



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

**ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES EN SOLVENCIA
FRENTE A ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES EN
INSOLVENCIA: ANÁLISIS COMPARATIVO**

Autor: Luis Pallarés Portellano

Directora: Manuela Serrano Sánchez

Área de Derecho Mercantil

5º E-5

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

Las adquisiciones, al igual que las fusiones, han adquirido una gran popularidad como planes estratégicos en las empresas. Entre otros muchos beneficios, permiten formar alianzas estratégicas, lograr sinergias que eviten duplicaciones procedimentales y posibiliten la reducción de gastos, y mantener el nivel de competitividad en un mercado tan globalizado como el actual. Por tanto, en el presente TFG, se pretende elaborar un estudio pormenorizado de las implicaciones de toda operación de adquisición de sociedades. En particular, se llevará a cabo un análisis comparativo de los entresijos de las operaciones de adquisición cuando se realizan en una situación de solvencia frente a aquellos casos en que se ejecutan en fase de insolvencia, es decir, cuando la sociedad está inmersa en un concurso de acreedores. En suma, el lector dispondrá de un análisis detallado de las fases del proceso de adquisición, de sus aspectos laborales, fiscalidad, y una visión de las distintas vías existentes para abordar la adquisición de una compañía concursada a la luz de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

PALABRAS CLAVE: adquisición, sociedad, concurso de acreedores, fiscalidad, laboral, deuda, riesgo, compraventa, contrato, responsabilidad, garantía, precio, acciones, activos, Seguridad Social, impuesto, convenio, liquidación.

ABSTRACT

Acquisitions, like mergers, have become very popular as strategic plans for companies. Among many other benefits, they allow the development of strategic alliances, achieve synergies that avoid procedural duplications and make it possible to reduce costs, and maintain the level of competitiveness in a globalized market. Therefore, in this paper, we intend to elaborate a detailed study of the implications of any company acquisition operation. In particular, a comparative analysis of the intricacies of company acquisition operations will be carried out when they are carried out in a situation of solvency as opposed to those cases in which they are carried out in a phase of insolvency, that is, when the company is immersed in an insolvency proceeding. In short, the reader will have a detailed analysis of the phases of the acquisition process, its labor aspects, taxation, and an overview of the different existing ways of dealing with the acquisition of an insolvent company in the light of Law 22/2003, of 9 July, on Insolvency.

KEYWORDS: acquisition, company, bankruptcy, tax, labor, debt, risk, sale, contract, liability, guarantee, price, shares, assets, Social Security, tax, agreement, liquidation.

LISTADO DE ABREVIATURAS

- Art: Artículo
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- FOGASA: Fondo de Garantía Salarial
- IRNR: Impuesto sobre la Renta de No Residentes
- IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- IS: Impuesto sobre Sociedades
- ITPAJD: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido
- LAJ: Letrado de la Administración de Justicia
- LC: Ley Concursal
- LGT: Ley General Tributaria
- NIF: Número de Identificación Fiscal
- Núm.: Número
- OPA: Oferta Pública de Adquisición
- SA: Sociedad Anónima
- SL: Sociedad Limitada
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
- VID: Véase

ÍNDICE

1.	OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.	9
2.	INTRODUCCIÓN.	10
3.	LA COMPRAVENTA MERCANTIL DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO.	11
3.1	PERSPECTIVA DEL CÓDIGO DE COMERCIO.	11
3.2	SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN UNA COMPRAVENTA MERCANTIL.	12
4.	ASPECTOS GENERALES DE LAS ADQUISICIONES DE SOCIEDADES.	13
4.1	CONCEPTO.	13
4.2	DIVERSIDAD Y VERSATILIDAD JURÍDICA DE LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS.	13
4.3	TIPOLOGÍA.	14
4.4	SUJETOS INTERVINIENTES.	16
4.5	MOTIVACIÓN.	16
4.6	CONTENIDO TÍPICO DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN.	18
4.6.1	ASPECTOS FORMALES.	18
4.6.2	OBJETO DEL CONTRATO.	18
4.6.3	CONTRAPRESTACIÓN.	19
4.6.4	MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.	19
4.6.5	RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.	19
4.6.6	EL CIERRE Y SUS CONDICIONES.	20
4.6.7	GARANTÍAS.	20
4.6.8	ACUERDOS ADICIONALES.	20
4.6.9	GESTIÓN INTERINA DEL NEGOCIO.	21
4.6.10	BALANCES DE REFERENCIA.	21
5.	FASES DEL PROCESO DE ADQUISICIÓN.	21
5.1	DUE DILIGENCE.	21
5.1.1	CONCEPTO, ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA.	21
5.1.2	TIPOLOGÍA.	22
5.1.3	LA ACTIVIDAD REVISORA.	23
5.1.4	EL INFORME.	24
5.1.5	UTILIDAD PRÁCTICA EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE EMPRESAS.	24
5.2	TRATOS PRELIMINARES, CARTA DE INTENCIONES Y OFERTA.	25
5.2.1	TRATOS PRELIMINARES.	25
5.2.2	CARTA DE INTENCIONES.	26
5.2.3	OFERTA.	26
5.3	EL PRECIO Y SU DETERMINACIÓN.	27
5.3.1	PLANTEAMIENTO.	27
5.3.2	DETERMINACIÓN DEL PRECIO.	27
5.3.3	EFFECTOS DE LA FALTA DE DETERMINACIÓN.	28
5.3.4	PAGO DEL PRECIO.	28
5.3.5	SUSPENSIÓN DEL PAGO.	29
5.3.6	MÉTODOS DE VALORACIÓN DE EMPRESAS.	29
5.4	CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES O PARTICIPACIONES.	30
5.4.1	ELEMENTOS ESENCIALES.	30

5.4.2	CONSUMACIÓN.....	31
5.4.3	OBLIGACIONES ACCESORIAS.....	32
5.4.4	RESOLUCIÓN.....	33
5.5	CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS.....	34
5.5.1	LA ASUNCIÓN DE DEUDA.....	34
5.5.2	CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL.....	35
5.6	LA ESTRATEGIA DEL CIERRE.....	35
5.6.1	CLÁUSULA DE CIERRE.....	36
5.6.2	PREPARACIÓN DEL CIERRE.....	36
6.	ASPECTOS LABORALES DE LAS ADQUISICIONES SOCIETARIAS.....	36
6.1	LEGISLACIÓN APLICABLE.....	37
6.2	SUCESIÓN DE EMPRESAS.....	38
6.3	RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.....	39
6.3.1	OBLIGACIONES LABORALES.....	39
6.3.2	SEGURIDAD SOCIAL.....	41
6.4	MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES.....	41
7.	FISCALIDAD DE LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS.....	42
7.1	OPERACIONES PREVIAS.....	42
7.1.1	DUE DILIGENCE FISCAL.....	42
7.1.2	TRIBUTACIÓN DE LOS PRECONTRATOS.....	43
7.2	RÉGIMEN COMÚN.....	44
7.2.1	TRIBUTACIÓN EN EL IRPF.....	44
7.2.2	TRIBUTACIÓN EN EL IS.....	45
7.2.3	TRIBUTACIÓN EN EL IRNR.....	45
7.2.4	TRIBUTACIÓN EN EL IVA.....	45
7.2.5	TRIBUTACIÓN EN EL ITPAJD.....	46
7.3	RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS TRIBUTARIAS PENDIENTES.....	46
8.	ASPECTOS GENERALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	47
8.1	CONCEPTO.....	47
8.2	PRESUPUESTOS.....	47
8.3	EFFECTOS SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	48
9.	ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES EN CONCURSO DE ACREEDORES.....	49
9.1	PLANTEAMIENTO.....	49
9.2	ADQUISICIONES PREVIAS A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.....	50
9.3	EL CONVENIO COMO INSTRUMENTO DE ADQUISICIÓN.....	51
9.4	ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES CONCURSADAS EN VÍA DE LIQUIDACIÓN.....	52
9.5	ADQUISICIÓN DE EMPRESAS EN FASE COMÚN AL AMPARO DEL ART. 43 DE LA LEY CONCURSAL.....	53
9.5.1	RÉGIMEN GENERAL.....	53
9.5.2	PROCEDIMIENTO.....	54
9.5.3	REGLAS DEL ARTÍCULO 146.BIS DE LA LEY CONCURSAL.....	54
9.5.4	MODALIDADES DE VENTA.....	57

10.	CONCLUSIONES.....	58
11.	BIBLIOGRAFÍA.....	60

1. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.

En líneas generales, el objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es ofrecer una visión lo más amplia y fidedigna posible del desarrollo de una operación de adquisición de empresas.

Para obtener un estudio de la materia integral, debemos marcar como objetivos esenciales:

- Una introducción a la institución jurídica de la compraventa y, en particular, de la compraventa mercantil en el Código de Comercio.
- Una exposición de los aspectos generales comunes a toda operación de adquisición de sociedades.
- Un análisis detallado de cada una de las fases que integran el proceso de adquisición.

Una vez cumplidos estos objetivos, resulta primordial realizar un análisis de los aspectos laborales inherentes a las operaciones de adquisición societarias. Entre otros, se estudiará la legislación aplicable, el fenómeno de la sucesión de empresas, la responsabilidad por deudas laborales y con la Seguridad Social, y el mantenimiento de las condiciones laborales por parte de los trabajadores.

Otro aspecto fundamental de estas operaciones es el de la fiscalidad. Por un lado, se analizará la necesidad de elaborar documentos de determinación de riesgos fiscales previos a la operación *stricto sensu* ('due diligence' fiscal) y la tributación de los precontratos. Por otro, se determinará el modo en el que han de tributar estas operaciones (IRPF, IS, IVA, ITPAJD, etc.). Finalmente, al igual que en la sección laboral, expondremos la responsabilidad por las deudas tributarias pendientes.

Para terminar, se elaborará un estudio pormenorizado de las adquisiciones de empresas concursadas, que, por las circunstancias de excepcionalidad dimanantes de la situación de insolvencia, cuentan con algunas especialidades. Previamente, se habrán expuesto algunos aspectos generales de la institución jurídica del concurso de acreedores, que permita comprender de una manera más adecuada la situación de estas sociedades.

Por su parte, la metodología que se ha seguido ha consistido en la búsqueda de información en diversos formatos. La mayor parte de la información ha sido extraída de manuales de Derecho Mercantil general y especial. No obstante lo anterior, se han consultado y obtenido información de revistas jurídicas, artículos publicados por despachos de la talla de URÍA MENÉNDEZ, mementos prácticos de multinacionales como DELOITTE, páginas webs, etcétera.

2. INTRODUCCIÓN.

Antes de comenzar a analizar el fenómeno de las adquisiciones de sociedades y realizar un análisis comparado de la adquisición de sociedades en situación de insolvencia frente a la adquisición de sociedades en solvencia, conviene determinar qué es una compraventa en general.

El concepto del contrato de compraventa se recoge en el art. 1445 del Código Civil, que lo caracteriza como aquél por el que una persona, denominada vendedor, se obliga a entregar una cosa determinada, y la otra parte, denominada compradora, se compromete a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente. Por su parte, el art. 1457 CC establece que podrán participar en un contrato de compraventa aquellas personas a quienes el Código Civil les reconozca capacidad para obligarse, sin perjuicio de las excepciones contenidas en el art. 1459 del citado texto legal, que prohíben la compraventa entre determinadas personas.

Las características del contrato de compraventa son las siguientes:

- Consensual: la perfección del contrato de compraventa se produce como resultado del acuerdo entre las partes. En otras palabras, el contrato se perfecciona y será obligatorio cuando las partes acuerden la entrega de la cosa y el pago del precio, sin necesidad de que se hayan entregado (art. 1450 CC).
- Bilateral: el contrato de compraventa impone obligaciones recíprocas para ambos contratantes, que son la entrega de la cosa y el pago del precio.
- Oneroso: el contrato de compraventa produce una equivalencia entre la prestación y la contraprestación ofrecidas por las partes.
- TraslATIVO del dominio: porque la cosa objeto del contrato pasa a ser propiedad del adquirente.

El vendedor está obligado, por un lado, a la entrega de la cosa, que se produce cuando se pone en poder y posesión del comprador, y, por otro, al saneamiento de la cosa objeto del contrato, que supone que el vendedor será responsable de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y de los vicios o defectos ocultos que tuviere (vid. arts. 1461, 1462 y 1474 CC).

Por su parte, el comprador está obligado al pago del precio, que, conforme al art. 1500 CC, se realizará en el tiempo y lugar señalados en el contrato o, en su defecto, cuando se entregue la cosa. Asimismo, serán de cuenta del comprador los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa, desde la perfección del contrato hasta su consumación, y demás gastos de tramitación (inscripción en el Registro,

impuestos, etc.), salvo pacto en contrario. Finalmente, el art. 1501 CC obliga al comprador a pagar intereses cuando así se hubiere convenido, cuando la cosa vendida y entregada produce frutos o rentas y cuando éste se hubiere constituido en mora.

Hasta el momento, hemos analizado lo que se conoce como ‘compraventa civil’. A continuación, serán objeto de estudio las compraventas de sociedades o ‘compraventa mercantil’ desde el punto de vista del Código de Comercio. Finalmente, se determinarán qué supuestos no constituyen una compraventa de carácter mercantil.

3. LA COMPRAVENTA MERCANTIL DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

3.1 PERSPECTIVA DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La compraventa mercantil se encuentra insuficientemente regulada. Además, en numerosas ocasiones, la calificación como mercantil o civil de la compraventa resulta irrelevante, ya que no implica la elección de un determinado régimen jurídico, bien porque se aplique el CC de manera supletoria, bien porque la regulación civil y mercantil no difieran¹.

En cualquier caso, el Derecho Mercantil toma la configuración dada por el Derecho Civil a la compraventa, apartándose únicamente en supuestos muy concretos y por las exigencias del tráfico jurídico-económico. Por ello, el Código de Comercio no define la compraventa *stricto sensu*, sino que se limita a señalar en el art. 325 que el contrato de compraventa revestirá un carácter mercantil cuando el objeto del mismo sean cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

En el supuesto de que el vendedor no entregare lo vendido en el plazo estipulado por las partes, el comprador podrá solicitar bien el cumplimiento, bien la rescisión del contrato, junto con una indemnización por los eventuales perjuicios que hubiere podido soportar con motivo del retraso (art. 329 CCom). Del mismo modo, si la cosa vendida se perdiera o deteriorara antes de ser entregada por accidente imprevisto o sin culpa del vendedor, el comprador gozará del derecho de rescisión del contrato, salvo que el vendedor se hubiere constituido en depositario de las mercancías, en cuyo caso su obligación quedará sujeta a las estipulaciones dimanantes del depósito (art. 331 CCom).

