transfronteriza intracomunitaria.

Y del mismo modo, centrándonos en el régimen general de las fusiones, podemos diferenciar un régimen común, otro para fusiones especiales y por último, el de los supuestos legalmente asimilados a la fusión.

El art. 22 LME define un concepto de fusión, cuyos elementos son comunes a todas sus modalidades. Establece que la fusión es la reducción de dos o más sociedades mercantiles inscritas a una sola, que puede ser de nueva creación o una de las Sociedades que se fusionan, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan. En el artículo 23 se describen los tipos de fusión, siendo posible distinguir tres de ellas:

- la disolución sin liquidación de una o varias sociedades inscritas;

- la transmisión en bloque de su patrimonio a una sociedad ya existente (fusión por absorción) o de nueva creación (fusión por creación);
- la unificación de los accionistas en una única sociedad.

Todas las fusiones de sociedades, cualquiera que sea su modalidad, se articulan a través de un procedimiento con tres grandes fases que la doctrina ha denominado de preparación, decisoria y de ejecución y que concluye, en todo caso, con la inscripción en el Registro Mercantil de la operación de absorción o de creación de nueva sociedad, que confiere a la operación efectos plenos²⁴.

La operación que llevaremos a cabo en nuestro caso es una fusión por absorción, que implica la disolución sin liquidación de Magenta Editores y la transmisión de su patrimonio en bloque a Ediciones Calamita, sociedad preexistente.

Esto significa que, en la fusión por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sea causa de extinción de las relaciones contractuales la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal²⁵.

Este concepto general de fusión por absorción que es enunciado por el TS, explica su naturaleza de modificación estructural enfocada a tomar el control de la sociedad absorbida, siendo uno de los modos de adquisición de la sociedad, como se explicaba al principio de este trabajo; sin embargo, esta fusión tiene la vocación de reorganización intragrupo porque, en este caso, la sociedad absorbente ya ostenta la titularidad de la sociedad absorbida que ha sido adquirida mediante compraventa de las participaciones. Por ello, nos encontramos ante una fusión especial dentro del tipo de fusión por absorción, denominada “fusión por absorción de sociedad íntegramente participada” que, por su naturaleza, cuenta con un procedimiento especial de trámites simplificados por disposición del artículo 59 LME.

²⁴ VIVES RUIZ, F. “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”. Editorial LA LEY. 1ª Edición. 2016. Madrid.

²⁵ STS núm. 155/2007 de 8 febrero, RJ 2007\560

1. Ventajas e idoneidad de la realización de la fusión y de mantener la estructura inicial.

El Grupo Calamita se había sometido a una reestructuración empresarial varios años antes del inicio de esta operación con el fin de optimizar su funcionamiento y condiciones empresariales. El principal objetivo de esa reorganización había sido configurar el grupo en forma de *holding* empresarial.

El término *holding* en el ámbito empresarial, hace referencia a un grupo de sociedades estructurado de manera jerárquica, donde se sitúa una sociedad dominante y una o varias sociedades dominadas o subordinadas en último término a la primera, siendo esa dependencia la base del vínculo entre las sociedades²⁶.

Podemos utilizar el concepto *holding* para referirnos a la sociedad matriz que se erige como principal del grupo societario que participa a todas las demás (“sociedad *holding*”), o bien para designar a todo el conglomerado societario o empresarial que surge de dicha participación. No es requisito esencial que la sociedad *holding* posea la totalidad de las acciones o participaciones de las empresas que controle, bastará la mayoría de ellas y que las ganancias predominantes provengan de rentas de participación.

El principal precepto jurídico que regula las *holding* empresariales se encuentra en el artículo 42 Ccom, donde encontramos la definición y algunas obligaciones de la empresa dominante²⁷:

- Grupo de sociedades: existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.
- Sociedad dominante: la que tiene el control de otra, llamada dependiente.
- Control de una sociedad: se presumirá que existe control cuando una sociedad, (la dominante,) se encuentre en relación con otra sociedad,(la dependiente), en alguna de las siguientes situaciones:

²⁶ Guías jurídicas Wolters Kluwer. “ *Holding*”.
https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU MjC2MjtbLUouLM_DzbsMz01LySVLXEvOSM_CJbT0NjA7XEOL8nNKS1NCiTNUqotJUAFLHoJo 9AAAAWKE . Consultado 05/11/2019

²⁷ FAUS I PUJOL, M. “*Práctico Sociedades Mercantiles. Sociedad dominante en una sociedad limitada.*” Vlex. Octubre 2019.

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

Las *holding* empresariales han sido generalmente consideradas como estructuras adoptadas por grandes compañías multinacionales, pero son cada vez más pequeñas y medianas empresas las que adoptan esta estructura por las ventajas que otorga.

Ventajas mercantiles:

Esta estructura es un medio idóneo para ordenar la actividad empresarial, creando una sociedad para cada actividad económica que desarrolla el grupo y una sociedad de cabecera que toma las decisiones de cada una de ellas, agilizando de esta forma la gestión societaria. En este caso, vemos claramente este modelo de gestión, con Grupo Calamita como sociedad matriz, que toma las decisiones como socio único de cada una de las filiales en las que se ha estructurado cada rama de actividad del grupo.

Es conveniente, asimismo, esta estructura para el caso de venta o entrada de nuevos socios a la sociedad, porque existe la posibilidad de transmitir una rama de actividad concreta a través de una compraventa de acciones de la sociedad que corresponda, manteniendo inalteradas todas las otras sociedades. Así como si se decidiera permitir la entrada de un inversor interesado en una sola de las ramas de actividad del grupo, podría entrar sencillamente en el negocio a través de una ampliación de capital o venta de una parte de las participaciones de una sola de las sociedades, limitando la participación de este inversor a dicha sociedad y conservando

la compañía matriz y los socios de la misma los porcentajes de participación en el resto de entidades.

Ventajas tributarias:

Son considerables las ventajas fiscales que esta estructura societaria otorga a las sociedades del grupo, pudiendo ser destacadas las siguientes:

- Artículo 21 LIS: se evita la doble imposición en el Impuesto de Sociedades en virtud de este artículo que aplica la exención del IS en la distribución del beneficio de las sociedades filiales a la matriz y en la venta de las participaciones que la matriz ostenta sobre las filiales, que no genera renta gravable para la primera.

- Artículo 55 y siguientes LIS: posibilita la tributación a través del régimen de grupo de consolidación en el IS, lo cual implica que tributa el grupo como unidad y el responsable del pago de la deuda tributaria es la sociedad dominante. Otra de las ventajas de la tributación consolidada es la posibilidad de compensar los beneficios generados en unas sociedades con las eventuales pérdidas que se produzcan en otras.

- Artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (“LIP”): prevé la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, cumpliendo los requisitos correspondientes, para las sociedades en las que el titular o la matriz “*ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad*”.

En nuestro caso, la adquisición de Magenta Editores por Ediciones Calamita, implica que la primera ha pasado a formar parte de Grupo Calamita, que sigue siendo la sociedad *holding* del grupo empresarial. Pero se ha desvirtuado la organización de las actividades empresariales de manera compartimentada en cada una de las filiales, existiendo en el momento actual, dentro del grupo, dos sociedades que se dedican a la misma actividad, la editorial, y tienen en última instancia el mismo órgano de toma de decisiones, resultando conveniente desde un punto de vista de organización societaria, de simplificación de la gestión del grupo, de ahorro tributario y de evitar duplicidades en todos estos niveles, la fusión de las dos sociedades editoras.

2. Las particularidades del procedimiento simplificado del artículo 49 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales.

