



# UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Grado en Derecho

Curso académico 2017/2018

FUSIÓN DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE VIAJEROS POR  
CARRETERA

---

TRABAJO FINAL DE GRADO

Alumno: Emiliano Moreno Rodríguez  
Tutora: Gabriela Alexandra Oanta Oanta

## ÍNDICE

<b>1. ABREVIATURAS.....</b>	<b>1</b>
<b>2. SUPUESTO DE HECHO .....</b>	<b>2</b>
<b>3. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>4. CONSECUENCIAS LEGALES DE CARÁCTER LABORAL Y ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>7</b>
4.1 CONSECUENCIAS LEGALES DERIVADAS DE LA FUSIÓN SOBRE LA ANTIGÜEDAD, CONVENIOS COLECTIVOS, RETRIBUCIÓN Y DERECHOS ADQUIRIDOS POR LOS TRABAJADORES DE AMBAS COMPAÑÍAS.....	7
4.1.1 <i>Consecuencias legales sobre los contratos de trabajo .....</i>	<i>10</i>
4.1.2 <i>Consecuencias legales sobre la antigüedad, retribución y derechos adquiridos por los trabajadores.....</i>	<i>10</i>
4.1.3 <i>Consecuencias legales sobre los convenios colectivos.....</i>	<i>12</i>
4.1.4 <i>Consideraciones relativas a las cuestiones de carácter jurídico-laboral ...</i>	<i>13</i>
4.2 CONSECUENCIAS LEGALES DERIVADAS DE LA FUSIÓN SOBRE LAS LICITACIONES Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS RELATIVAS A TARJETAS DE TRANSPORTE, LÍNEAS REGULARES Y CONCESIONES DE TRANSPORTE ESCOLAR .....	14
4.2.1 <i>Consecuencias derivadas de la fusión sobre las concesiones .....</i>	<i>14</i>
4.2.2 <i>Consecuencias derivadas de la fusión sobre las licitaciones .....</i>	<i>15</i>
4.2.3 <i>Consideraciones relativas a las cuestiones sobre contratación pública .....</i>	<i>15</i>
<b>5. CONSECUENCIAS LEGALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL Y SOCIETARIO .....</b>	<b>16</b>
5.1 CONSECUENCIAS LEGALES SOBRE EL LEASING DE LOS VEHÍCULOS, DEUDAS CON PROVEEDORES, PRÉSTAMOS Y PÓLIZAS DE CRÉDITO CON ENTIDADES FINANCIERAS, AVALES Y GARANTÍAS PRESTADAS POR ÉSTAS .....	16
5.1.1 <i>Consecuencias sobre el leasing de los vehículos.....</i>	<i>17</i>
5.1.2 <i>Consecuencias sobre las deudas con proveedores .....</i>	<i>19</i>
5.1.3 <i>Consecuencias sobre los préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras.....</i>	<i>21</i>
5.1.4 <i>Consecuencias sobre los avales y garantías prestadas por las entidades financieras.....</i>	<i>24</i>
5.2 CONSECUENCIAS 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.....	27
5.2.1 <i>Consecuencias sobre el control de las mayorías de Junta y Consejo de Administración necesarias para la fusión.....</i>	<i>27</i>
5.2.2 <i>Consecuencias de la operación en cuanto al control y toma de decisiones en la fusionada una vez haya sido inscrita en el Registro Mercantil .....</i>	<i>29</i>

<b>6. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES .....</b>	<b>32</b>
6.1 RÉGIMEN ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES .....	32
6.2 REQUISITOS NECESARIOS PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL .....	33
6.3 CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL .....	36
<b>7. CONCLUSIONES FINALES .....</b>	<b>38</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>40</b>
<b>9. LEGISLACIÓN CITADA.....</b>	<b>42</b>
<b>10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>43</b>

## **1. ABREVIATURAS**

BOE:	Boletín Oficial del Estado.
BORME:	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
Cc.:	Código Civil.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.
ET:	Estatuto de los Trabajadores.
Fto. Jco.	Fundamento Jurídico.
IS:	Impuesto de Sociedades.
LCSP:	Ley de Contratos del Sector Público.
LIS:	Ley del Impuesto de Sociedades.
LME:	Ley de Modificaciones Estructurales.
LSC:	Ley de Sociedades de Capital.
S.L.:	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE:	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
UE:	Unión Europea.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

El transporte de viajeros por carretera, ha sido un sector considerado como cerrado, en que apenas se producían cambios. Sin embargo, diversas modificaciones introducidas por el Gobierno gallego han provocado cierta inseguridad en el sector. Es esta inseguridad la principal responsable de su transformación, llevando a combinaciones de negocios con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas más vulnerables.

Estos momentos de inestabilidad para el sector han provocado que A S.L. y G S.L. se planteen su fusión.

A S.L. es una entidad de nacionalidad española, con residencia fiscal en España, constituida por tiempo indefinido el día 06/05/1978 con un capital social de 5.000€ e inscrita en el Registro Mercantil de Pontevedra, al tomo 1.111 del Archivo, Sección General, Folio 90, Hoja número C 21.123. Cuenta con 38 empleados y 2 accionistas, Edelmiro López Senra y Sara Alonso Fernández, que cuentan con el 50% del capital social cada uno. Cuenta con dos administradores solidarios, Luis Alonso Souto y Raquel Alonso Budiño.

El objeto social de dicha entidad, con alta en el epígrafe 7213 del IAE (código primario), y con códigos secundarios 8540 y 8600, es la explotación de transportes de mercancías y viajeros y servicios regulares, así como la compraventa de vehículos para tal fin.

Los contratos de gestión de servicio público de A S.L. vigentes a 31/12/2017 son los que siguen:

- V-2289: XG-200
- V-0448: XG-021
- V-0448: XG-022

G S.L. es una entidad de nacionalidad, con residencia fiscal en España, constituida por tiempo indefinido el día 10/06/1983 con un capital social de 900.000€ e inscrita en el Registro Mercantil de Ourense, al tomo 3.000 del Archivo, Sección General, Folio 3, Hoja número C 33.333. Cuenta con 62 empleados y 4 accionistas, cada uno con un 25% del capital social, Fátima Martínez Seijas, Fidel Martínez Seijas, Emilia Malga Ruipérez y Sonia Eirás de Paz. Cuenta con 6 administradores: Fátima Martínez Seijas (ostenta asimismo la presidencia de la compañía), Fidel Martínez Seijas, Eleonora Gil Núñez, Ricardo Pena Torres, Avelino Rodríguez Rodríguez y Diego Benavente Corral.

El objeto social de dicha entidad, con alta en el epígrafe 7210 del IAE (código primario), y con códigos secundarios 8540 y 7213, es el transporte y arrendamiento de vehículos de turismo con conductor.

Los contratos de gestión de servicio público de G S.L. vigentes a 31/12/2017 son los que siguen:

- V-0758; XG-050
- V-7049; XG-433

Como es habitual en el sector, las empresas cuentan con diversas concesiones administrativas relativas a líneas regulares de transporte y contratas de transporte escolar, y como es inherente a su actividad, cuentan con contratos de leasing que desconocen si plantearán problemas a la hora de llevar a cabo la fusión. Asimismo, desconocen las contingencias legales que pueden derivarse con respecto a la titularidad de vehículos y tarjetas de transporte, o a los contratos vigentes con los trabajadores de sus compañías.

El valor razonable de A S.L. es de 8000€, que serán satisfechos por G S.L. mediante la emisión de 1.000 acciones con un valor de emisión de 8 euros (5€ de valor nominal y 3 de prima de emisión). Los gastos de emisión de instrumentos de patrimonio han sido de 200€. El valor razonable de los activos y pasivos de A S.L. coincide con su valor contable, excepto para el inmovilizado material, cuyo valor razonable es de 1400000€.

#### CUESTIONES:

- 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?; y ¿sobre las licitaciones y concesiones administrativas relativas a tarjetas de transporte, líneas regulares y concesiones de transporte escolar?
- 2) A partir de la fusión, ¿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?; y ¿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?
- 3) En este caso, ¿sería posible la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales, previsto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que permite hacer la operación a coste fiscal cero?

	A S.L. EUR	G S.L. EUR
	12 meses	12 meses
<b>Balance de situación</b>		
<b><u>Inmovilizado</u></b>	<b><u>4945982</u></b>	<b><u>6083868</u></b>
Inmovilizado inmaterial	5000	3834
Inmovilizado material	1472089	5385263
Otros activos fijos	3468893	694771
<b><u>Activo circulante</u></b>	<b><u>1801297</u></b>	<b><u>2446017</u></b>
Existencias	600	44045
Deudores	155685	870025
Otros activos líquidos	856185	946616
Tesorería	788827	585331
<b>TOTAL ACTIVO</b>	<b>6747279</b>	<b>8529885</b>
<b><u>Fondos propios</u></b>	<b><u>5693264</u></b>	<b><u>4868473</u></b>
Capital suscrito	6000	900000
Otros fondos propios	5687264	3968473
<b><u>Pasivo fijo</u></b>	<b><u>973258</u></b>	<b><u>2411960</u></b>
Acreedores a L. P.	780128	2000000
Otros pasivos fijos	193130	411960
<b><u>Pasivo líquido</u></b>	<b><u>80757</u></b>	<b><u>1249452</u></b>
Deudas financieras	21600	603565
Acreedores comerciales	12280	223904
Otros pasivos líquidos	46877	421983
<b>TOTAL PASIVO Y FONDOS PROPIOS</b>	<b>6747279</b>	<b>8529885</b>
Número empleados	38	62
Número acciones	1200	60000
<b>Cuentas de pérdidas y ganancias</b>		
<b><u>Resultado del Ejercicio</u></b>	<b><u>2079436</u></b>	<b><u>389204</u></b>
<b><u>OTROS</u></b>		
Gastos de personal	1168211	1602390
Dotaciones para amortiz. de inmovil.	550024	471005
Gastos financieros y gastos asimilados	30986	34371

### 3. INTRODUCCIÓN

El presente caso plantea la fusión de dos empresas dedicadas al transporte de viajeros por carretera, A S.L. y G S.L., por lo que, antes de tratar las cuestiones que se plantean es preciso realizar una breve exposición sobre el concepto de fusión considerándolo tanto desde su vertiente jurídico-legal como desde una perspectiva económica.

Una fusión es uno de los tipos de modificación estructural de las sociedades mercantiles. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*<sup>1</sup>, se entiende por modificaciones estructurales *“aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo”*.

Concretamente, el artículo 22 de la citada LME dispone que *“En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”*.

En este sentido, a la hora de estudiar la fusión de sociedades es importante tener en cuenta la noción de “integración” de varias sociedades en una única sociedad. Ello supone que, al menos una de las sociedades afectadas deba desaparecer y, consiguientemente, extinguirse como entidad jurídica. Por lo que se refiere a la sociedad resultante, tal y como se desprende del mencionado artículo 22 LME, ésta puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan, en este último caso, se trataría de una fusión por absorción. En este punto conviene destacar en el presente caso se plantea una fusión por absorción, dado que la sociedad G S.L. pretende realizar una ampliación de capital para satisfacer el valor razonable de la sociedad A S.L.