¹ Tema 32 Notarías. La compraventa mercantil: concepto y delimitación. Perfección del contrato y doctrina de los riesgos. Obligaciones del vendedor y del comprador. Compraventas especiales.

Por su parte, si el adquirente rehusare recibir la cosa comprada sin causa justa, el vendedor tendrá derecho a solicitar el cumplimiento o rescisión del contrato, de acuerdo con lo previsto por el CCom en su art. 332. Además, la demora en el pago del precio pactado supondrá que el comprador, junto con el precio de la cosa comprada, deberá abonar el interés legal de la cantidad adeudada al vendedor (art. 341 CCom).

De la regulación contenida en el CCom, podemos extraer una conclusión cierta. El comprador queda obligado, como norma general, al pago del precio y a la recepción de la cosa, mientras que el vendedor estará obligado a la entrega de la cosa. Si el vendedor entrega la mercancía fuera del plazo establecido, el comprador no está obligado a recibirla, ya que el vendedor ha incumplido las obligaciones inherentes a su condición de parte contratante. No obstante lo anterior, si el comprador acepta la entrega parcial, el contrato se perfeccionará (art. 330 CCom).

Le entrega se debe realizar en el lugar que hubieren convenido las partes en el contrato de compraventa. En caso de no existir acuerdo, sería de aplicación el artículo 1171 CC, que reza así: *“El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor”*.

Finalmente, el vendedor deberá responder, en todo caso, de los posibles vicios de la cosa entregada. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 345 CCom, el vendedor estará obligado al saneamiento en favor del comprador, salvo pacto en contrario.

3.2 SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN UNA COMPRAVENTA MERCANTIL.

Al igual que determina cuándo un contrato de compraventa reviste el carácter de mercantil, el CCom señala en su art. 326 aquellos supuestos en los que la compraventa no se reputará como mercantil.

De acuerdo con el citado precepto, no se reputarán mercantiles:

- Las compras de efectos destinados al consumo directo por parte del comprador o de la persona por cuyo cargo se adquirieren.
- Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos, de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

- Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos, hicieren éstos en sus talleres.
- La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo.

4. ASPECTOS GENERALES DE LAS ADQUISICIONES DE SOCIEDADES.

4.1 CONCEPTO.

La adquisición de sociedades es el proceso que comprende las distintas fases que ha de recorrer una compañía para tomar el control operacional de otra persona jurídica. Será necesario obtener los derechos que le permitan controlar la empresa adquirida, pero sin fusionar los patrimonios de ambas sociedades. En definitiva, para poder afirmar que un proceso de adquisición se ha llevado a cabo con éxito, la compañía adquirente debe tener el control efectivo sobre la compañía adquirida.

4.2 DIVERSIDAD Y VERSATILIDAD JURÍDICA DE LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS.

Desde una perspectiva económica, la adquisición de empresas se configura como un instrumento al servicio de la agrupación o reorganización de empresas. En la mayoría de los casos, estas operaciones se encuadran dentro de los contratos de intercambio, en virtud de los cuales el titular de una empresa transmite su titularidad a cambio de una contraprestación.

La enorme pluralidad de circunstancias y contingencias que tienen lugar en la práctica, dimanantes tanto de las características propias de la compañía como de la operación de adquisición en sí misma, provoca que las cuestiones jurídicas que emanan sean igualmente diversas.

En el caso de las operaciones intragrupo o cuando el comprador y el vendedor son socios relevantes de la empresa objeto del contrato de compraventa, no existen problemas de carencia de información. Sin embargo, cuando el adquirente es un tercero ajeno a la compañía, se produce lo que GARCÍA DE ENTERRÍA denomina una ‘asimetría informativa’. En otras palabras, el comprador, para valorar la compañía y asignarle un precio, debe confiar en la información que le facilita el vendedor. Ello explica la realización de procesos de ‘due diligence’, que serán explicados más adelante, y la inclusión de cláusulas de responsabilidad para el supuesto de incorrección o falsedad de la información².

² QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 51-52). Madrid, España: Wolters Kluwer.

Junto con las deficiencias informativas, otro problema jurídico es la dificultad de valorar una sociedad como objeto negocial. Las empresas están compuestas de elementos organizativos y de activos intangibles, que son difícilmente valorables, ya que pueden no ofrecer la misma utilidad a todos los potenciales compradores. Asimismo, la dificultad de valoración reside en el hecho de que las empresas constituyen organizaciones económicas complejas de las que se espera la generación de flujos en el futuro, no en el momento en el que se produce la transmisión, lo que genera incertidumbre en la parte adquirente³.

4.3 TIPOLOGÍA.

Las adquisiciones pueden ser clasificadas atendiendo a diferentes criterios. La primera clasificación que vamos a exponer se rige por el modo en que se hayan desarrollado las negociaciones⁴. En base a este criterio, las adquisiciones pueden ser:

- Amistosas: se produce cuando las partes, de común acuerdo, han decidido proceder a la apertura de negociaciones para llevar a cabo la adquisición de la compañía. En estos supuestos, la oferta inicial es aceptada, siendo la única existente por encontrarse previamente pactada con la gerencia de la sociedad adquirida.
- Contestada: en estos casos, hay más de una oferta a considerar. Por tanto, será necesaria la apertura de un período de consultas con los asesores, para así analizar y determinar qué oferta resulta más favorable para los intereses de la compañía adquirida.
- Hostil: en estas circunstancias, la obtención del control de la sociedad sobre la que se proyecta el plan de adquisición, se lleva a cabo sin contar con el beneplácito o apoyo de su administración o de su Consejo Directivo.

Por su parte, la segunda clasificación está basada en la persona o grupo de personas a quién está dirigida la oferta de compra. De este modo, podemos diferenciar entre adquisiciones:

- Públicas: también conocidas como Oferta Pública de Adquisición (OPA), consisten en una operación por la que una o varias sociedades oferentes tratan de convencer a todos los accionistas de la sociedad vendedora para que les transfieran sus acciones a cambio del pago

³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas” (p. 53) Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴ CISNEROS, J. & JIMÉNEZ, M. (2003). “Proceso de Fusión y Adquisición” (pp. 1-2). UDLAP.

de un precio. El precio suele ser en efectivo, pero también puede transferirse mediante acciones o mixto (dinero y acciones).

- Privadas: en este caso, la compra se ofrece exclusivamente a un pequeño grupo de accionistas, con el fin de obtener una cierta participación en la sociedad vendedora.

Atendiendo a la competencia e interés comercial, encontramos la tercera clasificación de adquisiciones⁵. Según este criterio, podemos distinguir entre adquisiciones:

- Horizontales: las sociedades operan en una misma actividad productiva y, por tanto, son competencia entre sí. En consecuencia, una sociedad, normalmente aquella con mayor tamaño, decide adquirir a la otra con el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de las economías de escala y concentrar mayor poder en la industria.
- Verticales: en este caso, una de las compañías es cliente de la otra. Por tanto, o bien la empresa cliente adquiere a la empresa proveedora para así retroceder en el proceso de producción y acercarse a las materias primas, o bien la empresa proveedora pasa a controlar a la cliente, proyectando su actividad, de este modo, hacia el consumidor final.

En función de los objetivos perseguidos por la compañía adquirente⁶, existen dos tipos de adquisiciones:

- Tradicional o sinérgica: consiste en la adquisición de una empresa consolidada con el fin de reducir los costes, aumentar los ingresos y recursos y ampliar la cartera de clientes.
- Tipo venture: los objetivos a conseguir con la adquisición son aumentar la gama de productos ofertada, penetrar en mercados en los que la empresa adquirente no estaba presente, obtener 'know-how' y experiencia de los empleados de la sociedad adquirida, etc.

Finalmente, las adquisiciones de empresas pueden clasificarse atendiendo a la manera en que se ha hecho efectiva la toma de control de la compañía adquirida:

- 'Share deal': básicamente, supone comprar la totalidad de las acciones/participaciones de una empresa, o una parte de las mismas, con el fin de ejercer un cierto control sobre la compañía. No obstante, hay que prestar atención al estado de las acciones/participaciones, que suelen

⁵ CISNEROS, J. & JIMÉNEZ, M. (2003). "Proceso de Fusión y Adquisición" (pp. 31-32). UDLAP.

⁶ CISNEROS, J. & JIMÉNEZ, M. (2003). "Proceso de Fusión y Adquisición" (pp. 33-34). UDLAP.

encontrarse gravadas a favor de entidades financieras acreedoras. Por tanto, antes de proceder a su adquisición, conviene solicitar la cancelación del gravamen que sobre ellas pudiera recaer.

- ‘Asset deal’: consiste en la adquisición de los activos propiedad de la sociedad en la que se está interesado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que determinados activos implican la asunción de cargas (deudas, contratos preexistentes con proveedores, etc.). Asimismo, la transmisión de activos conlleva la inscripción de la nueva titularidad en el registro que corresponda, siempre que la naturaleza del activo así lo requiera.

4.4 SUJETOS INTERVINIENTES.

En cuanto a los sujetos que son parte de un contrato de compraventa de sociedades, la clasificación más interesante la encontramos en la parte adquirente. Por un lado, encontramos al comprador o inversor industrial, que se dedica a la misma actividad productiva que la sociedad que pretende adquirir. El inversor industrial busca combinar los recursos, experiencia y gestión de la sociedad adquirida con los suyos propios, para así ampliar su negocio e incrementar la rentabilidad, aprovechando las economías de escala. Además, este sujeto está interesado en los aspectos técnicos de la sociedad adquirida y suele preferir la adquisición de los activos, para así evitar la posibilidad de que aparezcan pasivos ocultos⁷.

Por su parte, el comprador o inversor financiero no posee interés alguno en el negocio que pretende adquirir, siendo irrelevantes para él los aspectos técnicos de la compañía. El único interés del inversor financiero es el rendimiento económico que puede obtener con la adquisición, ya que es común que este tipo de compradores utilicen la operación como medio para una ulterior reventa. Por ello, el comprador financiero tiende a preferir la compra de acciones o participaciones, que harán una venta futura menos dificultosa que los activos⁸.

4.5 MOTIVACIÓN.

Cuando una persona encargada de gestionar empresas decide llevar a cabo una operación de adquisición de otra compañía, la principal motivación que ha de guiar su actuación, desde el punto de vista de la racionalidad económica, es la de crear riqueza para el accionista. En otras palabras, la unión de empresas debe dar como resultado un valor conjunto superior al que las empresas ofrecerían

⁷ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 13). Madrid, España: Francis Lefebvre.

⁸ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 13). Madrid, España: Francis Lefebvre.

de manera individualizada. Es lo que ÁLVAREZ ARJONA denomina ‘efecto sinérgico’. Las sinergias variarán en función del tipo de adquisición ante el que nos encontremos.

Por un lado, si estamos ante una adquisición horizontal, la justificación de la adquisición será doble. En primer lugar, se pretende reducir costes por aplicación del principio de economías de escala⁹, es decir, los costes fijos se repartirán entre la actividad productiva de ambas sociedades y, en consecuencia, cada unidad de producto reflejará un porcentaje de tales costes menor. En segundo lugar, el objetivo es incrementar el volumen de ingresos que, a pesar de ser predecible por lo que ÁLVAREZ ARJONA denomina ‘poder de mercado’¹⁰, es más difícilmente cuantificable¹¹.

Por otro lado, en las adquisiciones verticales, el acceso a las materias primas o la distribución de los productos a los clientes sólo serán motivación económica válida cuando aporten un valor real al accionista de la sociedad adquirente. En otras palabras, si la adquisición provoca que la sociedad adquirente amplíe su presencia a fases del proceso productivo donde antes no se encontraba, pero no supone un aumento del valor de la sociedad, la operación de adquisición carecería de motivación desde un punto de vista de racionalidad económica.

Junto con las anteriores, existen otras justificaciones que pueden redundar en un mayor valor para el accionista de la sociedad adquirente. Algunas de ellas son la obtención de beneficios fiscales o la utilización de fondos excedentes. Con respecto a la primera, en ocasiones se permite a la sociedad adquirente, si se encuentra saneada, registrar las pérdidas acumuladas de la sociedad adquirida como fiscalmente deducible. En cuanto a la segunda, la liquidez sobrante puede explicar la finalidad última de una adquisición, ya que es posible que tal inversión suponga un beneficio económico mayor que la mera tenencia líquida de ese dinero¹².

Por último, cabe mencionar que hay adquisiciones de empresas que encuentran su justificación en circunstancias de índole familiar o personal. Entre ellas, cabe destacar la venta de organizaciones familiares porque no hay miembros de la familia que quieran continuar con el negocio, por jubilación de los administradores o por el mero deseo de obtener liquidez. En definitiva, la motivación de la venta no suele recaer sobre circunstancias de carácter económico.

⁹ La economía de escala es una situación en la que una empresa reduce sus gastos de producción al expandirse. Se trata de una circunstancia en la que cuanto más se produce, el coste que tiene la empresa por fabricar una unidad de producto es menor.

¹⁰ Poder del que gozan las grandes compañías para establecer precios superiores a los de la competencia.

¹¹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 63). Madrid, España: Thomson Reuters.

¹² ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 64). Madrid, España: Thomson Reuters.

4.6 CONTENIDO TÍPICO DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN.

La versatilidad y diversidad que caracteriza a las operaciones de adquisición societarias provoca que el clausulado de los contratos varíe en función del caso de que se trate. No obstante lo anterior, en la práctica, existe un contenido tipo que aparece en los contratos de adquisición de sociedades con frecuencia.

4.6.1 ASPECTOS FORMALES.

Los contratos de adquisición, a pesar de que los juristas españoles tratan de dotarlos de un aspecto formal que se ajuste a nuestra tradicional práctica jurídica, suelen tener una apariencia más anglosajona.

Para comenzar, suelen incluir un índice, ya que se trata de un contrato extenso y puede ser útil para un manejo ágil del documento. Seguidamente, encontramos habitualmente una sección dedicada a definiciones, que recoge los términos que aparecen con frecuencia y a los que se le otorga un significado determinado¹³.