La reestructuración se plantea a través de una fusión por absorción por parte de Ediciones Calamita (Sociedad Absorbente) a Magenta Editores (Sociedad Absorbida), sociedad, a su vez, íntegramente participada por la primera, configurando esta situación un supuesto de fusión especial del artículo 49 LME.

El hecho de que se trate de una fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, no supone la omisión del procedimiento común previsto para las fusiones ordinarias que se regula en el Título II LME, pero sí que cuenta con una serie de particularidades, lógicas desde el punto de vista de su propia naturaleza que, de no ser así, implicaría llevar a cabo una serie de procedimientos innecesarios y repetitivos que ya han sido realizados en el momento de la adquisición por la sociedad absorbente de la sociedad que va a ser absorbida.

Una fusión de este tipo no supone sino una confusión de patrimonios que ya estaban siendo controlados directa o indirectamente por una misma entidad o, más bien, una dilución del patrimonio de la sociedad absorbida en el de la absorbente; en el activo de ésta se sustituyen las participaciones de la sociedad absorbida por todos los bienes, derechos y obligaciones de la misma. En palabras de ÁVILA NAVARRO, “en estos casos de sociedad íntegramente participada, la fusión solo puede ser por absorción de la sociedad participada por su socia única (o a la inversa, aunque no es nuestro caso); no es que no quepa la fusión propia o por creación de una nueva sociedad, pero la pretendida creación se reduciría a transformar a la sociedad titular de todas las participaciones en otra sociedad del mismo tipo, transformación absurda y equivalente, en el fondo, a un simple cambio de denominación social”²⁸.

El proyecto de fusión

Para proceder con la preparación de la fusión, como requisito general común a todos los tipos de fusiones establecido por el artículo 30 LME, “*los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de suscribir un proyecto común de fusión; y si falta la firma de alguno de ellos, se señalará al final del proyecto, con señalación de la causa*”.

²⁸ ÁVILA NAVARRO, P. “*Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley 3/2009*”. Tomo I. Editorial Bosch, S.A. 2009. Sabadell (Barcelona). Pág. 434.

Con ocasión de la Compraventa, el órgano de administración de Magenta Editores pasó a configurarse en forma de Consejo de Administración, con los mismos integrantes que el de su sociedad titular. De este modo, al tratarse de órganos colegiados, sendos Consejos de Administración han debido, en primer lugar, aprobar la redacción y suscripción del proyecto en las correspondientes actas.

El proyecto de fusión se dice que es común porque debe ser exactamente igual para ambas sociedades y debe tener el contenido mínimo que se fija en el artículo 31 LME, sobre el contenido del proyecto de fusión y en el 228 RRM, que se refiere al acuerdo de fusión, pero señala las circunstancias que se consideran propias del proyecto. El contenido de un proyecto de fusión ordinario en estos términos debe ser el siguiente:

“1.ª La denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión, así como los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil.

2.ª El tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje.

3.ª 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.

4.ª Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad resultante a quienes tengan derechos especiales o a los tenedores de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan.

5.ª Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad resultante a los expertos independientes que hayan de intervenir, en su caso, en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que se fusionan, de la absorbente o de la nueva sociedad.

6.ª La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.

7.^a *La fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.*

8.^a *Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.*

9.^a *La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.*

10.^a *Las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.*

11.^a *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.”*

Sin embargo, en este punto adquiere relevancia el tipo especial de fusión ante el que nos encontramos, pues el artículo 49 LME permite la omisión de algunas menciones en el proyecto de fusión al establecer que no es necesaria *la inclusión en el proyecto de fusión de las menciones 2º y 6º del artículo 3º y [...] las menciones 9º y 10º de ese mismo artículo*, es decir:

- *El tipo de canje de las participaciones sociales, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje (art. 31.2º de la LME);*

- *La fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas participaciones sociales tendrán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho (art. 31.6º de la LME);* Las dos omisiones resultan evidentes, y no es que no deban incluirse esas menciones, sino que no tienen cabida al ya ser las participaciones titularidad de la Sociedad Absorbente y por tanto no hay canje, ni compensación, ni nuevos titulares.

- *La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada Sociedad que se transmita a la Sociedad resultante (art. 31.9º de la LME);* pues el valor patrimonial neto se corresponde exactamente con el valor de las participaciones amortizadas.

- *Las fechas de las cuentas de las Sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión (art.*

31.10° de la LME); porque estos datos eran ya asumidos por la Sociedad Absorbente con anterioridad a la fusión. Este punto sí que será necesario si nos encontramos ante una fusión transfronteriza intracomunitaria.

En segundo lugar, el artículo 49.1.2° dice que no serán necesarios los informes de administradores y expertos a los que se refieren los artículos 33 y 34 de la Ley, salvo para la fusión transfronteriza intracomunitaria. Aunque en el siguiente punto me detendré a exponer estos conceptos, huelga decir el porqué de la omisión de estos informes, puesto que no hay ningún socio que pueda resultar perjudicado por la fusión; la junta de la sociedad absorbida será la decisión del socio único, la absorbente, y ambas sociedades podrán estar representadas en la escritura por la misma persona, puesto que no puede hablarse de intereses contrapuestos.

Igualmente, huelga el aumento de capital social en esta fusión especial por disposición del 49.1.3°, puesto que la absorción no produce ningún incremento patrimonial en la sociedad absorbente: en su patrimonio se sustituyen las participaciones de la absorbida, que se extinguen, por el patrimonio de esta, que se absorbe. De la redacción del artículo 49 se deduce que el aumento de capital no es necesario, pero estaría permitido, como sucede con los demás puntos de este apartado, sin embargo en este caso es más bien un impedimento debido a que todo aumento de capital debe tener un contenido patrimonial real, aumentar el capital en la sociedad absorbente supondría la asunción o emisión de participaciones vacías, en el sentido que no estaría suponiendo un desembolso real en la sociedad²⁹.

Lo cierto es que, en caso de realizarse un aumento de capital con ocasión de la fusión, éste tendría su origen en un exceso de patrimonio derivado de otras causas, pero no estrictamente de la fusión.

Acuerdo de las Juntas

Otra de las particularidades de este proceso simplificado aparece en la fase decisoria de la fusión.

El art. 49.1.4° LME exime de la obligación de celebrar la junta de la sociedad absorbida que acuerde la fusión, por entenderse este acuerdo implícito en el adoptado

²⁹ PLANA PALUZIE, A., Abogado AGM Abogados. “Fusiones de Sociedades participadas al 100%”. Law&Trends. 22 de febrero de 2016. <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/fusiones-de-sociedades-participadas-al-100.html>. Consultado por última vez el 09/11/2019.

por la absorbente e incluso se permite la omisión de la aprobación de la fusión por la junta de socios de la sociedad absorbente, cumpliendo los requisitos del artículo 51, el cual dice que *“con un mes de antelación como mínimo a la fecha prevista para la celebración de la junta o juntas de las sociedades absorbidas que deban pronunciarse sobre el proyecto de fusión, o, en caso de sociedad íntegramente participada, a la fecha prevista para la formalización de la absorción, se hubiera publicado el proyecto por cada una de las sociedades participantes en la operación con un anuncio, publicado en la página web de la sociedad o, caso de no existir, en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" o en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, en el que se haga constar el derecho que corresponde a los socios de la sociedad absorbente y a los acreedores de las sociedades que participan en la fusión a examinar en el domicilio social los documentos indicados en los números 1.º y 4.º, y, en su caso, 2.º, 3.º y 5.º, del apartado 1 del artículo 39, así como a obtener, cuando no se haya publicado en la página web, en los términos previstos en el artículo 32, la entrega o el envío gratuitos del texto íntegro de los mismos”*.

