



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Fusión de empresas de transporte de viajeros por carretera

Fusión de empresas de transporte
de viaxeiros por estrada.

Merger of companies of
travelers' transportation services
by road

Autor/a: Cristina Isabel Jácome Alonso

Tutor: Miguel Caamaño Anido

Simultaneidad de grados en Derecho y ADE

Año 2018

Resumen

El presente Trabajo de Fin de Grado trata la sucesión de empresas desde una perspectiva pluridisciplinar. Partiendo del supuesto concreto de una fusión empresarial de sociedades limitadas dedicadas esencialmente al transporte de viajeros por carretera, se proporciona un estudio de las principales repercusiones de la modificación estructural a nivel laboral, administrativo, financiero, mercantil y fiscal. Se realiza así un análisis completo y transversal, con mención de las principales aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia.

Palabras clave: Reestructuración empresarial; fusión de empresas; estudio pluridisciplinar; mercantil; laboral; contrata; licencias; convenios colectivos; financiero; fiscal; sucesión universal; leasing; transporte de pasajeros; TES+BUS.

Abstract

The present end-of-degree project addresses the business succession from a multidisciplinary viewpoint. On the basis of the particular case of a merger of private limited companies chiefly dedicated to supplying travelers' transportation services by road, this paper provides a study of the key impacts of the structural change in a labor, administrative, financial, mercantile and fiscal level. Thus, it constitutes a complete and cross-cutting analysis, including notes to the relevant doctrinal contributions and case-law decisions on this matter.

Key words: Corporate restructuring; merger of companies; multidisciplinary study; commercial law; labor law; administrative concessions; permits; collective agreements; financial law; fiscal; universal succession; leasing; travelers' transportation services.

Índice

Introducción	5
1. PERSPECTIVAS LABORAL Y ADMINISTRATIVA	7
1.1 ¿Qué consecuencias legales se derivan sobre la antigüedad, convenios colectivos, retribución, y derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías?	7
1.1.1. Marco regulatorio	7
1.1.2. Sucesión de empresas <i>ex art. 44 LET.</i>	9
1.1.3. Legislación de contratación pública.....	15
1.1.4. Convenios sectoriales (AMG)	15
1.1.5. Las especialidades de la iniciativa TES+BUS.....	17
1.1.6. Sinopsis	17
1.2 ¿Qué consecuencias se derivan sobre las licitaciones y concesiones administrativas relativas a tarjetas de transporte, líneas regulares y concesiones de transporte escolar?	18
1.2.1 La gestión del transporte regular, permanente y de uso general.	18
1.2.2 El procedimiento general de adjudicación y órganos competentes. .	19
1.2.3 Subrogación en las concesiones, régimen general.....	20
1.2.4 Subrogación de las concesiones en materia de transportes.	22
1.2.5 Las especialidades de la iniciativa TES+BUS.....	23
1.2.6 Sinopsis	23
2. PERSPECTIVAS FINANCIERA Y MERCANTIL	24
2.1. ¿Qué consecuencias se derivan sobre el leasing de los vehículos, deudas con proveedores, préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras, avales y garantías prestadas por éstas?	24
2.1.1 El derecho de oposición de los acreedores.....	24
2.1.2 Subrogación en contratos de leasing	26
2.1.3 Subrogación en préstamos y pólizas de crédito.....	28
2.1.4 Subrogación en garantías, fianzas y avales.	29
2.1.5 Sinopsis.	30

2.2. ¿Qué consecuencias se derivan sobre el control de las mayorías de Junta y Consejo de Administración necesarias para la fusión y consecuencias de la operación en cuanto al control y toma de decisiones en la fusionada una vez haya sido inscrita en el Registro Mercantil?	31
2.2.1 Continuidad de los socios y tipo de canje.	32
2.2.2 Las especialidades de la fusión expedita o unánime.....	34
2.2.3 Mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.	35
2.2.4 Sinopsis.	37
3. PERSPECTIVA FISCAL.....	38
3.1. ¿Sería posible la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales, previsto en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, que permite hacer la operación a coste fiscal cero?	38
3.1.1 Tratamiento fiscal en la imposición directa e indirecta de la operación proyectada.	38
3.1.2 El régimen especial: una opción de planificación fiscal lícita para abaratar fiscalmente el proceso de reestructuración empresarial.	39
3.1.3 Sinopsis	42
Conclusiones	43
Bibliografía	46
Apéndice jurisprudencial	49
1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	49
2. Tribunal Supremo.....	49
3. Audiencia Nacional.	50
4. Tribunales Superiores de Justicia.....	50
5. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.....	50
6. Audiencias Provinciales.	50
7. Juzgados de lo Mercantil.....	50
8. Dirección General de los Registros y del Notariado.....	50
Anexos.....	51
Anexo 1. El cálculo del tipo de canje.....	51

Índice de tablas

Tabla 1. Consecuencias jurídicas de la sucesión a nivel laboral.....	8
--	---

Introducción

La evolución del contexto social en materia de movilidad exige una dilatada capacidad de adaptación por parte de empresas y poderes públicos.

Por lo que respecta a las posibilidades de actuación de estos últimos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, señala la Ley 10/2016, de 19 de julio, *de medidas urgentes para la actualización del sistema de transporte público de Galicia*¹, en su art. 2.1, que será el Plan de transporte público de Galicia el instrumento clave para la ordenación de los servicios de transporte público. Esta ley resultó crucial para, mediante el establecimiento de normas transitorias, facilitar la continuidad de los servicios de transporte público en las condiciones en que se venían prestando (salvo renuncia expresa)², en vista a la resolución previa de los contratos de gestión de servicios de transporte público general de uso general por resolución judicial³. La elevada concentración territorial de los servicios públicos cuyas contratistas renunciaron a la continuidad de la explotación suscita múltiples preguntas acerca de su detonante.

Este hecho se ha visto acompañado por la reciente entrada en precurso de ciertas empresas gallegas punteras en el sector del transporte de pasajeros por carretera, síntoma claro de la existencia de cambios en el entorno empresarial que hacen menester la toma rápida de decisiones por parte de los directores de las compañías con el fin de asegurar su supervivencia. Hasta ahora considerado estable, el sector se ha convertido recientemente en núcleo de reclamaciones sindicales derivadas principalmente de modificaciones legislativas que han provocado cierta inseguridad en el seno de las empresas.

Concretamente, patronal y sindicatos consideran que la imposición del nuevo plan de transporte por parte de la Xunta puede mermar la practicabilidad de algunas concesiones y, en especial, las garantías para conservar los empleos.

De entre las iniciativas planteadas para acometer la modernización del sector, destaca la implantación del denominado transporte escolar compartido⁴, consistente en la transformación de las rutas hacia los colegios en servicios regulares abiertos al resto del

¹ «BOE» núm. 217, de 8 de septiembre de 2016.

² El objetivo de garantizar la continuidad de este tipo de explotaciones se refleja, entre otros, en los arts. 73.2 y 77.4 de la Ley 2/2017, de 8 de febrero, *de medidas fiscales, administrativas y de ordenación* («BOE» núm. 83, de 7 de abril de 2017; en adelante, LMFAO). Pretenden así dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5.5 del Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, *sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los reglamentos (CEE) 1191/69 y (CEE) 1107/70 del Consejo* («DOUE» núm. 315, de 3 de diciembre de 2007)

³ STS del 14 de marzo de 2016 [RJ 2016\1651]

⁴ Iniciativa ya planteada el 19 de marzo de 2007, fecha en que se pone en marcha desde la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes y la Consejería de Educación y Ordenación Universitaria, un programa piloto que planteaba la utilización mixta de las líneas de transporte escolar, ofreciendo a los residentes de aldeas rurales sin transporte público la utilización de las rutas escolares como transporte público colectivo.

público. Pese a que la idea se dirige a la integración, coordinación y racionalización de los servicios de transporte y los servicios públicos destinados a ellos (encontrándose especialmente enfocado al ámbito rural)⁵, y a priori recibió resultados satisfactorios en el estudio de campo realizado en 2007⁶, los empresarios consideran que esta modificación puede reducir el atractivo y la viabilidad económica de algunas concesiones, haciendo peligrar el servicio y la supervivencia de las empresas más vulnerables del sector.

A la vista de las circunstancias, las compañías han comenzado a adoptar medidas para garantizar su supervivencia. Una opción por la que han optado múltiples empresarios ha sido la de llevar a cabo combinaciones de negocios que les permitan no sólo sobrevivir, sino también mejorar sus ratios de gestión, preparándose para afrontar con éxito los retos empresariales que plantea en la actualidad el sector del transporte de pasajeros por carretera.

En los supuestos de fusión, la frugal doctrina ofrece un extenso estudio de la casuística que puede surgir, si bien con carácter general se aplica la subrogación empresarial, sea *ex lege*, por mandato del convenio colectivo, o por simple novación subjetiva. Dicha subrogación ha provocado que con frecuencia se haga referencia a la absoluta necesidad de realizar una auditoría previa a la formalización de la operación (comúnmente denominada *due diligence*), con el fin de sentar las bases de la operación y clarificar asimismo las cargas asumidas por la sociedad adquirente. Especial relevancia en este ámbito cobran las obligaciones asumidas en materia laboral, con el fin de que la figura adquirente pueda conocer el grado de cumplimiento de las obligaciones laborales, seguridad social o prevención de riesgos laborales de la sociedad que pretende adquirir.

A continuación se diseñará y ejecutará la reforma estructural para la integración de las compañías A S.L. y G S.L., que a la vista de la inestabilidad del sector han planteado su fusión. Se realizará por tanto un estudio pluridisciplinar, recopilando y en la medida de lo posible condensando las principales repercusiones que este tipo de operación tiene en los ámbitos laboral, administrativo, financiero, mercantil y fiscal.

⁵ Todo ello de conformidad con el mandato contenido en el art. 79.2 LMFAO, que ordena la promoción de la integración de servicios dirigidos a la atención de diferentes colectivos de personas usuarias, preferentemente contratados por una misma Administración (la red de transporte público regular de uso general presentaría una oferta real alternativa a las distintas redes dedicadas a colectivos singulares, como el escolar, que mantiene la Xunta)

⁶ Ver a tal efecto la encuesta realizada por la Dirección General de Transportes (07-132 Encuestas TES+BUS, mayo-junio 2007). Recuperado de <https://bit.ly/2JWBkHE> [consulta 18 de febrero de 2018]

1. PERSPECTIVAS LABORAL Y ADMINISTRATIVA

1.1 A partir de la integración de las compañías A S.L. y G S.L., ¿qué consecuencias legales se derivan sobre la antigüedad, convenios colectivos, retribución, y derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías?

1.1.1. Marco regulatorio.

La incidencia de las operaciones de adquisición en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales se ve mitigado, en aras a proteger la situación de los trabajadores⁷, a través de la figura de sucesión de empresa, en línea con la filosofía establecida en la Ley 12/2001, de 9 de julio, *de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*⁸. Se ha afirmado doctrinalmente que esta ley establece un nuevo sistema de garantías a favor de los trabajadores cedidos⁹.

Comenzando por el **marco regulatorio**, la sucesión de empresa se regula en el art. 44 del 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*¹⁰, así como en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, *sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*¹¹.

Las garantías instituidas por el art. 44 LET y la Directiva mencionada, que pueden clasificarse como individuales o colectivas¹², se basan en la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo titular de la empresa¹³, y se articulan sobre tres puntos: la conservación de las relaciones de trabajo en todos sus términos, la subrogación del nuevo

⁷ DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n° 38, p. 254.

⁸ «BOE» núm. 164, de 10/07/2001.

⁹ Entre ellos, MOLINA NAVARRETE, C.: “El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, 2001, N° 221-222; p. 141.

¹⁰ «BOE» núm. 255, de 24/10/2015, en adelante LET.

¹¹ «DOCE» núm. 82, de 22 de marzo de 2001, en adelante Dir. 2001/23/CE.

¹² “Esta división se corresponde con la sistemática normativa de la Directiva 77/187, y se ha mantenido hasta nuestros días en la Directiva 2001/23”, con las novedades incorporadas por la Directiva 98/50, que permitieron determinadas exclusiones de la aplicación de garantías individuales mediante compensación. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2001, p. 63.

¹³ Pese a la aparente sencillez de la regla, la casuística es diversa y ha dado lugar a análisis dogmáticos de gran trascendencia en referencia a la naturaleza de la empresa y la propia relación de trabajo, como pone de manifiesto Rodríguez-Piñeiro en el prólogo de GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1989, p. 17.

empresario en los derechos y obligaciones del anterior, y la responsabilidad conjunta solidaria de los sucesivos empresarios¹⁴.

Conviene advertir que la subrogación empresarial no opera únicamente por imperativa legal *ex art. 44 LET (ope legis)*, pues también lo hace por mandato del convenio colectivo (de concurrir los requisitos, formales y materiales, convencionalmente establecidos); o por mandato de los pliegos que regulen la concesión administrativa (sucesión *ex pliegos*), por novación subjetiva del contrato de trabajo¹⁵.

En todos los casos se produce la obligación de subrogación, pero el alcance de la misma es distinto en cada supuesto. A modo de ejemplo, en la sucesión legal de empresas del art. 44 LET opera la subrogación *ope legis*; en la subrogación *ex convenio colectivo* se producirá en los términos y condiciones fijados (p. ej., por antigüedad)¹⁶; en la subrogación *ex pliegos*, como el origen de la obligación no proviene de una norma con eficacia *erga omnes*, el traspaso de los trabajadores a la nueva adjudicataria debe ser aceptado por estos¹⁷.

Tabla 1. Consecuencias jurídicas de la sucesión a nivel laboral.

PROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN	CONSECUENCIAS JURÍDICAS
SUBROGACIÓN <i>EX</i> PLIEGOS	Obligación de subrogación. — Novación contractual que debe ser aceptada por los trabajadores (1.205 CC y SSTS 20 de febrero de 2000 <i>handling</i>).
SUBROGACIÓN <i>EX</i> CONVENIO COLECTIVO	Obligación de subrogación. — En los términos y condiciones que fija el convenio. — Con límites (trabajadores con determinada antigüedad, porcentaje de trabajadores de la cedente, etc.). — Sujetas a formalidades y entrega de documentación.
SUBROGACIÓN LEGAL (SUCESIÓN DE EMPRESAS 44 ET Y SUCESIÓN EN LA PLANTILLA)	Obligación de subrogación. Responsabilidad solidaria entre cedente y cesionaria laboral y de seguridad social.

Fuente: MADRIGAL ESTEBAN, M. J. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D. (2015; p. 35)

Por lo que respecta a las relaciones laborales en el ámbito del sector de transporte de viajeros por carretera, tendremos en cuenta en el presente apartado la Resolución de 13 de febrero de 2015, de la Dirección General de Empleo, *por la que se registra y publica el Acuerdo marco estatal sobre materias del transporte de viajeros por carretera, mediante vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluido el conductor*¹⁸, y en especial, el aplicable en el ámbito espacial de que se trata, la Resolución de 14 de diciembre de 2017, de la Secretaría General de Empleo, *por la que se ordena el registro, el depósito y la publicación en el Diario Oficial de Galicia del Acuerdo marco gallego del sector de transporte de viajeros por carretera*¹⁹.

¹⁴ GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op.cit, p. 223

¹⁵ ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Sucesión de empresa: contrata, subcontratas y otros supuestos*, monografía de la colección Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, p. 9.

¹⁶ MADRIGAL ESTEBAN, M. J. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 40, 2015, p. 33

¹⁷ STS de 29 de febrero de 2000 [RJ 2000/2413] y de 11 de abril de 2000 [RJ 2000/3946]

¹⁸ «BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 2015, en adelante AME.

¹⁹ «DOG» núm. 244, de 27 de diciembre de 2017, en adelante AMG.

En el presente caso será de aplicación lo establecido en el AMG. El AMG será de aplicación para todas las empresas y trabajadores del sector del transporte de viajeros en autobús por carretera de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 2), y entre ellas A S.L. y G S.L., al encontrarse su objeto social enmarcada dentro de lo establecido en el mismo (explotación de transportes de mercancías y viajeros y servicios regulares; o transporte y arrendamiento de vehículos de turismo con conductor). Resulta indiferente, a efectos de la aplicación del convenio, que la empresa que preste o vaya a prestar este tipo de servicios se dedique a otra actividad de transporte, de la industria o de servicios (como la compraventa de vehículos, por parte de A S.L.) También se aplica a los supuestos en que el servicio de transporte objeto de licitación fuera reordenado, unificado, modificado o le diera otra denominación la Administración titular, como es el caso de los servicios unificados TES+BUS, a los que se hará una mención al final del presente apartado.

En cuanto a su ámbito de aplicación, abarca, según lo establecido en el art. 3.1º, los servicios de transporte regular permanente o temporal de uso general, urbano o interurbano, regular de uso especial de viajeros por carretera con vehículos de tracción mecánica de más de nueve plazas, incluida la de conductor, y de estaciones de autobuses, prestados en régimen de contrato de gestión de servicio público o por cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta de servicios públicos contempladas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*²⁰, 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.