Al igual que en el resto de los contratos, aparecerán las partes que suscriben el documento legal. No obstante, cabe señalar que se hará mención expresa de la compañía, y no de los apoderados, ya que durante la fase de redacción del contrato se desconoce la identidad de los apoderados que acudirán a la firma. En consecuencia, se hará constar el nombre de los apoderados asistentes en el momento de la rúbrica del contrato.

En suma, se trata de contratos más prolijos en cuanto que tratan de incorporar todos los detalles que puedan ser previstos de antemano. Asimismo, suelen incluir un extenso listado de anexos, lo que, unido a las especialidades anteriormente mencionadas, dota al contrato de un aspecto externo propio¹⁴.

4.6.2 OBJETO DEL CONTRATO.

Esta cláusula identifica la ‘cosa’ que se está vendiendo. En función de si estamos ante una compraventa de activos o de acciones/participaciones, esta cláusula hará constar la relación de

¹³ Nótese que dichos términos aparecerán en mayúsculas a lo largo del documento, para así hacer más visible el hecho de que estamos ante términos definidos.

¹⁴ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 71). Madrid, España: Thomson Reuters.

acciones o participaciones que se enajenan, o identificará de manera individualizada los activos que son objeto del contrato de compraventa. Este último extremo resulta difícil ya que, como afirma ÁLVAREZ ARJONA, a pesar de incluir un listado de los activos y pasivos que quedan excluidos, el objeto se refiere a unos estados financieros cuyos inventarios no son del todo precisos¹⁵.

4.6.3 CONTRAPRESTACIÓN.

Esta cláusula hará referencia al precio de la adquisición y a la forma de pago. En aquellos supuestos en los que el precio no consista en dinero, se señalará con precisión el objeto que se entrega en contraprestación y en qué condiciones. Asimismo, cuando el precio esté sujeto a ajustes, se hará mención expresa de los procedimientos a través de los cuales se producirán los ajustes y, en su caso, se establecerán sistemas de mediación o arbitraje para resolver las eventuales discrepancias que pudieran emerger¹⁶.

4.6.4 MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.

Se trata de un conjunto de materias sobre las que el vendedor garantiza su contenido y que basan la voluntad de comprar del adquirente, de modo que, alteradas las mismas, el comprador podría ver variada dicha voluntad. Con frecuencia, las manifestaciones y garantías conforman un listado muy amplio y, por tanto, suelen figurar como anexo en lugar de formar parte del cuerpo del contrato.

4.6.5 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad dimanante de un contrato de adquisición de sociedades es dual. De un lado, la cantidad de la que se responde y, del otro, el tiempo por el que se responde. Con respecto a la primera, es habitual que las partes convengan una cantidad máxima a reclamar, que puede corresponderse con el precio total del contrato o con un porcentaje del mismo. En cuanto al tiempo, si hablamos de reclamaciones laborales y tributarias, el plazo fijado para reclamar suele coincidir con el plazo de prescripción de la obligación de que se trate. Sin embargo, para el resto de reclamaciones, el plazo será menor, estableciéndose un período de tiempo que permita al adquirente realizar auditorías y conocer al detalle la empresa, de manera que pueda suponer de forma razonable que no aparecerán imprevistos en el futuro¹⁷.

¹⁵ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 71-72). Madrid, España: Thomson Reuters.

¹⁶ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 72). Madrid, España: Thomson Reuters.

¹⁷ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 72-73). Madrid, España: Thomson Reuters.

Por su parte, si un tercero formulara una reclamación por razón de una materia garantizada por el vendedor, carecería de sentido que fuera el adquirente quien asumiera la defensa. Por tanto, de acuerdo con ÁLVAREZ ARJONA, se pactará un sistema de intervención de ambas partes en cuanto a esta reclamación.

4.6.6 EL CIERRE Y SUS CONDICIONES.

A pesar de no ser obligatorio, no es infrecuente que las partes formalicen el contrato de adquisición en un contrato privado en el que se estipula un plazo de ejecución de la operación. Habitualmente, el fundamento de la concesión del plazo para concluir el negocio jurídico reside en la necesidad de buscar financiación por parte del sujeto adquirente. No obstante, el plazo también puede responder a la necesidad de llevar a cabo acciones preparatorias del cierre, de modo que la sociedad sea transmitida en las condiciones que tanto el vendedor como el comprador deseen.

En este apartado, se incluyen las ‘condiciones precedentes’, que son una serie de requisitos previos al cierre, exigidos por el adquirente, para confirmar su interés en la compraventa. Estos condicionantes a los que se sujeta la venta pueden ser, por ejemplo, la venta de determinados activos, la obtención de una subvención, el mantenimiento de determinado cliente o contrato, etcétera¹⁸.

4.6.7 GARANTÍAS.

Son los medios de los que dispone el comprador para reclamar al vendedor y así poder resarcir el daño dimanante de eventuales inexactitudes del contrato. Suele consistir en depósitos, fianzas o avales prestados por una entidad de crédito. Tales garantías serán más necesarias cuanto más insolvente sea la parte vendedora e imprescindibles cuando la parte vendedora esté conformada por una multiplicidad de accionistas personas físicas, en virtud del principio de responsabilidad mancomunada (art. 1137 CC)¹⁹.

4.6.8 ACUERDOS ADICIONALES.

Estos acuerdos tienen especial relevancia, por ejemplo, en el supuesto de los conglomerados empresariales²⁰. En el caso de adquirir una sociedad perteneciente a un grupo empresarial y que

¹⁸ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (pp. 73-74). Madrid, España: Thomson Reuters.

¹⁹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (pp. 74-75). Madrid, España: Thomson Reuters.

²⁰ Combinación de dos o más sociedades que realizan actividades empresariales totalmente independientes, pero que se encuentran bajo un mismo grupo empresarial y que, por tanto, afectan a una sociedad matriz y numerosas filiales.

prestaba servicios a otras sociedades del grupo, será necesario regular contractualmente la prestación de dichos servicios, ya que el dueño ha dejado de ser el mismo.

4.6.9 GESTIÓN INTERINA DEL NEGOCIO.

A pesar de que la empresa se encuentra en vías de transmisión, corresponde a la parte vendedora gestionar la sociedad hasta que se consume la operación, con sujeción al acuerdo de venta. Por tanto, junto con la obligación de actuar de buena fe (art. 1258 CC), conviene poner por escrito las pautas que ha de seguir la parte vendedora en la gestión de los negocios ordinarios de la sociedad. En general, tales pautas suelen consistir en seguir la práctica habitual de la compañía hasta el momento y, en caso de necesidad de adoptar decisiones de carácter extraordinario, será preceptiva la intervención del adquirente²¹.

4.6.10 BALANCES DE REFERENCIA.

Finalmente, habrá que incluir en el contrato los estados contables de la compañía, que han de reflejar con precisión la situación patrimonial de la empresa. Puesto que la operación de adquisición societaria es dilatada en el tiempo, son tres los balances requeridos.

En primer lugar, el balance del último ejercicio económico, que es el que se tiene en cuenta a la hora de negociar. En segundo término, el balance interino, que es examinado al momento del cierre para comprobar que no se han producido desequilibrios patrimoniales entre el momento de negociación y el de ejecución del contrato. En último lugar, el balance de cierre, que refleja la situación patrimonial de la compañía al momento exacto de la transmisión, de modo que este último será el documento a considerar en caso de discrepancias.

5. FASES DEL PROCESO DE ADQUISICIÓN.

5.1 DUE DILIGENCE.

5.1.1 CONCEPTO, ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA.

Este término, procedente del Derecho anglosajón, está referido al proceso de investigación orientado a conocer y verificar los aspectos financieros, fiscales, legales, técnicos y operativos de una

²¹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 75). Madrid, España: Thomson Reuters.

sociedad²². Con carácter general, este proceso tiene lugar en el marco de operaciones de adquisición societarias y su aplicación tiene lugar en el contexto tanto de negociaciones bilaterales como competitivas. En definitiva, esta fase consiste en poner en conocimiento de los sujetos intervinientes todos los aspectos de la compañía que pueden resultar relevantes para la ulterior negociación y asignación de valor.

Para encontrar el origen de la ‘due diligence’, es necesario remontarnos a la legislación positiva de los mercados de valores norteamericanos que surgió tras el colapso del sistema financiero en 1929. El objetivo de la legislación no era otro que el de devolver la confianza a los inversores, mediante la puesta a disposición de los mismos de una información transparente en lo relativo a los eventuales valores o activos que estuvieran dispuestos a adquirir. El éxito cosechado por esta innovadora medida hizo posible su extensión a cualquier proceso de adquisición de empresas.

En cuanto a su naturaleza jurídica, podemos afirmar que el proceso de ‘due diligence’ es una práctica comercial generalmente admitida, que únicamente tendrá carácter vinculante cuando las partes así lo manifiesten en un acuerdo expreso. En defecto de tal acuerdo, los derechos y obligaciones de las partes quedarán recogidas en la legislación aplicable al contrato de compraventa, siendo el informe resultante de la ‘due diligence’ un documento de carácter meramente informativo²³. No obstante, incluso cuando su carácter sea no vinculante, esta labor revisora, en palabras de ACOSTA ÁLVAREZ, aporta seguridad al tráfico jurídico y se erige en instrumento dinamizador de la actividad económica.

5.1.2 TIPOLOGÍA.

Sin perjuicio de que las ‘due diligence’ se adaptan a cualesquiera contingencias que pudieran surgir en el marco de un proceso de adquisición de empresas, podemos construir las siguientes categorías²⁴:

- Según quien ordene su elaboración: revisión del comprador (‘buyers due diligence’) o revisión del vendedor (‘vendor due diligence’).
- En función de las materias que abarque: revisiones fiscales, legales, financieras, contables, comerciales, medioambientales, técnicas, de mercado, etcétera.

²² DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 67). Madrid, España: Francis Lefebvre.

²³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 73-74). Madrid, España: Wolters Kluwer.

²⁴ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 74-75). Madrid, España: Wolters Kluwer.

- En atención al momento en el que tenga lugar: revisión anterior a la firma, que son las más comunes, y revisión posterior al cierre, que pretenden verificar el cumplimiento de las obligaciones de las partes.
- En base al producto final: revisión descriptiva, que culminan con un informe que relata los aspectos relevantes de la sociedad ('full-form report'), y revisión de contingencias, que destaca las eventualidades que pueden originarse con motivo de la adquisición ('red-flag report').

5.1.3 LA ACTIVIDAD REVISORA.

En primer lugar, es necesario seleccionar un equipo de profesionales especializado en asesoramiento legal en materia de adquisiciones societarias. El inversor formalizará la selección de su equipo legal mediante un documento denominado 'engagement letter'. En este documento, se plasmarán las materias que se pretenden revisar, el tipo de informe que se entregará, los destinatarios, el plazo de entrega, identificación de los abogados que la llevarán a cabo, los honorarios, etcétera. Asimismo, este documento sirve como cauce por medio del cual el inversor pone en conocimiento de los expertos legales los objetivos de la adquisición²⁵.

Una vez manifestadas las expectativas y preocupaciones del inversor, se procede a la suscripción de acuerdos de confidencialidad. Estos acuerdos suponen una protección para el vendedor de la sociedad, ya que éste facilita al potencial adquirente información sensible de carácter comercial u organizativa de la compañía. En definitiva, los contratos de confidencialidad impiden la utilización, por parte del comprador o de sus asesores, de la información recibida para fines distintos de los vinculados a la operación de adquisición y, de no llegar a un acuerdo, obligan al adquirente a no divulgar tal información.

A continuación, las partes acuerdan qué documentos serán objeto de revisión. Con carácter general, corresponde a los asesores del comprador elaborar el listado de documentos requeridos y al equipo legal del vendedor recopilar y suministrar la información. Además, cabe mencionar que los documentos solicitados suelen abarcar diversas materias: societario, contractual, laboral, tributario, regulatorio, medioambiental, etcétera.

Durante el análisis de la información, es posible que surjan dudas en el equipo asesor del comprador. Por ello, el proceso de 'due diligence' contempla la posibilidad de formular preguntas y solicitar

²⁵ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). "*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*" (pp. 76-77). Madrid, España: Wolters Kluwer.

aclaraciones sobre cualesquiera aspectos de la sociedad contenidos en la documentación suministrada. Del mismo modo, se podrán concertar entrevistas con el equipo gestor de la empresa objetivo y visitar las instalaciones, tratando, en todo momento, de interferir lo menos posible en la actividad ordinaria de la compañía²⁶.

5.1.4 EL INFORME.

El informe final recoge las conclusiones obtenidas fruto de la investigación realizada, las contingencias y riesgos detectados y, en su caso, propone medidas o soluciones mitigadoras.

Los informes pueden ser de dos tipos: por un lado, el informe descriptivo ('full-form report'), y, por otro, el informe de contingencias ('red-flag report'). El primero describe la empresa objetivo con detalle y destaca todos aquellos aspectos que puedan tener incidencia en la operación. Por su parte, el 'red-flag report' únicamente relata las contingencias detectadas durante la fase revisora.

5.1.5 UTILIDAD PRÁCTICA EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE EMPRESAS.

La principal utilidad práctica de la 'due diligence' se encuentra estrechamente ligada a la decisión de comprar, es decir, el comprador deberá decidir si continúa la operación a la luz del contenido del informe y, en caso afirmativo, si la estructura inicialmente planteada sigue siendo válida para sus intereses.

No obstante, la actividad revisora tiene multitud de aplicaciones prácticas. Por ejemplo, el informe suele ser incorporado como documento vinculante al contrato de compraventa, de modo que el reparto de riesgos y los derechos y obligaciones de las partes puedan ser oponibles en caso de surgir discrepancias²⁷.

Asimismo, la determinación del precio puede verse modificada por las conclusiones reflejadas en el informe. La valoración de la empresa puede ser alterada por dos vías²⁸:

²⁶ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). "*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*" (pp. 82-83). Madrid, España: Wolters Kluwer.

²⁷ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). "*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*" (p. 90). Madrid, España: Wolters Kluwer.

²⁸ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). "*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*" (p. 91). Madrid, España: Wolters Kluwer.