La ley es permisiva en este punto y realiza esta delegación a los administradores para realizar la absorción, considerando que puede prescindirse del acuerdo de la junta porque no hay en la operación una alteración patrimonial global, sino una suma de patrimonios que pertenecen a unos mismos interesados; en suma, un acto de administración.

De todas las particularidades expuestas con respecto a la fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, vamos a acogernos a todas las posibilidades de simplificación del proceso para la fusión, excepto lo referido a los acuerdos de las juntas de la sociedad absorbente y absorbida. La fusión será acordada como prevé el artículo 40 LME, por consignación de decisiones del socio único de cada una de las Sociedades, antes de que pasen seis meses desde la suscripción del proyecto, artículo 30.3 LME. Esto es conveniente a efectos de organización y documentación de la Operación, también a efectos probatorios frente a eventuales conflictos de la Sociedad que dispondrá su acuerdo aprobando la fusión en el Libro de Actas y, además, podremos acogernos al procedimiento simplificado que otorga el artículo 42 LME para la fusión acordada unánimemente.

Aunque en nuestro caso carece de relevancia por tratarse de un socio único que debe acordar la fusión, hay que tener en cuenta que la fusión es uno de los casos en los que la LSC prevé que deberá ser aprobada por mayoría reforzada, artículo 199, que requiere el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Cabe mencionar del mismo modo que, en relación a los puntos 3º, 4º y 5º del 31 LME, se hará referencia a ellos en el proyecto de fusión, pero tan solo para indicar que en nuestro caso (3º) no hay las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias en las sociedades que se extinguen, (4º) ni hay tenedores de derechos especiales o de títulos distintos de los representativos de capital o las opciones que se les ofrezcan, (5º) ni intervienen expertos independientes en la Operación.

No puede obviarse el requisito del artículo 30.2, al que también se hará mención el proyecto, sobre el compromiso de los administradores de abstenerse de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones, participaciones o cuotas.

3. Particularidades ante el acuerdo unánime de fusión, adoptado en junta universal de las sociedades intervinientes.

De conformidad con el artículo 42.1 de la LME, el acuerdo de fusión *“podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho”*.

Tal y como exige la Ley, nuestra fusión es aprobada mediante decisión del Socio Único en cada Sociedad, por lo que no será necesario publicar o depositar previamente el presente Proyecto de Fusión en el Registro Mercantil, como dispone el artículo 36 LME. La razón es que, dado que los acuerdos se están adoptando por unanimidad en junta universal, desaparece todo riesgo en relación con la desinformación de los socios, que es la fuente del establecimiento de esta obligación.

Sin embargo, como establece el artículo 42 LSC en su apartado segundo, estas simplificaciones por tratarse de un acuerdo adoptado en junta universal no eximen a las sociedades de salvaguardar “*los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo*”. Por ello, una vez adoptados los acuerdos de fusión pertinentes y en paralelo a su publicación o comunicación individual (artículo 43 LME), se pondrá a disposición de los interesados los documentos enumerados en el artículo 39 LME, con excepción de aquellos que no corresponda por el procedimiento simplificado en el que nos encontramos. En concreto, al no contar la sociedad con página web³⁰, deberá ponerse a disposición de los interesados una copia íntegra de los documentos a los que se refiere este artículo para su examen en el domicilio social, así como, si lo solicitan, la entrega o envío gratuitos de un ejemplar de cada uno de ellos.

Los informes de administradores y de expertos independientes

Del mismo modo, por disposición de este artículo no será necesario contar con el informe de los Consejos de Administración de cada una de las sociedades, a los que obliga de manera general el artículo 33 LME.

Desde los inicios de la regulación de las fusiones, se ha venido observando la intención por parte del legislador de proteger el derecho de información de socios y acreedores, a través de la intervención obligatoria de terceros, tales como expertos independientes y auditores, la elaboración de informes por los administradores o la continuidad de los socios mediante la fórmula del canje.

Es necesario incidir en la importancia de estos informes en la generalidad de estos procesos de modificación estructural porque cumplen la función de explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos de la operación planteada, lo cual protege el derecho de información de los socios y sus intereses, porque les permite conocer las razones y fundamento de las operaciones que posteriormente van a ser sometidas a aprobación en Junta General.

Asimismo, es importante este informe para el control de la responsabilidad de los administradores, puesto que constituye una prueba de la validez de la operación, protegiendo a la propia sociedad al permitir un examen de la actuación de los

³⁰ Entendida como tal, la página web corporativa a efectos del artículo 11 bis LSC.

administradores sobre su diligencia debida y cumplimiento de sus deberes que excluya posibles exigencias de responsabilidad a la sociedad.³¹

La reforma introducida por la Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital supuso la sistematización de los casos de exoneración de la realización del informe de los administradores, siendo posible prescindir del mismo, como hemos visto, en los casos de sociedad íntegramente participada, que quedaría justificado por el carácter intragrupo y reorganizativo de la operación, e igualmente por disposición del artículo 42, en aquellos casos en los que la exoneración es acordada de forma unánime por renuncia de todos los socios.

En este caso, al celebrarse la Junta Universal, encontramos que hay una justificación añadida para la exoneración del informe de administradores, fundamentada en la renuncia voluntaria de todos los socios, que valoran conveniente el ahorro de este trámite al entender que el acuerdo por unanimidad otorga la suficiente tutela y garantía de sus derechos.

De la redacción de la Ley se deduce, por otro lado, al decir que “*no serán necesarios*”, que nada impediría que los socios acordaran voluntariamente la redacción de estos informes, puesto que la existencia de un documento justificativo de la fusión puede llegar a beneficiar a los administradores y a la sociedad en el ámbito de la responsabilidad.

Por último, en cuanto a los informes de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión regulados en el artículo 34 LME necesarios cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, salvo en las fusiones especiales del 49 LME. En nuestro caso, estamos ante sociedades limitadas y además, en una fusión del artículo 49LME, por tanto, en ningún caso será necesaria la redacción de un informe por parte de expertos independientes, sin embargo, me parece interesante mencionar brevemente la evolución normativa de este precepto en lo que se refiere a su obligatoriedad en los diferentes casos.

El artículo 34 LME en su redacción original (2009), además de ser exigible, no para los casos en que alguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o

³¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. F. J., PÉREZ TROYA, A. “*Estudios de derecho mercantil: El informe de los administradores en las modificaciones estructurales*”. Thomson Reuters Aranzadi. 2015.

comanditaria por acciones, sino cuando la sociedad resultante de la fusión lo fuera, contaba con un quinto apartado que eximía en todo caso de la necesidad de solicitar la redacción de un informe a un experto independiente designado por el Registro Mercantil cuando la fusión se acordara en de forma unánime por todos los socios de la sociedad.

Este precepto suscitó grandes controversias a nivel interpretativo por su contraposición con el artículo 67 LSC, que exige informe de experto independiente en caso de aumentos de capital de sociedades anónimas con aportaciones no dinerarias, lo cual creó una situación de inseguridad jurídica que fue subsanada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que introdujo, entre otras cosas, la simplificación del informe de expertos independientes cuando la fusión se aprobara por unanimidad de los socios o fuera un caso de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, siendo necesario en estos casos que, de las dos partes en que se encuentra dividido el informe por disposición de este artículo de la LME, el informe solo versaría sobre la segunda de ellas, referida a la opinión sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen.