Por todo lo anterior, lo dispuesto en el AMG afectará al estatuto de los 38 trabajadores de A S.L. y a los 62 empleados de G S.L. y regirá, junto con lo establecido en el artículo 44 LET en orden a la sucesión de empresas, las consecuencias legales se derivan sobre la antigüedad, convenios colectivos, retribución, y derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías (todo ello sin perjuicio de que puedan existir pactos o acuerdos empresariales que resulten de aplicación y regulen condiciones laborales más beneficiosas que las previstas en los convenios de aplicación)

1.1.2. Sucesión de empresas *ex art. 44 LET.*

Comenzaremos el estudio por el análisis de la **sucesión de empresas *ex art. 44 LET.*** El objeto de transmisión en el presente supuesto cumple los requisitos del art. 44.2 LET, pues en último término constituye una serie de elementos patrimoniales susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado²¹, y susceptible de ser inmediatamente explotada²². Al tratarse de una fusión, o adquisición de empresa, se produce la sucesión de empresa afectando a la totalidad de los trabajadores²³.

²⁰ «BOE» núm. 272, de 9 de noviembre de 2017, en adelante LCSP.

²¹ STS de 27 de octubre de 1994 [RJ 1994\8531]

²² A tal efecto, el art. 3.2.a) AMG dispone que el servicio de transporte regular permanente de uso general (urbano o interurbano), de uso especial o temporal, se considerará como unidad productiva y económica con entidad y autonomía propias. Es por ello que la mera transmisión del mismo servicio (en lugar de una transmisión global como el caso presente) podría constituir un fenómeno de sucesión, si bien plantearía la problemática del motivo económico para la operación y el posible fraude de ley.

²³ En el supuesto de que se transmitiera sólo parte de la actividad, los trabajadores afectados por la sucesión serían los afectos a la empresa o unidad de negocio objeto de transmisión o los que presten sus servicios de

El mencionado artículo establece de forma clara, en línea con el principio de estabilidad en el empleo que consagra el art. 35.1 de la Constitución española²⁴, que el cambio de titularidad no extingue por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior que estuvieran vigentes (incluyendo las suspendidas por bajas o excedencias), 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. También tiene una dimensión colectiva (la transmisión no es causa de extinción anticipada del mandato representativo²⁵) Resulta así una garantía también a efectos del mantenimiento de los elementos esenciales del contrato laboral (como condiciones laborales o lugar de prestación), al tratarse de una subrogación universal que alcanza cualquier condición de trabajo²⁶.

Cuando la sucesión de empresas resulta de una operación societaria para la que la Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*²⁷, establece sucesión universal (en el caso de la fusión, en su art. 23), el régimen de responsabilidad en materia laboral y de seguridad social anteriormente mencionado, se superpone a los efectos propios de la sucesión universal, en virtud de lo dispuesto en la DA 1 de la LME.

Se transmiten así todos los **derechos y obligaciones existentes en el momento de la transmisión**²⁸, y se excluyen por ende las que se hubieran extinguido válidamente con anterioridad al cambio de titularidad²⁹. Sin embargo, la subrogación se extiende a cualquier trabajador con contrato de trabajo vigente mientras no se declare formalmente su nulidad, por lo que la sucesora será responsable de las consecuencias de una contratación laboral fraudulenta efectuada por la antecesora, no pudiendo alegar fraude de ley cometido por el cedente para eludir el efecto subrogatorio impuesto por el art. 44 LET³⁰.

forma exclusiva o prevalente a la unidad de negocio transmitida. En el sector de transporte de viajeros por carretera, sería de aplicación a los conductores adscritos, así como el resto del personal perteneciente a otras categorías o grupos profesionales (como taquilleros, talleres, administración, gestión, explotación, logística y demás departamentos o secciones), que desarrollaran su actividad en el servicio afectado.

²⁴ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, en adelante CE. Se parte de que la continuación en la explotación de la empresa o parte de la misma permite, a priori, el mantenimiento de las mismas posibilidades de empleo para los trabajadores adscritos. DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, nº 58; p. 240.

²⁵ ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*, op. cit, p. 15.

²⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V., Y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Claroscurios en el nuevo régimen jurídico de la transmisión de empresa”, en *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001, p. 135.

²⁷ «BOE» núm. 82, de 04/04/2009; en adelante LME. Esta ley fue modificada por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, *de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital* («BOE» núm. 66, de 17 de marzo de 2012), decreto a su vez derogado por la Ley 1/2012, de 22 de junio, *de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital* («BOE» núm. 150, de 23 de junio de 2012, en adelante Ley 1/2012)

²⁸ Así lo disponen las SSTS de 5 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10059], y de 20 de enero de 1997 [RJ 1997/618], así como la STJCE de 9 de marzo de 2006 [TJCE 2006\66]

²⁹ Entre otras, SSTS de 24 de julio de 1995 [RJ 1995/6331] y de 20 de enero de 1997 [RJ 1997/618]

³⁰ STS de 15 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9179]

De esta forma, se constituye como una novación subjetiva *ex lege*³¹ en el contrato de trabajo, que opera de forma automática en beneficio del trabajador sin precisar, a priori, su consentimiento. No cabe, pues, que el cambio de empleador en un contrato bilateral (la relación laboral podría definirse como un intercambio de trabajo por salario) se constituya como una novación subjetiva (art. 1205 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*³²) que se pueda llevar a efecto con el consentimiento de ambas partes. Esto es, a priori los trabajadores no podrán extinguir indemnizadamente su contrato con causa en la sucesión (a excepción de los empleados bajo relación laboral especial de alta dirección), si bien sí podrán causar baja voluntaria sin indemnización bajo cumplimiento de las obligaciones de preaviso o pactos de permanencia que resulten aplicables³³. Hay, no obstante, voces a favor de la admisión de la extinción de la relación laboral por mutuo disenso de las partes, mediando alguna contraprestación para el trabajador³⁴.

Respecto a la alta dirección, resulta de aplicación el art. 10.3.d) del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, *por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*³⁵. La ausencia de remisión expresa al art. 44 LET (art. 3 del mencionado Real Decreto) no excluye la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral de alta dirección, de forma que los acuerdos indemnizatorios en vigor entre empresario cedente y alto directivo son vinculantes para el nuevo empleador³⁶.

Por todo lo anteriormente dispuesto, como consecuencia del efecto subrogatorio, la transmisión no puede constituir por sí misma causa de despido para el cedente (antes de la transmisión) ni para el cesionario (después de la transmisión), en los términos del art. 4.1 de la Dir. 2001/23/CE. Ello no debería obstar a que el adquirente pudiera, con posterioridad y por motivos de carácter económico, técnico, organizativo o de producción (como sinergias, redundancias o duplicidades), extinguir los contratos de trabajo de forma individual o colectiva, o modificar las condiciones de trabajo, en los términos legalmente establecidos. Esto es, se evita que la operación perjudique a los trabajadores y sus derechos, pero manteniendo los márgenes de decisión del empleador, en garantía de la autodeterminación y libertad personal³⁷. No obstante, existen pronunciamientos en contra, que hacen derivar de la sucesión una inmunidad o protección ulterior a los trabajadores afectados³⁸.

³¹ La figura de la sucesión *ope legis* fue acuñada por la doctrina italiana y se introdujo en la española por RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, en *Revista de Política Social*, 1962, n. 44; pp. 46-47.

³² «BOE» núm. 206, de 25/07/1889, en adelante CC.

³³ En caso de desistimiento unilateral por el trabajador, el fin de la relación contractual no conllevaría una violación del principio de irrenunciabilidad de derechos del art. 3.5 LET. En este sentido, STJCE de 16 de diciembre de 1992 [TJCE 1992\212]) de 7-3-1996 [TJCE 1996\41]) y de 24-1-2002 [TJCE 2002\29])

³⁴ MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 88.

³⁵ «BOE» núm. 192, de 12 de agosto de 1985.

³⁶ STS de 27 de septiembre de 2011 [RJ 2012\1094]. Sobre estas facultades del alto cargo, DE VAL (2010)

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M., “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, en *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2003, nº 70, p. 31.

³⁸ *Vid.* SAN de 14 de julio de 2014 [AS 2014\1873]; *confr.* STJCE de 10-2-1988 [TJCE 1988\95]

Tampoco parece admisible la extinción de la relación laboral como consecuencia de una eventual condición resolutoria pactada en el contrato (art. 49.1.b) LET) vinculada a la verificación de la transmisión de empresa³⁹, pues se violaría el carácter de norma de Derecho necesario absoluto del art. 44 LET.

Ocurrida la sucesión, la negativa del nuevo titular a admitir a los trabajadores contratados por el precedente titular, equivale a un despido que podrá ser declarado improcedente o nulo⁴⁰, lo que conllevará las consecuencias jurídicas que se desprendan de su impugnación jurisdiccional⁴¹. De este modo, los ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de la empresa, y aquéllos de los que no se hubiera hecho cargo el cesionario, podrán invocar frente a él la ilegalidad del despido⁴².

Esta responsabilidad hace que resulte recomendable la inclusión, en los contratos de compraventa de empresas, de un listado de los trabajadores afectados y sus relaciones laborales (salario, antigüedad, blindajes...), así como obligaciones en curso cuyo vencimiento se produzca una vez materializada la operación, que obraría como garantía frente al vendedor, no oponible frente a los trabajadores o terceros.

En el presente supuesto, al conservarse la autonomía de la unidad productiva, se mantendrán asimismo los mandatos de los **representantes legales de los trabajadores** (art. 44.5 LET)⁴³, si bien es posible que resulte necesario adecuar su composición a la nueva situación a resultas de la transmisión⁴⁴. A pesar de que no se entrará en detalles al no constituir objeto del presente estudio, cabe mencionar que la jurisprudencia ha establecido que el mantenimiento o extinción del mandato representativo dependerá de la subsistencia o no, como unidad económica dotada de autonomía, de la unidad productiva utilizada en la empresa transferida⁴⁵. Es por ello que, sensu contrario, se entenderá que sí tiene lugar la extinción de los cargos representativos cuando con la transmisión desaparece la identidad individualizada de la entidad económica transmitida⁴⁶.

³⁹ RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, op. cit., p. 70. Aspecto también tratado por: MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., p. 88; GIL Y GIL, J.L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 LET”, en *Temas Laborales*, 2000, nº 56, p. 301; y GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 251-254.

⁴⁰ MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., p. 87

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, Madrid, 1987, p. 341.

⁴² DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *op cit*, pp.241-242. En el mismo sentido, STJCE de 12 de marzo de 1998 [TJCE 1998\45]

⁴³ Entre la extensa doctrina en la materia, RIVERO (1997), CASAS Y ESCUDERO (1984), o SALA (1990)

⁴⁴ SOLÀ MONELLS, X., *La incidencia de la transmisión de empresa sobre la representación unitaria y sindical*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 17-18.

⁴⁵ Entre otras, SSTS de 18 de junio de 1990 [RJ 1990/5531], de 23 de julio de 1990 [RJ 1990/6453], de 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990/9808] o de 15 de junio de 1992 [RJ 1990/4584]. Este criterio ha sido recogido en sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia, como en la STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2002 [AS 2002/2606], la STSJ del País Vasco, de 5 de marzo de 2002 [AS 2002/1488], la STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001 [AS 2001/4518], la STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 [AS 2001/2896], o la STSJ de Valencia de 9 de febrero de 1999 [AS 1999/815].

⁴⁶ Entre otras, STSJ de Madrid, de 18-12-1990 [AS 1990/3636]

En cuanto a la **responsabilidad en materia de Seguridad Social**, se establece la responsabilidad solidaria por las deudas generadas con anterioridad a la sucesión (arts. 142.1 y 168.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*⁴⁷) Incluye cotizaciones pendientes de abono con sus recargos correspondientes⁴⁸, o prestaciones causadas antes de la sucesión de empresa. No obstante, se prevé la posible exoneración de responsabilidad del adquirente mediante la exposición del correspondiente certificado por parte de la Administración de la Seguridad Social⁴⁹.

Cabe destacar que la posición jurídico-laboral del adquirente se mostrará diferente, en función de si la compra se estructura como compra de acciones; o como es el caso que se trata, de activos (compraventa de unidad de negocio, fusión, etc.). En el primer caso no existe cambio de empleador⁵⁰, mientras que en el segundo se produce una sucesión de empresa en los términos expuestos. No obstante, en ambos casos habrá de asumir una serie de responsabilidades para con los empleados.

Así, por lo que respecta a la **responsabilidad conjunta solidaria**, cedente y cesionario responderán solidariamente por el plazo de tres años de las obligaciones laborales no satisfechas que hubieran nacido con anterioridad a la transmisión⁵¹, o con posterioridad si la cesión fuera declarada delito⁵² (art. 44.3 LET). Se proyecta esta obligación también sobre obligaciones pendientes derivadas de contratos extinguidos con anterioridad a la sucesión. Cabe destacar que el plazo de prescripción de las obligaciones laborales que no tengan señalado plazo especial, es de un año (art. 59.1 LET), por lo que jurisprudencialmente se ha entendido que el precepto fija un período especial de prescripción que mejora, para el caso de sucesión de empresa, el aplicable con carácter general⁵³, si bien doctrinalmente se ha entendido que el plazo opera sobre la responsabilidad solidaria y no sobre la prescripción (cuando los derechos reclamados no estén prescritos)

Además de las obligaciones anteriormente expuestas y del régimen de responsabilidad solidaria, cedente y cesionario deberán respetar los **derechos de información previa** (como garantía de transparencia); y el **derecho de consulta** (como garantía de participación) de los trabajadores⁵⁴.

⁴⁷ «BOE» núm. 261, de 31/10/2015, en adelante TRLGSS

⁴⁸ Ha de tenerse en cuenta que el plazo de prescripción de las cotizaciones a la Seguridad Social es de cuatro años, *ex art.* 42 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social* («BOE» núm. 153, de 25/06/2004)

⁴⁹ Sobre esta cuestión, ver DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁵⁰ Entre otras, la STS de 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994\9245].

⁵¹ STS de 30 de abril de 1990 [RJ 1990/3508]

⁵² La calificación como delito de la sucesión de empresa, en tanto operación mercantil, es competencia exclusiva del orden penal de la jurisdicción (STS de 30 de junio de 1993 [RJ 1993\4939]), y se rige por lo dispuesto en el art. 311 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal* («BOE» núm. 281, de 24/11/1995)

⁵³ STS de 13 de noviembre de 1992 [RJ 1992\8802]

⁵⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *op. cit.*, p. 153.

Esto es, deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos (o, en su defecto, directamente a los trabajadores, según lo dispuesto en el art. 44.7) que se encuentren afectados por el cambio de titularidad, en los términos del art. 44.6 LET, de los extremos expresamente previstos en el mismo precepto (fecha y motivos de la transmisión; consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores, y medidas previstas respecto a los mismos⁵⁵), con la suficiente antelación (entre quince días y un mes antes de la fecha prevista para la transmisión) y en los supuestos de fusión como el presente, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos (art. 44.8 LET)⁵⁶. Dicho derecho de información tiene carácter principalmente instrumental⁵⁷.

Antes de la publicación del anuncio de la convocatoria de la junta o de su comunicación individual a los socios, los administradores deberán insertar en la página web de la sociedad o poner a disposición de los representantes de los trabajadores los documentos mencionados en el art. 39 LME. No obstante, el art. 42.1 LME permite que el acuerdo de fusión se adopte sin necesidad de publicar o depositar previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, cuando el mismo se tome en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho, sin que pueda suponer un menoscabo de los derechos de información de los representantes de los trabajadores (Art. 42.2 LME)

El incumplimiento de las obligaciones de información o de consulta puede ser causa de impugnación de la operación societaria⁵⁸, pero no da lugar a la nulidad de la transmisión⁵⁹ ni del negocio jurídico del que trae causa. Constituye una infracción grave tipificada en el art. 7, apartados 11 (información) y 7 (consulta), del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁶⁰, que sanciona dicha conducta con multa de 626 a 6250

⁵⁵ Véase LARGO GIL, R.: “La fase previa y el proyecto de fusión”, en Rodríguez Artigas, F. (coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, (Rodríguez Artigas, F. dir.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 456; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 535 y ss. En la LME se mantiene sustancialmente la obligación de información en los mismos términos del art. 238 LSA, por lo que puede acudir asimismo a la doctrina anterior a su entrada en vigor. Entre otros, SEQUEIRA MARTÍN, A.: “Fusión”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Sánchez Calero, dir.), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, t. VII, 1993; y LARGO GIL, R.: *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, edit. Civitas, 2ª edic., Madrid, 2000.

⁵⁶ Según los art. 40.2 y 73.1 LME, se exige que la junta se convoque o comunique con un mes de antelación, como mínimo, a su celebración.

⁵⁷ Dicho carácter instrumental es puesto de manifiesto, entre otros, por MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 114.

⁵⁸ A modo de ejemplo, en la resolución de la DGRN de 21 de octubre de 2014 [RJ 2014\6100], se confirma la nota de calificación negativa del Registrador Mercantil, fundada en la ausencia en la escritura de escisión de la declaración del otorgante sobre el cumplimiento respecto de los trabajadores de la obligación de información derivada del art. 39 LME.

⁵⁹ Vid. SSTS de 25 de abril de 1988 [RJ 1988/3021] y 13 de noviembre de 1989 [RJ 1989/8046]. Asimismo, SEMPERE Y CAVAS (*op cit*, 2001; p. 119), ponen de manifiesto la unanimidad doctrinal al respecto. La ausencia de notificación no tendrá efecto suspensivo del acto o negocio jurídico de cesión de empresa. GARCÍA VIÑA, J.: “Cuestiones actuales de los mecanismos laborales de la transmisión de empresas”, en *Actualidad Laboral*, 2005, nº 2, p. 2134.