- Ajuste del precio: si del informe se extraen una relación de riesgos que ponen de manifiesto que la empresa ha sido sobrevalorada, la parte adquirente puede plantear una propuesta de reducción del precio.
- Precio contingente: si se descubren riesgos que pueden consumarse de manera razonable, pero de los que no se tiene certeza absoluta, el comprador puede instar el fraccionamiento y aplazamiento de un porcentaje del precio final. De este modo, únicamente recibirá el vendedor la totalidad del precio si no llega a producirse el evento dañoso en un plazo predeterminado por las partes.

5.2 TRATOS PRELIMINARES, CARTA DE INTENCIONES Y OFERTA.

5.2.1 TRATOS PRELIMINARES.

En palabras de CAPILLA CASCO, los tratos preliminares son todas aquellas actuaciones, tengan o no reflejo documental, que median entre las partes con el fin de configurar los términos de un contrato futuro, pero sin vincularse en firme a concluirlo. En términos similares, el Tribunal Supremo ha definido esta figura jurídica como el conjunto de “*actos que los interesados llevan a cabo con el fin de discutir y concretar un futuro contrato*” (STS de la Sala Primera núm. 330/2013, de 25 de junio)²⁹.

En cuanto a la duración de esta fase, podemos afirmar que los tratos preliminares comienzan cuando las partes tienen un primer contacto de carácter sustantivo y terminan con la celebración del contrato de compraventa o, en su defecto, con la ruptura de las negociaciones.

Nuestra jurisprudencia ha considerado que los tratos preliminares se desenvuelven “*en un área nebulosa y desde luego evanescente*” (STS de la Sala Primera núm. 101/1999, de 16 de septiembre). Con estas palabras, el tribunal establece que, aunque su espectro pueda ser muy amplio (ideas, especulaciones, planteamientos, etcétera), los tratos preliminares no constituyen un acto jurídico por cuanto de los mismos no se derivan efectos jurídicos inmediatos. No obstante lo anterior, los tratos preliminares pueden llegar a tener una auténtica relevancia jurídica como elemento interpretativo del futuro contrato y como fundamento de acciones procesales³⁰.

²⁹ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (p. 105). Madrid, España: Wolters Kluwer.

³⁰ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 105-107). Madrid, España: Wolters Kluwer.

5.2.2 CARTA DE INTENCIONES.

Se trata de un documento suscrito por las partes durante la fase precontractual de una transacción corporativa. En este escrito, las partes interesadas declaran sus intenciones y ponen de manifiesto ciertos aspectos o actos que tengan interés y que ayuden a regular las condiciones en las que se desarrollarán las negociaciones³¹. Nuestro ordenamiento jurídico no regula esta figura de manera expresa, pero podemos afirmar que son absolutamente válidos al amparo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el art. 1255 CC.

En cuanto a la forma, con carácter general, la invitación a negociar queda expuesta en un documento unilateral, del que se da traslado a la otra parte. La parte contraria podrá acusar recibo y devolverla firmada, emitir otro documento en el que manifieste su conformidad o matizar algún aspecto de la propuesta de negociación. No obstante, en ocasiones, la carta de intenciones reviste la apariencia de un contrato, sin perjuicio de que su contenido haya sido negociado³².

Entre las principales funciones que cumple esta figura jurídica, podemos destacar que sirve para dotar de mayor seriedad a la negociación, lo cual puede ser relevante en determinadas actuaciones con terceros como solicitar financiación a una entidad de crédito. Asimismo, sirve para dejar constancia de que las negociaciones realmente han tenido lugar, siendo este extremo útil en el caso de que alguna de las partes solicitase indemnizaciones a la otra, ya que el documento sería pertinente como prueba. Finalmente, sirve para reseñar una vez más que las negociaciones no vinculan a las partes y que los acuerdos adoptados en el margo de la negociación sólo serán efectivos una vez se haya celebrado el contrato de compraventa³³.

5.2.3 OFERTA.

La oferta es una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual se pone en conocimiento de la otra parte la intención de adquirir una determinada cosa, en este caso, una sociedad. Como apunta CAPILLA CASCO, esta declaración se emite con la intención de obligarse y contiene todos los elementos esenciales del contrato, de modo que basta la aceptación del destinatario de la oferta para que se perfeccione. En suma, se trata de una declaración unilateral de voluntad completa y recepticia.

³¹ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 44). Madrid, España: Francis Lefebvre.

³² QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (p. 111). Madrid, España: Wolters Kluwer.

³³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (p. 113). Madrid, España: Wolters Kluwer.

5.3 EL PRECIO Y SU DETERMINACIÓN.

5.3.1 PLANTEAMIENTO.

El precio constituye uno de los elementos esenciales de las operaciones de adquisición societarias. En adelante, entenderemos por precio la contraprestación económica que recibe la parte vendedora por la transmisión de la cosa o derecho vendido. De acuerdo con el art. 1445 CC, en los supuestos de compraventa, el precio ha de ser real, determinado o determinable mediante la aplicación de unas referencias objetivas, y consistir en dinero o signo que lo represente.

De acuerdo con PEÑA GONZÁLEZ, nuestro ordenamiento jurídico no exige que el precio sea justo. Del mismo modo, nuestra jurisprudencia ha argumentado de manera reiterada que la fijación de un precio inferior y desproporcionado en un contrato de compraventa carece de trascendencia jurídica a efectos de nulidad de los contratos (SSTS 13 de diciembre de 1996 y 30 de octubre de 2001).

Por su parte, la STS de 16 de septiembre de 2010 manifestó que *“el Código Civil no exige que el precio de la compraventa sea justo; el precio es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no medie un vicio del consentimiento”*³⁴. Sin embargo, la inexigibilidad de que el precio sea justo no permite pactar un precio irrisorio, ya que estaríamos ante un negocio simulado, que sería nulo de pleno derecho conforme al Derecho civil.

5.3.2 DETERMINACIÓN DEL PRECIO.

El señalamiento del precio nunca puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, de conformidad con el art. 1449 CC. Por ello, cuando surgen diferencias en cuanto a la fijación del valor de la contraprestación, hay que iniciar un proceso de negociación y, de no ser exitoso, las partes designarán a un tercero, que actuará en calidad de árbitro de la disputa.

La persona designada ha de ser un experto independiente y tiene como misión fijar el precio según su leal y saber entender conforme al criterio de equidad, siempre con respeto a las instrucciones y metodología fijadas por las partes contratantes. Si entendemos el art. 1447 CC de manera literal, el contrato de compraventa deviene ineficaz cuando el árbitro no puede o no quiere llevar a cabo la determinación del precio. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina sostiene que

³⁴ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). *“Adquisiciones de empresas”* (pp. 444-445). Madrid, España: Thomson Reuters.

debe ser posible sustituir la decisión del tercero por una resolución del órgano jurisdiccional competente³⁵.

En principio, parece lógico pensar que el precio fijado por el tercero únicamente podría ser impugnado cuando éste vulnere el criterio de la equidad. No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria³⁶ determina que son también causas de impugnación el no respeto a la buena fe, los vicios de la voluntad, la extralimitación, y la inobservancia de las instrucciones de las partes. En este sentido, se pronunció la STS de 22 de noviembre de 1966 de la Sala Primera, de lo Civil³⁷.

5.3.3 EFECTOS DE LA FALTA DE DETERMINACIÓN.

La consecuencia jurídica inmediata de la falta de determinación de la contraprestación es la inexistencia del contrato por ausencia del objeto, de conformidad con lo establecido en las SSTS de 10 de noviembre de 1988 y 20 de julio de 1994. El riesgo de no existir contrato es inasumible por las partes, de modo que los contratantes deberán señalar un árbitro subsidiario o unas reglas matemáticas de fijación del precio, para el caso de que el árbitro principal no pueda o no quiera determinar el valor de la contraprestación³⁸.

5.3.4 PAGO DEL PRECIO.

El pago del precio exige la concurrencia de tres requisitos: identidad, integridad e indivisibilidad. En otras palabras, el precio, para producir efectos liberatorios, ha de ser íntegro, es decir, debe suponer el pago del principal y de los intereses devengados hasta la fecha. Además, el pago es indivisible, esto es, ha de realizarse en un solo acto, sin perjuicio de que puedan tener lugar pagos parciales cuando así lo hubieren convenido las partes³⁹.

Por lo que respecta al tiempo, lugar y personas legitimadas para recibir el pago, habrá que estar a lo pactado. En su defecto, serán de aplicación las normas que se exponen a continuación.

³⁵ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 454-455). Madrid, España: Wolters Kluwer.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA Y RIVERO HERNÁNDEZ (dirs.): *Elementos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3º, 1986, p. 30.

³⁷ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 451). Madrid, España: Thomson Reuters.

³⁸ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 452-453). Madrid, España: Thomson Reuters.

³⁹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 455). Madrid, España: Thomson Reuters.

Salvo pacto en contrario, si la obligación es pura o está sometida a condición resolutoria, el pago será exigible cuando se produzca la entrega de la cosa (art. 1113 CC). Si está sometida a condición suspensiva, será exigible cuando la condición se cumpla (art. 1114 CC). Si se encuentra sometida a plazo, se podrá exigir el pago cuando el plazo fijado expire (art. 1125 CC).

En cuanto al lugar del pago, si no se hubiere acordado lo contrario, será el lugar en el que se haga efectiva la entrega de la cosa o derecho vendido. Por su parte, las personas legitimadas para cobrar el precio son el vendedor, su representante legal o voluntario con poder suficiente, persona autorizada por el vendedor pero sin poder de representación y mediante abono en las cuentas corrientes del vendedor (domiciliación del pago)⁴⁰.

5.3.5 SUSPENSIÓN DEL PAGO.

El art. 1502 CC recoge el supuesto para el que estaría justificada la suspensión del pago del precio. Dicho artículo reza así: *“Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago”*.

5.3.6 MÉTODOS DE VALORACIÓN DE EMPRESAS.

En primer lugar, nos encontramos con los métodos de valoración de empresas basados en la información contable. Estos métodos, considerados como los más simplistas, permiten determinar el valor de la empresa en función del valor del patrimonio neto de la compañía en un momento determinado. Sin embargo, según RAVINA MARTÍN, su principal inconveniente radica en su incapacidad para capturar la parte del valor correspondiente a la expectativa de crecimiento futuro de la empresa. En consecuencia, en muchas ocasiones, el valor contable de una compañía dista enormemente del valor de mercado de la misma, especialmente en aquellos sectores caracterizados por un elevado potencial de crecimiento, como el sector tecnológico⁴¹.

⁴⁰ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). *“Adquisiciones de empresas”* (p. 456). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁴¹ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). *“Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”* (pp. 456-457). Madrid, España: Wolters Kluwer.

En segundo término, los métodos con mayor arraigo son aquellos basados en la generación futura de rentas. En ellos, prima el concepto de caja sobre los conceptos contables como el ingreso, el coste y el beneficio⁴². Por tanto, la labor del valorador de empresas consistirá en:

- Estimar los flujos de caja que generará la empresa en un plazo predeterminado.
- Finalizado el plazo, proceder a calcular el valor residual de la compañía.
- Descontar los valores obtenidos a una tasa concreta, que recibe el nombre de tasa de actualización.

Conforme a este método, los resultados obtenidos por el comprador suelen ser superiores a los del vendedor. En ese caso, lo más habitual es que el precio final se ubique entre las dos valoraciones realizados, resultando beneficioso para ambas partes.

Finalmente, los métodos comparativos determinan el valor de la empresa por comparación con otras sociedades. Las críticas a estos sistemas se orientan principalmente a su carácter simplista, ya que parten de una premisa necesariamente falsa de que existe una empresa exactamente comparable con la que pretendemos valorar⁴³.

5.4 CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES O PARTICIPACIONES.

La preparación del contrato de compraventa es esencial en el marco de las operaciones de adquisición societarias. En el caso de las subastas, serán los asesores de la parte vendedora los que redactarán el contrato y lo distribuirán entre los potenciales adquirentes, que deberán remitir sus observaciones y ofertas económicas. Por su parte, en los procesos bilaterales, la responsabilidad de redactar el contrato recae sobre el equipo asesor de la parte adquirente, que será remitido al vendedor para el inicio de las negociaciones.

5.4.1 ELEMENTOS ESENCIALES.

Para que un contrato sea válido, es necesaria la concurrencia de la voluntad de ambas partes, manifestada con la prestación del consentimiento. Por un lado, la validez del consentimiento de las

⁴² QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 457-458). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (p. 459). Madrid, España: Wolters Kluwer.

personas físicas se verificará mediante la comprobación de que gozan de capacidad de obrar. Por otro, el consentimiento de las personas jurídicas será prestado por persona con poder de representación y siempre que la sociedad no se encuentre inmersa en situación de concurso. Por su parte, las personas físicas o jurídicas extranjeras necesitan un Número de Identificación Fiscal (NIF) español para prestar consentimiento.

Excepcionalmente, en el caso de la existencia de varios compradores o vendedores, se deberán determinar la solidaridad o mancomunidad de las obligaciones asumidas, y se nombrará un representante que actúe en nombre y por cuenta de todos ellos, en aras de facilitar las actuaciones dimanantes del contrato de compraventa⁴⁴.

En este supuesto particular, el objeto del contrato son las acciones o participaciones sociales que integran el capital social de la empresa objeto de adquisición. Las acciones adquiridas deben identificarse de manera precisa, esto es, haciendo mención expresa de su numeración, clase y serie, así como de su valor nominal y la forma en la que están representadas (títulos o anotaciones en cuenta)⁴⁵.

Finalmente, la causa del contrato no es otra que la intención de las partes de transmitir la propiedad de la compañía, que se plasma habitualmente en los expositivos del contrato. Como apunte, si bien rige el principio de libertad de forma del art. 1278 CC, es común que estos contratos se celebren por escrito y se eleven a escritura pública.

5.4.2 CONSUMACIÓN.

Por un lado, encontramos la consumación simultánea, en la que la firma ('signing') y el cierre ('closing') se producen al mismo tiempo. En otras palabras, se entiende que la firma y el resto de las actuaciones tendentes a la consumación de la operación dependen entre sí. De esta manera, si alguna actuación no tiene lugar, el resto se entienden por no realizadas.