Por otro lado, la unificación de sociedades con motivo de una fusión, que tiene como resultado una sola persona jurídica societaria donde antes había dos o más, opera en un doble plano; (i) en el plano subjetivo, ya que los socios que lo eran por separado de cada una de las sociedades que participaron en la fusión se convierten en socios de la única sociedad resultante; y (ii) en el plano patrimonial, puesto que los patrimonios de que eran titulares cada una de las sociedades preexistentes se unen para formar el patrimonio único de la sociedad resultante.<sup>2</sup>

Asimismo, la fusión, desde una perspectiva económica, es una operación encaminada a la concentración empresarial o de las actividades económicas, lo que permite alcanzar una mayor dimensión o reorganizar las actividades realizadas por diferentes entidades. En este sentido, la principal motivación económica de la fusión planteada en el presente caso responde a la inestabilidad del sector del transporte de viajeros por carretera, provocada por diversas modificaciones introducidas por el Gobierno gallego.

---

<sup>1</sup>BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009; en adelante, LME.

<sup>2</sup>GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: “La fusión”, en AA VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp.125 y 126.



A la luz de lo expuesto anteriormente, el presente trabajo tiene por objeto abordar el estudio de las implicaciones jurídicas que plantea la fusión entre las sociedades A S.L. y G S.L., para ello, se ha estructurado el estudio en tres bloques principales:

En primer lugar, se estudiarán las consecuencias jurídicas de la fusión sobre aspectos de carácter laboral, incidiendo especialmente en la institución jurídica de la sucesión de empresa y sus efectos sobre las relaciones laborales. Asimismo, se expondrán las consecuencias legales de la operación sobre las licitaciones y concesiones administrativas que tuvieran las empresas participantes en la fusión, relativas a tarjetas de transporte, líneas regulares y concesiones de transporte escolar.

En segundo lugar, se abordará el estudio de las consecuencias que se deriven de la fusión sobre las relaciones contractuales y las obligaciones de las empresas afectadas por la fusión. Posteriormente, por otro lado, se expondrán las mayorías necesarias en la junta general de socios para aprobar la fusión, así como las consecuencias de dicha operación sobre el control de la sociedad resultante de la fusión una vez haya sido inscrita en el Registro Mercantil.

Por último, se expondrán los requisitos legales necesarios para que sea posible la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales contemplado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, *del Impuesto Sobre Sociedades*<sup>3</sup> con el fin de determinar si podría aplicarse a la fusión entre las empresas A S.L. y G S.L., permitiendo así hacer la operación a coste fiscal cero a través del diferimiento de las rentas generadas como consecuencia de la misma.

---

<sup>3</sup>BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, en adelante LIS.

## 4. CONSECUENCIAS LEGALES DE CARÁCTER LABORAL Y ADMINISTRATIVO

### 4.1 Consecuencias legales derivadas de la fusión sobre la antigüedad, convenios colectivos, retribución y derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías

A la fusión de sociedades no sólo le es aplicable la regulación mercantil, sino que también lo es la normativa laboral. En la medida en que una fusión da lugar a una concentración de empresas es necesario atender a las relaciones jurídico-laborales existentes entre la sociedad y sus trabajadores.

Para ello, la normativa laboral contempla la figura de la sucesión de empresa que, a los efectos del caso concreto, juega un papel muy importante a la hora de determinar cuáles son las consecuencias legales derivadas de la fusión entre las sociedades A S.L. y G S.L. sobre la antigüedad, los convenios colectivos, la retribución y los derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías.

La sucesión de empresas es una institución que persigue la estabilidad en el empleo cuando una empresa, centro de trabajo, unidad productiva autónoma o una parte de los anteriores se transmite de A a B –es decir, cuando cambia de titular– y prevé un régimen de responsabilidad del cesionario respecto de las deudas del cedente (deudas laborales y de seguridad social). Esta institución tiene varias fuentes distintas y está prevista tanto en el Derecho Comunitario (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*<sup>4</sup>) como en el Derecho Español (en el artículo 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*<sup>5</sup>), aunque también puede establecerse en convenios colectivos, pliegos públicos y privados, contratos y leyes específicas.<sup>6</sup>

Para comprender bien esta figura es conveniente reparar en los objetivos que persigue. En este sentido, debe citarse al profesor SEMPERE NAVARRO, quien señala lo siguiente:

*“Si se piensa bien, en realidad la institución regulada persigue muy variados objetivos:*

- 1) *Garantizar que las novaciones empresariales no afectan a la continuidad de los contratos de trabajo (subrogación en la titularidad del contrato).*
- 2) *Implicar al nuevo titular de la empresa en el cumplimiento de las obligaciones preexistentes (subrogación en la posición deudora).*
- 3) *Contar con los representantes de los trabajadores e informar a éstos acerca de las variaciones.*

---

<sup>4</sup>DOUE L de 22 de marzo de 2001, p. 16; en adelante, Directiva 2001/23/CE.

<sup>5</sup>BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015; en adelante, ET.

<sup>6</sup>MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “¿Cuándo se produce una sucesión de empresas? Distintos orígenes y distintos alcances”, en AA VV, *La sucesión de empresa*, (MARTÍNEZ SALDAÑA, D., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 61.

- 4) *Clarificar los efectos del cambio de empleador sobre diversas instituciones (órganos representativos, convenio aplicable).*
- 5) *Transponer a nuestro ordenamiento las exigencias del Derecho Comunitario.*
- 6) *En general, evitar el fraude a los derechos de los trabajadores y garantizarlos adecuadamente.*<sup>7</sup>

El artículo 44.2 ET señala que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. La sucesión de empresa exige la concurrencia de dos elementos: i) el elemento subjetivo; que remite al análisis de la causa de transmisión; y ii) el elemento objetivo; que hace necesario delimitar los conceptos de empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma, a los que se refiere el art. 44.1 ET. Si se constata la concurrencia de ambos elementos, existirá una sucesión de empresa y, como consecuencia, los trabajadores estarán protegidos por los efectos que de la misma se desprenden.

En relación con el elemento subjetivo, lo que se exige es que se produzca un cambio de titularidad empresarial, es decir, que haya cambiado de manos una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. Se trata de analizar si, en el caso que nos ocupa, A S.L. ha transmitido a G S.L. a través de la fusión, una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma.

En este sentido, en palabras del profesor MERCADER UGUINA<sup>8</sup> “*por lo que se refiere al elemento subjetivo, la doctrina judicial atribuye capacidad transmisiva a cualquier negocio jurídico o situación que suponga un cambio en la posición jurídica de empresario, al margen de que dicho cambio tenga o no carácter voluntario*”. Por lo tanto, son varios los negocios jurídicos que provocan un cambio de titularidad empresarial y que, como consecuencia, dan lugar a la concurrencia del elemento subjetivo de la sucesión de empresa.

Entre estos negocios jurídicos se encuentran fenómenos societarios como la fusión de empresas –en este sentido, STS de 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7450] Fto. Jco. 7º y STS de 22 de junio de 1993 [RJ 1993\4775] Fto. Jco. 8º–. Además, por otro lado, la Directiva 2001/23 CE en su art. 1.1. a) –en la que se ha inspirado el art. 44 ET– establece que “*se aplicará a los traspasos de empresas, de centro de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado (...) de una fusión*”. En la medida en que uno de los efectos de la fusión es la transmisión en bloque de sus patrimonios a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, puede afirmarse que se produce, como consecuencia, un cambio de titularidad de la empresa.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup>SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 (BIB 2014/90), pp. 1 y 2.

<sup>8</sup>MERCADER UGUINA, Jesús R.: “Comentario al artículo 44 ET”, en AA VV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, (CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Dir.), Ed. Lex Nova, Cizur Menor, 2016, p. 554.

<sup>9</sup>SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p.12.

En este punto, cabe mencionar que la Disposición Adicional primera de la LME, en su apartado dos, establece que la aplicación del artículo 44 ET tendrá lugar “*en el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa*”.

A la vista de lo expuesto anteriormente, puede afirmarse que la fusión de sociedades es una de las modificaciones estructurales que comporta un cambio de titularidad de la empresa y que, por lo tanto, de acuerdo con el apartado dos de la Disposición Adicional Primera LME, tendrá lugar la aplicación del art. 44 ET.

Por lo que se refiere al elemento objetivo para que exista sucesión de empresa, se ha de atender a aquello que se transmite, es decir, se trata de analizar si, en este caso, con lo que A S.L. transmite a G. S.L., ésta última puede, *de facto*, proseguir sin solución de continuidad con la actividad que realizaba A S.L., por recibir de ésta todos los elementos necesarios para ello.

Es posible transmitir la empresa en su conjunto o partes de actividad de la empresa, ya que lo decisivo es que lo transmitido sea susceptible de una explotación unitaria. Además, el art. 44 ET añade que la transmisión debe afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. Así, se insiste en que la transmisión debe afectar a un conjunto de bienes o elementos debidamente organizados, no a elementos patrimoniales aislados.<sup>10</sup>

De lo que se trata, por lo tanto, es de que se produzca una verdadera transmisión productiva con una entidad suficiente como para imponer al adquirente la asunción de la posición empleadora que tenía el cedente a través de la obligación de subrogación que contempla el apartado uno del citado precepto del ET.<sup>11</sup>

En este sentido, en la fusión, al cambio meramente jurídico formal sigue normalmente la transmisión de la empresa, y por tanto de sus trabajadores, quienes pasarán a depender de la entidad absorbente o de la nueva sociedad. Puesto que, como se ha mencionado anteriormente, la fusión de sociedades supone la transmisión en bloque de sus patrimonios a una nueva entidad o a la sociedad absorbente.

Asimismo, este tipo de operaciones societarias suelen conllevar consecuencias laborales importantes, tales como extinciones de contratos, modificaciones de condiciones o traslados, por motivaciones económicas u organizativas. Todo ello justifica que, en los casos de fusión, entre en juego la figura de la sucesión de empresa y, por ende, la aplicación del art. 44 ET, con el fin de proteger a los trabajadores de las sociedades que se vean afectadas por la misma.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup>MERCADER UGUINA, J.R.: “Comentario al artículo 44 ET”, *op. cit.*, pp. 554.

<sup>11</sup>SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.* p. 3.

<sup>12</sup>GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J.M.: “La tutela de los trabajadores en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AA VV, *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, (ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., CORTÉS, L.J. y PÉREZ TROYA, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p.690.

En síntesis, la fusión entre las compañías A S.L. y G S.L. supone un cambio de titularidad de la empresa y una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, lo que hace posible la aplicación del art. 44 ET. A continuación, se verán cuáles son las consecuencias de la aplicación del citado precepto del ET sobre la antigüedad, retribución y derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías, así como las consecuencias que se derivan sobre los convenios colectivos.

#### *4.1.1 Consecuencias legales sobre los contratos de trabajo*

El primer apartado del artículo 44 ET regula las consecuencias jurídicas que el cambio de titularidad de una empresa produce sobre los contratos de trabajo vigentes y lo hace estableciendo dos reglas básicas. Por un lado, que el cambio de titularidad no extingue por sí mismo la relación laboral y, por otro, que el nuevo empresario se subrogará en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

El principal efecto de la sucesión de empresa es, por tanto, que el cambio de titularidad no es una causa suficiente para extinguir los contratos de trabajo, estando el nuevo empresario obligado a mantener las relaciones laborales existentes en la empresa.