Esto hizo que el informe de expertos independientes fuera exigible sin excepción en casos de sociedades anónimas, y no es hasta la reforma introducida por la Ley 1/2012 que se permite la exención total de este informe en casos de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, y un informe parcial en los casos de junta universal.

En conclusión, no es necesario en nuestro caso, por tratarse de una sociedad limitada y por acogernos a las simplificaciones del artículo 42 LME, ni la publicación o depósito previo del proyecto de fusión y de los documentos exigidos por la ley, ni la elaboración del informe de los administradores ni de los expertos independientes.

4. El balance de fusión.

En caso de fusión deberá elaborarse un balance para cada una de las sociedades que participan en la fusión, cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 36 a 38 LME. El balance acompañará al proyecto de fusión (en nuestro caso redactamos un punto concreto del proyecto haciendo referencia al balance que añadimos como Anexo al mismo) como documento informativo y deberá ser aprobado por junta de socios que

resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día y podrá ser objeto de impugnación aunque ésta “*no podrá suspender por sí sola la ejecución de la fusión*”.

El balance de fusión cumple una función informativa esencial porque se trata del documento que representa la situación patrimonial de las sociedades participantes en la fusión, que servirá para determinar la estructura patrimonial de todas las sociedades partícipes en la fusión permitiendo establecer la relación de canje de las acciones. Por otro lado, es también cierto que en fusiones como la que nos ocupa, en las que el balance de fusión es el último balance del ejercicio aprobado que está integrado en las últimas cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, algunos autores defienden que su falta de incorporación a la escritura pública no puede erigirse en requisito obstativo para su inscripción, habida cuenta de que no existe interés protegible, ya que respecto de los socios y demás interesados de la sociedad la incorporación de un balance que ya fue aprobado con carácter previo al acuerdo de fusión no añade garantía alguna; y por lo que a los acreedores se refiere, la protección de su posición jurídica depende igualmente de hechos anteriores al otorgamiento de la escritura de fusión; en concreto de la publicación o comunicación del acuerdo de fusión, momento en el que surge su derecho de oposición así como el de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión³².

La Ley permite considerar balance de fusión el último balance de ejercicio aprobado siempre que hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión y en nuestro caso, nos acogemos a esta posibilidad por haberse cerrado el último balance dos meses antes a la fecha del proyecto de fusión. Si el último balance no cumple este requisito, será preciso elaborar un nuevo balance cerrado con posterioridad al primer día del tercer mes precedente a la fecha del proyecto y, en cualquier caso, si el último balance no refleja fielmente la realidad patrimonial de la empresa por haber sufrido con posterioridad modificaciones importantes que no aparezcan en los asientos contables, podrá modificarse.

³² LEFEVBRE,F. “*Balance de Fusión*”. 3 de junio de 2014. <https://blog.efl.es/actualidad-juridica/balance-de-fusion-3/>. Consultado 09/11/2019.

5. 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.

En relación al 31 11º LME, en nuestro proyecto de fusión, a los efectos del 42.2 LME, se hace constar que, los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión proyectada no se verán restringidos por el hecho de que la referida fusión se adopte de forma directa por el socio único de la Sociedad Absorbente y el socio único de la Sociedad Absorbida y que, respecto a las consecuencias de la fusión sobre el empleo, no se prevé ninguna más allá de las propias de la subrogación por parte de la Sociedad Absorbente en todos los derechos y obligaciones de la Sociedad Absorbida, garantizando a los trabajadores el mantenimiento de sus condiciones laborales. Sin perjuicio de lo anterior, se estima que la fusión no tendrá otro impacto ni consecuencia sobre el empleo.

Asimismo, no está previsto que, con ocasión de la fusión, se produzca ningún cambio en la estructura del órgano de administración de la Sociedad Absorbente, ni en la política de responsabilidad social de la misma.

6. Los estatutos de la sociedad resultante de la fusión.

Por la naturaleza de la Operación, la fusión en sí misma no conlleva ninguna modificación societaria susceptible de ser recogida en estatutos, sin embargo con ocasión de la modificación estructural y la necesidad de otorgar escritura, las partes han acordado la modificación de los estatutos sociales de la Sociedad Absorbente para cambiar su denominación social y adoptar la denominación social de la Sociedad Absorbida, lo cual fue considerado conveniente por razones comerciales, reputacionales y de proveedores. De este modo se modifica el artículo 1º de los Estatutos Sociales de Ediciones Calamita que, a partir de la fusión pasará a tener la siguiente redacción:

“Artículo 1º: La Sociedad se denomina “MAGENTA EDITORES, S.L.”, y se registrará por lo establecido en los presentes Estatutos y, en todo cuanto no esté previsto en ellos, por las disposiciones legales vigentes que resulten de aplicación.”

Está previsto en caso de fusión que, la entidad absorbente o la nueva entidad resultante, podrán adoptar como denominación la de cualquiera de las que se extingan por virtud de la fusión, por lo tanto, no será necesario solicitar la certificación negativa del registro, ni llevar a cabo trámites adicionales para poder realizar esta modificación.

7. Valoración de los aspectos fiscales y contables:

7.1 Posibilidad de acogimiento al Régimen fiscal especial de las fusiones escisiones, aportaciones de activos y canje de valores previsto en el Título VII, Capítulo VII LIS.

La actual legislación tributaria española en materia de modificaciones estructurales es la transposición de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una Sociedad Europea (“SE”) o una Sociedad Cooperativa Europea (“SCE”) de un Estado miembro a otro.

La LIS establece un régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores en el Título VII, Capítulo VII, regulando específicamente la definición de fusión en términos tributarios en el artículo 76.1 LIS, en la que podemos diferenciar la fusión por absorción, la fusión propia y la fusión impropia, siendo esta última la fusión de sociedad íntegramente participada.

El régimen fiscal especial se trata de un diferimiento del pago de impuestos, es un régimen de neutralidad fiscal y en contrapartida los elementos patrimoniales adquiridos como resultado de la fusión han de valorarse por los mismos valores que tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la operación³³.

Desde el 1 de enero de 2015, el artículo 89 LIS estipula los requisitos que debe cumplir la operación de fusión para acogerse al régimen fiscal especial:

- Tal y como indica en su apartado primero, las fusiones, y todas las operaciones a las que se refiere el régimen fiscal especial, tributan en él con carácter general salvo que expresamente se indique lo contrario a través de comunicación a la Administración Tributaria. Si la sociedad adquirente no es residente en territorio español, la comunicación se realizará por la entidad transmitente.
- Es necesario que la operación se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de

³³ CALVO VÉRGEZ, J. “Notas sobre el régimen fiscal especial aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a las operaciones de fusión”. Revista Quincena Fiscal num. 12/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

las entidades que participan en la operación y no con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal, siendo el principal objetivo el fraude o la evasión fiscal.