Por otro, la consumación diferida es aquella en la que la firma del contrato y las demás actuaciones de consumación se producen en momentos distintos, normalmente por el sometimiento del contrato a condición. Las partes podrán acordar que el contrato se consume ('condition precedent') o se

⁴⁴ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). *“Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”* (pp. 344-346). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴⁵ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). *“Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”* (p. 347). Madrid, España: Wolters Kluwer.

resuelva ('condition subsequent') por el acaecimiento de un suceso futuro o incierto en el plazo convenido⁴⁶.

5.4.3 OBLIGACIONES ACCESORIAS.

5.4.3.1 CONTRATOS DE DEPÓSITO EN GARANTÍA.

Son un mecanismo que garantiza el cumplimiento de ciertas obligaciones del comprador o del vendedor, cuyas líneas maestras de funcionamiento deben ser recogidas en el propio contrato de compraventa de acciones. El contrato de depósito debe contener, como mínimo, el importe y finalidad del depósito; el plazo de liberación; el procedimiento para solicitar la liberación; la posibilidad de retención de importes sobre los que existan discrepancias; y la titularidad de la cuenta de depósito⁴⁷.

5.4.3.2 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

En aquellos supuestos en los que la parte vendedora constituye una pieza clave para el curso ordinario de los negocios de la compañía transmitida, se suele regular por contrato la prestación de servicios por la parte vendedora durante un período determinado, a fin de que la empresa pueda continuar su actividad. Este contrato recogerá una descripción de los servicios prestados, su duración, las personas que los prestarán y la retribución que recibirán⁴⁸.

5.4.3.3 OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA.

Se suelen imponer obligaciones de no competencia a la parte transmitente, con el fin de proteger la inversión realizada por el adquirente. No obstante, la legislación de defensa de la competencia establece unos límites⁴⁹, a saber:

- Objetivo: la no competencia estará referida a los productos o servicios comercializados por la compañía y a aquéllos que la empresa tuviera en fase avanzada de desarrollo al momento de consumarse la transmisión.

⁴⁶ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas” (pp. 355-357). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴⁷ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas” (p. 369). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴⁸ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas” (p. 370). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁴⁹ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “Manual de fusiones y adquisiciones de empresas” (pp. 370-371). Madrid, España: Wolters Kluwer.

- Geográfico: no se podrá competir en aquellos territorios operados por la compañía y en aquéllos en los que pretendiera introducirse (habiendo comprometido inversiones para ello) al momento de producirse la transmisión efectiva.
- Temporal: la obligación de no competencia se extenderá por un plazo de tres años si se transfiere conocimiento ('know-how') y fondo de comercio⁵⁰, y dos años si exclusivamente se transmite fondo de comercio.

5.4.3.4 PACTOS PARASOCIALES.

Cuando el objeto del contrato no constituye la totalidad del capital social de la empresa objetivo, es conveniente establecer unas pautas que rijan la convivencia entre el comprador y el vendedor. Estos pactos son negociados al margen del contrato de compraventa, pero suelen adjuntarse como anexo del mismo.

PAZ-ARES define los pactos parasociales como “los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima (S.A.) o limitada (S.L.) con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen”.

Entre las materias que con frecuencia son objeto de pactos parasociales, están el funcionamiento de los órganos societarios; materias cuya aprobación requiere unanimidad o mayoría reforzada de los socios; ejercicio del derecho de suscripción preferente; mecanismos de ampliación o reducción del capital; restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales; etcétera⁵¹.

5.4.4 RESOLUCIÓN.

Con carácter general, las causas de resolución del contrato deben ser acordadas por las partes. Sin embargo, podemos mencionar algunos supuestos que habitualmente son incluidos en el clausulado del contrato como causas de resolución: consentimiento mutuo y por escrito de las partes; incumplimiento de las condiciones a las que se hubiera sometido la consumación del contrato,

⁵⁰ Serie de activos intangibles de una empresa, con capacidad para generar beneficios, que aportan valor adicional a la compañía más allá del comprendido en los documentos contables. El fondo de comercio engloba el prestigio, el valor de la marca, la clientela, la eficiencia y la organización de la compañía, etcétera.

⁵¹ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 371-372). Madrid, España: Wolters Kluwer.

transcurrido el plazo establecido a tal efecto; evicción⁵²; e incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes.

5.5 CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACTIVOS.

Todo lo relativo al contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales es aplicable, en principio, al contrato de compraventa de activos. Sin embargo, en este apartado analizaremos algunas especialidades.

A pesar de referirnos a esta modalidad como compraventa de activos, el adquirente también asume los pasivos de la compañía objetivo, ya que una empresa es un conjunto de activos y pasivos para el desarrollo de una actividad económica.

La compraventa de activos constituye un negocio jurídico complejo que engloba cuatro negocios diferentes: la compraventa de bienes corporales, la cesión de créditos o derechos, la asunción de deudas y la cesión de posiciones contractuales. A pesar de estar íntimamente ligados los unos a los otros, los asesores deben redactar el contrato de modo que quede claro que la intención de las partes es la transmisión universal de los activos y pasivos de la empresa⁵³.

La transmisión de bienes corporales y la cesión de créditos o derechos han recibido un tratamiento amplio y pormenorizado por parte de la doctrina. Por ello, vamos a centrarnos en destacar algunas consideraciones relativas a la asunción de deuda y a la cesión de la posición contractual.

5.5.1 LA ASUNCIÓN DE DEUDA.

La asunción de deuda, en un principio, se entendía prohibida por la doctrina mayoritaria por aplicación del principio romanista de ‘intransmisibilidad de las deudas’. Sin embargo, esta posición negacionista ha sido superada y el Código Civil regula esta figura a través de la novación, aunque de manera muy parca.

En el contexto de las adquisiciones societarias, el esquema general implica que existirá un acuerdo entre el deudor original y el nuevo deudor. Normalmente, el acreedor prestará su consentimiento a

⁵² La evicción es la privación de un derecho derivada de una sentencia firme, que se establece de acuerdo con un derecho anterior ajeno. En una operación de compraventa, la evicción puede concretarse cuando el comprador es privado de lo comprado en virtud de un derecho que alega un tercero sobre el bien

⁵³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 399-400). Madrid, España: Wolters Kluwer.

posteriori, liberando de la deuda en ese preciso momento al deudor original. No obstante lo anterior, el acreedor podrá prestar el consentimiento antes de que las partes acuerden la asunción de deuda o al mismo tiempo que las partes celebren el convenio de transmisión de deuda⁵⁴.

5.5.2 CESIÓN DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL.

Esta posibilidad no se encuentra recogida de manera general en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no podemos entender que esté prohibida, ya que el principio general de libertad de pactos (art. 1255 CC) parece habilitar a cedente y cesionario para llevar a cabo tal actuación.

Este instrumento supone la transmisión de la relación contractual cuando estemos ante un contrato de prestaciones recíprocas, en el que al menos una de ellas esté pendiente de ejecución. La cesión ha de ser acordada por las partes y consentida por la contraparte del contrato en cuestión. La autorización de la contraparte se solicita y obtiene, con carácter general, con posterioridad al convenio de las partes⁵⁵.

Los efectos de la cesión tienen incidencia en tres relaciones jurídicas distintas⁵⁶:

- Entre cedente y cesionario: el cedente queda liberado de las obligaciones futuras que se deriven del contrato y garantiza que el cesionario no hará frente a obligaciones que deriven de hechos ocurridos con anterioridad a la cesión.
- Entre cedente y contratante cedido: cuando el contratante cedido acepte la cesión, el cedente queda liberado de las obligaciones futuras del contrato, pero no de las pasadas.
- Entre cesionario y contratante cedido: ambos deben cumplir sus obligaciones recíprocas para quedar liberados. Podrán oponerse las excepciones derivadas del contrato y las personales que existan entre ellos, pero no las que existieren con el cedente.

5.6 LA ESTRATEGIA DEL CIERRE.

El cierre coincide con el momento final de la operación de adquisición de sociedades, en el que las partes se intercambian la cosa vendida y el precio, respectivamente. Puede coincidir con la perfección del contrato, aunque es habitual que se produzca de manera diferida, con la consumación.

⁵⁴ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 400-401). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁵⁵ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 403-404). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁵⁶ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 404-405). Madrid, España: Wolters Kluwer.

5.6.1 CLÁUSULA DE CIERRE.

Son aquellas estipulaciones contractuales que determinan la pluralidad de negocios y actos jurídicos que habrán de formalizarse y ejecutarse para hacer efectiva la toma de control de la compañía.

La cláusula de cierre debe contener, como mínimo, los siguientes extremos⁵⁷:

- Fecha y lugar: la complejidad de las operaciones societarias hace exigible acordar en la negociación la fecha y lugar en los que tendrá lugar el cierre. Con ello, las partes se hacen una composición de lugar acerca de cuándo deben tener la documentación y financiación preparadas.
- Pago y entrega: se indica la forma en que se efectuará el pago (al contado o en distintos plazos), la moneda y el medio de pago (metálico, transferencia, cheque, pagaré, etc.).
- Condiciones necesarias para el cierre: legales (por lo general, obtención de las autorizaciones preceptivas para la efectividad de la operación) y convencionales (son muy variadas y están referidas a cuestiones fiscales, financieras, definitivas del objeto de la adquisición, etc.).

5.6.2 PREPARACIÓN DEL CIERRE.

Para preparar el cierre de una manera apropiada, es aconsejable que el equipo asesor encargado elabore un listado de actos y documentos ('Closing Check-list), en orden cronológico, señalando qué persona se encarga de obtenerlos, y en qué plazos, términos y condiciones, si procediere. Los documentos deben ser solicitados con antelación suficiente, para evitar así imprevistos que retrasen el cierre efectivo de la operación. Además, cabe reseñar que, si bien la lista de cierre suele ser elaborada por el equipo asesor del comprador, es posible que sean los abogados del vendedor quienes preparen este extremo⁵⁸.

6. ASPECTOS LABORALES DE LAS ADQUISICIONES SOCIETARIAS.

En los procedimientos de adquisición de empresas, la consideración de los aspectos laborales entre las partes negociantes se revela como un factor de extraordinaria importancia. En particular, es relevante para la sociedad sucesora de las actividades comerciales de la empresa sucedida, ya que el

⁵⁷ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). "*Adquisiciones de empresas*" (pp. 81-92). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁵⁸ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). "*Adquisiciones de empresas*" (pp. 93-96). Madrid, España: Thomson Reuters.

acuerdo alcanzado por las partes determinará y asignará las obligaciones que corresponden a cada una de las partes.

6.1 LEGISLACIÓN APLICABLE.

En lo relativo a la protección dispensada a los trabajadores cuando se produce un cambio en la titularidad de una empresa, será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y la Directiva 2001/23/CE del Consejo, que entró en vigor el 11 de abril de 2001.

La Directiva se limita a imponer a los Estados miembro unos mínimos que han de reconocer y respetar, sin perjuicio de que éstos puedan aplicar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que reconozcan mejores condiciones para los trabajadores. Asimismo, los Estados miembro pueden promover la aplicación de convenios colectivos más favorables para los trabajadores⁵⁹.

Por su parte, el ET dedica su art. 44 a regular la mencionada protección de que son merecedores los trabajadores:

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá 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 de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

⁵⁹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (p. 877). Madrid, España: Thomson Reuters.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos :a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión; y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en este artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

6.2 SUCESIÓN DE EMPRESAS.

En cambio, la generalidad de la doctrina y la STS de 29 de noviembre de 1994, entre otras, consideran que la transmisión de una parte o la totalidad de las acciones de una empresa no constituye un supuesto de sucesión empresarial. El motivo aportado es que la empresa sucedida no pierde su personalidad, ya que no tiene lugar la transmisión de un conjunto organizado de medios materiales y personales encaminados a la realización de una actividad productiva, que es en última instancia el elemento configurador de la identidad de una empresa⁶⁰.

En cambio, de acuerdo con AREITIO BASAGOITI, existe sucesión de empresas cuando, en el marco de una operación de adquisición de activos, tiene lugar la transmisión de una entidad económica que

⁶⁰ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (p. 876). Madrid, España: Thomson Reuters.

conservar su identidad, entendida como un conjunto de recursos materiales y humanos organizados de tal forma que puedan desempeñar una actividad económica esencial o accesorio.

Por tanto, deben concurrir dos elementos para poder aplicar la figura jurídica de la sucesión de empresas:

- Elemento subjetivo: acto de transmisión de la titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo.
- Elemento objetivo: entrega efectiva de todos los recursos materiales y humanos necesarios para continuar con la labor productiva de la empresa sucedida.

En cuanto a los efectos, es necesario destacar que la sucesión de empresas opera automáticamente, es decir, con carácter imperativo (art. 44 ET), sin necesidad de que exista acuerdo entre las partes. No obstante, este carácter automático no implica que el trabajador quede obligado a mostrar su conformidad con el cambio de titularidad y subrogación, pudiendo rechazarlo. En otras palabras, el mantenimiento del contrato es un derecho para el trabajador, no una obligación, de modo que será éste quien decida si continuar la relación laboral con el nuevo empresario⁶¹.

6.3 RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.

Junto con el mantenimiento del puesto de trabajo recogido en el art. 44.1 ET, derivado de la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del antiguo empleador, se prevé la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario en relación con las obligaciones laborales y de Seguridad Social previas a la transmisión de la titularidad de la sociedad.

6.3.1 OBLIGACIONES LABORALES.

Cuando la transmisión de la empresa tiene lugar por actos *inter vivos*, el cedente y el cesionario responden solidariamente de las obligaciones laborales contraídas con el trabajador antes de la transmisión y que no han sido satisfechas. Pero el art. 44.3 ET establece un límite temporal a la responsabilidad solidaria, que no será exigible transcurridos tres años. En todo caso, cabe matizar que el nuevo empresario no asume las deudas del cedente, sino que se convierte en garante de las mismas,

⁶¹ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (pp. 1050-1051). Madrid, España: Francis Lefebvre.

pudiendo reclamarlas al antiguo empleador – el verdadero deudor – si fuere el cesionario quien satisficiera la deuda⁶².

El ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria alcanza tanto a los trabajadores cedidos como a los que hubieren finalizado su relación laboral al tiempo de hacerse efectiva la transmisión. Sin embargo, existe un supuesto particular, el de la sucesión de empresa parcial. En este caso, la responsabilidad solidaria se extiende a aquellos trabajadores que ejercen sus labores en la unidad productiva transmitida, pero no a los trabajadores ajenos a la misma.