Esta obligación de conservación de las relaciones laborales afecta a todas aquellas que estuvieran vigentes en el momento de la transmisión, por lo que se incluyen aquellas en que la prestación laboral se encuentre suspendida por baja, excedencia o cualquier otra circunstancia, pero no las que se hubieran extinguido válidamente antes de la transmisión. (v. STS de 24 de julio de 1995 [RJ 1995\6331] Fto. Jco. 3º).

Esta garantía individual, que supone la novación subjetiva del empleador, es efectiva sin necesidad de aceptación por el trabajador afectado, lo que supone que el cambio de empresario se impone al trabajador.

No obstante, en este punto hay que tener en cuenta que este principio de conservación de los contratos en caso de transmisión empresarial, no impide que el cesionario proceda, tras la sucesión empresarial, al despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, vinculadas con la propia operación de transmisión. En estos casos, la razón del despido no se encuentra en la transmisión, sino en motivaciones empresariales, como ocurre en el caso del despido colectivo, contemplado en el artículo 51 ET o en el caso de extinción del contrato de trabajo con fundamento en el artículo 52. c) ET.<sup>13</sup>

#### *4.1.2 Consecuencias legales sobre la antigüedad, retribución y derechos adquiridos por los trabajadores*

Por otro lado, el segundo efecto de la sucesión empresarial es la subrogación del nuevo titular de la empresa en la posición contractual del anterior. De este modo, se garantiza el mantenimiento de las condiciones laborales y de Seguridad Social aplicables a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad, ya que el nuevo empresario asume todos los derechos y obligaciones que el anterior tuviera con sus trabajadores.

---

<sup>13</sup>GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J.M.: “La tutela de los trabajadores en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *op. cit.*, p. 697.

Esta obligación de subrogación en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social que recae sobre el nuevo empresario en virtud del art. 44.1 ET tiene sus efectos sobre la antigüedad, la retribución y los derechos adquiridos por los trabajadores de la empresa transmitida.

#### a) Antigüedad

La antigüedad del trabajador en la empresa, puede entenderse como el tiempo transcurrido desde el comienzo de la relación laboral y produce unos efectos específicos legalmente contemplados: i) confiere el derecho al complemento retributivo – promoción específica– que convencionalmente se establezca (art. 25.1 ET), ii) debe tenerse en cuenta para la regulación de los ascensos –promoción profesional– dentro del sistema de clasificación profesional (art. 24.1 ET) y, iii) constituye uno de los datos determinantes del importe de la indemnización por despido disciplinario improcedente (art. 56.1 ET) y otras extinciones contractuales indemnizables.

En consecuencia, dado que la antigüedad del trabajador en la empresa tiene una repercusión importante sobre determinados derechos que podrá obtener en el futuro, también debe ser respetada en el caso de fusión. En este sentido, la obligación de subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones de Seguridad Social del anterior también abarca la antigüedad, debiendo el nuevo empresario respetar la antigüedad de los trabajadores de la empresa transmitida. En este sentido: STS de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005\1595] Fto. Jco. 3º; STS 13 de noviembre de 2013 [RJ 2014\500] Fto. Jco. 3º.

#### b) Retribución

Por lo que se refiere a la retribución de los trabajadores en el caso de una sucesión de empresa, la jurisprudencia laboral estima que la obligación de subrogación del nuevo empresario también comprende las obligaciones de contenido económico, salarial o extrasalarial. Por lo tanto, los trabajadores afectados por la sucesión mantendrán los niveles retributivos de origen hasta que se proceda a su reclasificación profesional conforme al sistema establecido en el convenio colectivo vigente en la entidad subrogatoria.<sup>14</sup>

Asimismo, cabe matizar que, en relación con la retribución, la obligación de respetar los derechos de los trabajadores no es incompatible, en el caso de una fusión, con la realización de un pacto de unificación de las estructuras salariales preexistentes en cada una de las empresas fusionadas; STS de 12 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8688] Fto. Jco. 3º.

#### c) Derechos adquiridos

Por lo que respecta a los derechos adquiridos por los trabajadores de ambas compañías, en palabras de SEMPERE NAVARRO, la subrogación empresarial *“también proyecta sus efectos sobre las condiciones más beneficiosas estipuladas al amparo de la autonomía de la voluntad (...). La subrogación es total, de modo que alcanza a cualesquiera condiciones de trabajo con independencia de su origen (legal,*

---

<sup>14</sup>SEMPERE NAVARRO, A: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit p. 14.*

*reglamentario, convencional, contractual), incluyendo el cómputo de los servicios previos tanto a efectos económicos como indemnizatorios”.*<sup>15</sup>

Por lo tanto, las condiciones más beneficiosas o derechos adquiridos por los trabajadores también serán objeto de la obligación de subrogación, debiendo éstos ser respetados por la nueva entidad. En este sentido, STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 2004 [AS 2004\3362] Fto. Jco. 2º

En este punto, cabe destacar que la obligación de subrogación comprenderá aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, esto es, los que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance las meras expectativas legales o futuras (STS de 20 de enero de 1997 RJ 1997\618 Fto. Jco. 3º).

#### *4.1.3 Consecuencias legales sobre los convenios colectivos*

En relación con los convenios colectivos de las empresas afectadas por la fusión, el artículo 44.4 del ET, que establece que *“salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”*. Asimismo, se añade que *“esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”*.

Por lo tanto, como regla general, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuera de aplicación a la empresa absorbida en el momento de la fusión. Frente a esta regla general cabe la excepción de que una vez consumada la cesión, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, se pacte lo contrario. De este modo, se garantiza el mantenimiento de las condiciones laborales fijadas en los convenios colectivos que les venían siendo aplicables a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad de la empresa.

Este principio de continuidad en la relación de trabajo, no impone una congelación absoluta de las condiciones de trabajo anteriores, ni la obligación del nuevo empresario de mantener indefinidamente las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de la empresa transmitente, puesto que la aplicación de dicho convenio se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida (art. 44.4 ET).

Con el fin de unificar las condiciones laborales aplicables a todos los trabajadores de la empresa sin necesidad de esperar a que termine la vigencia del convenio colectivo de la entidad transmitida, se prevé que mediante pacto o acuerdo de empresa se pueda alterar el régimen convencional aplicable a los trabajadores de la empresa transmitida.

---

<sup>15</sup>SEMPERE NAVARRO, Antonio: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.* p. 13

En este sentido, se habla de “pacto o acuerdo de empresa” y no de convenio para expresar que su único objeto es el de la alteración del convenio de aplicación –convenio de origen–.

De este modo, si no tiene lugar dicho pacto o acuerdo de empresa, el empresario no podrá modificar unilateralmente el estatuto laboral de los trabajadores del cedente o imponerles otras condiciones, aunque lo hiciera con la intención de armonizar las diversas situaciones laborales que existen en la empresa tras la subrogación. STS 22 de marzo de 2002 RJ 2002\5994, Fto. Jco. 7º y 8º.<sup>16</sup>

#### *4.1.4 Consideraciones relativas a las cuestiones de carácter jurídico-laboral*

A la vista de la doctrina y de la jurisprudencia expuestas anteriormente y teniendo en cuenta la aplicación de la figura de la sucesión de empresa regulada en el art. 44 del ET, las consecuencias legales derivadas de la integración de las sociedades A S.L. y G S.L. sobre la antigüedad, convenios colectivos, retribución y derechos adquiridos por los trabajadores son las siguientes:

En virtud de la obligación de subrogación contemplada en el art. 44 ET, la compañía G S.L. ha de subrogarse en todos los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empresario, es decir, de A S.L. y, por lo tanto, deberá mantener los contratos de trabajo de los trabajadores de A S.L., no pudiendo alegar como causa de extinción de los mismos la fusión entre ambas sociedades. Asimismo, deberá respetar la antigüedad y las retribuciones de dichos trabajadores, sin perjuicio de que pueda alcanzarse un pacto de unificación de las estructuras salariales preexistentes en cada una de las entidades – A S.L. y G. S.L. Por otro lado, también deberá respetar los derechos adquiridos por los trabajadores.

Todo ello siempre y cuando las relaciones laborales no se hubieren extinguido con anterioridad a la fusión por cualquiera de las causas admitidas en derecho y sin perjuicio de que G S.L. pueda acordar la extinción de los contratos de trabajo con causa en motivos económicos y organizativos de la empresa.

Por último, y en relación con los convenios colectivos, G S.L. deberá respetar el convenio colectivo de A S.L. durante toda su vigencia. No obstante, con el fin de unificar las condiciones laborales de todos los trabajadores de la empresa, podrá tratar de alcanzar un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores de A.S.L.

---

<sup>16</sup>MERCADER UGUINA, J.R.: “Comentario al artículo 44 ET”, *op. cit.*, pp. 557-559.



## **4.2 Consecuencias legales derivadas de la fusión sobre las licitaciones y concesiones administrativas relativas a tarjetas de transporte, líneas regulares y concesiones de transporte escolar**

La fusión de sociedades también es susceptible de regulación por parte de la normativa administrativa, puesto que se trata de una operación societaria que, en relación con las concesiones administrativas que puedan tener las sociedades afectadas por la misma, supone una reestructuración del contratista y, por lo tanto, formalmente se da una novación subjetiva del contrato. Por otro lado, también tendrá consecuencias sobre las licitaciones, en el caso de que las empresas afectadas por la fusión se encontraran en un procedimiento de adjudicación de contrato público.

### *4.2.1 Consecuencias derivadas de la fusión sobre las concesiones*

En relación con las concesiones administrativas de las empresas afectadas por la fusión, el artículo 98 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*<sup>17</sup>, regula los supuestos de sucesión del contratista.

El citado precepto dispone que *“en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo (...). Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.”*

La preocupación del Derecho administrativo ante este tipo de operaciones es que no disminuya la solvencia del contratista de la Administración y, por tanto, su capacidad de ejecutar correctamente el contrato en cuestión. Desde esta perspectiva, la fusión en concreto, no minora esa solvencia ni los medios que están tras ella, sino que los acumula a los de otra u otras entidades fusionadas.<sup>18</sup>

Por su parte, la normativa de la Unión Europea también establece que la sucesión del contratista por operaciones de reestructuración empresarial, como es el caso de la fusión, no supone por sí misma la extinción de un contrato público. En este sentido, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 *relativa a la adjudicación de contratos de concesión*<sup>19</sup>, cuyo artículo 43.1 dispone lo siguiente:

*“1. Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los siguientes casos:*

---

<sup>17</sup>BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017; en adelante, LCSP.

<sup>18</sup>MAGIDE HERRERO, M.: “Consideraciones-jurídico administrativas en relación con las fusiones y adquisiciones de empresas: sectores regulados y condicionantes generales”, en AA VV, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (SEBASTIÁN QUETGLAS, R., Dir.), Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 1103.

<sup>19</sup>DOUE L 94 de 28 de marzo de 2014, p.1; en adelante, Directiva 2014/23/UE.

d) cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador, adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por (...) fusión, (...), por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente directiva”.