Para garantizar el acogimiento al régimen especial añadimos al proyecto de fusión dos puntos adicionales al respecto:

Acogimiento al Régimen de Neutralidad Fiscal

En primer lugar, aunque no sea exigido por la ley, pero a efectos de claridad y documentación de todos el proceso de la fusión, se dedica un apartado a concretar el régimen fiscal donde indicamos que *“la presente operación de fusión se sujeta al régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores previsto en el Título VII, Capítulo VII del Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre Sociedades, a cuyos efectos se procederá a efectuar la correspondiente comunicación a la Administración tributaria en la forma y plazos establecidos reglamentariamente, una vez la escritura de fusión quede definitivamente inscrita en el correspondiente Registro Mercantil.”*

Motivos económicos

En segundo lugar, para dar cumplimiento al segundo de los requisitos, añadiremos en el mismo proyecto de fusión los motivos económicos que originan la misma que, sin perjuicio de que una inspección tributaria posterior revelara lo contrario, es una garantía en cuanto a la responsabilidad que asumen los administradores y socios que suscriben y acuerdan la operación habiendo ejercido el derecho de información que les corresponde y los deberes en el caso de los administradores para adoptar un acuerdo veraz y fundamentado. En este sentido, reflejamos en el proyecto que *“la fusión entre Ediciones Calamita y Magenta Editores obedece a la voluntad de simplificar la estructura societaria de su grupo de Sociedades. De esta forma, se optimizará la gestión del negocio, tanto desde el punto de vista financiero como operativo, con la consecuente reducción de costes actual, devengados por una doble estructura y que se pone de manifiesto en la duplicidad de (i) órganos administrativos; (ii) procedimientos administrativos paralelos; (iii) esfuerzos y costes relativos al cumplimiento de las obligaciones de carácter mercantil, administrativo, fiscal, etc.”*

Cumpliendo con estos requisitos la fusión del Grupo Calamita podrá beneficiarse del régimen fiscal especial del Título VII, Capítulo VII, LIS.

7.2 Fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el plan general de contabilidad.

Conforme a lo previsto en el Plan General de Contabilidad, la fecha a partir de la cual las operaciones de la Sociedad Absorbida, que se disolverá y se extinguirá sin liquidación, habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la Sociedad Absorbente será la de 1 de enero de 2019. Es decir, la fecha a partir de la cual las operaciones de la Sociedad Absorbida son asumidas como propias por la Sociedad Absorbente.

Para la determinación de la fecha a efectos contables en fusiones y escisiones intragrupo, debemos tener en cuenta el RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad.

En concreto nuestro caso de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, considerada como una fusión a efectos de reorganización intragrupo, debemos acudir al apartado 2.2.2 de la norma de registro y valoración 21ª, Operaciones entre empresas del grupo, incluida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, modificada por el RD antes citado, en el que se pueden distinguir dos supuestos:

- Que todas las sociedades que se fusionen o escindan formen parte del grupo con anterioridad al inicio del ejercicio en que se acuerda la fusión o escisión: La fecha a efectos contables será precisamente la del inicio del ejercicio.
- Que alguna de las sociedades que se fusionan o escinden (escindida o beneficiaria ya existente) haya entrado a formar parte del grupo con posterioridad al inicio del ejercicio: La fecha a efectos contables será precisamente la de la adquisición.

La adquisición de Magenta Editores por Ediciones Calamita tuvo lugar con anterioridad al inicio del presente ejercicio y, por tanto, en virtud de esta norma, podemos tener en cuenta la fecha del inicio del ejercicio.

8. Publicidad de la fusión

Una vez que el Proyecto de Fusión ha sido redactado y suscrito por los administradores y acordado por el Socio Único de cada Sociedad en virtud de lo expuesto hasta este punto, es necesario cumplir los requisitos de publicidad que establece la LME en los artículos 43 y 44 con carácter previo al otorgamiento de la Escritura de Fusión y su inscripción en el Registro Mercantil.

Será requisito para la formalización de la fusión, la publicación del acuerdo de fusión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, a través de un anuncio en el que se haga constar el *derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.*

Establece igualmente el artículo 43.2 que podrá evitarse la publicación del anuncio mencionada *cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad*, sin embargo, nosotros, como sucede en la generalidad de las fusiones, lo realizaremos mediante publicación del anuncio.

El artículo 44 se refiere al derecho de oposición de los acreedores, que podrá ser ejercitado durante un mes desde la publicación del anuncio o del envío de la última comunicación, fue también objeto de modificación de la Ley 1/2012, en el cual se establece un sistema específico de tutela de los acreedores sociales ante la realización de una operación de modificación estructural por parte de su sociedad deudora. Estos mecanismos protectores de los acreedores son necesarios para la materialización de la fusión y de las demás operaciones de modificación estructural en las que tiene lugar una transmisión universal del patrimonio, de las sociedades que participan en la operación a la sociedad o sociedades resultantes, ya se trate de la transmisión de la totalidad del patrimonio social, o sólo de una o varias partes del mismo. La no existencia de un sistema particular de protección para los acreedores sociales llevaría a la aplicación del artículo 1205 CC en materia de novación subjetiva, que exige el consentimiento de los acreedores para que pueda producirse el cambio de la persona del deudor, que es lo que ocurre cuando tiene lugar la mencionada transmisión patrimonial universal. La

aplicación de esta norma civil equivaldría al fracaso de prácticamente todo este tipo de operaciones. De ahí la necesidad de regular mecanismos específicos, que es lo que hace el legislador a través del 44 LME.³⁴

El derecho de oposición de los acreedores que se reconoce en la Ley, ha sido siempre un elemento clave en la protección de los acreedores sociales en este tipo de operaciones. Es evidente la importancia de este elemento cuando la LME está supeditando la eficacia de la operación a la protección de los acreedores, que no podrá concluir si los derechos de éstos no están suficientemente garantizados. De este modo, una vez acordada la fusión, entraremos necesariamente en un periodo de suspensión de la ejecución de la misma, que estará supeditada a la publicación del acuerdo y al transcurso de al menos un mes, durante el cual los acreedores podrán oponerse a la fusión o, en caso de ejercicio del derecho de oposición por alguno de los acreedores que en su caso existieren, hasta que se garanticen adecuadamente sus créditos.

9. Formalización e inscripción de la fusión

Una vez que hemos publicado correctamente el acuerdo de fusión y ha transcurrido el mes en el que los acreedores han podido ejercer su derecho de oposición sin que esto haya sucedido, es posible proceder a la formalización e inscripción de la fusión de acuerdo con los artículos 45 y 46 LME.

En primer lugar, corresponde proceder con el otorgamiento de la escritura pública ante notario, al que, entre todos los documentos relativos a la fusión y a la capacidad de los otorgantes, habrá que añadir el balance de fusión de las sociedades intervinientes y la modificación estatutaria acordada, que deben constar en escritura.

Como se prevé en el artículo 46 LME, la inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva y determina la eficacia de la fusión, sin embargo, este tema ha sido especialmente controvertido, en cuanto a la determinación de la fecha exacta en la que la fusión toma plenos efectos, por su gran relevancia en el plano interno de la sociedad, en la oponibilidad a terceros, en los efectos fiscales y en los efectos contables de la fusión.

³⁴ ESTEBAN RAMOS, L. M. “*El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital*”. Revista de Derecho de Sociedades num. 39/2012. Editorial Aranzadi. 2012.

Existe un acuerdo unánime en cuanto al carácter constitutivo de la fusión. La DGRN se ha manifestado al respecto en resoluciones como la de 20 de septiembre de 2012, RJ 2012\2573 o la de 13 de octubre de 2011, RJ 2012\404, acerca de la interpretación del art. 46 LME y sobre el 55 RRM, al referirse a la retroacción de los efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación en el Registro Mercantil.