En cuanto al ámbito objetivo, el cedente y el cesionario responden solidariamente de las deudas salariales, extrasalariales y las correspondientes a indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, siempre que sean anteriores a la sucesión y estén pendientes de satisfacer. Del mismo modo, entrarán dentro del marco de la responsabilidad solidaria el interés legal y el recargo por mora en el cumplimiento de las obligaciones salariales⁶³.

En el supuesto de que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) abonare una parte o la totalidad de las prestaciones salariales o indemnizatorias por despido a los trabajadores, tendrá derecho de repetición contra el cedente y el cesionario.

Si, una vez consumada la sucesión empresarial, se declarare por sentencia firme la nulidad de un despido previo a la sucesión (con readmisión obligatoria), el nuevo empresario debe subrogarse en el contrato de trabajo y readmitir al trabajador. Además, cedente y cesionario responderán solidariamente del abono de los salarios de tramitación⁶⁴ que correspondan al trabajador por el tiempo que ha dejado de percibirlos⁶⁵.

Con carácter general, no existe responsabilidad solidaria en relación con las obligaciones laborales nacidas con posterioridad a la sucesión. Los trabajadores deben dirigirse contra el nuevo empresario, que será el responsable directo de las nuevas obligaciones. No obstante, existe un supuesto en el que sí existe responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales surgidas tras la consumación del cambio de titularidad de la sociedad. Si la cesión fuese declarada un delito por el orden

⁶² DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 1071). Madrid, España: Francis Lefebvre.

⁶³ El recargo por mora tendrá carácter procedente únicamente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir sea pacífica, es decir, no esté siendo dilucidada en el marco de un procedimiento judicial.

⁶⁴ Son los salarios que debe pagar la empresa al trabajador despedido cuando hay una sentencia que declara nulo o improcedente el despido y se le readmite.

⁶⁵ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (pp. 1074-1075). Madrid, España: Francis Lefebvre.

jurisdiccional penal⁶⁶, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones laborales anteriores y posteriores a la sucesión, sin límite temporal⁶⁷.

6.3.2 SEGURIDAD SOCIAL.

Al igual que en el caso de las obligaciones laborales, cedente y cesionario responderán solidariamente de las deudas con la Seguridad Social anteriores al cambio de titularidad de la sociedad. El alcance de la responsabilidad solidaria se extiende a las cotizaciones sociales; las prestaciones y sus recargos; la indemnización de daños y perjuicios por falta de medidas de seguridad; los recargos e intereses de demora; y la jubilación parcial.

La acción para exigir el pago de las obligaciones con la Seguridad Social prescribe a los cuatro años. El derecho al reconocimiento de las prestaciones, salvo imprescriptibilidad, prescribe a los cinco años. En el caso de que prescriba una parte o la totalidad de la deuda, cedente y cesionario quedan liberados del pago de las deudas con la Seguridad Social. Del mismo modo, si el plazo de prescripción se interrumpe para el cedente, también lo hará para el cesionario, y viceversa⁶⁸.

6.4 MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES.

La principal garantía con la que cuenta el trabajador es la continuidad de la relación laboral, pues el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empleador. Además de mantener su contrato de trabajo, el trabajador de la sociedad cedente tiene derecho a conservar los derechos adquiridos con anterioridad a la sucesión. Estos derechos adquiridos no serán atribuidos a los trabajadores que prestaran sus servicios en la empresa cesionaria con anterioridad al cambio de titularidad⁶⁹

Ente los derechos que han de conservar los trabajadores, se encuentran los siguientes⁷⁰:

- Condición más beneficiosa: es la voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia. Este derecho se conserva

⁶⁶ Se tipifica como delito las actuaciones de los empresarios que, en el marco de una transmisión de empresas, con conocimiento, mantienen a los trabajadores transmitidos en unas condiciones laborales y de Seguridad Social que vulneran los derechos que le son propios por disposición legal o convenio colectivo.

⁶⁷ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 1076). Madrid, España: Francis Lefebvre.

⁶⁸ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 1081). Madrid, España: Francis Lefebvre.

⁶⁹ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (p. 1082). Madrid, España: Francis Lefebvre.

⁷⁰ DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*” (pp. 1083-1089). Madrid, España: Francis Lefebvre.

siempre que se demuestre que dichas condiciones beneficiosas eran disfrutadas en la empresa cedente.

- Antigüedad: el nuevo empresario debe respetar la antigüedad adquirida por los trabajadores en la anterior compañía.
- Categoría profesional: el trabajador tiene derecho a la subsistencia de las condiciones profesionales que acredite tener en la empresa cedente. El nuevo empresario puede modificar la denominación del puesto, siempre que no comporte una alteración de las funciones.
- Retribuciones: el nuevo empresario debe respetar las prestaciones salariales consolidadas y adquiridas al tiempo de la sucesión.
- Reincorporación en caso de excedencia voluntaria: el trabajador podrá solicitar la reanudación de sus labores cuando desee, y la empresa cesionaria deberá facilitar su incorporación.
- Prestaciones sociales complementarias: incluye los compromisos por pensiones.
- Convenio colectivo aplicable: se seguirá aplicando el convenio colectivo de la sociedad cedente hasta la expiración de su vigencia, salvo pacto en contrario del nuevo empresario con los representantes de los trabajadores.

7. FISCALIDAD DE LAS ADQUISICIONES DE EMPRESAS.

7.1 OPERACIONES PREVIAS.

Las operaciones que serán objeto de estudio en esta sección son la ‘due diligence’ fiscal y los precontratos.

7.1.1 DUE DILIGENCE FISCAL.

En un proceso de adquisición de empresas, minimizar riesgos resulta fundamental. Por tanto, es recomendable la elaboración de una ‘due diligence’ fiscal, ya que el adquirente generalmente se subroga en las obligaciones tributarias del vendedor. Además, debemos recordar que las obligaciones tributarias, conforme a lo dispuesto en el art. 66 Ley General Tributaria (LGT), prescriben a los cuatro años.

La ‘due diligence’ comprobará que la sociedad vendedora ha cumplido con sus obligaciones tributarias durante los ejercicios económicos no prescritos y pondrá de manifiesto si existen otros aspectos fiscales reseñables como, por ejemplo, bases imponibles negativas, deducciones, etcétera.

El procedimiento de ‘due diligence’ fiscal suele estructurarse de la siguiente manera⁷¹:

- Revisión del cumplimiento de las obligaciones formales tributarias: comprobar que se han realizado las declaraciones de impuestos exigibles en los plazos establecidos a tal efecto.
- Verificación de la correcta determinación de la deuda tributaria: determinar si existieron omisiones o inexactitudes en las cuotas tributarias satisfechas correspondientes a los ejercicios no prescritos.
- Evaluación de las actuaciones de la Administración Tributaria: analizar los procesos de inspección en curso y las comunicaciones entre la sociedad y la Administración tributaria durante los períodos impositivos no prescritos. Asimismo, solicitar certificado de que la entidad adquirida se encuentra al corriente de pago de sus obligaciones fiscales.
- Informe: plasmar las contingencias descubiertas y las conclusiones obtenidas en un informe escrito, que tendrá carácter confidencial.

7.1.2 TRIBUTACIÓN DE LOS PRECONTRATOS.

En la generalidad de los casos, el tratamiento fiscal de los precontratos estará sujeto a lo que pacten las partes. No obstante, habrá que tomar en consideración si el transmitente del derecho es un empresario y si existe contraprestación.

En el supuesto que el transmitente sea un empresario profesional y que reciba una contraprestación, la cesión de derechos se entenderá como una prestación de servicios y, por tanto, quedará gravada por el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En cambio, si el transmitente no es un empresario, la cesión de derechos recae en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD). El tipo de gravamen de los bienes inmuebles es superior al de los muebles y varían de una Comunidad Autónoma a otra⁷².

⁷¹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 1088-1089). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁷² ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 1090). Madrid, España: Thomson Reuters.

Por último, si la adquisición de la compañía se lleva a cabo mediante la compra de acciones, dicha transmisión está exenta del ITPAJD, en virtud del art. 45.1.B.9 de la Ley del ITPAJD. Sin embargo, esta excepción no será aplicable cuando el patrimonio de la compañía adquirida esté constituido en más de un 50% por bienes inmuebles y el comprador adquiera una participación de control⁷³.

7.2 RÉGIMEN COMÚN.

A continuación, se analizará el régimen tributario común de la transmisión de empresas, sin entrar a valorar regímenes especiales de ciertas CCAA como País Vasco, Navarra, Ceuta y Melilla, y Canarias.

7.2.1 TRIBUTACIÓN EN EL IRPF.

Cuando el transmitente es una persona física, las alteraciones experimentadas por el patrimonio como consecuencia de la operación societaria tributan en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Las alteraciones patrimoniales pueden ser de dos tipos: pérdidas y ganancias.

La cantidad sobre la que se calcula lo que el vendedor ha de tributar, es la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, tanto para las transmisiones onerosas como para las gratuitas o lucrativas (donaciones y herencias). No obstante, existen dos excepciones a lo anterior⁷⁴:

- Cuando la transmisión lucrativa sea mortis causa, la plusvalía que se generaría al fallecido (transmitente), está exenta de tributar.
- Cuando la transmisión lucrativa sea inter vivos (por ejemplo, una donación), no existe ganancia o pérdida patrimonial para el transmitente en los casos de empresas familiares, siempre que: (1) el adquirente pueda beneficiarse de la reducción del 95% de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD); (2) los elementos hayan estado intrínsecamente vinculados a la actividad de manera ininterrumpida en los 5 años anteriores a la transmisión lucrativa; y (3) el donatario del bien se subroge en la posición del donante⁷⁵.

⁷³ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 1090). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁷⁴ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (p. 70). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁷⁵ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (p. 70). Madrid, España: Wolters Kluwer.

7.2.2 TRIBUTACIÓN EN EL IS.

Cuando el transmitente sea una persona jurídica, tributan en el Impuesto sobre Sociedades las rentas generadas por las alteraciones que su patrimonio experimente como consecuencia de la transmisión de la sociedad.

Para determinar la base imponible del impuesto, se tomará en consideración el resultado contable, que es la diferencia entre el precio de venta y el valor contable de la empresa transmitida. No obstante, el resultado contable será objeto de ajustes extracontables con el fin de salvar las diferencias existentes entre los criterios contables y fiscales⁷⁶.

7.2.3 TRIBUTACIÓN EN EL IRNR.

El Impuesto sobre la Renta de No Residentes es un tributo de carácter directo que grava la renta obtenida en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en éste.

Con independencia de que sea persona física o jurídica, las rentas generadas para el adquirente o para el transmitente fruto de la transmisión de la sociedad, tributan en el IRNR⁷⁷.

7.2.4 TRIBUTACIÓN EN EL IVA.

El Impuesto sobre el Valor Añadido es un tributo indirecto que grava la entrega de bienes y la prestación de servicios que tengan lugar en el marco de una actividad productiva o empresarial.

La transmisión no queda sujeta al IVA cuando lo que se transfiere es un conjunto de elementos tangibles e intangibles que forman parte del patrimonio empresarial y que constituyen una unidad económica autónoma, capaz de desarrollar una labor empresarial independiente. El requisito para la no sujeción es que haya continuidad en la afectación de los elementos transmitidos, quedando sujeta a tributación la transmisión si se produce una ulterior desafectación⁷⁸.

⁷⁶ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (p. 74). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁷⁷ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (pp. 76-77). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁷⁸ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (pp. 80-81). Madrid, España: Wolters Kluwer.

La transmisión de una empresa implica la existencia de tantas entregas como bienes o derechos integran el patrimonio empresarial. En consecuencia, el cálculo de la base imponible se realizará prorrateando el precio de venta entre el valor de mercado de cada uno de los activos recibidos. En el caso de la transmisión de acciones, la operación está exenta de tributar el IVA, salvo que sirva para encubrir la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles⁷⁹.

7.2.5 TRIBUTACIÓN EN EL ITPAJD.

Como ya comentamos con anterioridad, la transmisión de acciones o participaciones está exenta de tributar el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, existe una excepción: cuando encubra la transmisión de bienes inmuebles, sí está obligado a tributar este impuesto.

El ITPAJD es de obligado cumplimiento cuando se transfieren las acciones o participaciones de una sociedad cuyo activo está representado en más de un 50% por bienes inmuebles o cuando el adquirente toma el control de la sociedad (más de un 50% del capital social)⁸⁰.

7.3 RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS TRIBUTARIAS PENDIENTES.

El art. 42.1.c) LGT dispone que *“serán responsables solidarios las personas que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar”*.

No obstante, el potencial adquirente puede solicitar a la Administración Tributaria la expedición de un documento que certifique la relación de obligaciones tributarias pendiente de cumplimiento por la sociedad (art. 175.2 LGT). De este modo, el comprador puede limitar su responsabilidad a tales obligaciones y, en el caso que el certificado se expidiera con contenido negativo o no se facilitare en el plazo de tres meses desde su solicitud, quedará exento de responsabilidad. De no solicitar este

⁷⁹ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “Guía para la transmisión de empresas” (pp. 81-82). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁸⁰ IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “Guía para la transmisión de empresas” (pp. 82-84). Madrid, España: Wolters Kluwer.

certificado, la responsabilidad solidaria del adquirente podría abarcar también las sanciones impuestas o que pudieren imponerse en el futuro⁸¹.

Finalmente, el comprador es responsable subsidiario del pago de los tributos que conciernen a los bienes y derechos transmitidos. En otras palabras, es necesario declarar fallido al deudor principal y a los responsables solidarios para poder proceder contra el adquirente⁸².

8. ASPECTOS GENERALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

8.1 CONCEPTO.

El concurso de acreedores, regulado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, LC), es una institución jurídica cuya finalidad es la satisfacción de los créditos que concurren en el patrimonio insolvente del deudor, evitando la satisfacción preferente de unos sobre otros y garantizando una distribución equitativa entre los acreedores. El concurso es el resultado de una insuficiencia patrimonial derivada de una actividad mercantil infructuosa.

La nueva LC sirvió para aglutinar y unificar en un único procedimiento lo que antes estaba regulado como cuatro supuestos diferentes, a saber, la quiebra, la suspensión de pagos, el concurso de acreedores y el beneficio de quita y espera.