⁶⁰ «BOE» núm. 189, de 08/08/2000.

euros. Estos incumplimientos pueden constituir infracciones graves o muy graves conforme a los apartados 6 y 7 del art. 7, y el 8.3 de la misma ley.

Para concluir las obligaciones de información, resulta menester destacar que en el caso de adoptar medidas laborales con motivo de la transmisión (medidas laborales de reorganización empresarial), deberá iniciarse un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores (de existir) en los términos del art. 44.9 LME. Asimismo, de acuerdo con el art. 64.5.d) LET, el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. No es vinculante y deberá elaborarse en un plazo máximo de 15 días desde su solicitud y remisión de informaciones correspondientes.

1.1.3. Legislación de contratación pública.

A todo lo anteriormente expuesto cabe añadir que la **legislación de contratación pública** también ha establecido normas en relación con la figura de subrogación del personal, su alcance, y la eventual responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de información (art. 130 LCSP) Sucintamente puede destacarse que los licitadores tendrán derecho a conocer “*suficientemente*” cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato⁶¹. Según la doctrina administrativa y jurisprudencial, la exigencia de subrogación de personal excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁶². En los pliegos sólo podrá indicarse la existencia del deber de subrogación en el personal del adjudicatario saliente a título informativo, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio de colectivo sectorial de aplicación.

1.1.4. Convenios sectoriales (AMG).

Una vez analizado el régimen general de sucesión de empresa, cabe realizar un estudio pormenorizado de las previsiones realizadas al respecto en los **convenios sectoriales** (subrogación convencional). Las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuera de aplicación en el momento de la transmisión (art. 44.4 LET). Cabe resaltar que el convenio colectivo que imponga la subrogación tiene que ser sectorial y no puede ser un convenio colectivo de empresa⁶³. Además, la subrogación en el personal no figura entre las materias en que rige la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa (art. 84.2 LET), por lo que no pueden contrariar a lo dispuesto en los convenios colectivos.

⁶¹ Se refiere a las obligaciones relativas a la prestación contractual en sí y otras como el “*conocimiento de las personas que vienen prestando el servicio y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobra especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta*”. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCAE) nº 33/02, de 23 de octubre de 2002, “Consulta sobre datos que deben facilitarse a los candidatos a la adjudicación de un contrato en los supuestos que el contratista tenga la obligación de subrogación de personal”

⁶² Dictamen de la Abogacía del Estado nº 43/05, de 29 de junio de 2005. En el mismo sentido se han pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, en la Resolución del TACRC n.º 872/2014, de 20 de noviembre; los Tribunales autonómicos, órganos consultivos en materia de contratación, y los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre otros, en la STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011 [RJCA 2011\533]

⁶³ STS de 28 octubre 1996 [RJ 1996\7797]

En la línea de lo expuesto se redacta el artículo 3 AMG, que ha de complementarse a lo dispuesto en el art. 44 LET. El art. 3.1 AMG, referente a la vinculación y coincidente con el art. 20 AME, dispone la obligatoriedad de la subrogación para las empresas y trabajadores afectados. La única excepción la constituye el caso de resolución judicial por la que se demuestre dolo, mala fe o una “*práctica irregular en la adscripción*”⁶⁴ de trabajadores al contrato sujeto a cambio de operador.

En el art. 3.2 AMG (que transcribe el art. 21 AME), se dispone la subrogación por la empresa entrante en los contratos de trabajo de los empleados adscritos al servicio, siempre que acrediten por lo menos seis meses de antigüedad en el contrato con de la empresa saliente, computándose el plazo en la fecha de finalización de la vigencia de la concesión anterior. Asimismo, quedarán afectados por la subrogación, aunque no cumplan el periodo de seis meses de antigüedad los trabajadores en que concurren las condiciones del art. 3.2, letras b) y c) AMG. Cabe destacar que ello obra sin perjuicio de las disposiciones del art. 44 LET, por lo que en el caso de fusión de empresas los trabajadores transmitidos serán todos los que tuvieran suscrito contrato de trabajo con la absorbida. Ello no obsta a que el contrato de los trabajadores temporales se extinga, de no modificarse ulteriormente por la absorbente, en la fecha pactada con anterioridad a la subrogación (Art. 3.2.d AMG).

A los efectos del adecuado cumplimiento de todo lo anterior, se disponen obligaciones de información por parte de la empresa saliente (A S.L.) en el art. 3.3 AMG (coincidente con el art. 22 AME)⁶⁵. Estos datos aportados trasladan la responsabilidad a la empresa saliente en el caso de datos referidos a las condiciones laborales no reflejadas en los acuerdos o pactos colectivos o individuales, y no comunicados o no incluidos en el expediente administrativo de contratación (a salvo los derechos y acciones extrajudiciales o judiciales que pudieran proceder)

Por su parte, la empresa entrante (G S.L.), en los términos del art. 3.4 AMG (coincidente con el art. 23 AME), deberá cursar el alta en la Seguridad Social de los trabajadores objeto de subrogación. A partir de ese momento será de su incumbencia la realización de procesos de formación o reciclaje para la adaptación de los trabajadores subrogados a los nuevos sistemas de organización del servicio o del uso de los vehículos.

Por último, el art. 3.5 AMG, art. 24 AME, dispone que las obligaciones de naturaleza económica y de Seguridad social relativas a los trabajadores afectados por la subrogación correrán a cargo de la empresa saliente hasta que cese de prestar efectivamente el servicio, y de la entrante desde el inicio de la prestación efectiva del servicio o el acta de inauguración del servicio levantada por la Administración concedente, en su caso (si bien los tribunales pueden establecer en sentencia firme otro momento temporal para la imputación de las obligaciones)

⁶⁴ Se define como tal la situación en que (en los términos establecidos en el art. 44.4 LET) un trabajador, estando adscrito a un servicio determinado, no sea considerado tal o se adscriba a un servicio diferente.

⁶⁵ Es importante señalar que al tratarse de empresas concesionarias, también será de aplicación lo previsto en el art. 130 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* («BOE» núm. 272, de 9 de noviembre de 2017), referida a información sobre condiciones de subrogación en contratos laborales.

1.1.5. Las especialidades de la iniciativa TES+BUS.

Cabe realizar un último apunte, referido a las posibles **especialidades del proyecto denominado TES+BUS**, regulado en la Resolución de 26 de mayo de 2017, de la Dirección Xeral de Mobilidade, *por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia del 24 de mayo de 2017 por el que se autoriza la integración de las distintas modalidades de transporte público de competencia de la Xunta de Galicia que faciliten la optimización de este servicio público, en el marco del procedimiento para la implantación de la primeira fase de la planificación del transporte público de Galicia*⁶⁶, y en la Resolución del 6 de julio de 2017, de la Dirección Xeral de Mobilidade, *por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia, del 6 de julio de 2017, por el que se fijan criterios complementarios en relación con el proceso de integración de las distintas modalidades de transporte público de competencia de la Xunta de Galicia que faciliten la optimización de este servicio público, en el marco del procedimiento para la implantación de la primera fase de la planificación del transporte público de Galicia*⁶⁷.

Concretamente, por lo que respecta a este ámbito, se prevé que los proyectos de explotación de los contratos que serán objeto de adjudicación, recogerán la dotación mínima de personal que el contratista deberá adscribir a la prestación del servicio. Dispone que el pliego de condiciones impondrá al contratista entrante la obligación de ofrecer al personal que efectivamente estuviese adscrito a la prestación de los concretos servicios afectados (y de acuerdo con la dedicación efectiva que se viniese prestando), la subrogación en sus derechos laborales, en las mismas condiciones que si se produjese un traspaso conforme con la Dir. 2001/23/CE. La subrogación se realizará en los mismos términos que los expuestos anteriormente a lo largo del presente epígrafe.

Por último, cualquier modificación contractual que afecte a las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la subrogación deberá ser comunicada a la Administración, que dará traslado de la misma al Consejo Gallego de Relaciones Laborales a efectos de la emisión del correspondiente informe.

1.1.6. Sinopsis.

La figura de sucesión de empresa del art. 44 LET pretende proteger la situación de los trabajadores en los supuestos de fusión como el presente. Opera *ope legis*, y se articula entorno a los siguientes puntos: la conservación de las relaciones de trabajo vigentes en el momento de la transmisión en todos sus términos (alcanza cualquier condición de trabajo); la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior; la responsabilidad solidaria por cotizaciones pendientes de abono o prestaciones sociales causadas antes de la sucesión (salvo que se aporte certificado emitido por la Administración de la Seguridad Social); y la responsabilidad conjunta solidaria de los sucesivos empresarios por un plazo de tres años por las obligaciones laborales no satisfechas nacidas con anterioridad a la transmisión o con posterioridad si la cesión fuera declarada delito. La transmisión de una unidad económica tampoco será causa de extinción anticipada del mandato de los representantes de los

⁶⁶ «DOG» núm. 100, de 29 de mayo de 2017

⁶⁷ «DOG» núm. 129, de 7 de julio de 2017, en adelante Res. 6/7/2017

trabajadores. El despido efectuado con incumplimiento de estos principios puede ser declarado improcedente o nulo. Tanto cedente como cesionario deberán asimismo respetar los derechos de información previa y derecho de consulta, cuyo incumplimiento puede ser causa de impugnación de la operación societaria y constituye una infracción grave o muy grave, si bien no da lugar a la nulidad de la transmisión ni del negocio jurídico del que trae causa.

Por motivos de carácter económico, técnico, organizativo o de producción, nada debería obstar a que el adquirente pudiera modificar ulteriormente las condiciones laborales o incluso extinguir los contratos de trabajo (se mantienen los márgenes de decisión del empleador sin brindar inmunidad a los trabajadores)

El convenio colectivo aplicable (en el presente caso, el AMG), puede asimismo contener disposiciones al efecto (por ejemplo, en lo relativo al cómputo de la antigüedad o la obligación de la formación o reciclaje de los trabajadores). Por su parte, los pliegos sólo podrán limitarse a realizar la comunicación de la obligación de subrogación por mandato del convenio.

1.2 ¿Qué consecuencias se derivan sobre las licitaciones y concesiones administrativas relativas a tarjetas de transporte, líneas regulares y concesiones de transporte escolar?

1.2.1 La gestión del transporte regular, permanente y de uso general.

Por la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, *de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable*⁶⁸, se completa la regulación dispuesta en la Ley 16/1987, de 30 de julio, *de Ordenación de los Transportes Terrestres*⁶⁹, realizándose la delegación de funciones de titularidad estatal en la materia a las Comunidades Autónomas. Asimismo puede hacerse una remisión al art. 148.1.5º CE, que dispone que serán las Comunidades Autónomas las que podrán asumir competencias de forma directa en materia de “ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable” (literalmente traspuesto por el art. 27.8 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, *de Estatuto de Autonomía para Galicia*⁷⁰)

Cabe distinguir tres tipos fundamentales de servicios que pueden prestarse. En primer lugar, los discrecionales, que son contratados por vehículo completo, y sin periodicidad ni regularidad (como las excursiones). En segundo lugar, los servicios regulares de uso especial, contratados por vehículo completo, y por un solo pagador o contratante del servicio, para un grupo homogéneo y fijo de usuarios (que habitualmente se trasladan a un centro común de estudios o trabajo). Por último, los regulares de uso general, que son los prestados por un operador de transporte (empresa concesionaria) en régimen de monopolio en virtud de concesión otorgada por la Administración, con el fin de trasladar

⁶⁸ «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1987, páginas 23446 a 23449.

⁶⁹ «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 1987, en adelante LOTT.

⁷⁰ «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 1981

a un público general (integrado por usuarios indeterminados) a través de itinerarios, horarios o calendarios regulares o predeterminados, con sus vehículos (autobuses), determinándose por la Administración las condiciones del servicio.

El transporte regular, permanente y de uso general de viajeros por carretera es por tanto un servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración, que gestiona a través de concesiones otorgadas a empresas del sector.

1.2.2 El procedimiento general de adjudicación y órganos competentes.

Realizaremos a continuación un breve **análisis del procedimiento general de adjudicación** a modo de contextualización.

La LMFAO atribuye a la Consejería con competencia en la materia las funciones de órgano de contratación del conjunto de servicios de transporte público regular contratados por la Xunta de Galicia, de acuerdo con la programación y excepciones que, si es el caso, acuerde el Consejo de la Xunta de Galicia o establezca el Plan de transporte público de Galicia, cuya aprobación corresponde también al Consejo de la Xunta de Galicia.

Los órganos competentes para contratar transportes regulares de uso especial serán la Consejería de Educación o cualquier administración pública, así como las Asociaciones de padres de alumnos (A.P.A.S.) constituidas de conformidad con lo establecido por el Real Decreto 1533/1986, de 11 de julio, *por el que se regulan las asociaciones de padres de alumnos*⁷¹, y en la Orden de 16 de enero de 1987, *por la que se regulan las asociaciones de los padres de alumnos en Galicia*⁷², así como los requisitos establecidos en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, *sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores*⁷³; cuando se trate de transporte a centros públicos de enseñanza. Asimismo, podrán ser contratados por la Dirección de Centro Escolar y por las asociaciones de padres de alumnos cuando se trate del transporte a centros privados de enseñanza. Por último, podrán contratar transportes regulares de uso especial las Asociaciones representativas de los usuarios en general, y las organizaciones representativas (sindicales) de los trabajadores o por la dirección de sus centros de trabajo.

El titular o representante de una empresa dedicada al transporte de viajeros puede solicitar de la Xunta de Galicia la concesión administrativa de un servicio público regular permanente de uso general de transporte de viajeros por carretera. La duración de la concesión se establecerá en el título concesional, de acuerdo con las características de servicio y atendiendo a los plazos de amortización de los vehículos e instalaciones. Nunca podrá ser inferior a ocho años, ni superior a veinte. El otorgamiento de la concesión se realizará por concurso. El procedimiento será el de adjudicación de concesiones de servicios públicos regulares de transporte de pasajeros por carretera, que en el ámbito de la Xunta de Galicia se tramita por la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes por medio del procedimiento de código OT302A.

⁷¹ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 1986

⁷² «DOG» de 22 de enero de 1987

⁷³ «BOE» núm. 105, de 2 de mayo de 2001

El anteproyecto aprobado de oficio por la Dirección General de Transportes Terrestres o a instancia de los particulares según lo establecido en el art. 61.4 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres*⁷⁴, deberá incluir en la solicitud una memoria justificativa, una descripción detallada de tráficos a realizar, el plano de itineración previsto, relación de medios materiales (vehículos, etc), el plazo previsto para la concesión, evaluación del volumen de tráficos, una tabla de expediciones, calendarios y horarios, un estudio económico y cualquier otra documentación de interés para la adjudicación (art. 62 ROTT). Se creará una nueva concesión y se otorgará a un concesionario a través de concurso, segregación de una concesión preexistente o bien unificación de concesiones preexistentes (se considerarán prestados al amparo de una nueva concesión, según los art. 81 LOTT y arts. 92 y 93 ROTT).

1.2.3 Subrogación en las concesiones, régimen general.

Visto el procedimiento general de adjudicación, cabe analizar qué ocurre con las **concesiones otorgadas** en un supuesto de fusión.

En concreto, en el presente supuesto, tanto la sociedad absorbente como absorbida mediante fusión cuentan con una serie de contratos con la Administración Pública y que por tanto se rigen por el Derecho administrativo (serán contratos administrativos según lo dispuesto en el art. 25 LCSP). En ocasiones las operaciones de fusión requieren la autorización de las Administraciones contratantes; en concreto, cuando por sus características puede hacerse equivalente a una cesión de contrato (esto es, si se trata de una cesión encubierta, o afecta de modo sustancial a las características de los adjudicatarios tenidas en cuenta para la contratación)

En estos casos, el art. 98 LCSP prevé la subrogación automática (*ope legis*) por la absorbente en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación (a priori se presume que la sociedad resultante tiene al menos las cualificaciones de la extinguida⁷⁵). Si la entidad resultante no reúne las condiciones de solvencia necesarias, el contrato se resolverá, considerándose como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario. En un supuesto de fusión como el presente no resulta problemático, pues los medios se acumulan (es por ello que esta solución resulta de mayor aplicación a los supuestos de escisión o transmisiones de empresa o ramas de actividad)⁷⁶. No es preciso por tanto comunicar a la Administración o Administraciones contratantes la fusión para que aquéllas declaren la subrogación contractual, sin perjuicio de que, si la fusión va a suponer una novación subjetiva del contratista, resulte necesario comunicar la operación a meros efectos prácticos (de tramitación y pago de la facturación que realizará el nuevo contratista, por ejemplo)⁷⁷

⁷⁴ «BOE» núm. 241, de 8 de octubre de 1990, en adelante ROTT.

⁷⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I. “¿Afectan los cambios estructurales en la persona del contratista a la continuidad del contrato del sector público?”, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 127, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre-Octubre 2013, Editorial LA LEY, p. 2.

⁷⁶ Ver Resolución del TACRC, de 3 marzo de 2017 [JUR 2017\156843], en que de acuerdo con el art. 23.2 LME, se concluye que tanto la capacidad como la clasificación de la entidad absorbida se entienden transmitidos a la sociedad absorbente.