Resulta clara la eficacia constitutiva de la inscripción de la fusión desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la protección de terceros, si bien en cuanto al plano interno de la fusión, es opinión común de la doctrina científica que los acuerdos de fusión adoptados por los órganos soberanos de las sociedades implicadas dan lugar a un auténtico contrato de fusión susceptible de ejecución forzosa ante los órganos jurisdiccionales consecuentemente. Siguiendo lo estipulado en el artículo 1279 CC se entiende que las partes podrían compelerse a otorgar la escritura de fusión una vez adoptados los correspondientes acuerdos sociales con base en los balances de fusión, pudiendo llegar a ejercitar la correspondiente acción declarativa para, posteriormente, incoar un ejecutivo no dinerario en virtud de la sentencia declarativa de condena, artículos 708 y ss. LEC, sin perjuicio de que el incumplimiento por una de las sociedades daría lugar a la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción resarcitoria de daños y perjuicios por incumplimiento de los acuerdos de fusión, artículos 1101 y ss., y 1124 CC.³⁵

En este sentido, VINCENT, F., en una crítica a la LME, echa en falta el reconocimiento expreso de un “contrato de fusión” que obliga a las sociedades a ejecutarla completamente, cumpliendo los requisitos legales, y que parece que nace esta obligación en el momento en que la última sociedad adopta el acuerdo de fusión, a partir del cual ninguna de las sociedades puede separarse del procedimiento.

De acuerdo con esta concepción del inicio de efectos en el plano interno desde la adopción de los acuerdos, y teniendo en cuenta la necesidad de la inscripción para los efectos hacia terceros, se convierte la escritura pública en un requisito para el acceso al Registro Mercantil pero no parece tener una relevancia intermedia en cuanto a los efectos de la fusión, sin embargo, teniendo en cuenta de nuevo la teoría del título y el modo de la que dependen los efectos traslaticios, parece razonable considerar que,

³⁵ ARA, C., RAMÍREZ, C. “*De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros*”. Revista de Derecho Mercantil num. 285/2012. Editorial Civitas. Pamplona. 2012.

constituyendo los acuerdos sociales adoptados en las respectivas juntas generales el “título”, el otorgamiento de la escritura de fusión sería el “modo”.

En cualquier caso, la inscripción de la escritura pública de fusión es constitutiva en cuanto a su eficacia frente a terceros de buena fe y, en lo referido a determinados efectos de la fusión, al menos en lo relativo al Registro Mercantil, los efectos son efectivamente retrotraíbles a la fecha del asiento de presentación de la escritura, una vez inscrita la fusión.

En definitiva, en este punto culminaría el proceso de modificación estructural del Grupo Calamita, que pasará a actuar en el tráfico con la estructura que le proporciona las mayores ventajas y beneficios a todos los niveles:



CONCLUSIONES

En el marco de la reestructuración empresarial de Grupo Calamita, asistimos a la adquisición de la sociedad Magenta Editores por parte de la filial del grupo, Ediciones Calamita, para la posterior fusión por absorción de las sociedades, de modo que se logre la expansión y crecimiento del Grupo, manteniendo la estructura más ventajosa para el mismo.

1. Se decide articular la adquisición de la sociedad en forma de compraventa de participaciones sociales, frente a la compraventa de los activos individualizados de la Sociedad. La principal diferencia es que en la compraventa de participaciones la sociedad compradora adquiere un solo activo, las participaciones, del socio vendedor, mientras que en la compraventa de activos se transmite cada elemento de manera separada por la propia Sociedad como parte vendedora a la sociedad compradora, de manera que te permite conocer qué estás adquiriendo exactamente, pero el proceso de cumplimiento de todos los requisitos materiales y formales que exija la Ley para cada uno de los elementos es mucho más complejo.

En ocasiones la adquisición de los activos es aconsejable cuando lo que se pretende adquirir es una rama de actividad de la sociedad o unos elementos determinados de la misma, ya que esta fórmula te permite, a través del conocido Cherry Picking, elegir los elementos que quieres adquirir y los que no, pero en nuestro caso el objetivo era la toma de control del total de la sociedad.

La compraventa de participaciones, por su parte, alberga mayores riesgos, porque se adquiere la titularidad de la sociedad, es decir, la sociedad, con todos sus activos y pasivos, deudas y obligaciones, pasan a formar parte del patrimonio del comprador, que deberá responder de todo ello, por eso adquiere especial relevancia la fase previa a la compraventa, como fase de conocimiento e investigación del objeto de la compraventa por medio de diferentes medidas para evitar el Riesgo.

2. El primer paso que conviene seguir en una operación de este tipo es la suscripción de un acuerdo entre las partes donde se regule el marco de las negociaciones a seguir. Esta operación es una gran apuesta para comprador y vendedor y las negociaciones pueden extenderse en el tiempo y pueden finalizar con el cierre exitoso de la operación o con el abandono de las negociaciones, por ello, para facilitar el entendimiento y la claridad de la relación entre las partes, se firma una Carta de

Intenciones, es decir, un acuerdo al que se le otorga la consideración de no vinculante en su generalidad, donde se fija la línea que debe seguir la operación hasta su cierre y los términos más importantes que han de cumplirse, y también en contraposición al carácter no vinculante, se regulan una serie de compromisos que las partes deben respetar y las penalidades en caso de incumplimiento.

3. Uno de los compromisos de la Carta de Intenciones es la realización de una *Due Diligence* de Magenta Editores, a través de la cual poder conocer la totalidad de los elementos que conforman la Sociedad y confirmar las manifestaciones realizadas por la vendedora sobre la misma, para poder celebrar una compraventa con garantías. Es especialmente relevante en el caso de la compraventa de las participaciones, donde no se seleccionan los activos y pasivos que desees adquirir, sino que existen muchos elementos que forman la sociedad que el comprador desconoce o que pueden afectar negativamente a sus intereses.

Es necesario elaborar una *Check List* donde se delimite el alcance del estudio y se especifiquen cada uno de los puntos que es necesario revisar para formar una idea completa y real de la Sociedad y así poder garantizar todos los intereses del comprador.

Se lleva a cabo el estudio de todos los elementos societarios, podemos entender el funcionamiento de la sociedad en concreto, su organización, si ha cumplido con todas las obligaciones que le impone la Ley, su régimen de transmisión de participaciones, etc; el análisis de sus activos, los títulos de propiedad o titularidad de los mismos y la comprobación de sus cargas; el estudio de todos los contratos para analizar las relaciones con proveedores y clientes y sus cláusulas más controvertidas; verificar la existencia de litigios en curso, cumplimiento de toda la normativa aplicable y verificación de todas las licencias exigibles; cumplimiento de las obligaciones tributarias. Cada proceso de *Due Diligence* será distinto en función de las áreas de mayor relevancia por el sector de actividad y por los propios intereses del Comprador, en nuestro caso, por ejemplo, era particularmente importante revisar las cuestiones relativas a la propiedad industrial e intelectual por el objeto social de la Sociedad.

A través de la elaboración de un informe con todos los resultados obtenidos en este proceso, el comprador podrá conocer todos los aspectos que influyen a la operación de compraventa y será posible asesorarle sobre los riesgos existentes y las posibles vías de protección.

4. Estas medidas de protección ante las contingencias encontradas se verán reflejadas en el Contrato de Compraventa, documento principal de la adquisición, en el que se regularán todos los términos de la operación. El contrato de adquisición de sociedad es un contrato atípico en nuestro ordenamiento jurídico, siendo de aplicación principalmente el Código Civil y el Código de Comercio, amparado por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, art. 1255 CC, siendo además un proceso fuertemente influenciado en la práctica por el Derecho Anglosajón.

En la *Due Diligence* la principal contingencia detectada estaba relacionada con la retribución de los administradores, ya que Magenta Editores había estado retribuyendo a los administradores y deduciéndose tributariamente este concepto sin cumplir todos los requisitos legales del artículo 217 LSC para que la retribución fuera fiscalmente deducible, en concreto, por no haber adoptado en Junta los correspondientes acuerdos aprobando la cuantía dedicada a remuneración de los administradores. Esto hace que el gasto no fuera fiscalmente deducible, en virtud del 15 f) LIS y, por tanto, la sociedad podría enfrentarse a una elevada sanción en el caso de una posible inspección.