Por otro lado, el art. 98.1, pár. 2º, de la LCSP impone a la empresa la obligación de comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido, en este caso, la fusión entre ambas entidades.

#### 4.2.2 Consecuencias derivadas de la fusión sobre las licitaciones

Por lo que respecta a las licitaciones en las que estuviera presente A S.L., el artículo 144 de la LCSP establece que “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”.

#### 4.2.3 Consideraciones relativas a las cuestiones sobre contratación pública

En atención tanto a la normativa de la Unión Europea como a la normativa nacional expuestas anteriormente, se puede afirmar que las consecuencias de la fusión entre las sociedades A S.L. y G S.L. sobre las concesiones administrativas son las siguientes:

De acuerdo con el art. 98.1 LCSP las concesiones administrativas correspondientes a A S.L. continuarán vigentes, ya que G S.L. quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes de las mismas. No obstante, ello ocurrirá siempre y cuando G S.L. reúna las condiciones de solvencia necesarias para ejecutarlo, que normalmente serán las establecidas en el pliego del contrato (art. 74.2 LCSP). De no reunir la entidad absorbente las condiciones de solvencia requeridas el contrato se resolverá, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

En relación con los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas en los que estuviera presente la compañía A S.L. se puede afirmar que éstos no se verían afectados por la fusión entre ambas entidades ya que de acuerdo con el art. 144 LCSP a la empresa licitadora –en este caso, A S.L.– le sucederá en su posición la sociedad absorbente – G S.L.– .

Sin embargo, hay que matizar que lo anterior ocurrirá siempre y cuando G S.L. acredite las condiciones de capacidad para contratar con la Administración Pública y la ausencia de prohibición para contratar con la misma, y acredite la solvencia exigida para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

## 5. CONSECUENCIAS LEGALES DE CARÁCTER PATRIMONIAL Y SOCIETARIO

### 5.1 Consecuencias legales sobre el leasing de los vehículos, deudas con proveedores, préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras, avales y garantías prestadas por éstas

Uno de los principales efectos que produce la fusión por absorción en el ámbito externo es que la sociedad absorbente adquirirá por sucesión universal el patrimonio de la sociedad absorbida, la cual se extinguirá, ya que así lo dispone el artículo 23.2 LME. Este mecanismo excepciona la regla general de que la transmisión de las deudas exige el consentimiento del acreedor (art. 1205 del Real Decreto, de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*<sup>20</sup>), y la de los contratos el consentimiento del otro contratante (art. 1257 Cc.).

Es decir, como consecuencia de la fusión, los distintos bienes, derechos y obligaciones integrados en el patrimonio de la sociedad extinguida se transmiten *uno actu* y en virtud de la propia fusión, sin que sea necesario realizar los negocios precisos para la transmisión de cada uno de dichos elementos – a saber, la cesión de créditos, el endoso, la compraventa, etc.–. No obstante, dicha sucesión universal se producirá en el momento en que se cumplan todos los requisitos de forma y publicidad requeridos para la válida realización de la fusión, particularmente la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, que goza de eficacia constitutiva (art. 46 LME).<sup>21</sup>

Asimismo, la eficacia de la transmisión global del patrimonio es absoluta y, por lo tanto, se produce *erga omnes*, afectando tanto a los socios como a los terceros que hubieran contratado con las sociedades afectadas por la fusión.<sup>22</sup>

Por tanto, en atención a lo expuesto anteriormente y por lo que se refiere a la fusión por absorción entre las sociedades A S.L. y G S.L., la misma tiene como efecto principal la extinción de A S.L. y la consiguiente adquisición de su patrimonio por sucesión universal por la sociedad absorbente, G S.L. Esto tendrá una serie de consecuencias legales sobre los contratos de leasing, las deudas contraídas con los proveedores, los préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras, y los avales y garantías prestadas por éstas, que consistirán principalmente en la subrogación de la entidad absorbente en los derechos y obligaciones que correspondiesen a la entidad absorbida.

---

<sup>20</sup>BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante, Cc.

<sup>21</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L.: “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. I. (MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 567 y 568.

<sup>22</sup>GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: “La fusión”, *op. cit.* p. 237.

### 5.1.1 Consecuencias sobre el leasing de los vehículos

En primer lugar, antes de abordar esta cuestión, conviene realizar una breve explicación sobre el contrato de leasing, también conocido como contrato de arrendamiento financiero. El contrato de leasing es un contrato en el que intervienen tres partes: (i) el empresario, usuario o arrendatario que precisa determinados bienes para su actividad pero que no dispone o no quiere arriesgar los capitales necesarios para comprarlos; (ii) el fabricante o vendedor de los bienes en cuestión; y (iii) la sociedad de arrendamiento financiero o arrendadora (que necesariamente ha de ser una entidad o establecimiento financiero de crédito) que interviene en la operación prestando la oportuna financiación al empresario.

En este tipo de contratos, la sociedad de arrendamiento financiero adquiere en nombre propio el bien en cuestión, siguiendo las indicaciones del empresario o usuario, para cederle posteriormente su uso a cambio de una contraprestación consistente en el pago de cuotas periódicas. Asimismo, el contrato se completa con una opción de compra a favor del usuario, ejercitable al término del plazo y a cambio del pago de un precio que suele conocerse como valor “residual”.<sup>23</sup>

Por lo tanto, por lo que se refiere a la relación jurídica entre la sociedad de arrendamiento financiero, arrendadora, y el empresario, arrendatario, ésta consiste en (i) la obligación que tiene la arrendadora de adquirir en nombre propio el bien objeto del contrato, según las indicaciones del empresario y, posteriormente, ceder su uso a éste; y (ii) la obligación del empresario de realizar el pago de las cuotas periódicas que se determinen en el contrato. Por otro lado, el empresario, al término del plazo estipulado en el contrato, puede ejercitar la opción de compra a cambio del pago del valor residual del bien.<sup>24</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de la fusión entre A. S.L. y G S.L. sobre el leasing de los vehículos, es preciso tener en cuenta que la posición jurídica que ostenta la sociedad absorbida – A S.L.– en relación con el contrato de arrendamiento financiero es la de empresario o usuario del bien objeto del contrato y que, en consecuencia, su obligación es la de realizar el pago de las cuotas estipuladas en el contrato, teniendo derecho a utilizar el bien objeto del contrato y a ejercitar la opción de compra a cambio del pago del valor residual del bien al término del plazo.

Como se avanzaba anteriormente, la regla legal de la sucesión universal es aplicable a los contratos. No obstante ello no es evidente, ya que la regla general en los contratos es que solo producen efectos entre los contratantes y que no se pueden transmitir a terceros sin el consentimiento de la otra parte (art. 1257 Cc.), además, la LME no establece una norma que se refiera a los contratos, pues el artículo 23 LME habla solo de patrimonio y de derechos y obligaciones.

---

<sup>23</sup>CORTÉS, L.J.: “Los contratos bancarios (I)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. II (MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 240.

<sup>24</sup>DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: “El contrato de “leasing” o arrendamiento financiero”, en AA VV, *Contratos Mercantiles*, T. I. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 1260 y 1261.

Sin embargo, la jurisprudencia se manifiesta claramente a favor de la sucesión en los contratos. En este sentido, la STS de 8 de febrero de 2007 [RJ 2007/560] en su fundamento jurídico tercero sostiene que *“en la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sea causa de extinción de las relaciones contractuales, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión (...)”*.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta cuestión en su STC 50/2011, de 14 de abril de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:50), en cuyo fundamento jurídico cuarto describe los procesos de fusión como *“operaciones de naturaleza societaria cuya finalidad se dirige a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines, mediante la realización de modificaciones estructurales de la organización que permiten en unos casos (...) la integración en una única entidad jurídica de una pluralidad de organizaciones preexistentes (fusión), (...) conservando al propio tiempo la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes las entidades resultantes de esos procesos. De este modo se facilita la continuidad de empresas y actividades económicas o de otro signo ya establecidas, eludiendo con ellos las dificultades y perjuicios que, tanto en el plano jurídico como en el económico, entrañaría la disolución y liquidación del conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas ligadas a la entidad (personalidad) para poder alcanzar el objetivo pretendido con aquellas modificaciones”*.

Por lo tanto, los contratos también se transmiten por sucesión universal y, dada la finalidad y los caracteres de la sucesión universal, debe producirse sin modificación del contenido de los mismos. En este sentido, la aludida STC habla de conservar la vigencia de las relaciones jurídicas preexistentes, es decir, es la misma relación sin variación de contenido.<sup>25</sup>

Como consecuencia de lo anterior, el contrato de leasing, a raíz de la fusión, se transmitirá por sucesión universal, sin modificación de su contenido, a la sociedad absorbente, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones derivados de dicho contrato que correspondiesen a la entidad absorbida antes de la fusión.

- *Consideraciones relativas a los contratos de leasing*

La absorción de la sociedad A S.L. por parte de la sociedad G S.L. si bien supone la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida, no tiene como consecuencia la extinción de los contratos de leasing que esta hubiera suscrito con las entidades de arrendamiento financiero.

---

<sup>25</sup>ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Granada 2016, pp. 177-184

Uno de los efectos principales de la fusión es la adquisición por sucesión universal del patrimonio de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente, subrogándose esta última en los derechos y obligaciones que correspondiesen a aquella. Por ello, los contratos de leasing de vehículos que A S.L. hubiere concertado pasarán a formar parte del patrimonio de G S.L., que se subrogará en los derechos y obligaciones derivados de dichos contratos.

En consecuencia, G S.L., una vez inscrita la fusión en el Registro Mercantil, estaría obligada al pago de las cuotas periódicas estipuladas en el contrato de arrendamiento financiero suscrito por A S.L. antes de la absorción. Asimismo, tendría derecho a usar los vehículos objeto de dicho contrato y al ejercicio de la opción de compra a cambio del pago del valor residual del bien al término del plazo.

### *5.1.2 Consecuencias sobre las deudas con proveedores*

Como se ha indicado anteriormente, uno de los principales efectos que produce la fusión de sociedades es que el patrimonio de la sociedad que se extingue se transmite en bloque a la sociedad absorbente por sucesión universal. Como consecuencia, se exceptiona la regla general que contiene el artículo 1205 del Cc. la cual establece que *“La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”*, es decir, de acuerdo con esta regla general, la transmisión de una deuda puede hacerse sin el consentimiento del deudor primitivo pero no sin el del acreedor.

En el caso de una fusión por absorción se produce una transmisión de una deuda de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, sin embargo, la mencionada regla general del artículo 1205 Cc. se exceptiona y, por lo tanto, no se requiere el consentimiento del acreedor para que se produzca la novación.

No obstante, como contrapartida a este mecanismo y con el fin de proteger los intereses de los acreedores que se puedan ver afectados por la fusión, la LME establece un régimen de protección de los acreedores en la fusión de sociedades que se articula a través de un sistema con dos fases (i) *ex ante*, consistente en el derecho de información; y (ii) *ex post*, mediante el derecho de oposición que reconoce el artículo 44 LME a los acreedores.