⁷⁷ MAGIDE HERRERO, M.: “Consideraciones jurídico-administrativas en relación con las fusiones y adquisiciones de empresas: sectores regulados y condicionantes generales”, en *Manual de fusiones y*

Más compleja resulta la cesión de los contratos de la absorbida. En primer lugar, de acuerdo con el art. 144 LCSP, si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

Con respecto a las licitaciones con las que ya cuenta la absorbida, para resolver la cuestión en lo referente a los adjudicatarios, cabe atenerse al artículo 214 LCSP, en que se dispone que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero, con la condición de que “las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”. Se mencionan como requisitos:

- a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.
- c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.
- d) Que la cesión se formalice en escritura pública.

De este modo, el cesionario quedaría subrogado en todos los derechos y obligaciones derivados de las licitaciones cedidas que corresponderían al del cedente⁷⁸. Para que dicho cambio sea efectivo, el adjudicatario deberá solicitar formalmente la autorización previa (en este caso, a la Consellería de transportes, para lograr el traslado de las tarjetas de transporte y líneas regulares de la absorbida a la absorbente) y una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos por el órgano de contratación, se podrá autorizar la cesión del contrato, notificándose a ambas partes, exigiendo al cesionario el depósito de la garantía definitiva que correspondiere, pues el art. 111.4 LCSP se establece la condición de que “en los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario”.

La introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había asignado inicialmente el contrato público constituye un cambio de uno de los términos esenciales del mismo, a menos que la sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata⁷⁹. Cabe

adquisiciones de empresas, (Sebastián Quetglas, R., dir.), Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid; La Ley, 2016, p. 1103.

⁷⁸ Estas consecuencias no suscitan dudas, si bien en ocasiones los órganos especializados han debido pronunciarse al respecto. Un ejemplo lo constituye el Informe 2/2003, de 27 de marzo de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en que se concluye que “no cabe ceder sólo los derechos y no trasladar al cesionario las correspondientes responsabilidades contractuales”

⁷⁹ La STJCE de 19 de junio de 2008 [TJCE 2008\132], en su apartado 34, lo expresa en estos términos: “Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las

mencionar que, en el caso de ulteriores licitaciones, la experiencia computada a las entidades fusionadas se aplicará a la resultante de la fusión⁸⁰, así como las licencias de las que fuera titular la absorbida⁸¹.

1.2.4 Subrogación de las concesiones en materia de transportes.

En materia de transportes, resulta de aplicación la LOTT, y la transmisión o cambio de titularidad de una concesión se solicitará al amparo del art. 94 ROTT. Las solicitudes se formularán por ambas partes, y el cesionario (G S.L.) hará constar por medio del procedimiento de código OT302B la aceptación del conjunto de derechos y deberes derivados de la concesión y de las obligaciones contraídas por el cedente como concesionario del servicio. Se acompañará justificación del cesionario respecto de su capacidad para la prestación del servicio y de la disponibilidad de medios exigibles. La transmisión de las concesiones requerirá la previa autorización de la Dirección General de Transportes Terrestres y la posterior formalización de la cesión en escritura pública. Dicha autorización no podrá ser concedida si no han transcurrido al menos tres años desde la formalización inicial del título concesional o desde una anterior transmisión, ni cuando falte un período inferior a dos años para la terminación del plazo concesional. El plazo de la concesión objeto de transmisión será el que reste por transcurrir del fijado inicialmente.

Con respecto a las autorizaciones de transporte discrecional, cabe decir que la transmisión de las concesiones comportará la de los medios materiales adscritos a la misma, para lo cual se realizará la transmisión de las mencionadas autorizaciones a las que se hallaran adscritos los correspondientes vehículos, o la afección de otros provistos asimismo de las correspondientes autorizaciones de transporte discrecional que, a satisfacción de la Administración, las sustituyan; y la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones que frente a la Administración tuviera el cedente, debiendo constituir a su nombre las fianzas y garantías económicas que correspondan (art. 94.4 ROTT)

Como complemento a todo lo anterior, cabe señalar que se requiere enviar un impreso a la Dirección General de tráfico para la transferencia de vehículos de la absorbida a la absorbente, bien sea mediante la presentación de dos solicitudes individuales o de forma conjunta (apartados 1 y 5, respectivamente, del art. 32 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos*⁸²). Asimismo, en el caso de que la absorbida tenga concesiones de transporte escolar, deberá informar y pedir autorización de desplazamiento de concesiones, en los mismos términos observados anteriormente, a la Consellería de Educación.

modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de octubre de 2000 [TJCE 2000, 236], Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46)".

⁸⁰ Informe número 48/1999, de 21 de diciembre de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a efectos de computar la experiencia. "...deben entenderse propias de las entidades resultantes de la fusión (...) al servir para clasificar a dichas entidades y pueden ser presentadas en la licitación como propias aunque figuren expedidas a nombre de la entidad de donde derivan"

⁸¹ STS de 17 de julio 1998 [RJ 1998\6957]

⁸² «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 1999.

1.2.5 Las especialidades de la iniciativa TES+BUS

Por último, se hará referencia a lo establecido al efecto en la Res. 6/7/2017, en lo referido a la **integración de las modalidades de transporte público (TES+BUS)**. Concretamente, dispone, en lo referido a la relación del nuevo servicio con los preexistentes, que los servicios de transporte a que se refiere el Acuerdo se configuran como “*servicios de nuevo establecimiento*”, sin corresponderse con un único servicio preexistente en términos de ámbito territorial, necesidades de transporte cubiertas, repercusiones de su inclusión en la red de transporte y tráfico incluidos.

Así, según la iniciativa implantada, el nuevo servicio afecta total o parcialmente a otros servicios preexistentes, que desaparecerían o se englobarían en uno, o en su caso varios proyectos nuevos que se liciten conjuntamente. Las características propias de la integración imposibilitan que se identifique en el pliego de condiciones el personal concreto, de entre el que venía prestando los servicios anteriores, que por las obligaciones ya expuestas de subrogación (sean de origen legal como, en su caso, convencional) debe quedar adscrito de forma expresa a la prestación de los nuevos servicios.

Con el objeto de cumplir los deberes de información regulados en el art. 130 LCSP, se establecerán en los proyectos de explotación la correlación entre los nuevos contratos y los anteriores, en términos porcentuales. En el supuesto de que el servicio preexistente se vea afectado en un 100% (por ejemplo, los transportes escolares y determinadas líneas de uso general), se englobará íntegramente el anterior servicio en la licitación. De verse afectado parcialmente, se podrá entender que el nuevo contrato incluye el servicio preexistente en el porcentaje indicado en el proyecto de explotación citado.

1.2.6 Sinopsis

Los contratos administrativos en vigor también son objeto de subrogación, adquiriendo la absorbente todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. En concesiones en proceso, le sucederá a la licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la absorbente, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

En cuanto a las licitaciones de la absorbida, se exige que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato; que el órgano de contratación autorice previa y expresamente la cesión (habrá de realizarse por tanto solicitud previa por ambas partes: cedente y cesionaria); que el cedente haya efectuado la explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato; y que el cesionario cumpla los requisitos de capacidad y solvencia. En materia de transportes se exige que el cesionario realice de forma expresa la aceptación del conjunto de derechos y deberes derivados de la concesión, justificando su capacidad para la prestación del servicio. La cesión habrá de formalizarse en escritura pública. El cesionario deberá depositar la garantía definitiva que correspondiere para que se proceda a la devolución o cancelación de la prestada por el cedente. Así, se lograría el traslado de las tarjetas de transporte, autorizaciones de transporte discrecional y líneas regulares de la absorbida a la absorbente, pues la transmisión de las concesiones comporta la de los medios materiales adscritos a la misma.

En materia de transportes la autorización estará supeditada a que hubieran transcurrido al menos tres años desde la formalización inicial del título concesional o desde una anterior transmisión; y a que faltaran más de dos años para la terminación del plazo concesional. En el caso de ulteriores licitaciones, la experiencia computada a las entidades fusionadas se aplicará a la resultante de la fusión, así como las licencias de las que fuera titular la absorbida.

2. PERSPECTIVAS FINANCIERA Y MERCANTIL

2.1. ¿Qué consecuencias se derivan sobre el leasing de los vehículos, deudas con proveedores, préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras, avales y garantías prestadas por éstas?

2.1.1 El derecho de oposición de los acreedores.

El procedimiento de fusión se llevará a cabo conforme a lo establecido, principalmente, en la LME, en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*⁸³; y en el Real Decreto de 22 de agosto de 1885, *por el que se publica el Código de Comercio*⁸⁴; así como su legislación concordante y complementaria.

Resulta menester comenzar este apartado por el estudio de la publicidad del acuerdo de fusión. El artículo 43 LME prevé su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en que cada sociedad tenga su domicilio, o bien, en su caso, la comunicación individual a socios y acreedores⁸⁵. Comienza el estudio de este epígrafe por esta disposición porque en el anuncio habrá de constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión (podrán obtener el texto íntegro de los acuerdos adoptados, así como de los respectivos Balances de fusión, o descargarse los mismos desde la página web), así como el **derecho de oposición que corresponde a los acreedores**⁸⁶. Cabe tener en cuenta que el error en el anuncio de fusión

⁸³ «BOE» núm. 161, de 03/07/2010, en adelante LSC.

⁸⁴ «BOE» núm. 289, de 16/10/1885, en adelante CCo.

⁸⁵ De ser éste el caso, la escritura debería recoger, en el caso de comunicación individual (art. 43.2 LME), la manifestación relativa tanto al modo concreto en que se ha llevado a cabo dicha comunicación individual como la fecha en que se ha llevado a cabo la última comunicación (Resolución de la DGRN de 9 de mayo de 2014, [RJ 2014\3253]). Así, se exigirá que conste el contenido necesario y que el otorgante confirme que se ha cumplido la obligación de puesta a disposición de los documentos a acreedores y socios (Resolución de la DGRN de 9 de abril de 2015, [RJ 2015\1602])

⁸⁶ Derecho potestativo que la ley otorga al acreedor frente a determinadas actuaciones de la sociedad deudora. Se formaliza en un acto jurídico cuyo objeto es la tutela preventiva del crédito. ESCRIBANO GÁMIR,

acerca de la fecha de la junta que la acordó, no resulta inocuo para los acreedores, al poder inducirles a error sobre si cuentan todavía con el derecho de oposición⁸⁷.

Según prevé el art. 44.1 LME, para la realización de la fusión debe haber transcurrido un mes desde el último anuncio exigido (art. 43.1 LME) o desde la última comunicación individual; y ello de no haber oposición de acreedores (salvo que sus créditos se garanticen o estén garantizados), si bien la oposición, tras la modificación realizada por la Ley 1/2012, no impide la inscripción (art. 44.4 LME)

Dentro del plazo dispuesto en el art. 44.1 LME, y en virtud del apartado segundo, los acreedores de las fusionadas (A S.L. y G S.L.) cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil⁸⁸ y no estuviera vencido en ese momento, tendrán la posibilidad de oponerse a la fusión hasta el momento en que se les garanticen tales créditos. Asimismo, serán oponibles los créditos nacidos antes de la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual del acuerdo al acreedor, en los casos del art. 42 LME (referido al acuerdo unánime de fusión sin necesidad de publicación en el BORME del proyecto de fusión)

Por su parte, no serán oponibles los créditos suficientemente garantizados, ni los vencidos en las fechas señaladas en el párrafo anterior.

Por lo que respecta a los obligacionistas, dispone el mismo art. 44.2 LME, podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que el resto de acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Si los acreedores tuvieran derecho a oponerse a la fusión, por no encontrarse suficientemente garantizados sus créditos o por concurrir las circunstancias previstas anteriormente, la operación no podrá realizarse hasta que la sociedad presente la correspondiente garantía o notifique la prestación de fianza solidaria al acreedor en favor de la sociedad por entidad de crédito debidamente habilitada, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento (art. 44.3 LME)

De haberse realizado la fusión con incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, el acreedor que hubiera ejercido en tiempo y forma el derecho de oposición, y acreditara el ejercicio del mismo mediante comunicación fehaciente a la sociedad afectada, podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición (art. 44.4 LME) Como se ha mencionado anteriormente, se permite, así, la inscripción a pesar de la oposición. La modificación del art. 44 LME por la Ley 1/2012 adapta su contenido a la Directiva 2009/109/CE y a sus modificaciones sobre el régimen europeo de fusiones

R.: “Derecho de oposición de los acreedores sociales”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 604

⁸⁷ Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2017 [RJ 2017/3759]

⁸⁸ En el caso de no haberse cumplido este trámite en ninguna de las dos formas, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

y escisiones⁸⁹. Así, se prevé que el incumplimiento afecte a la eficacia de la fusión o escisión, ampliando al mismo tiempo las posibilidades de acción de los acreedores cuando, según lo establecido en la Exposición de Motivos, “no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor”. Se les reconoce así el derecho a dirigirse al Juzgado de lo Mercantil, en reclamación de la garantía, o incluso a hacer constar en el folio del Registro Mercantil que corresponda, con anterioridad, el hecho del ejercicio de su derecho de oposición (todo ello sin perjuicio de que no impida lo anterior, como se ha reiterado, la eficacia del negocio)⁹⁰

La nota al margen mencionada se cancelará de oficio transcurridos seis meses, salvo que por medio de anotación preventiva se haya hecho constar con anterioridad la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil frente a la absorbente o la nueva sociedad, en su caso, en que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito.

En el caso de que las empresas que se fusionen fueran concursadas (art. 100.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*⁹¹), y la fusión contemplada en sus convenios, una vez aprobados éstos, a favor del principio de la *pars conditio creditorum*, no habría derecho de oposición de ningún acreedor, quedando subsumido en el derecho de oposición al convenio de acreedores que prevea tal fusión⁹². No obstante, en el caso planteado no se suscita esta problemática.

Cabe destacar asimismo que, según el art. 48 LME, salvo que los acreedores sociales hayan consentido de modo expreso la fusión, los socios responsables personalmente de las deudas de las sociedades que se extingan por la fusión contraídas con anterioridad a esa fusión, continuarán respondiendo de esas deudas. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la fusión en el BORME (no obstante, se trata de sociedades de responsabilidad limitada)

Las anteriores disposiciones llevan a que, en el caso de préstamos, créditos y avales o fianzas, en este tipo de contratos, formalizados con entidades financieras, se produzca, salvo pacto en contrario, la subrogación por la absorbente del proceso de fusión en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato formalizado entre la entidad financiera y la absorbida.

2.1.2 Subrogación en contratos de leasing.

Por lo que respecta al leasing, la jurisprudencia⁹³ ha señalado que se trata de contratos de arrendamiento financiero. Es una institución del derecho comercial importado de Estados

⁸⁹ El derecho de oposición, como garantía, sin perjuicio de su existencia histórica, ha sido exigido por diversas disposiciones comunitarias como la Tercera Directiva del Consejo 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas o la Sexta Directiva del Consejo 82/891/CEE, de 17 de diciembre de 1982, referente a la escisión de sociedades anónimas.

⁹⁰ La doctrina lo reitera en la Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2014 [RJ 2014\6318]. Para prevenir esta situación, resulta conveniente que para la inscripción de la fusión o escisión se recoja en la escritura la declaración de los otorgantes acerca de la inexistencia de oposición o sobre su incapacidad de evitar la eficacia de la operación.

⁹¹ «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2003, en adelante LCo.

⁹² Sentencia nº 6/2013, de 7 de febrero de 2013 de Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid [AC 2013\688]

⁹³ Entre otras, la STS 4 de diciembre de 2007 [RJ 2008\42]

Unidos de América y plenamente incorporada al tráfico económico y comercial⁹⁴. Puede considerarse un contrato atípico, por el que una empresa especializada cede el uso de un producto adquirido de un tercero en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo⁹⁵.

Como contrato complejo y atípico, se rige por sus específicas disposiciones, y tiene un contenido no uniforme. Jurisprudencialmente se conceptúa como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y libertad que proclama el art. 1.255 CC⁹⁶. Pese a las continuas confusiones que se han suscitado al respecto, esta figura nada tiene que ver con la compraventa a plazos ni con el préstamo de financiación a comprador⁹⁷.

En el leasing (así como en el renting), por tanto, cabe acudir al CC. La condición del deudor no puede ser alterada sin consentimiento del acreedor, sin el cual no podrá ceder, enajenar ni subrogar los derechos y obligaciones que le corresponden (sin embargo, la empresa leasing sí podrá ceder su posición contractual a terceros, debiendo comunicárselo al cliente). Entre otros, Lasarte (1995) ha afirmado que para la cesión de un contrato se requiere el consentimiento de la parte cedida. Se trata de un requisito fundamental, en tanto que es el acreedor de los derechos y obligaciones establecidos en el contrato. La parte cedida, así, no está obligada a consentir la cesión (a menos que esté prevista por ley), pues “nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él”⁹⁸. En el supuesto de que los contratantes iniciales hubieran establecido una cláusula por la cual se prohibía la cesión o se establecían convenios “*intuitu personae*”⁹⁹, la cesión, de no ser consentida, sería nula (podrían aplicarse los arts. 1256 y 1091, así como el art. 1258.1º CC), en base al principio “*pacta sunt servanda*”. No obstante, el carácter personalísimo se difumina en las personas jurídicas, y por regla general, en las fusiones, la contratante se mantiene dentro de la nueva sociedad, y por tanto funcionalmente el contratante y sus cualidades subsisten.