8.2 PRESUPUESTOS.

El presupuesto subjetivo supone que pueden ser sujetos del concurso cualquier deudor, ya sea persona física o jurídica (art. 1.1 LC). Se admite también la declaración de concurso de la herencia aun cuando carece de personalidad jurídica, siempre que no haya sido aceptada pura y simplemente (art. 1.2 LC). Los entes de derecho público constituyen una excepción, ya que no pueden ser declarados en concurso (art. 1.3 LC).

El presupuesto objetivo implica que la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común (art. 2.1 LC), entendiéndose que se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Existen distintos tipos de concurso:

⁸¹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (p. 1111). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁸² IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*” (p. 86). Madrid, España: Wolters Kluwer.

- Concurso voluntario: instado por el propio deudor ante un estado de insolvencia, que puede ser actual o inminente.
- Concurso necesario: declarado a instancia de los acreedores y cuando concurra alguno de los supuestos del art. 2.4 LC.

El presupuesto formal se refiere a la necesidad de que la declaración del concurso conste en un Auto del Juzgado de lo Mercantil (art. 20 LC) en cuyo territorio el deudor tenga el centro de sus intereses principales (art. 10 LC).

8.3 EFECTOS SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La regla general en caso de concurso voluntario es que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido a la intervención de los administradores concursales mediante su autorización o conformidad. En caso de concurso necesario, la regla general es la suspensión de sus facultades, siendo sustituido por los administradores concursales⁸³.

Con carácter general, la declaración del concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor. Por excepción, el Juez puede acordar el cese o cierre de la totalidad o parte de sus establecimientos.

Durante la tramitación del concurso, las personas jurídicas mantendrán sus órganos, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención/suspensión de sus facultades de administración/disposición. En consecuencia, la administración concursal tiene derecho de asistencia y voz en las sesiones de los órganos colegiados; la junta universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal; y los acuerdos de junta/asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización/confirmación de la administración concursal⁸⁴.

⁸³ No obstante, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario, mediante decisión motivada; así como también el cambio de dichas situaciones. Todo ello con la misma publicidad que se hubiese dado a la declaración de concurso conforme a los arts. 23 y 24 LC.

⁸⁴ Tema 46 Notarías. Los presupuestos del concurso. El presupuesto objetivo. La solicitud. La declaración judicial del concurso: efectos en las facultades de administración y disposición del concursado. Los efectos sobre la persona jurídica concursada. Efectos procesales: excepciones a la suspensión de las ejecuciones aisladas. La paralización temporal de las acciones reales. Efectos en los contratos.

La declaración de concurso por sí sola no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. No obstante, la administración concursal o el concursado podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Si una de las partes hubiera cumplido y la otra no, procede incluir el crédito en la masa activa o pasiva, respectivamente⁸⁵.

Asimismo, el art. 64 LC habilita al juez para apartarse de los trámites recogidos en la legislación laboral, al expresar que *“los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en este artículo”*. Además, la administración concursal puede extinguir o suspender los contratos del personal de alta dirección (art. 65 LC).

9. ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES EN CONCURSO DE ACREEDORES.

9.1 PLANTEAMIENTO.

La Ley Concursal indica que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores, pero no debemos olvidar que el concurso también persigue la conservación de la actividad económica y de los puestos de trabajo.

La exposición de motivos de la citada ley señala que la solución habitual del concurso ha de ser el convenio, por medio del cual el deudor concursado y sus acreedores acuerdan la continuidad del negocio y el orden en el que se efectuará el pago de los créditos pendientes de satisfacción⁸⁶.

Sin embargo, en España, más del 90% de los concursos acaba en liquidación y el porcentaje medio de recuperación de créditos por los acreedores ronda el 50%, muy por debajo de otros países como Estados Unidos o Reino Unido⁸⁷. Por tanto, cabe admitir que el espíritu y finalidad de la norma difiere de lo que ocurre en la práctica.

⁸⁵ Tema 46 Notarías. Los presupuestos del concurso. El presupuesto objetivo. La solicitud. La declaración judicial del concurso: efectos en las facultades de administración y disposición del concursado. Los efectos sobre la persona jurídica concursada. Efectos procesales: excepciones a la suspensión de las ejecuciones aisladas. La paralización temporal de las acciones reales. Efectos en los contratos.

⁸⁶ Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁸⁷ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). *“Manual de fusiones y adquisiciones de empresas”* (pp. 655-656). Madrid, España: Wolters Kluwer.

La crisis económica motivó la proliferación de adquisiciones en el marco de crisis empresariales y, por ello, las soluciones a las situaciones de insolvencia se han ido sofisticando. Tradicionalmente, cuando una empresa se encontraba en una situación financiera crítica, deudor y acreedores acordaban una reestructuración de la deuda. Hoy en día, junto con la refinanciación, se recurre al cambio de control (por los acreedores, por un tercero o por ambos) para favorecer la viabilidad de la empresa⁸⁸.

Finalmente, es conveniente señalar que las adquisiciones de sociedades en situación de insolvencia se pueden realizar antes o después de la declaración del concurso. Por un lado, si se produce antes, serán de aplicación las normas relativas a las refinanciaciones y a las acciones rescisorias. Por otro, si se produce después, nos remitiremos a las normas relativas a la transmisión en fase común, de convenio o de liquidación.

9.2 ADQUISICIONES PREVIAS A LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO.

La adquisición de una empresa que corre el riesgo de ser declarada en concurso en los dos siguientes años, suele venir acompañada de una gran incertidumbre. El motivo de dicha inseguridad es que la legislación concursal prevé la rescisión de los contratos suscritos en un período sospechosamente próximo al concurso⁸⁹. Para evitar fraudes o incluso cuando no exista intención fraudulenta, el legislador ha declarado rescindibles aquellos actos que sean perjudiciales para la masa activa y que se hayan realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 71.1 LC).

En aras de determinar la existencia de perjuicio patrimonial para la masa activa, la legislación concursal recoge una serie de presunciones (*iuris tantum e iuris et de iure*).

Se presume el perjuicio patrimonial de manera absoluta respecto de las disposiciones a título gratuito y en la extinción anticipada de las obligaciones cuando el vencimiento de éstas fuera posterior a la fecha de declaración del concurso (art. 71.2 LC). Del mismo modo, se presume el perjuicio patrimonial, aunque admite prueba en contrario, de los siguientes actos (art. 72.3 LC):

- Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (por ejemplo, cónyuge o familiar, si el concursado es persona natural; socio o sociedad del mismo grupo empresarial, si el concursado es persona jurídica).

⁸⁸ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (pp. 1215-1216). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁸⁹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “Adquisiciones de empresas” (pp. 1217-1218). Madrid, España: Thomson Reuters.

- La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.
- Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

También entran en esta sección las adquisiciones de sociedades en el marco de acuerdos de refinanciación homologables. Un acuerdo homologable está constituido por créditos que representan, como mínimo, tres quintos del pasivo total del deudor. Además, es necesario que el acuerdo esté suscrito por el 75% de los acreedores financieros y, como dicen ERLAIC COTELO Y ÁLVAREZ ARJONA, que no suponga un “sacrificio desproporcionado” para las entidades financieras. En todo caso, el acuerdo de homologación debe comportar el establecimiento de una espera, y no producirá más efectos que los inherentes al aplazamiento de la deuda, sin posibilidad de imponer cargas financieras nuevas⁹⁰.

Una vez se admita a trámite la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), se suspenderán las ejecuciones singulares durante un mes, período extensible a un año cuando el juez homologue el acuerdo. La homologación aprobada se publicará en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y se concederá a los acreedores financieros que no hubieron manifestado su conformidad con el acuerdo un plazo de impugnación de 10 días a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación⁹¹.

9.3 EL CONVENIO COMO INSTRUMENTO DE ADQUISICIÓN.

Esta figura jurídica tiene muy poca relevancia en la práctica jurídica, ya que las adquisiciones de sociedades concursadas suelen concretarse en la fase común o en la de liquidación. No obstante, cabe distinguir dos modalidades: el convenio ordinario y el anticipado.

El convenio ordinario permite mejorar las condiciones de cumplimiento de la deuda, es decir, reducir su importe o prolongar los plazos en los que ha de ser satisfecha. Asimismo, el convenio posibilita enajenar la compañía concursada como un conjunto o unidades productivas⁹². En otras palabras, el

⁹⁰ CALBACHO, F. (2011). “*La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*” (pp. 180-186). Uría Menéndez.

⁹¹ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 1218-1221). Madrid, España: Thomson Reuters.

⁹² ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 1221-1223). Madrid, España: Thomson Reuters.

convenio puede establecer que los bienes afectos a la actividad empresarial sean transmitidos en todo o en parte⁹³.

Los límites del contenido del convenio son temporales y cuantitativos: la quita de deuda no podrá ser superior a la mitad de su importe y el aplazamiento de pago no puede exceder de 5 años (art. 100 LC). Además, el adquirente se compromete a asumir la continuidad del negocio y a informar a los representantes de los trabajadores con carácter previo a la consumación de la transmisión.

Por su parte, el convenio anticipado permite acelerar trámites y minimizar los perjuicios causados por un concurso. El art. 104 LC estipula que el deudor podrá presentar una propuesta de convenio anticipado cuando haya llegado el momento de declaración del concurso sin haber incurrido los administradores en responsabilidad alguna.

La admisibilidad de esta modalidad de convenio dependerá de que el deudor haya obtenido la firma del 10% del pasivo ordinario, esto es, que el 10% de los acreedores hayan manifestado su conformidad con la propuesta de convenio. Como matiz final, el convenio anticipado, a diferencia del ordinario, permite quitas superiores a la mitad del importe y esperas que excedan el plazo de 5 años⁹⁴.

9.4 ADQUISICIÓN DE SOCIEDADES CONCURSADAS EN VÍA DE LIQUIDACIÓN.

La legislación concursal recoge de manera expresa esta vía de adquisición en los arts. 148 y 149, si bien su proyección práctica se limita a la enajenación de elementos individualizados. El fundamento de esta limitación reside en que una empresa que no ha conseguido salvar la situación de insolvencia en la fase preconcursal ni en la de convenio, difícilmente puede ser vista por un potencial adquirente como una inversión fiable.

En esta fase, los interlocutores serán los miembros de la administración concursal, que es la encargada de realizar un plan de liquidación. Dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez un plan de realización de los bienes y derechos integrantes de la masa activa del concurso. Este plan debe priorizar la venta unitaria de los establecimientos y explotaciones de la compañía, así como de

⁹³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 656-659). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁹⁴ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 1221-1223). Madrid, España: Thomson Reuters.

cualesquiera otros bienes y derechos de los que fuera titular la sociedad, salvo que el juez estimare más conveniente para los intereses del concurso la división del patrimonio empresarial⁹⁵.

En todo caso, la venta se realizará mediante subasta, otorgándose prioridad a las ofertas que aseguren la continuidad de la actividad empresarial, el mantenimiento de los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. Si la subasta quedara desierta, el juez acordará la enajenación directa de los elementos patrimoniales.

9.5 ADQUISICIÓN DE EMPRESAS EN FASE COMÚN AL AMPARO DEL ART. 43 DE LA LEY CONCURSAL.

Esta modalidad es la que sucede con mayor frecuencia en la práctica, ya que adelantar el proceso de venta contribuye a reducir los costes del concursado, facilitar el mantenimiento de la actividad productiva y, en consecuencia, la conservación de los puestos de trabajo.

9.5.1 RÉGIMEN GENERAL.

El art. 43.2 LC impide la enajenación o gravamen de los bienes y derechos integrantes de la masa activa hasta la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación, a no ser que el juez autorizase la operación. En todo caso, de producirse las ventas, serán de aplicación los preceptos 148 y 149 LC.

Pero, ¿incluye esta prohibición la venta de unidades productivas o, por el contrario, se refiere únicamente a bienes y derechos individualizados? Esta cuestión ha sido objeto de interpretación *a sensu contrario* por parte de la doctrina. El abogado mercantilista SEBASTIÁN QUETGLAS afirma que, de la dicción literal del art. 43.2 LC, podemos inferir que esta prohibición abarca necesariamente la enajenación de unidades productivas y que, por tanto, se requiere autorización judicial que habilite la operación. Confirmando esta postura doctrinal, el apartado 4º del artículo se refiere de manera expresa a la “*transmisión de unidades productivas de bienes o servicios (...)*”.

En conclusión, existe la posibilidad de enajenar una sociedad en su conjunto en fase común, siempre que concurren determinados requisitos: (1) que no sea posible la espera a la fase de liquidación, porque supondría un deterioro inasumible para la compañía o unidad productiva; (2) que sea la mejor

⁹⁵ ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*” (pp. 1223-1225). Madrid, España: Thomson Reuters.

alternativa para el concurso, esto es, para la mejor satisfacción de los acreedores, para el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la continuidad de la actividad económica; y (3) que el procedimiento cuente con las mayores garantías de transparencia⁹⁶.

9.5.2 PROCEDIMIENTO.

Para poder solicitar la autorización judicial de enajenación, debemos contar con el auto firme de declaración del concurso. El fundamento legal de este requisito reside en la seguridad del tráfico jurídico, ya que carece de sentido tomar una decisión mientras subsista el derecho a presentar recurso que, en caso de ser estimado, daría lugar a la revocación de la declaración del concurso⁹⁷.

La legitimación activa para instar la venta en fase común recae sobre el deudor (concurso voluntario) o la administración concursal (concurso necesario). En todo caso, la solicitud ha de ser firmada por ambas partes, para dotar de mayor empaque a la petición.

La solicitud debe contener la unidad productiva que se desea transmitir, junto con las razones de oportunidad y materiales que justifican la petición de autorización en sede judicial. Se presentará por escrito al juez, que dará traslado a las “*partes*”⁹⁸ que *deban ser oídas*” para que efectúen las alegaciones que tengan por conveniente en un plazo no inferior a 3 días ni superior a 10 (art. 188 LC).

Posteriormente, el juez debe resolver en el plazo de 5 días y, para evitar dilaciones innecesarias que perjudiquen al concurso, la legislación concursal únicamente concede la posibilidad de interponer recurso de reposición contra la resolución.

9.5.3 REGLAS DEL ARTÍCULO 146.BIS DE LA LEY CONCURSAL

La legislación concursal presentaba un vacío en la regulación de las ventas de unidades productivas en fase común. Las presiones de los agentes económicos, que exigían un sistema previsible y exento de riesgos para el adquirente, propiciaron que el legislador introdujera un nuevo precepto, el 146.bis LC. Este artículo está enfocado a la regulación exclusiva de las especialidades en la transmisión de unidades productivas en funcionamiento.