El modo de evitar la posible reclamación del comprador en caso de que se materializara esta contingencia se logra a través del aplazamiento de una parte del precio equivalente a la cuantía máxima de la sanción durante un periodo de 4 años, duración del plazo de prescripción de la sanción.

Para evitar este riesgo y todas las demás posibles contingencias que no han sido detectadas pero pueden surgir con posterioridad a la firma del Contrato se recogen a lo largo del articulado una serie de manifestaciones y garantías y un régimen de responsabilidad encaminado a completar el régimen de responsabilidad general recogido en los artículos 1874 y siguientes del CC, donde se da cabida a todos los aspectos que han sido objeto de estudio en la *Due Diligence*, el vendedor manifiesta a veracidad y exactitud de los mismos y se concreta la responsabilidad del mismo en caso de incumplimiento, así como el régimen de reclamación de responsabilidad.

5. A nivel laboral, el cambio de titularidad de la sociedad supone una figura de sucesión de empresa regulado en el art. 44 ET, según el cual en estos casos el empresario que adquiera la titularidad de la compañía se subroga en todos los derechos y obligaciones de la empresa con los trabajadores y en todo lo relacionado con la Seguridad Social. De manera que Ediciones Calamita deberá respetar las condiciones

laborales de los 11 trabajadores de la Sociedad y cumplirá con todos los requisitos que enumera el art. 44 ET.

Además, surge con ocasión de la operación una relación laboral de carácter especial con el Sr. Mage Enta que seguirá vinculado a la compañía mediante un Contrato de Alta Dirección. Se considera adecuado mantenerlo en la compañía en una posición de gerencia y dirección general, que caracteriza la relación de Alta Dirección, por su profundo conocimiento de los clientes y del funcionamiento de la compañía, siendo además un modo de garantizar su exclusividad y su no competencia, especialmente importante para poder afianzarse en el mercado.

6. La fase final de la operación de compraventa de participaciones sociales correspondería con la elevación a público del contrato, ya que según el 106 LSC la transmisión de participaciones, a diferencia de las acciones, debe constar en documento público para su validez.

Con carácter previo a esta fase final, será necesario consignar en acta las decisiones del Socio Único de Ediciones Calamita a los efectos del art. 160 f), por tratarse el objeto de la compraventa de un activo esencial para esta sociedad, así como de su consejo de administración aprobando el concreto acto de la compraventa por tratarse de un órgano colegiado.

En ocasiones se distinguen dos fases diferenciadas para la Firma del Contrato y el Cierre de la Operación, es decir, su elevación a público, (el *Signing* y *Closing*), debido, generalmente, a la existencia de condiciones suspensivas en el contrato que deben cumplirse antes de la total formalización de la transmisión. En nuestro caso la firma y cierre de la operación tienen lugar en unidad de acto y con la elevación a público se consagraría la compraventa de participaciones en sí, con todos sus efectos desde ese momento, por no ser la transmisión de participaciones un acto inscribible según el art. 94 RRM.

Sin embargo, inscribiremos la escritura de compraventa en el Registro Mercantil a los efectos de registrar el cambio de Socio Único de la Sociedad, que ahora será Ediciones Calamita, art. 14 LSC, y el cambio de órgano de administración que ahora pasa a configurarse en forma de Consejo de Administración, art. 94 1 4º RRM.

7. La adquisición de Magenta Editores por parte de Ediciones Calamita es muy ventajosa para el crecimiento y diversificación de la rama editorial del grupo que se desarrolla en Ediciones Calamita, pero la imagen societaria que encontramos ahora desvirtúa en parte la estructura del holding empresarial de la se beneficiaba el grupo hasta el momento, en la que encontrábamos a Grupo Calamita como sociedad holding dominante de cada una de las filiales.

Alguna de las ventajas de una estructura *holding* son la posibilidad de estructurar cada una de las ramas de actividad del grupo en sociedades distintas, lo cual facilita las operaciones y protege a los socios de cara a dar entrada a nuevos socios o inversores, además de ofrecer numerosas ventajas de organización y fiscales. Y tras la adquisición de Magenta Editores, nos encontramos dos sociedades con objeto similar, con órganos de administración idénticos y una actividad paralela porque han pasado a funcionar realmente de manera conjunta, por lo que el soporte de dos estructuras supone un esfuerzo innecesario para el grupo, que podría evitar estas duplicidades reorganizando su estructura.

8. Las modificaciones estructurales se regulan en la Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales, regulando en su título II la fusión de sociedades. En general, la fusión ordinaria está prevista para sociedades que no están previamente relacionadas entre sí, de manera que la fusión sería una manera de adquisición de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente, sin embargo, en nuestro caso, esto se ha producido previamente a través de la compraventa de las participaciones sociales, por lo que vamos a llevar a cabo la fusión de una sociedad íntegramente participada por la absorbente, lo cual está específicamente previsto en el artículo 49 LME.

Dado que en este tipo de fusiones ambas sociedades ya tienen en última instancia los mismos propietarios y sus patrimonios están controlados igualmente por la misma sociedad, Grupo Calamita, en realidad estamos asistiendo a una confusión de sus patrimonios que no implica una variación en los derechos de los socios ni supone un cambio real en las sociedades, por este motivo no parece ilógico que la LME prevea un procedimiento simplificado para este tipo de fusiones.

En realidad, esta fusión seguirá el proceso ordinario de las fusiones, con una fase preparatoria, decisoria y de ejecución, pero la Ley permite la omisión de algunos de los pasos que o bien no tienen cabida por la propia naturaleza de la fusión, como sucede

con la ampliación de capital, o bien pierden función, como sucede con los informes de los administradores, cuya función es proteger a los socios y acreedores, pero este tipo de fusión no pone en riesgo los intereses de los mismos.

9. En general la LME es una ley que ha configurado un proceso de fusión muy garantista de los intereses de los socios y los acreedores de las sociedades participantes, de manera que se vean protegidos durante todo el proceso, insistiendo especialmente en el derecho de información de los mismos, a través de informes de los administradores y de expertos independientes, así como previendo el depósito del proyecto de fusión en el Registro Mercantil con carácter previo a la adopción de los acuerdos.

Estas previsiones en concreto tampoco se aplican en nuestro caso, porque el 42 LME permite extender a estos puntos el régimen simplificado cuando el acuerdo de fusión se adopta por unanimidad en cada una de las sociedades participantes en la fusión. La razón es que, dado que los acuerdos se están adoptando por unanimidad en junta universal, desaparece todo riesgo en relación con la desinformación de los socios, que es la fuente del establecimiento de esta obligación.

Sin embargo, estas exenciones no deben afectar al derecho de información de los trabajadores que deberán poder acceder a la revisión de los documentos de la fusión en los términos que se prevén en la LME.

10. En conclusión, teniendo en cuenta las simplificaciones de la fusión de sociedad íntegramente participada y donde los acuerdos se adoptan por unanimidad, en nuestro caso por ser un socio único el que debe acordar la fusión, el proceso será el siguiente:

Los administradores elaborarán y suscribirán el proyecto de fusión, que deberá ser idéntico para ambas sociedades y a continuación, el socio único de cada una de las sociedades participantes aprobará, mediante consignación de decisiones, el proyecto de fusión y los balances de fusión que irán anexos al proyecto.