La jurisprudencia exige, para que la cesión sea eficaz, la concurrencia de tres declaraciones de voluntad, estructurándolo como un negocio trilateral, en el que si una cualquiera de esas declaraciones faltase, la cesión sería inexistente, ya que el cedido no sólo interviene en el momento de la eficacia del contrato, sino además y antes en el de su constitución¹⁰⁰.

Eso sí, la subrogación de un tercero en un contrato de arrendamiento financiero en los derechos y obligaciones del anterior arrendatario cedente, efectuado con el consentimiento

⁹⁴ STS de 20 de julio de 2000 [RJ 2000\6189]

⁹⁵ STS de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004\8038]

⁹⁶ STS de 26 de junio de 1989 [RJ 1989\4786]

⁹⁷ SSTS de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004\8038], 4 de abril de 2002 [RJ 2002\3114] y 19 de julio de 1999 [RJ 1999\5959]

⁹⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Principios de Derecho civil”. *T III. Contratos*. Madrid: TRIVIUM. 3ª Edición, 1995, pp. 134-135.

⁹⁹ Navarro (2004) sostiene que un contrato con este carácter hace referencia a la especial relevancia que tienen, en la formación y ejecución del contrato, las cualidades individuales o subjetivas del deudor. En estos contratos el error de la persona será causa de nulidad del contrato (Art. 1266.2 CC), el pago o cumplimiento no puede ser hecho por tercero (art. 1161 CC), y el contacto no será transmisible ni por actos inter-vivos ni mortis-causa. NAVARRO MICHEL, M.: “El contrato para persona a designar. Nuevas perspectivas”, en *Colección Monografías de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

¹⁰⁰ SSTS 4 de febrero de 1993 [RJ 1993\825], 5-03-1994 [RJ 1994\1653]

de la entidad arrendadora¹⁰¹, tampoco implica adquisición de la titularidad jurídica sobre el bien por el nuevo cesionario (la seguirá teniendo la arrendadora), ya que el cedente sólo puede transmitir su derecho al uso del bien y el futuro ejercicio de la opción de compra¹⁰².

Al tratarse de leasing de vehículos, cabe acudir asimismo al Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos*¹⁰³. En su art. 28.1, relativo a la matriculación de vehículos, establece que la matriculación y expedición del permiso de circulación de los automóviles se solicitará por el propietario, el arrendatario con opción de compra o el arrendatario a largo plazo. Asimismo, el número 12 del anexo XIII RGV dispone que cuando se pretenda la anotación en el Registro de Vehículos de la cláusula de arrendamiento con opción de compra o de arrendamiento a largo plazo, se aportará contrato de arrendamiento o documento análogo, en el que conste el consentimiento del arrendador y del arrendatario para que el vehículo figure inscrito a nombre de éste, con firmas reconocidas de ambos o intervenido por Corredor de Comercio, así como justificación de que el arrendador es el propietario del vehículo. De la misma forma, cuando figure en el Registro de Vehículos una anotación de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento a largo plazo, tan sólo se practicará el cambio de titularidad en el Registro de Vehículos cuando conste el consentimiento del arrendador (art. 32.7 RGV)¹⁰⁴

De lo anterior se desprende que, en los casos de arrendamiento financiero o leasing, puede aparecer inscrito como titular del vehículo en el Registro de Vehículos el arrendatario, y que, asimismo, será posible transmitir la titularidad registral sobre el vehículo a un nuevo arrendatario con el consentimiento del acreedor. Para el cambio de la titularidad registral, en casos de transmisión de vehículos entre personas que no se dedican a la compraventa de vehículos, el adquirente deberá acompañar junto con la solicitud los documentos acreditativos del cumplimiento de las correspondientes obligaciones tributarias y cuantos se determinan en el anexo XIV (art. 32.3 RGV). Se acompañará a la notificación de la transmisión el permiso o licencia de circulación, así como el documento acreditativo de la transmisión, y el del cumplimiento de las correspondientes obligaciones tributarias (art. 32.1 RGV)

2.1.3 Subrogación en préstamos y pólizas de crédito.

Por lo que respecta a los **préstamos y pólizas de crédito**, por lo dispuesto en el CC, sí se produce una novación. El CC recoge tres reglas generales: (a) las modificaciones de las obligaciones pueden incluir la sustitución de la persona del deudor (art. 1203.2 CC); (b) La novación que consiste en la sustitución del deudor por uno nuevo puede llevarse a

¹⁰¹ La jurisprudencia ha determinado que en el marco de un proceso concursal, no obstante, no es necesario el consentimiento de la sociedad de leasing para la subrogación (Auto 22/2012 de la AP de Barcelona (secc. 15ª) de 6 de febrero de 2012 [JUR 2012\151069]). Resulta de aplicación, por presentar identidad de razón, el art. 155.3 LCo (venta de bienes afectos a créditos con privilegio especial – art. 90.1.4a LCo) con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que queda excluida de la masa pasiva. La subrogación opera aún sin el consentimiento del acreedor, estableciendo así una excepción a lo dispuesto en el art. 1205 CC. El acreedor conservaría sus garantías y acciones frente al adquirente que no está en situación concursal.

¹⁰² Resolución Vinculante de Dirección General de Tributos, V2105-08 de 10 de noviembre de 2008

¹⁰³ «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 1999, en adelante RGV.

¹⁰⁴ SAP de la Rioja de 02 de febrero de 2015 [JUR 2015\79487]

cabo sin el conocimiento del deudor original pero requiere el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC); y (c) la insolvencia del nuevo deudor, que ha sido aceptado por el acreedor, no hace revivir la acción de acreedor frente al deudor original, salvo cuando la insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida por el deudor original al delegar su deuda (art. 1206 CC)

Al no existir ninguna regla en nuestro ordenamiento que exija forma específica para el consentimiento del acreedor, se podrá entender prestado incluso de forma tácita¹⁰⁵. En el marco de las adquisiciones de empresas, resultará habitual que se exija contractualmente que el consentimiento del acreedor conste de forma expresa, y que éste se recabe con posterioridad a la firma del contrato de fusión, ratificando la asunción de deuda. Ha de preverse claramente en el contrato de compraventa las consecuencias en el caso de que el acreedor no consienta. De entre las opciones barajadas para dar solución al caso de que, sin previsión expresa al efecto, el acreedor no consintiera, el Tribunal Supremo¹⁰⁶ se ha decantado por la asunción cumulativa: el nuevo deudor quedaría vinculado en cualquier caso frente al acreedor, que pasaría a tener dos deudores¹⁰⁷.

2.1.4 Subrogación en garantías, fianzas y avales.

En cuanto a **obligaciones accesorias**, el art. 1207 CC dispone que cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento. Tomando esto en consideración, y recurriendo a las categorías generales del derecho, lo más acertado sea probablemente concluir que *“las garantías sólo subsistirán si así lo consiente el garante y, en concreto, que las garantías prestadas por el deudor original deberían entenderse extinguidas, a no ser que se pacte otra cosa, junto con su obligación principal”*¹⁰⁸. De lo contrario, podría considerarse que la asunción de deuda no conlleva una liberación total de las obligaciones del deudor original frente al acreedor.

Es por ello que, en avales y garantías, al desaparecer el avalista, en principio la garantía desaparecería con él, operando por tanto, *ope legis*, la subrogación. Concretamente, cuando se produce una fusión por absorción, en los términos previstos a lo largo de este estudio, la sociedad absorbente adquiere todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida. Es por ello que los tribunales consideran que el aval otorgado a favor de esta última sigue en vigor tras la fusión¹⁰⁹. Ello no obsta a que pueda, con el fin de evitar posibles contiendas, instar al avalista a firmar un anexo al contrato, reconociendo que el

¹⁰⁵ “En la STS 22-02-1946, el TS declaró que el comportamiento de los demandados era inequívoco y concluyente, en el sentido de que habían aceptado el contrato de obra y la obligación de pago dimanante de él respecto de la edificación en un terreno en el que eran también propietarios. No se trataba de una asunción de deuda con liberación del antiguo deudor, pero sí era una asunción acumulativa de deuda. DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, (Las relaciones obligatorias). Madrid: Civitas, 1996.

¹⁰⁶ Concretamente, STS 5 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5052]

¹⁰⁷ Con la duda de si el deudor original y el nuevo serían deudores solidarios, para evitar perjudicar al acreedor, o no. No obstante, ello violentaría el principio general del art. 1137 CC, según el cual la solidaridad ha de pactarse de forma expresa.

¹⁰⁸ HERRERA MARTÍNEZ, A.: “El contrato de compraventa de activos”, en *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (Sebastián Quetglas, R., dir.), Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid; La Ley, 2016, p. 406.

¹⁰⁹ Así, en lo referido a un aval, la SAP de Madrid (Sección 19º) núm. 354/2016 de 5 octubre de 2016 [JUR 2016\250709], revocó la SJPI (nº1) de Alcalá de Henares, condenando a un avalista a pagar una suma de

aval sigue en vigor¹¹⁰.

En definitiva, en la cesión del contrato se plantean las mismas cuestiones que en la asunción de deuda en relación a las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del cedente. De este modo, se entendería que, si las garantías hubieran sido constituídas por terceros, deberían considerarse extinguidas, al haber sido liberada la persona garantizada y quedar sustituida por otra (a menos que los terceros fiadores consientan expresamente su sustitución a favor del empresario cesionario). De tratarse de garantías constituidas por el cedente, debería entenderse que subsisten, a menos que el contratante cedido consintiera su liberación.

2.1.5 Sinopsis.

La asunción de deudas supone una novación modificativa de la relación obligatoria que le une con el acreedor (u obligacionista, en su caso), que requiere el acuerdo expreso entre ambas partes, y además el consentimiento, también expreso, de cada uno de los acreedores. Es por ello que podrá oponerse a la operación. La condición para ello es que su crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido ni suficientemente garantizado en ese momento (y hasta que se garantice)

La oposición del acreedor no impedirá la inscripción, pero podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la misma, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición (que se cancelará de oficio transcurridos seis meses sin hacerse constar la interposición de demanda al efecto)

Con respecto al leasing, la condición del deudor no puede ser alterada sin consentimiento del acreedor, sin el cual no podrá ceder, enajenar ni subrogar los derechos y obligaciones que le corresponden. Sin embargo, la empresa leasing sí podrá ceder su posición contractual a terceros, debiendo comunicárselo al cliente. La matriculación y expedición del permiso de circulación de los automóviles se solicitará por el titular del leasing y se anotará en el Registro de Vehículos la cláusula correspondiente. Cuando el mismo se transmita, sólo se practicará el cambio de titularidad en el Registro de Vehículos cuando conste el consentimiento del arrendador. Se acompañará a la notificación de la transmisión el permiso o licencia de circulación, así como el documento acreditativo de la transmisión, y el del cumplimiento de las correspondientes obligaciones tributarias.

En cuanto a préstamos y pólizas de crédito, se produce novación, requiriendo consentimiento del acreedor. La insolvencia del nuevo deudor no hace revivir la acción

dinero por un aval otorgado a una empresa que fue posteriormente absorbida por una mercantil (pese a que se avalaban personalmente deudas de la empresa que figuraba en el aval, y no de la absorbente). Los fundamentos de derecho se basan principalmente en la interpretación del artículo 286 CCo por el TS, en virtud de la cual se ha de considerar a la sociedad demandante como tercero de buena fe. El mismo criterio se sigue en la STS de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\4578].

¹¹⁰ A modo de ejemplo, el criterio expuesto se contradice en la STS de 3 de julio de 1999 [RJ 1999\4901], en que se afirma que “no se contempló la posibilidad de transmisión de dicho aval a favor de tercero ni estipulación alguna en tal sentido, lo que hace inaplicable el art. 1257”, llegando a la conclusión de que el aval no sobrevive a la fusión, lo que es contrario al principio de sucesión universal, ya que el cambio de acreedor no afecta al deudor ni agrava la obligación del fiador (arts. 1258 y 1212 CC)

del acreedor frente al deudor original, salvo cuando la insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida por el deudor original al delegar la deuda. Ha de preverse claramente en el contrato de compraventa las consecuencias en el caso de que el acreedor no consienta. De no hacerlo, el nuevo deudor quedaría vinculado en cualquier caso frente al acreedor, que pasaría a tener dos deudores.

Por lo que respecta a garantías, fianzas y avales, opera *ope legis* la subrogación. Se entendería que, si las garantías hubieran sido constituidas por terceros, deberían considerarse extinguidas, al haber sido liberada la persona garantizada y quedar sustituida por otra (a menos que los terceros fiadores consientan expresamente su sustitución a favor del empresario cesionario). De tratarse de garantías constituidas por el cedente, debería entenderse que subsisten, a menos que el contratante cedido consintiera su liberación.

Del mismo modo, los contratos con terceros (arrendamiento local de negocio, suministro de materiales, etc.), en tanto forman parte del conjunto unitario que constituye la empresa, han de entenderse en principio cedidos a G S.L., como efecto de la voluntad de las partes de transmitir el conjunto de la empresa¹¹¹. Se transfiere la totalidad de la relación obligatoria, para lo que es precisa la voluntad expresa del tercero afectado por la relación contractual que se cede¹¹², salvo en los supuestos en que la cesión de contrato se produce por imperio de la ley (por ejemplo, los dispuestos en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos*¹¹³, en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, *de Arrendamientos Rústicos*¹¹⁴, en el contrato de mandato del art. 1721 CC, o el contrato de seguro del art. 34 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de Contrato de Seguro*¹¹⁵).

2.2. ¿Qué consecuencias se derivan sobre el control de las mayorías de Junta y Consejo de Administración necesarias para la fusión y consecuencias de la operación en cuanto al control y toma de decisiones en la fusionada una vez haya sido inscrita en el Registro Mercantil?

El concepto de fusión (art. 22 LME) parte de la consideración del instituto como una figura única, si bien puede revestir diversas modalidades: la fusión en una nueva sociedad, o la fusión que hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente (art. 23.1.2 LME). En el presente supuesto, como se ha expuesto en la introducción, se opta por la segunda opción, adquiriendo la sociedad ya existente, por sucesión universal, los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la absorbente en la cuantía que proceda (art. 23.2 LME)

¹¹¹ “Los contratos se transmiten automáticamente a la sociedad resultante de la fusión, de manera que ésta habrá de cumplirlos (y podrá exigirlos) en los términos originariamente convenidos por la sociedad que se extingue”. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. Y SÁEZ LACAVE, M. I.: “Los contratos pendientes de ejecución en la fusión”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 243, 2002, p. 45.

¹¹² Pudiendo ser también consentimiento tácito, como parece deducirse de la redacción de la SAP de Asturias de 16 de enero de 2014 [JUR 2014\47574]

¹¹³ «BOE» núm. 282, de 25/11/1994

¹¹⁴ «BOE» núm. 284, de 27/11/2003

¹¹⁵ «BOE» núm. 250, de 17/10/1980

Como pone de manifiesto Sequeira¹¹⁶, en cualquiera de sus clases, la fusión se desenvuelve a través de un proceso estructurado en las mismas fases, al final del cual se producen sus específicos efectos con la inscripción y el nacimiento de la nueva sociedad, o, en su caso, con la de la absorción en el Registro Mercantil, y la posterior cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas (art. 46.1.2 LME). En la fusión se produce una sucesión universal, eliminando cualquier posibilidad de objeción o negociación bilateral con cualquiera de las contrapartes en los distintos negocios jurídicos vigentes con la sociedad absorbida¹¹⁷. Ello, como hemos visto en los apartados precedentes, incluye las relaciones laborales, pero no obsta a que los acreedores puedan oponerse a la fusión hasta que se les garantice la deuda suficientemente (o en su caso se les adelante el pago)

2.2.1 Continuidad de los socios y tipo de canje.

En toda fusión resulta imprescindible analizar un aspecto en particular: la **continuidad de la participación de los socios** en la sociedad que resulte de la operación (independientemente de que se haya creado una nueva sociedad o se haya producido por absorción), junto con el **tipo de canje**.

Por lo que respecta al primer aspecto (la continuidad de la participación de los socios), el art. 24.1 LME dispone que “los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, recibiendo un número de acciones o participaciones, o una cuota, en proporción a su respectiva participación en aquellas sociedades”, estableciendo una especificidad en el caso de existir socios industriales en el apartado segundo del mismo artículo.

El segundo aspecto surge de la necesidad de garantizar la proporcionalidad. El instrumento utilizado para ello es el tipo de canje, que en aplicación del art. 25.1 LME, debe establecerse sobre la base del valor real del patrimonio de una de las sociedades participantes¹¹⁸. Este instrumento pretende establecer la participación que corresponde a los socios de las sociedades que se extinguen, en la resultante de la fusión. Es por ello que con carácter general se realiza en especie, por medio de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante. Los socios pueden obtener una compensación en dinero para ajustar el tipo de canje, siempre que no exceda del diez por ciento del nominal de las acciones, participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.

Ha de fijarse, por tanto, tomando en consideración el valor real del patrimonio. De no ser así, podrían verse perjudicados intereses legítimos de terceros (por ejemplo, los acreedores), sin perjuicio de que, de ser el caso, pudieran ejercer el derecho de oposición correspondiente. No podrán canjearse participaciones propias (art. 26 LME)

¹¹⁶ SEQUEIRA MARTÍN, A.: “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 381.