En primer lugar, por lo que respecta al derecho de información, este consiste en que una vez se haya adoptado el acuerdo de fusión, se deberá publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de gran circulación de las provincias en que cada una de las sociedades tenga su domicilio (o comunicado individualmente por escrito a los socios y acreedores), haciéndose constar, entre otros, el derecho de oposición que corresponde a los acreedores (art. 43.1 LME).

En segundo lugar, en relación con el derecho de oposición que corresponde a los acreedores, este se regula en el art. 44 LME. De acuerdo con el precepto citado, la fusión no podrá realizarse antes de que transcurra un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de que se hubiera realizado la comunicación por escrito a los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos.

Ello se debe a que durante este plazo de un mes, podrán oponerse a la fusión los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido con anterioridad a la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de aquel en el Registro Mercantil y que no haya vencido en ese momento. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil Competente, 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.

Por otro lado, cabe destacar que no gozarán de este derecho de oposición los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados (art. 41.2 pár. 3º).

En caso de que un acreedor ejercite su derecho de oposición, la fusión no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o hasta que le notifique la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

No obstante, si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por un acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el párrafo anterior, es decir, sin haber prestado garantía del pago del crédito, el acreedor que se hubiera opuesto 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.

El registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante la comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar, por anotación preventiva, la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en la LME.<sup>26</sup>

- *Consideraciones relativas a las deudas con proveedores*

En atención a lo expuesto anteriormente, como consecuencia de la fusión por absorción entre G. S.L. y A. S.L., las deudas que A. S.L. hubiese contraído con sus proveedores serán transmitidas a la sociedad G. S.L. por sucesión universal. Además, no será necesario el consentimiento de los proveedores para que se produzca dicha transmisión de las deudas.

Como contrapartida a lo anterior, la fusión no podrá ser realizada durante el plazo de un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de que la comunicación se hubiera realizado por escrito a todos los socios y acreedores, desde la fecha del envío de la comunicación al último de ellos.

---

<sup>26</sup>VIVES RUIZ, F.: “La fusión de sociedades”, en AA VV, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (SEBASTIÁN QUETGLAS, R., Dir.), Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016., pp. 730 y 731.

Durante dicho plazo, los proveedores de A S.L., así como los de G. S.L. podrán oponerse a la fusión hasta que se les garantice el pago de los créditos, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que el 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 en ese momento o, si el proyecto no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, que el nacimiento del crédito haya sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.; y (ii) que los créditos no se encuentren ya suficientemente garantizados.

En caso de que los proveedores ejerciten su derecho de oposición a la fusión entre ambas sociedades, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad deudora preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria a favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el proveedor y hasta que no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

En caso de que, a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por parte de los proveedores, la fusión se hubiera llevado a efecto sin haber prestado la garantía correspondiente, los proveedores podrán 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.

En consecuencia, el registrador practicará la nota marginal y los proveedores tendrán un plazo de seis meses para la interposición de demanda ante el juzgado de lo mercantil contra la sociedad absorbente, en este caso G. S.L., en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en la LME. Si, por el contrario, transcurre el plazo de seis meses sin que el acreedor interesado interponga la demanda indicada, la nota marginal se cancelará de oficio.

Por lo tanto, aunque no se requiere el consentimiento de los acreedores para que se produzca la transmisión de las deudas que la sociedad absorbida tiene con éstos, la LME protege los intereses de estos a través del reconocimiento del derecho de oposición, el cual permite que la fusión de sociedades no se lleve a efecto en tanto no se haya garantizado debidamente el pago de los créditos de los acreedores.

### *5.1.3 Consecuencias sobre los préstamos y pólizas de crédito con entidades financieras*

En relación con las consecuencias legales de la fusión sobre los préstamos y las pólizas de crédito con entidades financieras, se ha de tener en cuenta que tanto el préstamo como la póliza de crédito son dos tipos de contratos financieros que se caracterizan por suponer la concesión de crédito a terceros de manera directa, en términos bilateralmente negociados y sin mediar suscripción o adquisición de valores.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>CORTÉS, L.J.: “Los contratos bancarios (I)”, *op. cit.* p. 225.



El préstamo bancario es un contrato consensual de carácter bilateral, en cuanto que nacen obligaciones a cargo de ambas partes: del banco de entregar la cantidad a la que se refiere el préstamo en la cuantía y en el momento convenido y del cliente prestatario de pagar los intereses y de devolver la cantidad prestada de una o varias veces en el momento indicado en el contrato, si bien, es frecuente la cláusula que prevé un vencimiento anticipado cuando se produzcan determinadas circunstancias relativas a la solvencia del deudor.

El contrato de préstamo no se confunde con el contrato de apertura de crédito, que es aquel por el cual el acreditante, a cambio de la percepción de una comisión, se compromete, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a conceder crédito al cliente, bien haciéndole entregas de efectivo o efectuando prestaciones que permitan obtener efectivo, o que generen un deber aplazado de pago.

El contrato de apertura de crédito es un contrato consensual, aunque suele formalizarse en una póliza intervenida por fedatario público, y se diferencia del préstamo en que mediante la apertura de crédito se crea una disponibilidad a favor del acreditado, entendida como la facultad otorgada al cliente por la entidad financiera de tener acceso libre al patrimonio de la entidad acreditante para que, dentro de los límites pactados, dicha entidad efectúe prestaciones crediticias.<sup>28</sup>

Por lo tanto, tanto el préstamo como la apertura de crédito son dos tipos de contratos y, como tales, ante una fusión de sociedades, estarían sujetos a la regla legal de la sucesión universal, tal y como se comentaba al tratar la cuestión sobre los contratos de leasing.

Sin embargo, cabe destacar que en este tipo de contratos, la entidad de crédito se obliga atendiendo exclusivamente a razones de orden económico-personales del cliente. Es decir, las entidades financieras conceden crédito en función de la solvencia económica del solicitante.<sup>29</sup> Lo anterior supone el carácter de contrato “*intuitu personae*”, que es aquel contrato que se constituye en atención a las cualidades personales del causante, como puede ser la solvencia del mismo, y, por consiguiente, pone en duda la aplicación de la regla de la sucesión universal en estos supuestos.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que pese a que la LME no contempla ninguna limitación a la sucesión universal, no puede deducirse que la referencia que se hace a la sucesión universal y a la transmisión del patrimonio en su totalidad quiera decir que se impida cualquier limitación a la transmisión.

En relación con lo anterior, para que se pueda justificar la no aplicación de la sucesión universal no basta con la extinción formal de la persona con la que se ha realizado el contrato *intuitu personae*, sino que es necesario que existan circunstancias objetivas que signifiquen que el cambio de titular hace cambiar las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar.

---

<sup>28</sup>SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los contratos bancarios (II)”, en AA VV, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II (SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 436-440.

<sup>29</sup>MONGE GIL, A. L.: “Apertura de crédito ordinario de cuenta corriente”, en AA VV, *Contratos Mercantiles*, T.I (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 1207.

A este respecto, cabe recordar que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles tienen una finalidad de conservación y adaptación de la empresa por lo que, por regla general, su actividad, medios productivos, etc., se conservan en la nueva entidad resultante de la modificación estructural.

Por lo tanto, a los efectos de determinar la aplicación o no de la sucesión universal en relación con un contrato de carácter *intuitu personae*, en primer lugar, se habrá de determinar si en el contrato concreto las condiciones personales del contratante eran esenciales para su celebración y, en segundo lugar, se deberá examinar si la modificación estructural concreta supone una alteración de esas circunstancias o si no varían. En definitiva, dependerá del caso concreto, ya que no siempre el cambio de la persona conlleva el cambio de las circunstancias, y es solo en este último caso cuando tendrá lugar la resolución del contrato.<sup>30</sup>

En consecuencia, en el caso de una fusión de sociedades, la aplicación de la sucesión universal y la consiguiente transmisión en bloque a la sociedad absorbente de los contratos de préstamo y las pólizas de crédito con entidades financieras, dependerá, en primer lugar, de si en dichos contratos las condiciones personales del contratante fueron esenciales para la celebración del mismo y, en segundo lugar, de si la fusión supone realmente un cambio de las circunstancias objetivas que se tuvieron en cuenta al contratar.

En relación con el primer aspecto, en mi opinión, a la hora de realizar un contrato bancario las condiciones personales del contratante sí tienen un carácter esencial para la celebración del mismo, puesto que la entidad de crédito tendrá muy presente la solvencia del cliente.

Por lo que se refiere al segundo punto, se habrá de atender a la solvencia de la entidad resultante de la fusión para poder determinar si realmente se ha producido un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al contratar inicialmente. De este modo, si la entidad resultante de la modificación estructural reúne la solvencia exigida por la entidad de crédito en el momento de formalizar el contrato con la sociedad absorbida, en mi opinión, sería aplicable la regla legal de la sucesión universal.

- Consideraciones relativas a los préstamos y pólizas de crédito

En atención a la doctrina expuesta anteriormente, a mi juicio, los contratos de préstamo y las pólizas de crédito contratadas por A S.L. con entidades de crédito, pese a ser contratos de carácter *intuitu personae*, no se extinguirán con la extinción de la personalidad de dicha sociedad, sino que se transmitirán a la sociedad absorbente, G S.L., que se subrogará en los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos mencionados.

---

<sup>30</sup>ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. *La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. op. cit.* p. 206-213.

En mi opinión, aunque las condiciones personales del contratante –A S.L.– fueron determinantes para la celebración de los citados contratos bancarios, ya que las entidades de crédito realizan este tipo de contratos atendiendo a las condiciones de solvencia de la persona con la que se pretenda realizar el contrato, en la medida en que la fusión supone una transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente, no supone esta una modificación de las circunstancias objetivas que se tuvieron en cuenta en el momento de realizar el contrato y, por lo tanto, se puede aplicar la regla legal de la sucesión universal.

#### 5.1.4 *Consecuencias sobre los avales y garantías prestadas por las entidades financieras*

Por lo que se refiere a las consecuencias que tendría la fusión por absorción entre las sociedades A S.L. y G S.L. sobre los avales y garantías que las entidades de crédito hubieran prestado a favor de aquellas, es preciso, en primer lugar, delimitar el concepto de aval y de garantía bancaria.

Cabe recordar que las entidades de crédito también realizan la función o servicio de garantizar a sus clientes frente a terceros a través de la prestación de una garantía, por la que las entidades de crédito perciben una contraprestación dineraria o comisión. Este tipo de garantías proporcionadas por las entidades de crédito son reconducibles a las figuras típicas de nuestro ordenamiento, particularmente al contrato de fianza –aunque en la práctica se suele utilizar la denominación de aval–, regulándose, por consiguiente, por los pactos establecidos entre las partes y por las disposiciones contenidas en los Códigos Civil y de Comercio.<sup>31</sup>

En este sentido, la fianza es un contrato de carácter accesorio y subsidiario en el que una persona, denominada fiador, se compromete frente a otra, el acreedor, a cumplir la obligación derivada de una deuda ajena, en principio, para el supuesto de que el deudor principal no cumpla.<sup>32</sup> En consecuencia, se distinguen principalmente tres partes en el contrato de fianza: (i) el fiador; (ii) el deudor principal; y (iii) el acreedor beneficiario de la fianza.