Asimismo, será necesario indicar en el proyecto, por un lado, la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con el plan general de contabilidad, y por otro, los motivos económicos que justifican la fusión para poder acogerse al régimen de neutralidad fiscal previsto en el art. 89 LIS para las fusiones. Este régimen

se aplica automáticamente salvo que expresamente se manifieste lo contrario ante la administración tributaria, pero debe estar correctamente justificada la fusión. El régimen consiste en un diferimiento del pago de los impuestos de los elementos patrimoniales adquiridos.

Una vez que el Proyecto de Fusión ha sido redactado y suscrito por los administradores y acordado por el Socio Único de cada Sociedad, es necesario cumplir los requisitos de publicidad que establece la LME en los artículos 43 y 44 con carácter previo al otorgamiento de la Escritura de Fusión y su inscripción en el Registro Mercantil. Para ello, publicaremos el anuncio de la fusión en uno de los periódicos de mayor difusión en cada una de las provincias en las que tienen el domicilio social cada una de las sociedades participantes y deberemos respetar el transcurso de un mes desde la publicación durante el que los acreedores de las sociedades podrán ejercer su derecho de oposición a la fusión. Aquí vemos de nuevo la importancia de la protección de los acreedores, siendo en este caso condicionante de la elevación a público de la fusión.

11. Cumplidos todos estos requisitos procederemos al paso final del proceso de fusión, mediante el otorgamiento de la escritura de fusión y la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, requisito de su eficacia frente a terceros, lo cual significa que desde el momento de la inscripción la fusión está realizada a todos los efectos y podemos considerar finalizada la operación de modificación estructural de Grupo Calamita.

BIBLIOGRAFIA

- ADAME MARTÍNEZ, F. D., ROMERO PLAZA, C. J. “Retribución de administradores. Aspectos Mercantiles y Fiscales”. AEDAF. 2016.
- ARA TRIADÚ, C., RAMÍREZ, C. “*De nuevo a vueltas con la fecha de la eficacia de la fusión frente a terceros*”. Revista de Derecho Mercantil num. 285/2012. Editorial Civitas. Pamplona. 2012.
- ARGALI ABOGADOS. “*Contrato de compraventa de empresas: claves*”, 18 de enero de 2018. <https://empresax.com/blog/contrato-de-compraventa-empresas-claves/>. Consulta realizada el 01/11/2019.
- ÁVILA NAVARRO, P. “*Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ley 3/2009*”. Tomo I. Editorial Bosch, S.A. 2009. Sabadell (Barcelona). Capítulo 6.
- CALVO VÉRGEZ, J. “*Notas sobre el régimen fiscal especial aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a las operaciones de fusión*”. Revista Quincena Fiscal num. 12/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.
- CARRILLO ASESORES. “*¿Qué ventajas conlleva una estructura holding?*”. <https://www.carrilloasesores.com/holding-empresa-familiar-ventajas/>. Consultado por última vez el 02/11/2019
- CAZORLA, L., Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. “*El signing, el closing y el título y el modo*”. 14 de diciembre de 2015. <http://luiscazorla.com/2014/12/el-signing-el-closing-y-el-titulo-y-el-modo/>. Consulta realizada el 20/10/2019.
- DE VAL TENA, A.L. “*El trabajo de Alta Dirección: Caracteres y régimen jurídico*”. Civitas. Madrid. 2002.
- DELOITTE ABOGADOS, S.L.P. MUA. “*El Proceso de Due Diligence*”. Universidad de Deusto. 2016- 2017.

- DÍAZ REVORIO, E. “*El Contrato de Compraventa de Participaciones Sociales*”. Actualidad Civil. 2017.
- EMPARANZA, A. “*El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*”. Marcial Pons. 2019.
- ESTEBAN RAMOS, L. M. “*El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital*”. Revista de Derecho de Sociedades num. 39/2012. Editorial Aranzadi. 2012.
- FAUS I PUJOL, M. “*Práctico Sociedades Mercantiles*”. Sociedad dominante en una sociedad limitada. Vlex. Octubre 2019.
- GALLEGO LANAU, M. “*La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*”. 1º Ed. Cizur Menor. 2016.
- GALLEGO LANAU, M. “*Las limitaciones estatutarias a la transmisión de la posición de socio en las modificaciones estructurales de sociedades de capital*”. La Ley mercantil Nº 20. 2015.
- GALLEGO LANAU, M. “*Modificaciones Estructurales*” como contenido de PRÁCTICA MERCANTIL en el Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza. 2018/2019.
- GARCÍA VALDECASAS, J. A., OÑATE CUADROS, F. J. “*Fecha a efectos contables en fusiones y escisiones de sociedades*”. <https://www.notariosyregistradores.com/CORTOS/2010/30-fechacontable%20de%20la%20fusi%C3%B3n.htm>. Consultado por última vez el 10/11/2019.
- Guías jurídicas Wolters Kluwer. “*Fusión de empresas (fiscalidad)*”. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASNjS0sDtbLUouLM_DxbIwMDS0NDA1OQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAAcoMODUAAAA=WKE

- Guías jurídicas Wolters Kluwer. “Fusión de empresas”. https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjcwtdtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAd86eZTUAAAA=WKE#I142. Consultado el 08/11/2019.
- Guías jurídicas Wolters Kluwer. “Holding”. https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjC2MjtbLUouLM_DzbsMz01LySVLXEvOSM_CJbT0NjA7XEpoL8nNKS1NCiTnuQotJUAFLHoJo9AAAAWKE . Consultado 05/11/2019
- HERNÁNDEZ SANTOS, M. “*Qué es un ‘holding’ empresarial y cómo está regulado*”. Cinco Días El País Economía. Madrid. 31 marzo 2017. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/03/31/legal/1490945432_666624.html. Consultado 01/11/2019
- <https://elderecho.com/contestaciones-a-consulta-hasta-donde-vinculan-las-vinculantes>
- <https://www.sepblac.es/es/sujetos-obligados/>. Consulta realizada el 01/11/2019.
- LARGO GIL, R., HERNÁNDEZ SAINZ, E. “*Derecho Mercantil I, Vol. 2: El empresario. Empresario individual y derecho de sociedades*”. KRONOS EDITORIAL. 4º Edición. 2018.
- LEFEVBRE,F. “*Balance de Fusión*”. 3 de junio de 2014. <https://blog.efl.es/actualidad-juridica/balance-de-fusion-3/>. Consultado 09/11/2019
- LÓPEZ POMBO, D. “*Aspectos Fiscales de las Adquisiciones de Empresas*”. La Ley-Wolters Kluwer. 2016-2018. Las Rozas (Madrid).
- MEMENTO FRANCIS LEFEVBRE. “*Derecho Mercantil*”. 2018.
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVBRE. “*Salario y Nómina*”. 2018.
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEVBRE. “*Transmisión de empresas*”. 2016-2017.

- MINISTERIO DE INDUSTRIA ENERGÍA Y TURISMO. “*Guía para la transmisión de empresas*”. 2013.
- PINEDO Y DE NORIEGA, J. M., Socio Director de Auren Corporate. “*Las Manifestaciones y Garantías en el Contrato de compraventa de empresa*”. 10 mayo 2017. <https://www.auren.com/es-ES/blog/corporate/2017/05/10/las-manifestaciones-y-garantias-en-el-contrato-de-compraventa-de-empresa>. Consulta realizada el 26/10/2019.
- VALDÉS DAL RE, F.. “*La transmisión de empresa y las relaciones laborales*”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2001. Madrid.
- VIVES RUIZ, F. “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”. Editorial LA LEY. 1ª Edición. 2016. Madrid.