¹¹⁷ DÍAZ RUIZ, E.: “La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas”, *op cit.*, p.355.

¹¹⁸ Los criterios empleados para la determinación del tipo de canje han de ser justificados, de no emplearse para ello el valor real del patrimonio de la sociedad. La resolución del ICAC de 10 de mayo de 1991 establece, "a efectos orientativos", cuatro métodos de valoración, considerados como más usuales o generalmente utilizados: a) valor de cotización en bolsa (de ser una entidad cotizada); b) valor del activo neto real; c) valor de capitalización de resultados; y d) valor actual de flujos monetarios netos.

La valoración, según lo dispuesto en el art. 34 LME, exige el nombramiento de experto independiente sólo en los casos en que la entidad resultante sea sociedad anónima o comanditaria por acciones. En el presente caso se trata de una sociedad limitada, por lo que deberá entenderse que, ante la existencia de varios métodos, la impugnación del informe podrá basarse únicamente en la existencia de una incongruencia entre el método empleado y el resultado obtenido.

Por último, por lo que respecta a los derechos especiales distintos a acciones, participaciones sociales o cuotas de participación en la sociedad, ha de decirse que pueden ser modificados como consecuencia de la fusión. Es por ello que se exige, entre las menciones obligatorias del proyecto de fusión, la relativa a estos derechos especiales (art. 31.4º LME)

En el presente caso, en lo referente al tipo de cambio y por ende el control en la sociedad absorbente una vez realizada la operación, dada la participación relativa, parece que los gerentes de G S.L. podrán seguir nombrando al equipo directivo de la sociedad ampliada (cabe acudir a las aclaraciones realizadas en el Anexo 1)

En el proyecto de fusión puede incluirse, también como parte de la modificación de los Estatutos, cómo ha de estar integrado el Consejo en la nueva compañía. Así, se fijaría todo lo relativo a la adopción de acuerdos y tipos de firmas en los Estatutos de la absorbente, al modificarlos, y se establecería una previsión acerca del régimen estatutario (pudiéndose establecer un acuerdo para socios), para proteger los intereses de los socios absorbidos.

En esta materia cobran importancia los llamados **acuerdos parasociales**, en ejercicio del principio general de libertad contractual (art. 1255 CC). Los pactos que se mantengan reservados entre socios no serán oponibles a la sociedad (Art. 29 LSC), pero la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que serán válidos, siempre que no vulneren las exigencias de la buena fe¹¹⁹.

Los pactos parasociales son acuerdos celebrados, al margen de la regulación societaria, entre los socios, entre estos y la sociedad, o con terceros, que constituyen una herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas pese a la ausencia de una regulación legal integral, y que tienen por finalidad regular extremos no recogidos estatutariamente. Su validez, eficacia e incumplimiento estarán determinados en mayor medida por las normas de derecho civil y en menor proporción por el orden jurídico societario¹²⁰.

Cabe mencionar, por su importancia en este apartado, el **régimen de impugnación** establecido respecto del balance de fusión (Art. 38 LME), en virtud del cual cualquier socio que se considere perjudicado por la ecuación de canje establecida, podrá requerir del Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la publicación del acuerdo de fusión en el Boletín Oficial (que por lo demás no se exige sistemáticamente, art. 43.2 LME), la designación de un experto independiente, que “*fije la cuantía de la indemnización compensatoria*”, si así se hubiera previsto estatutariamente o decidido en las juntas que

¹¹⁹ STS de 25 febrero de 2016 [RJ 2016\635]

¹²⁰ HENAO, L.: “Los pactos parasociales”, en *Revista de Derecho Privado*, 2013, núm. 25, julio-diciembre, p. 179.

acuerden la fusión. En el caso de que no exista previsión estatutaria ni acuerdo de junta en este sentido, no parece que al socio en esta situación le quede otra opción que la de iniciar acciones judiciales tendentes a impugnar la propia fusión, lo que, de prosperar, podrá dar lugar a la anulación de la fusión, en cuanto acuerdo nulo. Ello genera indefensión al socio, y en palabras de Díaz (2010), hubiera sido preferible establecer para estos casos, con o sin previsión estatutaria o acuerdo de la junta al respecto, “que la impugnación desembocara siempre en una compensación, para evitar litigios, mediante la valoración del experto, en su caso, pero nunca a la nulidad de la fusión”¹²¹. La impugnación del balance de fusión no podrá suspender, por sí sola, la ejecución de la fusión (así establecía también el art. 239.3 LSA), pero se añade ahora un supuesto arbitraje no exento de críticas¹²². Todo ello puede generar cierta indefensión al socio, que además no tendrá derecho de separación (el régimen general de fusión no da derecho de separación a los socios disidentes, regulación que no es coherente con la de la transformación¹²³)

2.2.2 Las especialidades de la fusión expedita o unánime.

Cabe realizar un apunte sobre el art. 42 LME, la denominada **fusión expedita o unánime**. Se exonera la aplicación de gran parte de los requisitos generales del proceso de fusión, en el caso de que los acuerdos se adopten por unanimidad de todos los socios, y siempre que no participen en la fusión sociedades anónimas o comanditarias por acciones. De este modo, se abre una vía en términos de agilidad operativa¹²⁴. No se aplican las normas generales sobre el proyecto y el balance de fusión de los artículos 30 a 38 LME¹²⁵; ni las normas relativas a la información sobre la fusión con ocasión de la convocatoria y celebración de la junta general del art. 39 LME, con la excepción de las exigencias de información a los representantes de los trabajadores (art. 42.2º, en relación con art. 39.2 LME); ni las normas sobre la convocatoria y adopción del acuerdo de fusión (Arts. 40 y 41 LME). En esta modalidad, el acuerdo de fusión en junta universal valida *ex post*, con la verificación del voto unánime favorable de todos los socios, la inexigibilidad de los requisitos ordinarios citados.

La fusión unánime ofrece una serie de atajos, y puede resultar preferible a nivel estratégico (permite inscribir en el Registro Mercantil antes de realizar las comunicaciones oportunas, minorando asimismo los riesgos de Ofertas Públicas de Adquisición, OPAs), pero requiere, ante todo, discreción por parte de los empleados. Ello es porque, si bien permite que no se publique en el BOE ni en periódicos, no se puede obviar, como hemos mencionado, el informe al Comité de Empresa (siendo el plazo para ello de 1 mes).

¹²¹DÍAZ RUIZ, E.: “La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas”, en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 365.

¹²² Destacan las críticas hechas al efecto por GIRBAU PEDRAGOSA, R.: “Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2009, nº33, pp. 166-167

¹²³ VIVES RUIZ, F.: *Fusión de sociedades, Tratados y Manuales (Civitas)*, Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II. Editorial Aranzadi, 2015.

¹²⁴ GIRBAU PEDRAGOSA, R.: “Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales”, op. cit., pp. 159-171.

¹²⁵ No rigen la exigencia de proyecto de fusión (arts. 30 y 32 LME), ni la de informe de administradores al respecto (art. 32 LME), ni la de experto independiente (art. 34), ni la verificación del balance de fusión por auditor de cuentas y su aprobación por las juntas de socios de las sociedades fusionadas (art. 37)

2.2.3 Mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

Analizado lo que precede, se abordará la materia relativa a las **mayorías necesarias para la adopción de acuerdos**, si bien se comenzarán tratando aspectos básicos concernientes a las obligaciones de socios y administradores en el proceso de fusión.

En primer lugar, cabe decir que se requiere que el proyecto común¹²⁶ de fusión, redactado por los administradores de las sociedades participantes en la operación¹²⁷, e incluyendo el contenido dispuesto en el art. 31 LME; sea aprobado por las Juntas Generales de ambas¹²⁸, dentro del plazo de seis meses a contar desde su fecha (art. 30.3 LME)

Además, los administradores han de efectuar un informe sobre el proyecto de fusión donde se justifique la misma. Al no indicarse en el enunciado la concurrencia de ninguna de las situaciones definidas en los arts. 49 y 50 LME, ni que se trate de un acuerdo en cada sociedad, adoptado en junta universal y por unanimidad, supondremos que el informe de los administradores es necesario. En él se explicarán y justificarán detalladamente los aspectos jurídicos y económicos del proyecto común de fusión en los términos establecidos en el art. 33 de la misma Ley¹²⁹.

Cabe mencionar que en el caso de que todas las sociedades intervinientes tengan la condición de limitadas, como es el supuesto que nos ocupa, no será preciso informe del experto independiente¹³⁰. Tampoco es preciso cuando el acuerdo se haya acordado por la totalidad de los socios con derecho a voto o quienes pueden ejercitar conforme a la Ley o los Estatutos un derecho de voto, de todas y cada una de las sociedades que se fusionan, ni tampoco cuando se trate de fusión de sociedades íntegramente participadas.

Por lo que respecta a la adopción del acuerdo por la Junta General, cabe destacar que exige mayorías (tanto de votos de socios asistentes como de capital social a favor del acuerdo), si bien éstas son distintas en función del tipo de acuerdo a adoptar. Las mayorías legales son de tal importancia que, en el supuesto de empate técnico, según se desprende de las letras c)¹³¹ y d)¹³² del art. 363 LSC, no existiría posibilidad de llegar a acuerdo y la única solución posible sería instar la disolución de la sociedad.

¹²⁶ La referencia al carácter “*común*” del proyecto de fusión es un pleonismo, copia literal del art. 5 de la Directiva sobre fusiones transfronterizas. LARGO GIL, R.: “La fase previa y el proyecto de fusión”, *op cit*, p. 439.

¹²⁷ De no firmar alguno de los administradores, se expresará al final del proyecto con indicación de la causa, según lo establecido en el art. 30 LME.

¹²⁸ El acuerdo ha de ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión. Ver al efecto MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, *op. cit.*, pp. 527-588.

¹²⁹ En el mencionado precepto se hace referencia a que el informe debe incluir mención a las “especiales dificultades de valoración que pudieran existir”, si bien la STS de 15 de febrero de 2007 [RJ 2007\562] ha afirmado que no necesariamente los informes preceptivos deben contener pronunciamientos sobre este extremo, dada cuenta de que las “especiales dificultades de valoración” pueden o no existir.

¹³⁰ Se trata de la imperativa emisión de una opinión por un tercero, técnicamente cualificado, que sirva para evaluar propuestas de acuerdo con incidencia sobre el patrimonio social y el capital. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 501 y ss.

¹³¹ Se refiere a la disolución de la sociedad de capital por imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.

¹³² Se refiere a la disolución de la sociedad de capital por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

En las sociedades de responsabilidad limitada, como las del caso que se plantea, las Juntas son universales o convocadas, admitiéndose de exclusivamente la primera convocatoria. En el caso de junta convocada, la Ley no exige mínimo de quórum de asistencia como en las anónimas, sin perjuicio de lo que puedan disponer los estatutos. Se parte, eso sí, de mayoría de participaciones, dependiendo la mayoría exigida del tipo de acuerdo.

Podemos decir de forma sucinta que en los casos de acuerdo sin mayoría especial regirá el principio mayoritario, siendo de aplicación el art. 198 LSC¹³³. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos válidamente emitidos que representen como mínimo¹³⁴ un tercio de los votos que correspondan a las participaciones sociales en que se divida el capital social, sin ser computables votos en blanco. Es decir, han de asistir socios titulares de participaciones que representen, al menos, una tercera parte del capital social¹³⁵.

En este supuesto particular resulta imprescindible hacer referencia a los acuerdos especiales, previstos en el art. 199 LSC¹³⁶. Concretamente se prevé lo que sigue, que citamos de forma literal:

- a) “El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.
- b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos¹³⁷ correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”.

Es por ello que para la adopción de este acuerdo se requerirá el voto favorable de al menos dos tercios de los votos que correspondan a las participaciones de la sociedad, si bien estatutariamente se puede exigir una mayoría reforzada (art. 200 LSC)

Por su parte, para la adopción de acuerdos del Consejo de Administración, en la Sociedad Limitada, se sujetará a las disposiciones de los estatutos sociales, según lo previsto en el art. 245.1 LSC.

Una vez inscrita la fusión, no podrá ser impugnada (art. 47.1 LME), sin perjuicio de los derechos de los socios y terceros para resarcimiento de los daños y perjuicios causados,

¹³³ Anterior art. 53.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedades de Responsabilidad Limitada* («BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 1995, en adelante LSRL)

¹³⁴ Todo ello sin que los estatutos puedan rebajar esta mayoría mínima (Sentencia de 1 de noviembre de 2005 de Juzgados de lo Mercantil nº 2 de Madrid [AC 2006\1732]). Los estatutos podrán establecer un sistema por el que se adopten acuerdos “*por cabezas*”, siempre que se cumpla a mayores el requisito legalmente establecido (resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 17 de enero de 2009, «BOE» núm. 47, de 24 de febrero de 2009)

¹³⁵ No resulta admisible o suficiente la mayoría de votos válidamente emitidos, sino que se requiere por tanto un respaldo mínimo de capital social (Resolución de 29 de marzo de 2017, «BOE» núm. 83, de 7 de abril de 2017)

¹³⁶ Anterior art. 53.2 LSRL.

¹³⁷ Nótese que no se exige más de los dos tercios, sino que resulta suficiente alcanzar dicha fracción.

especialmente los que se deriven de la ecuación de canje. No obstante, la ley, a continuación, establece que cabe una acción de impugnación a quien invoca la nulidad, con un plazo de caducidad de tres meses desde la fecha en que la fusión fuera imponible. Ello parece excluir la posibilidad de impugnar por anulabilidad (por contradicción con los estatutos o la lesión de los intereses sociales), pero, sin embargo, debe entenderse que la causa de nulidad no se debe limitar a infracciones de la LME, sino a la de cualquier otra norma de rango legal¹³⁸.

2.2.4 Sinopsis.

Los socios de las sociedades extinguidas se integrarán en la resultante de la fusión, recibiendo un número de participaciones en proporción a su respectiva participación, por medio del tipo de canje, que ha de establecerse sobre la base del valor real del patrimonio de las sociedades participantes. Los socios pueden obtener una compensación en dinero para ajustar el tipo de canje, que no exceda del 10% del nominal de las participaciones.

En el caso de que se emplee otro criterio distinto al valor real del patrimonio, pueden perjudicarse intereses legítimos de terceros, que podrán ejercer el derecho de oposición. Los socios que se consideren perjudicados por la ecuación de canje establecida no podrán ejercer el derecho de separación, pero podrán requerir del Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la publicación del acuerdo de fusión en el Boletín Oficial, la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria. De no existir previsión estatutaria ni acuerdo de la junta en este sentido, sólo podrá iniciar acciones judiciales tendentes a impugnar la propia fusión.

Por la participación relativa que ostentan, los gerentes de G.S.L. podrán seguir nombrando al equipo directivo de la ampliada, sin perjuicio que en las negociaciones se acuerde la inclusión de algún administrador de la absorbida por medio de la modificación de los Estatutos, para protección de sus intereses. Con este fin, podrán asimismo adoptar acuerdos parasociales, si bien no serán oponibles a la sociedad.

Por lo que respecta a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos, en lo referente a los acuerdos del Consejo de Administración se establecerán expresamente en los Estatutos; y en todo caso sus disposiciones podrán modificarse con motivo de la fusión. En sociedades de responsabilidad limitada, las Juntas, universales o convocadas, sólo se admiten en primera convocatoria. En caso de junta convocada, no se exige mínimo de quórum de asistencia, sin perjuicio de lo que puedan disponer los estatutos. En acuerdos sin mayoría especial regirá el principio mayoritario, y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos válidamente emitidos que representen como mínimo un tercio de los votos, sin ser computables los votos en blanco. En cuanto a los acuerdos especiales, se exige para el aumento, reducción de capital o cualquier otra modificación de los Estatutos, más de la mitad de los votos correspondientes al total de participaciones; mientras que para otras operaciones legalmente previstas entre las cuales figura la fusión se exige el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Estatutariamente se puede exigir una mayoría reforzada.

¹³⁸ TAPIA HERMIDA, A. J.: "Fusiones transfronterizas intracomunitarias. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias", en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 825.

3. PERSPECTIVA FISCAL

3.1. ¿Sería posible la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales, previsto en el Capítulo VII del Título VII de la LIS, que permite hacer la operación a coste fiscal cero?

3.1.1 Tratamiento fiscal en la imposición directa e indirecta de la operación proyectada.

Como consecuencia de la operación de reestructuración empresarial, tiene lugar un desplazamiento patrimonial de activos de la absorbida (A S.L.) a la absorbente (G S.L.), lo que produce en consecuencia una explosión de consecuencias fiscales.

Así, puede comentarse de forma sucinta que, en lo referido al Impuesto sobre Sociedades, la fusión genera en la absorbida una renta por la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable, corregido, en su caso, por los ajustes fiscales derivados de la transmisión (la llamada plusvalía latente o de disolución, art. 17.4.d) y 17.9 LIS). Pese a todo lo visto hasta ahora, en el régimen fiscal general no se aplica el principio de subrogación (no se transfieren a la adquirente el derecho de compensación de bases imponibles negativas, y se perderán las deducciones pendientes de aplicación, entre otras) Por lo que respecta a los socios que intervienen en la fusión, el régimen general conllevaría que las operaciones mencionadas produjeran para los socios una renta tributable (ganancia patrimonial) por la diferencia entre el valor real de los valores recibidos y el valor de lo entregado como consecuencia del canje de valores que se produce (art. 37.1.e) y 3 LIRPF)

Esto es, en el supuesto de que se realicen las operaciones en virtud de lo establecido en el régimen general, será de aplicación lo dispuesto en los arts. 17, 20 y 21 LIS, gravándose por tanto, por IS, las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales afectados por la operación. Asimismo, de no cumplirse los requisitos del art. 21 LIS para su exención, se gravarán las rentas generadas a nivel de los socios por el canje derivado de la realización de las operaciones. No se debe olvidar que, a mayores, se devengarán los impuestos indirectos derivados de la operación.