Antes de continuar con el estudio de esta cuestión, cabe destacar que se pueden distinguir varios supuestos en función de cuál sea la parte del contrato de fianza que se vea afectada por la fusión: (i) la fusión del acreedor beneficiario de la fianza; (ii) la fusión del deudor afianzado; o (iii) la fusión del fiador. Sin embargo, se centrará el estudio en el caso de la fusión del deudor afianzado ya que, a mi juicio, es la posición que ostentan tanto A S.L. como G S.L. en relación con los avales y garantías que las entidades de financieras hubieran prestado a su favor.

---

<sup>31</sup>CORTÉS, L.J.: “Los contratos bancarios (II)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. II (MENÉNDEZ, A. Y ROJO, A., Dir.), Ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 258.

<sup>32</sup>ÁVILA DE LA TORRE, A.: “La fianza mercantil”, en AA VV, *Contratos mercantiles*, T. I (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor 2017, p. 1475.

En el caso de que la fusión afecte al deudor afianzado, en principio la regla de la sucesión universal haría subsistir la fianza tanto si se prestó ésta en garantía de una deuda de la absorbente (G S.L.) como de la absorbida (A S.L.). De este modo, el contrato de fianza no se extinguirá como consecuencia de la fusión de sociedades ya que, en virtud de la sucesión universal, contemplada en el artículo 23.2 LME, el contrato de fianza se transmite a la sociedad absorbente, la cual quedará subrogada en los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida. No pudiendo aceptarse, en este caso, que la fianza se extinga por una variación de circunstancias ocasionada por el cambio de deudor o por haberse producido una novación del artículo 1847 del Cc.

En este sentido la STS de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\4578] en su fundamento jurídico 1º dispone que *“En la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad absorbida y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de ésta, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros (...) no siendo causa de extinción de la relación contractual de aval o afianzamiento, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se prestó el aval, precisamente por esa sucesión universal (...) que se produce por la fusión por absorción (...).*

Esta línea jurisprudencial ha sido seguida asimismo por jurisprudencia más reciente, como por ejemplo; SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2016 [JUR 2017\56529], Fto. Jco. 5º; SAP de Madrid de 5 de octubre de 2016 [JUR 2016\250709], Fto. Jco. 4º y 5º; o STS de 28 de enero de 2002 [RJ 2003\614], Fto. Jco. 5º

Sin embargo, lo anterior plantea el problema del posible agravamiento de riesgos del fiador, ya que podría reducir la posibilidad de regreso en caso de que la solvencia de la sociedad resultante sea menor que la del deudor original. A este respecto, se discute si sería posible, el ejercicio, por parte del fiador, del derecho de oposición contemplado en el artículo 44 LME –al que se ha hecho referencia anteriormente– como titular de un crédito no vencido contra la sociedad.

De acuerdo con ÁLVAREZ, S.<sup>33</sup>, el fiador no tendrá derecho de oposición si ha llegado a pagar al acreedor y se ha abierto la vía de regreso (art. 1838 Cc.) ya que, en este caso, su crédito está vencido y el artículo 44.2 LME requiere para el ejercicio del derecho de oposición que el crédito no estuviere vencido. Por otro lado, considera dicho autor, que si el fiador ha sido demandado y no ha pagado, debe tener el derecho de oposición, por analogía con el artículo 1843 Cc., que le permite en este caso pedir garantía al deudor que le ponga a cubierto del peligro de insolvencia –cabe recordar que uno de los fines que persigue el art. 44 LME es que la sociedad afectada por la fusión preste garantía suficiente para satisfacer el pago del crédito del acreedor–. Lo mismo sostiene si, aun sin haber sido demandado el fiador, la deuda ha llegado a hacerse exigible (art. 1843.4º Cc.). Esto es, el crédito ha vencido, pero no ha sido demandado el deudor ni éste ha llegado a pagar.

---

<sup>33</sup>ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital. op. cit.* pp. 197-199.

Por otro lado, CARRASCO PERERA, A.<sup>34</sup> sostiene que la posición del fiador no es la de un simple acreedor del artículo 44 LME, ya que en la fianza no es esencial la posición de acreedor (en la vía de regreso) del fiador, sino la posición de deudor contingente de este fiador.

Asimismo, considera que en los casos en los que el fiador es una entidad de crédito profesionalmente dedicada a avalar operaciones ajenas, como ocurre en el presente caso, la fianza subsiste, no habiendo derecho de oposición, dado que el fiador estará siempre convenientemente contragarantizado en su expectativa de regreso contra el deudor, incluso a los efectos del artículo 44 LME en el que se establece que “*los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición*”.

- *Consideraciones relativas a los avales y garantías*

A la vista de la doctrina y de la jurisprudencia expuestas anteriormente, en mi opinión, los avales y las garantías bancarias prestados por las entidades financieras a favor de A S.L. y de G S.L. no se extinguirán como consecuencia de la fusión por absorción entre dichas sociedades ya que, como consecuencia de la citada fusión, se produce la transmisión en bloque del patrimonio de A S.L. a G S.L. por sucesión universal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23.2 LME, quedando ésta última subrogada en todos los derechos y obligaciones que correspondiesen a la sociedad absorbida. Por consiguiente, el fiador, tras la fusión, pasará a responder en caso de incumplimiento del deudor principal que será la sociedad absorbente, en este caso, G S.L.

Por otro lado, en relación con el posible ejercicio por parte del fiador del derecho de oposición contemplado en el artículo 44 LME, comparto la tesis mantenida por CARRASCO PERERA, A. En este sentido, considero que el fiador no podría ejercitar el citado derecho de oposición a la fusión, especialmente por el hecho de que, en el presente caso, quien ostenta la posición de fiador es una entidad financiera que, por el ejercicio de su actividad –avaluar operaciones ajenas– estará convenientemente garantizada en su expectativa de regreso contra el deudor, por lo que no será de aplicación el artículo 44 LME puesto que en su apartado 2º, (pár. 3º) se establece que “*los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición*”.

---

<sup>34</sup>CARRASCO PERERA, A.: “Fianza en garantía de deudas de sociedad fusionada o escindida”, en *Análisis GA&P*, mayo 2018, pp. 1-6; disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/Fianza-en-garantia-de-deudas-de-sociedad-fusionada-o-escindida.pdf> (consultado el 12 de junio de 2018).

## **5.2 Consecuencias 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**

### *5.2.1 Consecuencias sobre el control de las mayorías de Junta y Consejo de Administración necesarias para la fusión*

Antes de proceder al estudio de las mayorías necesarias en la junta general de socios para aprobar la fusión de sociedades, conviene detenerse a explicar brevemente cómo se desarrolla el procedimiento para la fusión de sociedades.

El procedimiento legal para la fusión de sociedades se puede estructurar en tres grandes fases: (i) la fase preparatoria; (ii) la fase de decisión; y (iii) la fase de ejecución.

La fase de preparación de una fusión se extiende desde los primeros contactos entre las sociedades potencialmente interesadas en llevar a cabo la fusión hasta la adopción de las decisiones por los órganos competentes, generalmente su junta general de socios. Estos contactos darán lugar a la suscripción del proyecto de fusión, que constituye el documento fundamental en el proceso de fusión de sociedades.

El proyecto de fusión es un documento necesario y común. Es necesario porque es un documento ineludible en toda operación de fusión. Y es común porque constituye el entendimiento que todas las sociedades intervinientes tienen de las condiciones básicas de la fusión, por ello, todas las sociedades suscribirán un proyecto con el mismo contenido. La finalidad de este documento es informativa, dado que ha de servir a la junta de socios para decidir sobre la operación. En este sentido, el artículo 31 de la LME exige que el proyecto de fusión cuente con un contenido mínimo, en el que se puede destacar: a) la denominación, el tipo social y el domicilio de las sociedades que se fusionan y de la sociedad resultante de la fusión; b) el tipo de canje de las participaciones, la compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje; c) la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad; d) los estatutos de la sociedad resultante de la fusión; e) las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, etc.

A continuación, una vez concluida la fase preparatoria, tendrá lugar la fase de decisión, en la que se aprobará o rechazará el proyecto de fusión, generalmente se trata de una competencia de la junta general de socios. En el caso de que finalmente se apruebe el proyecto de fusión, tendrá lugar la fase de ejecución, en la que se procederá a formalizar y realizar la inscripción de la fusión. La inscripción de la fusión en el Registro Mercantil competente supone la eficacia constitutiva de la misma y conlleva la cancelación de los asientos registrales de las sociedades extinguidas.<sup>35</sup>

No obstante, por lo que se refiere a la cuestión sobre el control de las mayorías necesarias para la aprobación de la fusión, se habrá de centrar el estudio en la fase de decisión correspondiente al procedimiento expuesto anteriormente.

---

<sup>35</sup>VIVES RUIZ, F.: “La fusión de sociedades”, *op. cit.*, pp. 732-749.

Así, en primer lugar se ha de determinar cuál es el órgano competente para la adopción del acuerdo de fusión. En este sentido, con carácter general, la fusión de sociedades es una competencia reservada a la junta de socios de cada una de las sociedades intervinientes y el acuerdo deberá ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión (art. 40.1 LME). En consecuencia, las juntas deberán limitarse a aprobar o rechazar el proyecto común de fusión y cualquier acuerdo de una sociedad participante que modifique el proyecto equivaldrá al rechazo de la propuesta (art. 40.1 LME).

El acuerdo de fusión se adoptará bien por la junta debidamente convocada al efecto, una vez publicada en el Boletín Oficial del Estado la inserción o el depósito del proyecto de fusión, o por junta universal. En cualquier caso, el acuerdo deberá adoptarse con las mayorías establecidas en la normativa aplicable a cada tipo social, esto es, en el caso de las sociedades anónimas, las mayorías recogidas en los arts. 194 (quórum de asistencia) y 210 (votación del acuerdo) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*<sup>36</sup> y, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 199 LSC.

La competencia de la junta general de socios para la adopción del acuerdo de fusión se excepciona en una serie de casos:

Por una parte, existen unos supuestos en los que no es necesario el acuerdo de la junta de socios de las sociedades absorbidas, estos son: (a) que la sociedad absorbente sea titular, de forma directa o indirecta, de todas las participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad absorbida (art. 49.1.4º LME) y (b) que el mismo socio sea titular, directa o indirectamente, de la totalidad del capital de las sociedades absorbente y absorbida (art. 52.1 LME).

Por otra, hay un supuesto en el que no es necesario el acuerdo de la junta general de socios de la sociedad absorbente, esto ocurrirá cuando la sociedad absorbente sea titular del noventa por ciento o más del capital de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada absorbida, siempre que se hubiera publicado el proyecto de fusión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o en uno de los diarios de gran circulación en las provincias de los domicilios de las sociedades participantes con, al menos, un mes de antelación a la fecha prevista para la celebración de las juntas de las sociedades absorbidas o, en caso de sociedad íntegramente participada, a la fecha prevista para la formalización de la absorción.<sup>37</sup>

- *Consideraciones relativas a las mayorías de Junta necesarias para la fusión*

En atención a lo expuesto anteriormente, por lo que se refiere a la fusión por absorción entre las sociedades A S.L. y G S.L., el órgano competente para la aprobación de la fusión será la junta general de socios de cada una de las sociedades. Puesto que este caso concreto, no se encuadra en ninguno de los supuestos en los que no sería necesario el acuerdo de la junta de socios de las sociedades absorbidas ni tampoco en el supuesto en el que no sería necesario el acuerdo de la junta general de socios de la sociedad absorbente, mencionados anteriormente.