⁹⁶ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 659-660). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁹⁷ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 660-662). Madrid, España: Wolters Kluwer.

⁹⁸ El término partes ha de ser interpretado al amparo del art. 184 LC, que considera sujetos a tener en cuenta en el procedimiento a: (1) la administración concursal y el deudor; (2) los acreedores; y (3) cualesquiera otras personas que acrediten un interés legítimo y que estén representadas por letrado y procurador de los tribunales.

9.5.3.1 CONTRATOS AFECTOS A LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD.

El primer apartado del art. 146.bis LC dispone que “*se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional cuya resolución no hubiera sido solicitada*”. Este fragmento contraviene el principio general por el que se exige el consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor (art. 1205 CC). Sin embargo, la realidad es que resultaría imposible transmitir una unidad productiva en el seno de un procedimiento concursal si, para ello, debieran prestar su consentimiento todos los proveedores y acreedores⁹⁹.

La jurisprudencia dispuso que, al tratarse de cesiones imperativas y no de ventas voluntarias, ya que es necesario el mantenimiento de la unidad productiva como un todo (incluyendo los contratos necesarios para continuar la actividad económica), no serían de aplicación las reglas del Código Civil a estas operaciones¹⁰⁰.

En consecuencia, tanto el legislador como la jurisprudencia coinciden en que se transmiten al adquirente la totalidad de los contratos afectos a la continuidad de la actividad empresarial, sin necesidad de obtener ningún consentimiento. No obstante, existen dos excepciones: (1) que la parte *in bonis*, es decir, la contraparte del concursado, hubiera manifestado su voluntad de resolver el contrato; y (2) que el adquirente haya manifestado su deseo de no subrogarse en cierto contrato.

9.5.3.2 DEUDAS DE LAS QUE RESPONDE EL ADQUIRENTE.

El art. 146.bis.4 estipula que el adquirente no se encuentra obligado al pago de los créditos que no hubieran sido satisfechos por el concursado antes de la transmisión¹⁰¹, salvo que los hubiera asumido expresamente.

El art. 146.bis.4 matiza que su contenido no será de aplicación cuando el adquirente sea una persona especialmente relacionada con el concursado. La justificación aportada por el legislador es que estos sujetos tienen un mayor conocimiento de la situación económica del concursado. Sin embargo, SEBASTIÁN QUETGLAS considera que las empresas del grupo o el socio mayoritario del concursado se encuentran en mejores condiciones de presentar una oferta que haga viable la

⁹⁹ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 662-665). Madrid, España: Wolters Kluwer.

¹⁰⁰ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 662-665). Madrid, España: Wolters Kluwer.

¹⁰¹ Que el adquirente no asuma la deuda no implica que ésta no vaya a pagarse. De hecho, será satisfecha con el precio obtenido por la venta, siempre de conformidad con el orden de preferencia recogido en los arts. 154 y ss. LC.

continuidad del negocio y de los puestos de trabajo. Por tanto, sería recomendable aplicar el régimen general de no subrogación en las deudas del transmitente para no desincentivar a estos sujetos, salvo que hubieran agravado con su actuación el concurso o hubieran actuado de mala fe¹⁰².

9.5.3.3 CONTROVERSIA DE LAS DEUDAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

Tradicionalmente, se consideraba que el art. 149.4 LC permitía al juez del concurso autorizar la transmisión de la compañía libre de cargas (incluidas las laborales y de Seguridad Social).

No obstante, la reforma de la Ley Concursal por la Ley 9/2015 dejó claro en la redacción de los arts. 149.4 y 146.bis.4 que la transmisión de unidades productivas constituye sucesión de empresas y que, por tanto, el adquirente asume la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago y cuotas impagadas a la Seguridad Social. Todo ello salvo que el juez del concurso dispusiera que el adquirente no se subroga en los salarios o indemnizaciones pendientes de pago asumidos por el FOGASA (que, en ningún caso, abarca las cuotas de la Seguridad Social)¹⁰³.

Este factor está limitando de manera extraordinaria la adquisición de sociedades en fase común de concurso, ya que ningún empresario desea asumir la deuda laboral y de la Seguridad Social del transmitente. Del mismo modo, la preferencia en el cobro otorgada a los trabajadores y a la Seguridad Social está desincentivando aún más a los inversores, que renunciarán a formalizar una oferta de adquisición de una empresa en funcionamiento. La ausencia de ofertas genera un perjuicio mayor para los trabajadores, ya que los contratos de trabajo quedarán extinguidos por la mayor carga laboral que se quiere imponer al adquirente¹⁰⁴.

9.5.3.4 RÉGIMEN LICENCIAS, AUTORIZACIONES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El art. 146.bis.1 determina que la cesión de contratos administrativos se efectuará de conformidad con el art. 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. De acuerdo con este precepto, la cesión de estos contratos en ningún caso puede restringir la libre competencia, por lo que deberá ser objeto de una nueva licitación. Asimismo, la cesión no será válida cuando las

¹⁰² QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 665-666). Madrid, España: Wolters Kluwer.

¹⁰³ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 666-669). Madrid, España: Wolters Kluwer.

¹⁰⁴ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 666-669). Madrid, España: Wolters Kluwer.

características del contratista hayan sufrido una alteración sustancial, cuando éstas hubieran sido la razón determinante para la adjudicación del contrato¹⁰⁵.

Por su parte, el art. 146.bis.2 establece que “*se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones*”. En otras palabras, la cesión de las licencias y autorizaciones opera de manera automática, siempre que la actividad de la empresa cesionaria se desarrolle en las mismas instalaciones.

9.5.3.5 DEUDAS TRIBUTARIAS.

Con carácter general, las deudas tributarias del cedente de una unidad productiva se transfieren automáticamente al adquirente (art. 42.1.c LGT). Pero el mencionado precepto contiene una excepción, al excluir la aplicación del régimen general a los adquirentes de explotaciones pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en el marco de un procedimiento concursal.

Por tanto, concluimos que el adquirente no es responsable solidario de las deudas que el anterior empresario tuviere con la Hacienda Pública. Ello dificulta aún más comprender por qué las deudas laborales y de Seguridad Social deben ser asumidas por el nuevo empresario, siguiendo un sistema diametralmente opuesto al concerniente a las deudas fiscales.

9.5.4 MODALIDADES DE VENTA.

La regla general es la venta en pública subasta, sin perjuicio de que pueda el juez acordar la venta directa si la subasta quedara desierta o cuando considere que procede en interés del concurso. Además, la Ley recoge otra posibilidad, la venta a través de entidad especializada, pero en ese caso los honorarios que se devenguen se harán con cargo a las retribuciones de la administración concursal¹⁰⁶. Y no es de extrañar que los administradores concursales sean muy reticentes a esta vía, ya que supondría una merma de sus honorarios.

¹⁰⁵ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (p. 669). Madrid, España: Wolters Kluwer.

¹⁰⁶ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 671-675). Madrid, España: Wolters Kluwer.

Como matiz final, el juez del concurso no está obligado a seleccionar la oferta más elevada, a pesar de que maximiza los intereses de los acreedores. De hecho, el juez puede apostar por una oferta más baja, siempre que no difiera en más de un 15% con la más elevada, para salvaguardar la continuidad del negocio y el mantenimiento de los puestos de trabajo¹⁰⁷.

10. CONCLUSIONES.

En vista de que los aspectos más relevantes de una operación de adquisición, ya sea en situación de solvencia o insolvencia, ya han sido explicados con detalle a lo largo del cuerpo de este Trabajo de Fin de Grado, se considera la conclusión de este estudio comparativo planteando una serie de mejoras prácticas que, a juicio de quién escribe estas líneas, podrían ayudar a mejorar la eficacia de la enajenación de la empresa o unidad productiva en el marco de un procedimiento concursal.

La primera propuesta consiste en que tanto el concursado como la administración concursal incluyan en el inventario de bienes y derechos una valoración de la empresa en su conjunto o una valoración individualizada de cada una de las unidades productivas de que sea titular la empresa y que sean susceptibles de enajenación de manera independiente.

Hasta la fecha, la Ley Concursal exigía a la persona deudora una valoración de los bienes y derechos integrantes de su activo o patrimonio. Por tanto, el fundamento de esta propuesta reside en que una empresa en funcionamiento es mucho más que un activo. Además de ser un conjunto de elementos materiales orientados a desarrollar una actividad económica, una empresa es el valor de su marca, su cartera de clientes, su posicionamiento, el ‘know how’ aportado por sus profesionales, el valor de sus patentes, etcétera.

Con esta medida, se pretende habilitar de manera efectiva la venta de la compañía o de la unidad productiva en sede concursal, evitando así la venta de los bienes y derechos integrantes del patrimonio de la empresa por separado. De esta manera, los potenciales inversores verían una oportunidad de negocio menos incierta, ya que conocerían de antemano el valor de la inversión.

La segunda medida se orienta directamente a la publicidad. Cuanta más publicidad se conceda a una operación, sea cual sea, más sujetos se sumarán al proceso y presentarán sus ofertas. Y cuantas más personas interesadas concurren con sus ofertas económicas, mayor será el precio obtenido por la enajenación. En consecuencia, incrementarán las posibilidades de éxito de la operación, que consisten

¹⁰⁷ QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*” (pp. 671-675). Madrid, España: Wolters Kluwer.

en satisfacer el crédito de los acreedores, sin olvidar la continuidad del negocio y el mantenimiento de los puestos de trabajo. En suma, esta medida consiste en incrementar la publicidad que se otorga a las operaciones de enajenación de sociedades o unidades productivas (por ejemplo, mediante la publicación en el boletín de las instituciones públicas correspondientes o en la prensa de la región que corresponda al ámbito de actuación de la mercantil).

En mi humilde opinión, una tercera medida debe estar enfocada a la revisión de la legislación concursal por parte del legislador, en aras de regular un procedimiento único de venta basado en los principios de celeridad, economía procesal, flexibilidad, maximización del valor de la masa activa, y que sea garante de la seguridad jurídica. Esta medida debería llevarse a cabo con el fin de salvar y potenciar el tejido empresarial español.

No olvidemos que nuestra Ley Concursal fue aprobada en época de bonanza económica, cuando los concursos de acreedores eran una figura jurídica residual. La crisis económica derivó en un incremento exponencial del número de concursos en España y resulta imperativo dar a este fenómeno una regulación a la altura de su peso en el tráfico jurídico mercantil actual.

Asimismo, considero que la revisión legislativa debería abordar la asunción de deudas laborales y de la Seguridad Social por parte del adquirente de una empresa o unidad productiva en el marco concursal. Al igual que la LGT exime al comprador de las deudas tributarias contraídas por el anterior empresario, una exención laboral incentivaría al inversor a adquirir una empresa concursada, ya que haría extraordinariamente más viable la continuidad con éxito del negocio adquirido.

Finalmente, considero que, de llevarse a cabo estas medidas, se podría mejorar notablemente la eficacia de estas operaciones y dar cumplimiento a los tres objetivos perseguidos por todo concurso de acreedores: la satisfacción de los créditos de los acreedores, la continuidad de la actividad empresarial y la conservación de los puestos de trabajo.

11. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2004). “*Fusiones y adquisiciones de empresas*”. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi.

ÁLVAREZ, J.M. & CARRASCO, A. (2013). “*Adquisiciones de empresas*”. Madrid, España: Thomson Reuters.

ARÍS, A. (2015). “*Fiscalidad de las fusiones y adquisiciones de empresas*”. Universitat Oberta de Catalunya.

CALBACHO, F. (2011). “*La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*”. Uría Menéndez.

CISNEROS, J. & JIMÉNEZ, M. (2003). “*Proceso de Fusión y Adquisición*”. UDLAP.

DELOITTE (2016). “*Transmisión de empresas*”. Madrid, España: Francis Lefebvre.

GK (2018). “*Fusión de empresas y consecuencias laborales*”. GK Consultora.

IRIARTE & SAN SEBASTIÁN & SAINZ (2013). “*Guía para la transmisión de empresas*”. Madrid, España: Wolters Kluwer.

MENÉNDEZ, A. & ROJO, A. (2019). “*Lecciones de Derecho Mercantil*”. Navarra, España: Civitas, Vol. 2, 17ª Edición.

QUETGLAS, R. & JORDANO, M. (2018). “*Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*”. Madrid, España: Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ, F. & SÁNCHEZ-CALERO, J. (2015). “*Instituciones de Derecho Mercantil*”. Madrid, España: Aranzadi, Vol. 2, 37ª Edición.

TAPIA, A.J. & SÁNCHEZ-CALERO, J. (2014). “*Casos y materiales de Derecho Mercantil*”. Madrid, España: Aranzadi.

LEGISLACIÓN:

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (arts. 325 - 345).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (arts. 1445 - 1537).

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.

Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1966.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de diciembre de 1996.

Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo núm. 101/1999, de 16 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo núm. 330/2013, de 25 de junio.

TEMARIO OPOSICIONES:

Tema 3 Notarías. El establecimiento mercantil. Su naturaleza jurídica. Clases de establecimientos. Las sucursales. Los elementos del establecimiento mercantil. Transmisión, arrendamiento, usufructo e hipoteca del establecimiento mercantil.

Tema 24 Notarías. La fusión: concepto, clases y régimen jurídico. Idea de la fusión transfronteriza. La escisión. La cesión global del activo y pasivo. La aportación de rama de actividad.

Tema 32 Notarías. La compraventa mercantil: concepto y delimitación. Perfección del contrato y doctrina de los riesgos. Obligaciones del vendedor y del comprador. Compraventas especiales.

Tema 46 Notarías. Los presupuestos del concurso. El presupuesto objetivo. La solicitud. La declaración judicial del concurso: efectos en las facultades de administración y disposición del concursado. Los efectos sobre la persona jurídica concursada. Efectos procesales: excepciones a la suspensión de las ejecuciones aisladas. La paralización temporal de las acciones reales. Efectos en los contratos.

Tema 47 Notarías. La masa activa: su composición. Los bienes conyugales. La reintegración de la masa activa. Las acciones de rescisión. Los créditos contra la masa. La masa pasiva. El reconocimiento de créditos. Idea de la clasificación de los créditos concursales: consideración especial de los acreedores hipotecarios y pignoratícios.