Del mismo modo, en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se devengaría de acuerdo con el art. 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*¹³⁹. No obstante, no estará sujeto de cumplir los requisitos establecidos para gozar de los beneficios fiscales en el IS (DA 2.3 TRLRHL), como veremos a continuación, con la contrapartida que la adquisición de los elementos recibidos por la absorbente se realizará con el valor y antigüedad que tenían en la absorbida.

¹³⁹ «BOE» núm. 59, de 09/03/2004, en adelante TRLRHL.

En el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido, se debería devengar del mismo por la transmisión de activos mobiliarios e inmobiliarios. No obstante, el art. 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, *del Impuesto sobre el Valor Añadido*¹⁴⁰, declara no sujetas las transmisiones de un conjunto de bienes corporales e incorporales que, formando parte de un patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyen una unidad económica (como es el caso). Lo mismo ocurre en sede del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en que se declaran no sujetas, en la modalidad de operaciones societarias, las operaciones de reestructuración, entre las cuales figura la fusión, que también estará exenta en la modalidad de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Por ello puede afirmarse la ausencia de tributación en estos últimos impuestos citados en una operación de fusión como la presente.

3.1.2 El régimen especial: una opción de planificación fiscal lícita para abaratar fiscalmente el proceso de reestructuración empresarial.

La reorganización de los grupos empresariales mediante operaciones de concentración, como las fusiones; o de desconcentración, como las escisiones (totales o parciales); así como las operaciones de canje de valores que permiten la toma del control en el capital de otras entidades; o las aportaciones no dinerarias¹⁴¹; suponen una transmisión de elementos patrimoniales susceptible de determinar, a efectos fiscales, una generación de rentas como la mencionada anteriormente, que razonablemente desincentive la realización de dichas operaciones. Esta es la razón por la que se han establecido particularidades en la normativa fiscal con respecto a su tratamiento, permitiendo el diferimiento del pago del tributo que pueda ponerse de manifiesto como consecuencia de la operación.

A nivel comunitario, cabe tomar en consideración lo dispuesto en la Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009¹⁴², que codifica la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial. La idea de la neutralidad fiscal (o “diferimiento”) se refleja en el ámbito nacional ya en la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, *de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas*¹⁴³. Posteriormente sería regulado por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, *del Impuesto sobre Sociedades*¹⁴⁴ (que establecía el mismo régimen fiscal, con contadas diferencias), por la refundición por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*¹⁴⁵; y posteriormente la actual Ley 27/2014, de 27 de noviembre, *del Impuesto sobre Sociedades*¹⁴⁶. Concretamente, el Régimen Fiscal de la Reestructuración Empresarial está regulado en los arts. 76 a 89 LIS¹⁴⁷.

¹⁴⁰ «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 1992.

¹⁴¹ Resulta posible transmitir organizaciones empresariales, en caso de ramas de actividad, o activos empresariales para mejorar la eficiencia de los negocios

¹⁴² «DOUE» núm. L 310/34, en adelante Directiva 2009/133/CE

¹⁴³ «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.

¹⁴⁴ «BOE» núm. 310, de 28 de diciembre de 1995.

¹⁴⁵ «BOE» núm. 61, de 11 de marzo de 2004.

¹⁴⁶ «BOE» núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹⁴⁷ Se desarrolla en el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades* («BOE» núm. 165, de 11 de julio de 2015, en adelante RIS); y también son de aplicación la LME; o la Directiva 2009/133/CE.

La neutralidad se basa en que el elemento tributario no ha de influir en la toma de decisiones de reestructuración o reorganización empresariales, ni estimulándolas ni desincentivándolas. En el caso del régimen especial que nos ocupa, se trataría de evitar una penalización impositiva en este tipo de operaciones, que se consideran necesarias, y que no pueden verse obstaculizadas con restricciones, desventajas o distorsiones, por lo que deben estar guiadas por normas fiscales neutras.

Se traduce en un aplazamiento en el tiempo del pago de los impuestos que en otro caso se habrían devengado: no se atribuyen plusvalías ni a la sociedad absorbida (por razón de la transmisión de activos a la absorbente, sin haber tampoco la revalorización fiscal por razón de la fusión), ni a sus socios (por razón del nuevo capital recibido). Asimismo, se produce una notable reducción de la intervención administrativa. Todo ello siempre y cuando la operación responda a motivos económicos válidos (art. 89.2 LIS), no pudiendo limitarse a la obtención de un beneficio tributario: “no se trata de determinar si concurría alguna causa lícita o cierta en el negocio de la escisión, sino de examinar, pura y llanamente, si, pese a ello, la operación tenía como designio único o principal la obtención de una ventaja fiscal”¹⁴⁸.

La existencia de motivos económicos válidos ha sido objeto de una extensa jurisprudencia¹⁴⁹ y desarrollo doctrinal¹⁵⁰, así como multitud de consultas tributarias; y puede derivarse de dichas disposiciones que el término “debe interpretarse en el sentido más amplio de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal, como la compensación horizontal de pérdidas”¹⁵¹.

Sin embargo, en la operación objeto de estudio, tras realizar un análisis global, podría observarse que sí concurren motivos económicos válidos, pues se dirige fundamentalmente a favorecer la competitividad, racionalizar los gastos operando de un modo más eficiente y dinámico, optimizar la gestión y la productividad de ambas empresas, así como a garantizar la supervivencia de las compañías dado el turbulento entorno empresarial. Se evitaría la duplicidad de operaciones contables, administrativas y fiscales, con el consiguiente ahorro de costes económicos y administrativos. El motivo de viabilidad y la reducción de estructuras, la racionalización de esfuerzos o la consecución de una mejor imagen corporativa y a efectos de las relaciones externas con terceros, captación de recursos financieros o, lo que es más relevante a efectos del caso que nos ocupa, las posibilidades de optar a las licitaciones ofrecidas, se considerarían suficientes para justificar la operación. Esta finalidad organizativa o comercial evitaría a priori que se frustrara la posibilidad de aplicar el régimen fiscal especial, pues la operación carecería de los dos elementos del art. 110 LIS que caracterizarían una operación fraudulenta: la existencia de fraude o evasión fiscal como finalidad primordial de la operación y la inexistencia de motivos económicos válidos¹⁵², excluyendo como

¹⁴⁸ STS de 15 de abril de 2013 [RJ 2013\3634], y STS de 27 de mayo de 2013 [RJ 2013\4537] (Fundamento de Derecho 4º).

¹⁴⁹ Entre otras, cabe destacar la doctrina expuesta por la STS de 6 junio de 2013 [RJ 2013/4748]; o lo dispuesto en la SAN de 26 febrero 2004 [JT 2004/1035]

¹⁵⁰ La redacción actual del art. 89.2 LIS ha de entenderse una presunción *iuris tantum* de la existencia de “fraude o evasión fiscal”. Entre otros, PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 226.

¹⁵¹ STJCE de 17 de julio de 1997 [TJCE 1997\156]

¹⁵² SAN de 19 de septiembre de 2013 [JUR 2013\320980]

tales la mera obtención de una ventaja fiscal (pues no se constituye como una razón de importancia vital para justificar la operación). Cabe indicar que, en los términos previstos, también puede alegarse la mejora fiscal como motivo, en términos de la consecución de una gestión más eficiente de obligaciones tributarias, y de mayor interés para los accionistas, fundamentalmente por contar con una base de consolidación más amplia y diversificada, sin que se produzcan ineficiencias o inequidades y reduciendo la carga administrativa.

En último término, la carga de la prueba de la existencia del motivo económico válido correspondería al contribuyente (hasta 2001 se entendía que recaería sobre la Administración), según lo dispuesto por la doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central¹⁵³, y tomando como base el art. 105.1 LGT (“en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”), siempre dentro de unos límites razonables de proporcionalidad sin incurrir en una suerte de *diabólica probatio*¹⁵⁴. En definitiva, el sujeto pasivo habrá de demostrar los hechos que justifican la aplicación del régimen especial, y la Administración Tributaria, por su parte, habrá de probar los hechos impositivos de dicha afirmación, pues “el *onus probandi* debe ser soportado por quien, por su posición, función y potestad comprobativa y resolutoria, dispone o tiene «más facilidad» para asumirlo y desarrollarlo con la suficiente y necesaria objetividad”¹⁵⁵. En cualquier caso, puede ser objeto de consulta a la Administración, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado a precisar en cada supuesto.

De acuerdo con los artículos 89 LIS, y 48 y 49 RIS, la realización de las operaciones a que se refieren los arts. 76 y 87 LIS debe comunicarse a la Administración tributaria, por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no fuese residente en territorio español, supuesto en el que referida comunicación tendrá que efectuarse por parte de la entidad transmitente.

En dicha comunicación debe hacerse constar: (a) la identificación de las entidades participantes en la operación y descripción de la misma; y (b) la copia de la escritura pública o documento equivalente que corresponda a la operación. Podrá realizarse cumplimentando formularios establecidos al efecto. En cuanto a la fusión por absorción, se ha de realizar la comunicación a la Administración tributaria de la aplicación del régimen especial de fusiones del Impuesto sobre Sociedades en una fusión por absorción (FOR 2012\240)¹⁵⁶, si bien desde 2015 la aplicación del mismo es automática.

En el ámbito del impuesto de sociedades se diferirá la tributación de las plusvalías tácitas al momento posterior en que los bienes o derechos fueran transmitidos a terceros por parte de la entidad que participe en la correspondiente operación de reorganización societaria en concepto de cesionaria de los mismos¹⁵⁷. No se integrará en la base imponible del IS las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de las operaciones (Art. 77 LIS), y los bienes recibidos a efectos fiscales se valorarán por el importe contable anterior a la

¹⁵³ Resolución del TEAC, de 31 de enero de 2013, núm. 00/1894/2011.

¹⁵⁴ STS de 16 de mayo de 2013 [RJ 2013/4673]

¹⁵⁵ STS de 14 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9322]

¹⁵⁶ Formulario disponible en <https://bit.ly/2ybv8qG>

¹⁵⁷ SAN de 12 de junio de 2014 [JUR 2014\170817]

realización de la transmisión (art. 78 LIS). De este modo, regirá el régimen de diferimiento hasta la realización efectiva de plusvalías. Sin embargo, no debe olvidarse que el Derecho Comunitario también ha dado lugar a una reducción de los rigores de pago automático en otros impuestos como el ITP y AJD¹⁵⁸, el IVA¹⁵⁹ o el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana¹⁶⁰.

Con respecto a la normativa vigente, cabe destacar, entre otros, que¹⁶¹:

- El régimen fiscal especial se aplica con carácter general y automático en las operaciones citadas, si no se expresa lo contrario por medio de comunicación a la Administración Tributaria.
- Desaparece el tratamiento de la diferencia de fusión (cuando la absorbente participa en un 5% o más del capital de la absorbida y el precio de adquisición de la participación en la misma es superior a sus fondos propios). La diferencia de valores no tendrá efectos fiscales, y los elementos patrimoniales procedentes de la entidad absorbida se valorarán (a efectos fiscales) por los valores contables en la absorbida.
- En supuestos de transmisión de ramas de actividad cuyos resultados hayan generado bases imponibles negativas, se permite la transmisión de aquéllas que se encuentren pendientes de compensación en la absorbida.
- Se establece una limitación a la deducibilidad de gastos financieros que se destinen a la adquisición de participaciones en el capital o fondos propios de entidades.
- En los supuestos de aportaciones no dinerarias de participaciones realizadas por personas físicas, la participada podrá no ser residente en territorio español.
- Se establece que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria en virtud de las cuales se determine la inaplicación de este régimen especial se limitarán a la eliminación de los efectos derivados de la ventaja fiscal.

3.1.3 Sinopsis

Con el fin de evitar la tributación por plusvalías latentes y ganancias patrimoniales que se derivarían de la operación de fusión y desincentivara razonablemente la realización de operaciones como la presente, se ha establecido un régimen especial que permite el diferimiento del pago del tributo que pudiera ponerse de manifiesto. Así, no se atribuyen plusvalías ni a la sociedad absorbida (por razón de la transmisión de activos a la absorbente, sin haber tampoco la revalorización fiscal por razón de la fusión), ni a sus socios (por razón del nuevo capital recibido). Todo ello está supeditado a la existencia de motivos económicos válidos para la realización de la operación. En la presente operación puede entenderse que concurren motivos económicos válidos y por tanto podrá emplearse este régimen especial, que será de aplicación automática. En cualquier caso, puede ser objeto de consulta a la Administración, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado a precisar en cada supuesto.

¹⁵⁸ De cumplir con los requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial, las operaciones que se produzcan como consecuencia de fusiones, escisiones, canje de valores o aportaciones no dinerarias a sociedades no estarán sujetas al impuesto en su modalidad de Operaciones Societarias.

¹⁵⁹ No están sujetas las transmisiones de ramas de actividad y participaciones en el capital de sociedades.

¹⁶⁰ De cumplir con los requisitos previstos, no se devengará este impuesto por los terrenos transmitidos en virtud de operaciones de fusión, escisión y aportación de ramas de actividad. El cómputo del número de años a aplicar en una ulterior transmisión de los terrenos no se interrumpe como consecuencia de la reestructuración empresarial.

¹⁶¹ LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, D. J. A. Y ORTEGA CARBALLO, D. E.: *Reorganización Empresarial (fusiones)*, Memento práctico. Francis Lefebvre, 2015, p. 12.

Conclusiones

Debemos cerrar el trabajo aportando las siguientes conclusiones:

- 1. La sucesión universal resulta indispensable para favorecer las operaciones de reorganización empresarial, operando con carácter general *ipso iure* y provocando efectos *erga omnes*, en línea con las exigencias impuestas por las Directivas comunitarias.**

A la vista de su trascendencia económica, han de favorecerse este tipo de operaciones para facilitar el crecimiento de las empresas y su adaptación a las cambiantes condiciones del mercado. En base al principio básico de continuidad de la empresa y neutralidad, se prevé la sucesión en bienes, derechos, responsabilidades y obligaciones (incluidas las derivadas de sanciones no impuestas) Ello permite prescindir de determinados requisitos exigidos en las transmisiones individuales y en el régimen general de las operaciones societarias, facilitando el traspaso de todas las relaciones por un único título (sin perjuicio de que, una vez realizada la transmisión, deban cumplir formalidades con respecto a determinadas relaciones jurídicas). Ello conlleva que el adquirente no pueda, tampoco, aprovecharse de las normas típicas de las transmisiones (por ejemplo, no podrá considerarse tercero hipotecario), y que no se produzcan los efectos típicos de la disolución de sociedades (como la extinción del usufructo).

- 2. Esta sucesión universal conlleva que la realización de un estudio previo de la situación patrimonial y circunstancias relativas a la operación sea un trámite imperativo en aras a garantizar la seguridad de las partes (*due diligence*)**

Habrán de estudiarse todos los elementos que puedan interferir en la operación. Así, el fenómeno se extiende a múltiples disciplinas y constituye por ende una encrucijada jurídica, donde concurren el derecho de sociedades puro con el derecho laboral, el derecho patrimonial común o civil, o el derecho fiscal, entre otros.

- 3. Desde la perspectiva laboral, la figura de sucesión de empresa del art. 44 LET opera *ope legis*, y pretende la protección de los trabajadores, conservándose todos los aspectos relativos a la relación laboral preexistente con la cedente.**

Esta protección conlleva la conservación de las relaciones de trabajo vigentes en el momento de la transmisión en todos sus términos (alcanza cualquier condición de trabajo); la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior; la responsabilidad solidaria por cotizaciones pendientes de abono o prestaciones sociales causadas antes de la sucesión (salvo que se aporte certificado emitido por la Administración de la Seguridad Social); y la responsabilidad conjunta solidaria. El despido efectuado con incumplimiento de estos principios puede ser declarado improcedente o nulo. Tanto cedente como cesionario deberán asimismo respetar los derechos de información previa y derecho de consulta, cuyo incumplimiento puede ser causa de impugnación de la operación societaria y constituye una infracción grave o muy grave, si bien no da lugar a la nulidad de la transmisión ni del negocio jurídico del que trae causa.

4. Desde una perspectiva administrativa, los contratos también serán objeto de subrogación, con autorización previa y expresa del órgano de contratación.

Al efecto, las partes deberán realizar solicitud previa, aceptando la absorbente todos los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos y acreditando los requisitos de capacidad y solvencia. Las cualidades técnicas o personales del cedente no pueden haber sido razón determinante de la adjudicación del contrato y, en concesiones de servicios, el cedente ha de haber efectuado la explotación durante al menos una quinta parte de su plazo de duración. En materia de transportes deberán haber transcurrido al menos tres años desde la formalización del título concesional y deberán faltar más de dos años para su terminación. La cesión habrá de formalizarse en escritura pública y el cesionario deberá depositar la garantía definitiva correspondiente. La transmisión de concesiones comporta la de los medios materiales adscritos a la misma (como tarjetas de transporte, autorizaciones de transporte discrecional o líneas regulares)

También sucederá a la licitadora en su posición en las concesiones en proceso cuando cumpla los requisitos para participar en el procedimiento de adjudicación. En el caso de ulteriores licitaciones, la experiencia computada a las entidades fusionadas se aplicará a la resultante de la fusión, así como las licencias de las que fuera titular la absorbida.