---

<sup>36</sup>BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010; en adelante, LSC.

<sup>37</sup>VIVES RUIZ, F.: “La fusión de sociedades”, *op. cit.*, pp. 743-748.

En relación con la adopción del acuerdo de fusión por cada una de las sociedades implicadas en la fusión, en primer lugar, se ha de tener en cuenta que ambas sociedades son sociedades de responsabilidad limitada y, por lo tanto, habrá de atenderse a las disposiciones que la LSC contenga en relación con la adopción de acuerdos por parte de la junta general de socios de una sociedad de responsabilidad limitada.

En este sentido, el artículo 199. b) LSC establece que para la aprobación de la fusión por la junta general de socios se requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En consecuencia, para que la fusión por absorción entre las sociedades A S.L. y G S.L. sea aprobada, ésta habrá de ser acordada por mayoría de dos tercios en la junta general de socios de cada una de las sociedades participantes en la fusión.

#### *5.2.2 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 punto de partida para tratar esta cuestión ha de ser el artículo 24 LME, en cuyo apartado primero se establece 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”*.

Esto plantea una de las cuestiones más delicadas desde el punto de vista económico-contable, que es la forma y la manera en que se determinan las acciones, participaciones o cuotas de la entidad resultante de la fusión que corresponden a los socios de las sociedades que se extinguen. Esta operación recibe el nombre de cálculo del “tipo de canje” o “ecuación de canje”, y se regula en el artículo 25.1 de la LME en los siguientes términos:

*“1. En las operaciones de fusión el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades que participan en la misma debe establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio.*

*2. Cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.”*

Por lo tanto, el tipo de canje es el número de participaciones de la sociedad beneficiaria que se van a entregar por cada participación de la sociedad que se extingue a los socios de ésta. Se trata del elemento clave para conseguir la continuidad de la participación de los socios de las sociedades participantes en la fusión a la hora de integrarse en la sociedad resultante de la operación, una continuidad que supone, por una parte, proporcionalidad respecto de la participación relativa que cada socio tenía en la sociedad de origen (art. 24.1 LME) y, por otra, proporcionalidad en atención a lo que aporta cada sociedad participante al patrimonio de la sociedad resultante.



La cuestión clave para la fijación del tipo de canje según la LME es la valoración de las sociedades fusionadas, la cual deberá establecerse sobre la base del valor real de su patrimonio y no sobre su valor contable.<sup>38</sup>

Pues bien, para determinar las consecuencias de la fusión entre las sociedades A S.L. y G S.L. sobre el control y la toma de decisiones en la entidad G S.L. tras la inscripción de la operación en el Registro Mercantil. Se habrá de realizar la ecuación de canje, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 LME.

Para ello, se habrá de tener en cuenta que mediante la fusión por absorción entre A S.L. y G S.L.; (i) todos los activos y pasivos de la sociedad A se transmiten a la sociedad G; y (ii) la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad absorbida (el patrimonio neto) se paga con la emisión de participaciones, que se entregan a los socios de la sociedad que se ha extinguido como resultado de la fusión –A S.L.–

Asimismo, de acuerdo con el artículo 25.1 LME, tanto el activo como el pasivo de la sociedad absorbida (A S.L.) se integran en el patrimonio de la sociedad absorbente (G S.L.) por su valor real, independientemente del valor contable que refleje el Balance de Situación. Por otro lado, como consecuencia de lo anterior, la sociedad absorbida deberá valorarse también por su valor real, que será el resultante de la diferencia entre el valor real de su activo y el valor real de su pasivo, de acuerdo con la siguiente fórmula: Patrimonio Neto = Activo – Pasivo, (derivada de la siguiente equivalencia; Activo = Patrimonio Neto + Pasivo).

A la vista de los datos reflejados en el presente caso, el valor real de los activos y pasivos de A S.L. coincide con su valor contable, excepto para el inmovilizado material, cuyo valor razonable es de 1,400,000 €. Por lo tanto:

En relación con la sociedad absorbida, A. S.L.:

– El valor real de los activos de A S.L. es de 6,675,190 € que resulta de la suma del inmovilizado (4,873,893 €) y del activo circulante (1,801,297 €):

- **Inmovilizado: 4,873,893 €**
  - Inmovilizado inmaterial: 5,000 €
  - Inmovilizado material: 1,400,000 €
  - Otros activos fijos: 3,468,893 €
  
- **Activo circulante: 1,801,297 €**
  - Existencias: 600 €
  - Deudores: 1,555,685 €
  - Otros activos líquidos: 856,185 €
  - Tesorería: 788,827 €

– El valor real de los pasivos de A S.L. es de 1,054,015 € que resulta de la suma del pasivo fijo (973,258 €) y del pasivo líquido (80,757 €).

---

<sup>38</sup>GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: “La fusión”, *op. cit.* p. 147.

– El valor real del patrimonio neto de A S.L es de 5,621,175 € que resulta de la diferencia entre el valor real de los activos (6,675,190 €) y el valor real de los pasivos (1,054,015 €).

En relación con la sociedad absorbente, G S.L.:

– El valor real del patrimonio neto de G S.L. coincide con su valor contable, reflejado en el balance con la cantidad de 4,868,473 €

En relación con el valor real del patrimonio de G S.L. tras la absorción de A S.L., éste será el resultante de sumar el valor real del patrimonio neto de A S.L. (5,621,175 €) y el valor real del patrimonio neto de G S.L. (4,868,473 €), ascendiendo a la cantidad de 10,489,648 €.

Una vez determinados el valor real del patrimonio de; (i) la sociedad absorbida, A S.L. (5,621,175 €); (ii) la sociedad absorbente, G S.L. (4,868,473 €); y de la sociedad resultante de la fusión G S.L. (10,489,648 €), de lo que se trata es de determinar el porcentaje de participaciones de la sociedad resultante que le corresponderán a los socios de A S.L. y a los socios de G S.L. Para ello se realizan los siguientes cálculos:

– Para determinar el porcentaje de participaciones que le corresponden a los socios de A S.L.; se divide el valor real del patrimonio de la sociedad absorbida (5,621,175 €) entre el valor real del patrimonio de la sociedad resultante de la fusión (10,489,648 €) y se multiplica por 100, lo que resulta en un 53.59%.

– Para determinar el porcentaje de participaciones que le corresponden a los socios de G S.L.; se divide el valor real del patrimonio de la sociedad absorbente (4,868,473 €) entre el valor real del patrimonio de la sociedad resultante de la fusión (10,489,648 €) y se multiplica por 100, lo que resulta en un 46.41%.

- *Consideraciones en relación con el control en la sociedad resultante*

Una vez que la fusión haya sido inscrita en el Registro Mercantil, a los socios de A S.L. les corresponderá un porcentaje de participación en la sociedad resultante de la fusión en proporción al porcentaje de patrimonio aportada a la misma. De este modo, a los socios de A S.L. les corresponderá el 53.59% de las participaciones de la sociedad resultante de la fusión, mientras que a los socios de G S.L. les corresponderá el 46.41%.

## 6. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

### 6.1 Régimen especial de reestructuraciones empresariales

La necesidad de estructuras más eficientes y competitivas hace que los grupos empresariales se reorganicen mediante operaciones de concentración por las que una o varias entidades se extinguen y se integran en otra previamente existente o bien en una entidad nueva resultante de la operación. Estas operaciones son, en el ámbito mercantil, las operaciones de fusión y tienen importantes consecuencias fiscales ya que en ellas se ponen de manifiesto transmisiones de elementos patrimoniales que pueden generar rentas fiscales o la extinción de entidades con la consecuencia de que finaliza su período impositivo, entre otras.

Estos efectos fiscales pueden incidir negativamente en la toma de decisiones sobre la realización de dichas operaciones, por ello, y para favorecer la competitividad de las empresas, existe un régimen especial de tributación, contemplado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuyo elemento esencial es conseguir la neutralidad impositiva, a través del diferimiento de las rentas que se generen, de modo que el coste fiscal no sea un elemento que favorezca o perjudique la toma de decisiones empresariales.<sup>39</sup>

La LIS en su Título VII regula una serie de regímenes tributarios especiales en el impuesto sobre sociedades que se establecen, bien atendiendo a la naturaleza de los sujetos afectados, bien atendiendo a la naturaleza de determinados hechos, actos u operaciones.

Entre dichos regímenes especiales, en el Capítulo VII se regula el “*Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o de una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea*”, también conocido como régimen especial de reestructuraciones empresariales. Se trata de un régimen especial que afecta a determinadas operaciones, al margen de quiénes las realicen y del régimen de tributación que tengan en el impuesto, por lo que es un régimen que no se establece atendiendo a la naturaleza de los sujetos afectados, sino que se hace atendiendo a la naturaleza de determinados hechos, actos u operaciones. En consecuencia, los sujetos pasivos que concierten estas operaciones de reorganización empresarial tributarán por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, con la particularidad de que en relación con dichas operaciones, en lugar de aplicar lo previsto en el artículo 17 LIS –régimen general–, aplicarán, salvo renuncia expresa, las disposiciones contenidas en el Capítulo VII del Título VII LIS.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup>MIRANDA TERCEÑO, J.C. y MÉNDEZ CORTEJANO, I.: “Las modificaciones estructurales”, en AA VV, *Guía de sociedades de capital 2017*, (CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Dir.), Ed. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2017, p. 477.

<sup>40</sup>PÉREZ ROYO, I.: “El Impuesto sobre Sociedades (II). Los Regímenes Especiales.”, en AA VV. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, (PÉREZ ROYO, F., Dir.) Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 499.

Este régimen especial sigue los criterios contenidos en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro*<sup>41</sup>, y se configura como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración empresarial, salvo que expresamente se exprese lo contrario (art. 89.1 LIS).

Esto último es importante, ya que, a pesar de mantenerse en el articulado de la LIS dentro de los regímenes especiales, se constituye en el régimen general de las operaciones de reestructuración, desapareciendo la necesidad de optar por su aplicación, aunque se sigue manteniendo una obligación genérica de comunicación a la Administración Tributaria de la realización de las operaciones. Por lo tanto, sólo en el caso de que expresamente se opte, se aplicarán las reglas correspondientes al régimen general, en el que se gravan por el IS todas las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de los elementos patrimoniales afectados por la operación.

En relación con la obligación de comunicar la realización de la operación a la Administración Tributaria, ésta ha de hacerse por la entidad adquirente de las operaciones, salvo que la misma no sea residente en territorio español, en cuyo caso se realizará por la transmitente. En el caso de que ninguna de las entidades fuera residente en territorio español, la comunicación debe ser presentada por los socios. Si esta comunicación no se presenta en plazo, se incurrirá en una infracción tributaria grave, sancionada con multa pecuniaria fija de 10.000 € por cada operación (art. 89.1 LIS).