5. La sucesión se extiende al ámbito financiero, suponiendo una novación modificativa que requerirá el consentimiento del acreedor u obligacionista.

La asunción de deudas, así, requerirá el acuerdo expreso de ambas partes y de cada uno de los acreedores, que podrán ejercer su derecho de oposición (sin que ello impida su inscripción), siempre que su crédito hubiera nacido antes de la fecha de fusión y no estuviera vencido ni suficientemente garantizado en ese momento (y hasta que se garantice). También se requerirá consentimiento para la cesión de contratos de arrendamiento financiero (*leasing*) sobre los vehículos para el cambio de titularidad en el Registro correspondiente.

En préstamos y pólizas de crédito, insolvencia del nuevo deudor no hace revivir la acción del acreedor frente al deudor original, salvo cuando la insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida por el deudor original al delegar la deuda. Si el acreedor no consiente, salvo previsión en contra, el nuevo deudor quedaría vinculado en cualquier caso frente al acreedor, que pasaría a tener dos deudores.

Por lo que respecta a garantías, fianzas y avales, a priori opera *ope legis* la subrogación. Se entendería que, si las garantías hubieran sido constituidas por terceros, deberían considerarse extinguidas, al haber sido liberada la persona garantizada y quedar sustituida por otra (a menos que los terceros fiadores consientan expresamente su sustitución a favor del empresario cesionario). De tratarse de garantías constituidas por el cedente, debería entenderse que subsisten, a menos que el contratante cedido consintiera su liberación.

Del mismo modo, los contratos con terceros han de entenderse en principio cedidos, requiriéndose voluntad expresa del tercero afectado por la relación contractual cedida, salvo en los supuestos en que la cesión de contrato se produce por imperio de la ley.

6. Los socios de la sociedad extinguida se integrarán en la resultante de la fusión, recibiendo un número de participaciones proporcional a la que tuvieron en la absorbida por medio del tipo de canje.

El tipo de canje ha de establecerse sobre la base del valor real del patrimonio de las sociedades participantes. Los socios pueden obtener una compensación en dinero para ajustar el tipo de canje, que no exceda del 10% del nominal de las participaciones. En el caso de que se emplee otro criterio distinto al valor real del patrimonio, pueden perjudicarse intereses legítimos de terceros, que podrán ejercer el derecho de oposición, requiriendo del Registro Mercantil la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria, si así se prevé en los estatutos o lo acuerda la junta. De no existir previsión estatutaria ni acuerdo de la junta en este sentido, sólo podrá iniciar acciones judiciales tendentes a impugnar la propia fusión.

Por la participación relativa que ostentan, los gerentes de G S.L. podrán seguir nombrando al equipo directivo de la ampliada, sin perjuicio que en las negociaciones se acuerde la inclusión de algún administrador de la absorbida por medio de la modificación de los Estatutos, para protección de sus intereses. Con este fin, podrán asimismo adoptar acuerdos parasociales, si bien no serán oponibles a la sociedad.

7. Las mayorías para la adopción de acuerdos del Consejo de Administración se establecerán estatutariamente. La mayoría necesaria para acordar la fusión será la especial de dos tercios, salvo que estatutariamente se prevea mayoría reforzada.

En sociedades de responsabilidad limitada, las Juntas, universales o convocadas, sólo se admiten en primera convocatoria. En caso de junta convocada, no se exige mínimo de quórum de asistencia, sin perjuicio de lo que puedan disponer los estatutos. En acuerdos sin mayoría especial regirá el principio mayoritario, y los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos válidamente emitidos que representen como mínimo un tercio de los votos, sin ser computables los votos en blanco. En cuanto a los acuerdos especiales, se exige para el aumento, reducción de capital o cualquier otra modificación de los Estatutos, más de la mitad de los votos correspondientes al total de participaciones; mientras que, para otras operaciones legalmente previstas, entre las cuales figura la fusión, se exige el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Estatutariamente se puede exigir una mayoría reforzada. En el Proyecto de Fusión se puede disponer la modificación de la composición de los órganos sociales y las mencionadas mayorías.

8. A la operación de fusión será de aplicación el régimen fiscal especial, que permite la realización de la operación a coste fiscal cero.

Este régimen permite evitar la tributación por plusvalías latentes (por razón de la transmisión de activos a la absorbente) y ganancias patrimoniales (a los socios, por razón del nuevo capital recibido) que se derivarían de la operación de fusión. Permite el diferimiento del pago del tributo que pudiera ponerse de manifiesto hasta la transmisión de los elementos patrimoniales a terceros. Todo ello está supeditado a la existencia de motivos económicos válidos para la realización de la operación, que pueden entenderse cumplidos en la presente operación. Por tanto, podrá resultar de aplicación el régimen especial, de forma automática, pero requiere comunicación a la Administración.

Bibliografía

- ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Sucesión de empresa: contratas, subcontratas y otros supuestos*, monografía de la colección Claves prácticas, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- CASAS BAAMONDE, M. E. Y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, año 1984, nº 17, Civitas.
- DE VAL TENA, A. L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 2010, 2ª edic., pp. 370 y ss.
- DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, nº 58, pp. 221-286.
- DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, nº 38, pp. 241-266
- DÍAZ RUIZ, E.: “La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas”, en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 355 – 385.
- DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, (Las relaciones obligatorias). Madrid: Civitas, 1996.
- ESCRIBANO GÁMIR, R.: “Derecho de oposición de los acreedores sociales”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 589-644
- GALLEGRO CÓRCOLES, I. “¿Afectan los cambios estructurales en la persona del contratista a la continuidad del contrato del sector público?”, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 127, Sección Informe de Jurisprudencia, Septiembre-Octubre 2013, Editorial LA LEY, pp. 94-101.
- GARCÍA VIÑA, J.: “Cuestiones actuales de los mecanismos laborales de la transmisión de empresas”, en *Actualidad Laboral*, 2005, nº 2, pp. 2120-2141.
- GIL Y GIL, J. L.: “La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 LET”, en *Temas Laborales*, 2000, nº 56.
- GIRBAU PEDRAGOSA, R.: “Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2009, nº33, pp. 159-171

- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1989.
- HENAO, L.: “Los pactos parasociales”, en *Revista de Derecho Privado*, 2013, núm. 25, julio-diciembre, pp. 179-217
- HERRERA MARTÍNEZ, A.: “El contrato de compraventa de activos”, en *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (Sebastián Quetglas, R., dir.), Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid; La Ley, 2016, pp. 1077 y ss.
- LARGO GIL, R.:
- *La fusión de sociedades mercantiles: fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, edit. Civitas, 2ª edic., Madrid, 2000.
 - “La fase previa y el proyecto de fusión”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Vol. 1, (Rodríguez Artigas, F. dir.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009 (Transformación, fusión, fusiones transfronterizas intracomunitarias), pp. 421-287.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Principios de Derecho civil”. *T III. Contratos*. Madrid: TRIVIUM. 3ª Edición, 1995.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, D. J. A. Y ORTEGA CARBALLO, D. E.: *Reorganización Empresarial (fusiones)*, Memento práctico. Francis Lefebvre, 2015.
- MADRIGAL ESTEBAN, M. J. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 40, 2015.
- MAGIDE HERRERO, M.: “Consideraciones jurídico-administrativas en relación con las fusiones y adquisiciones de empresas: sectores regulados y condicionantes generales”, en *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (Sebastián Quetglas, R., dir.), Wolters Kluwer, Las Rozas, Madrid; La Ley, 2016, pp. 1077 y ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: “La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la junta, publicación del acuerdo de fusión”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 527-588.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, 2001, Nº 221-222.
- MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J. L.:
- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, Madrid, 1987.
 - *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, ed. Civitas, Madrid, 1992.
- NAVARRO MICHEL, M.: “El contrato para persona a designar. Nuevas perspectivas”, en *Colección Monografías de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

- PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.
- RIVERO LAMAS, J.:
- “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, en *Revista de Política Social*, 1962, n. 44.
 - “Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1997, nº 84.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M.: “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, en *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2003, nº 70, pp. 23-42.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. Y SÁEZ LACAVE, M. I.: “Los contratos pendientes de ejecución en la fusión”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 243, 2002, pp. 45-70.
- SALA FRANCO, T.: “La representación de los trabajadores en la empresa”, en *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 1990, nº 2, pp. 152-163.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 489-526.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., Y CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la transmisión de empresa”, en *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001
- SEQUEIRA MARTÍN, A.:
- “Fusión”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Sánchez Calero, dir.), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, t. VII, 1993, pp. 179-184.
 - “El concepto de fusión y sus elementos componentes”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 375-419.
- SOLÀ MONELLS, X.: *La incidencia de la transmisión de empresa sobre la representación unitaria y sindical*, MTAS, Madrid, 2003.
- TAPIA SÁNCHEZ, M. R.: “La compraventa de empresa”, en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (Beneyto Pérez, J.M. y Largo Gil, R., dirs.), ed. Bosch, Barcelona, 2010.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: “Fusiones transfronterizas intracomunitarias. Introducción. Delimitación del supuesto. Clases y Régimen jurídico Aplicable. Fusiones extracomunitarias”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (Rodríguez Artigas, F., coord.), Edit. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 807-850.
- VIVES RUIZ, F.: *Fusión de sociedades, Tratados y Manuales (Civitas)*, Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo II. Editorial Aranzadi, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2001.

Apéndice jurisprudencial

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

- STJCE de 10 de febrero de 1988 [TJCE 1988\95]
- STJCE de 16 de diciembre de 1992 [TJCE 1992\212]
- STJCE de 7 de marzo de 1996 [TJCE 1996\41]
- STJCE de 17 de julio de 1997 [TJCE 1997\156]
- STJCE de 12 de marzo de 1998 [TJCE 1998\45]
- STJCE de 24 de enero de 2002 [TJCE 2002\29]
- STJCE de 9 de marzo de 2006 [TJCE 2006\66]
- STJCE de 19 de junio de 2008 [TJCE 2008\132]

2. Tribunal Supremo.

- STS de 25 de abril de 1988 [RJ 1988/3021]
- STS de 26 de junio de 1989 [RJ 1989\4786]
- STS de 13 de noviembre de 1989 [RJ 1989/8046]
- STS de 30 de abril de 1990 [RJ 1990/3508]
- STS de 18 de junio de 1990 [RJ 1990/5531]
- STS de 23 de julio de 1990 [RJ 1990/6453]
- STS de 18 de diciembre de 1990 [RJ 1990/9808]
- STS de 15 de junio de 1992 [RJ 1990/4584]
- STS de 13 de noviembre de 1992 [RJ 1992\8802]
- STS de 5 de diciembre de 1992 [RJ 1992/10059]
- STS de 4 de febrero de 1993 [RJ 1993\825]
- STS de 5 de marzo de 1994 [RJ 1994\1653]
- STS de 30 de junio de 1993 [RJ 1993\4939]
- STS de 27 de octubre de 1994 [RJ 1994\8531]
- STS de 29 de noviembre de 1994 [RJ 1994\9245]
- STS de 24 de julio de 1995 [RJ 1995/6331]
- STS de 28 octubre 1996 [RJ 1996\7797]
- STS de 20 de enero de 1997 [RJ 1997/618]
- STS de 15 de diciembre de 1997 [RJ 1997/9179]
- STS de 17 de julio 1998 [RJ 1998\6957]
- STS de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\4578]
- STS de 3 de julio de 1999 [RJ 1999\4901]
- STS de 19 de julio de 1999 [RJ 1999\5959]
- STS de 14 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9322]
- STS de 29 de febrero de 2000 [RJ 2000/2413]
- STS de 11 de abril de 2000 [RJ 2000/3946]
- STS de 20 de julio de 2000 [RJ 2000\6189]
- STS de 4 de abril de 2002 [RJ 2002\3114]
- STS de 14 de diciembre de 2004 [RJ 2004\8038]

- STS de 15 de febrero de 2007 [RJ 2007\562]
- STS de 4 de diciembre de 2007 [RJ 2008\42]
- STS de 27 de septiembre de 2011 [RJ 2012\1094]
- STS de 15 de abril de 2013 [RJ 2013\3634]
- STS de 16 de mayo de 2013 [RJ 2013/4673]
- STS de 27 de mayo de 2013 [RJ 2013\4537]
- STS de 6 junio de 2013 [RJ 2013/4748]
- STS 5 de noviembre de 2015 [RJ 2015\5052]
- STS de 25 febrero de 2016 [RJ 2016\635]
- STS del 14 de marzo de 2016 [RJ 2016\1651]

3. Audiencia Nacional.

- SAN de 26 febrero de 2004 [JT 2004/1035]
- SAN de 19 de septiembre de 2013 [JUR 2013\320980]
- SAN de 12 de junio de 2014 [JUR 2014\170817]
- SAN de 14 de julio de 2014 [AS 2014\1873]

4. Tribunales Superiores de Justicia.

- STSJ de Madrid, de 18 de diciembre de 1990 [AS 1990/3636]
- STSJ de Valencia de 9 de febrero de 1999 [AS 1999/815]
- STSJ de Extremadura de 14 de junio de 2001 [AS 2001/2896]
- STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001 [AS 2001/4518]
- STSJ del País Vasco, de 5 de marzo de 2002 [AS 2002/1488]
- STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2002 [AS 2002/2606]
- STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011 [RJCA 2011\533]

5. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

- Resolución del TACRC, de 3 marzo de 2017 [JUR 2017\156843]

6. Audiencias Provinciales.

- Auto de la AP de Barcelona de 6 de febrero de 2012 [JUR 2012\151069]
- SAP de Asturias de 16 de enero de 2014 [JUR 2014\47574]
- SAP de la Rioja de 02 de febrero de 2015 [JUR 2015\79487]
- SAP de Madrid de 5 octubre de 2016 [JUR 2016\250709]

7. Juzgados de lo Mercantil.

- SJM de Madrid de 1 de noviembre de 2005 [AC 2006\1732]
- SJM de Madrid de 7 de febrero de 2013 [AC 2013\688]

8. Dirección General de los Registros y del Notariado.

- Resolución de la DGRN de 9 de mayo de 2014 [RJ 2014\3253]
- Resolución de la DGRN de 21 de octubre de 2014 [RJ 2014\6100]
- Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 2014 [RJ 2014\6318]
- Resolución de la DGRN de 9 de abril de 2015 [RJ 2015\1602]
- Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2017 [RJ 2017\3759]

Anexos

Anexo 1. El cálculo del tipo de canje.

En el presente supuesto, G S.L., cuyo capital está formado inicialmente por 60.000 partes alícuotas de valor nominal 15 €, absorbe a A S.L., emitiendo 1.000 obligaciones a 8 euros.

En G S.L., los valores contables de su balance coinciden con los de mercado (no hay plusvalías tácitas). Es por ello que el patrimonio neto contable coincide con el real, y será de 4.868.473 €. Habiendo 60.000 participaciones, el valor razonable de las mismas será de 81,14 € por participación (4.868.473€/60.000).

En A S.L., los valores contables del balance coinciden con los de mercado a excepción del inmovilizado material, cuyo valor razonable es 72.089 € menor. Es por ello que el patrimonio neto contable será de 5.621.175€ (5.693.264 - 72.089). Habiendo 1.200 participaciones, el valor razonable de las mismas será de 4.684,31€ por participación (5.621.175€/1.200)

Una participación de la sociedad absorbente valdrá 81,14 €, y una participación de la sociedad absorbida, 4.684,31€, lo que no parece muy coherente con la operación realizada y permite deducir la existencia de errores en las cuantías previstas en el planteamiento del supuesto.

Haciendo abstracción de la cuenta “*otros fondos propios*”, y de las plusvalías tácitas indicadas en la absorbida, llevando a cabo las mismas operaciones mencionadas, una participación de G S.L. valdría 15€ (900.000/60.000), y una participación de A S.L., 5 € (6.000/1.200). O lo que es lo mismo, el capital de la absorbente (G S.L.) está dividido en 60.000 participaciones, por lo que su valor real será de 900.000€ (60.000 * 15€); y el capital de la absorbida estaría dividido en 1.200 participaciones, por lo que su valor real sería de 6.000 € (1.200 * 5€) Tomaremos estos datos a continuación.

El número de participaciones de la absorbente a entregar a los socios de la absorbida sería:

$$n = (1.200 * 5€) / 15 € = 400 \text{ participaciones.}$$

Luego, los socios de la absorbida, a cambio de las 1.200 participaciones que poseen, recibirían 400 participaciones de la absorbente, siendo el tipo de canje de 3 participaciones de la absorbida por cada participación de la absorbente (1200/400)

No obstante, según el enunciado propuesto, se le entregan 1.000. Esta variación en el canje debería ser justificada en base a motivos económicos válidos, ya que no se basa a priori en el valor real del patrimonio, y puede ser en todo caso objeto de impugnación por terceras partes que puedan verse perjudicadas, entre ellos los propios socios de G S.L.