Por lo tanto, se puede afirmar que el régimen especial será el de aplicación general por las sociedades y sus socios en las operaciones de reestructuración empresarial, y éste se configura como un sistema en el que no se gravan las rentas que pudieran generarse en las operaciones de reestructuración empresarial, siempre que se cumplan los requisitos establecidos.<sup>42</sup>

## **6.2 Requisitos necesarios para la aplicación del régimen especial**

La aplicación de los preceptos contenidos en el Capítulo VII del Título VII de la LIS está supeditada, con carácter general a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la operación debe estar comprendida entre las previstas en los artículos 76 y 87 LIS; b) no puede tener como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal (art. 89.2 LIS); y no haber optado por la aplicación del régimen general (art. 89.1 LIS).<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup>DOUE L de 25.11.2009, p. 34, en adelante; Directiva 2009/133/CE.

<sup>42</sup>MIRANDA TERCEÑO, J.C. y MÉNDEZ CORTEJANO, I.: “Las modificaciones estructurales”, *op. cit.*, 478 y 479.

<sup>43</sup>MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y de la escisión” en AA VV, *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, (ROJO, A., CORTÉS, L.J., CAMPUZANO, A.B., PÉREZ TROYA, A., Dir.), Ed, Aranzadi, Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 1003.

*a) Tipo de operación mercantil realizada:*

En primer lugar, a los efectos de determinar la aplicación del régimen especial de reestructuraciones empresariales, es preciso verificar si la operación mercantil realizada encaja en las definiciones que contiene la LIS en su artículo 76. En este sentido, dicho precepto define las operaciones que pueden acogerse a este régimen e incluye; las fusiones, las escisiones, la aportación no dineraria de rama de actividad, el canje de valores y las operaciones de cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. No obstante, y a los efectos del presente caso, se centrará la explicación a los casos de fusión de sociedades y, en especial, al supuesto de fusión por absorción.

En relación con la fusión de sociedades, la norma contempla tres supuestos distintos: la fusión por absorción, la fusión por creación de una nueva sociedad y la fusión de sociedad íntegramente participada. Concretamente, en lo que se refiere a la fusión por absorción, el artículo 76.1. a) LIS, se refiere a este tipo de operaciones como aquéllas en las que *“una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación de dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”*

En este sentido, un primer requisito para la aplicación del régimen fiscal especial es que la compensación que pueden recibir los socios de la sociedad absorbida cuando no sea posible atribuir participaciones en el capital de la absorbente debe responder a una cantidad en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores, deducido de su contabilidad.

*b) La operación no puede tener como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal:*

Por otro lado, el artículo 89.2 LIS establece una norma de cobertura en la aplicación del régimen fiscal especial, que trata de impedir su aplicación cuando las operaciones se realizan con la finalidad principal de obtener una ventaja fiscal al margen de cualquier motivación económica. Cabe recordar que, como se ha indicado, la razón de ser de este régimen especial es evitar que la fiscalidad suponga un obstáculo o un estímulo en la toma de decisiones sobre operaciones de reorganización empresarial y que lo que se trata de conseguir con el mismo es la neutralidad impositiva.

Por lo tanto, de acuerdo con el precepto citado, “*no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal (...)*”. Asimismo, se establece la no aplicación del régimen fiscal especial cuando la operación realizada no tenga una motivación económica válida, sino meramente fiscal, aun cuando ello no determine la existencia de fraude o evasión fiscal. Se trata de valorar cuál es el fin último perseguido por la realización de la operación, el cual ha de tener fundamento en motivos económicos en sí mismos y no fiscales.<sup>44</sup>

En relación con la existencia de motivos económicos válidos, el artículo 89.2 LIS menciona como tales “*la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*” y, por otro lado, la jurisprudencia ha venido manteniendo que la existencia de motivos económicos válidos exige un esfuerzo de motivación de que dicha operación no tuvo como objetivo único o principal el ahorro fiscal, sino que obedece a dar cumplimiento a una necesidad empresarial, ya sea de carácter organizativo, comercial, financiero, de ahorro de costes, de distribución o del orden preciso que sea, pues en la definición de los motivos económicos válidos hay una gran amplitud, potencialmente indefinida, de posibilidades (SAN de 16 de febrero de 2011 JUR 2011\77310, Fto. Jco. 8º y SAN de 22 de septiembre de 2011 JUR 2011\362420, Fto. Jco. 8º).

Por el contrario, de no haber unos motivos económicos válidos que justifiquen la operación no será posible la aplicación del régimen fiscal especial, en este sentido, la STS de 30 de mayo de 2016 RJ 2016\2649, en su fundamento de derecho primero, no aprecia la existencia de motivos económicos válidos por entender que el objetivo final y único de las operaciones realizadas era evitar o minorar la carga tributaria en la escisión, pretendiendo el ahorro fiscal al repartir entre los socios el patrimonio social.

Por consiguiente, un segundo requisito para determinar la aplicación o no del régimen tributario especial de reestructuraciones empresariales es la concurrencia de motivos económicos válidos que justifiquen la operación. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el concepto “*motivos económicos válidos*” es un concepto jurídico indeterminado que, a la hora de aplicarlo al caso concreto, exige realizar una valoración subjetiva de las circunstancias particulares de cada operación.

A este respecto, el TJUE, en su Sentencia de 10 de noviembre de 2011, *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA c. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, en la que se planteó una cuestión prejudicial que determinó el análisis del sentido y alcance de los conceptos “*motivos económicos válidos*” y “*reestructuración o racionalización de las actividades*”, entiende que el concepto “*motivos económicos válidos*” va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal. Por lo tanto, una operación de fusión que sólo persiga tal objetivo, no podría constituir un motivo económico válido en el sentido de dicha disposición. Por el contrario, continúa diciendo que podría constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los pueden figurar consideraciones de naturaleza fiscal, siempre y cuando estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada.

---

<sup>44</sup>MIRANDA TERCEÑO, J.C. y MÉNDEZ CORTEJANO, I.: “Las modificaciones estructurales”, *op. cit.* 489.

Es decir, puede haber supuestos en los que una operación de reestructuración empresarial se base en varios objetivos, entre los que se encuentren consideraciones empresariales –organizativas, financieras, comerciales, etc.– así como consideraciones de naturaleza fiscal. Pues bien, en estos casos, de acuerdo la interpretación seguida por el TJUE, se entenderá que la operación responde a motivos económicos válidos y que, en consecuencia, el régimen tributario especial será aplicable, siempre que las ventajas fiscales no sean preponderantes en relación con las consideraciones empresariales.

*c) No haber optado por la aplicación del régimen general:*

Como se indicaba anteriormente, el régimen especial será el de aplicación general por las sociedades y sus socios en las operaciones de reestructuración empresarial puesto que, de acuerdo con el artículo 89.1 LIS, “*Se entenderá que las operaciones reguladas en este capítulo aplican el régimen establecido en el mismo, salvo que expresamente se indique lo contrario a través de la comunicación a la que se refiere el párrafo siguiente*”.

Por lo tanto, podría afirmarse que un tercer requisito para la aplicación del régimen especial es que no se haya indicado expresamente la voluntad de no aplicarlo mediante la comunicación de la realización de la operación a la Administración tributaria, en la cual se debe indicar el tipo de operación que se realiza y si se opta por no aplicar el régimen fiscal especial (art. 89.1 LIS).

### **6.3 Consideraciones relativas a la aplicación del régimen especial**

A la luz de lo expuesto anteriormente, para que tuviese lugar la aplicación del régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales en la operación realizada entre las sociedades A S.L. y G S.L. han de concurrir principalmente los tres requisitos siguientes: (i) realizarse una de las operaciones de reestructuración empresarial contempladas en los artículos 76 y 87 LIS; (ii) que la operación en cuestión responda a una motivación económica válida, no pudiendo tener como fin principal la evasión fiscal; y (iii) que no se haya optado por la aplicación del régimen general contemplado en la LIS.

En este sentido, atendiendo a las características de la operación planteada entre las sociedades A y G, como se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo, se trata de una operación de fusión por absorción que da lugar a la transmisión en bloque del patrimonio social de la sociedad absorbida (A) a la sociedad absorbente (G) mediante la atribución a los socios de A de valores representativos del capital social de G, por lo tanto, se puede afirmar que se cumple el primero de los requisitos enunciados anteriormente.

En relación con el segundo requisito, tal y como se desprende de la propia LIS así como de la jurisprudencia citada, a los efectos de justificar la realización de la operación, se considera un motivo económico válido “*la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación*”, siendo necesaria una motivación exhaustiva de que la operación no haya tenido como objetivo principal el ahorro fiscal, sino que obedece a una necesidad de carácter empresarial.

En este sentido, cabe recordar que la fusión entre las sociedades A y G responde a diversas modificaciones introducidas por el Gobierno gallego en el sector del transporte de viajeros por carretera, que han dado lugar a cierta inseguridad entre las empresas del sector. Por ello, considero que en este caso, existen motivos económicos válidos que justifican la fusión por absorción entre las citadas entidades, cumpliéndose, por tanto, el segundo de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen fiscal.

Por último, en relación con el tercer requisito, como se ha expuesto anteriormente, el régimen especial de reestructuraciones empresariales se aplica con carácter general siempre y cuando no se opte expresamente por la aplicación del régimen general de la Ley del Impuesto de Sociedades. En consecuencia, dado que de los hechos del caso no se desprende que se haya optado expresamente por la aplicación del régimen general, puede afirmarse que será de aplicación el régimen fiscal especial de reestructuraciones empresariales.



## 7. CONCLUSIONES FINALES

En atención a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, de la fusión por absorción entre las sociedades A S.L. y G S.L. se deriva una serie de consecuencias jurídicas sobre diversos aspectos.

En primer lugar, por lo que se refiere a las relaciones jurídicas de carácter laboral, en virtud de la sucesión de empresa, regulada principalmente en el artículo 44 ET, la sociedad absorbente (G S.L.) está obligada a subrogarse en todos los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social de la sociedad absorbida (A S.L.). Como consecuencia, deberá mantener los contratos de trabajo de los trabajadores de A S.L., así como respetar la antigüedad, la retribución y los derechos adquiridos por dichos trabajadores. Siempre y cuando no se hubieran extinguido las relaciones laborales con anterioridad a la fusión por cualquiera de las causas admitidas en derecho.

Asimismo, en relación con los convenios, se deberá respetar el convenio colectivo de los trabajadores de A S.L. durante toda su vigencia. No obstante, se podrá alcanzar un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores de la sociedad absorbida para unificar las condiciones laborales de todos los trabajadores de la empresa.

En segundo lugar, la fusión también afecta a las concesiones administrativas de las empresas participantes, así como a las licitaciones en las que estuvieran presentes. En este sentido, en aplicación de la LCSP (art. 98.1) se mantendrá la vigencia de las concesiones administrativas, puesto que G S.L. quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de las mismas, siempre que se reúnan las condiciones de solvencia necesarias para poder ejecutar la concesión.

Por lo que se refiere a las licitaciones, siempre y cuando se reúnan las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar con la Administración Pública y se acredite la solvencia exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación, la empresa absorbente sucederá a la empresa licitadora en su posición en el procedimiento.

En tercer lugar, en relación con los aspectos de carácter patrimonial, la sociedad absorbente adquirirá por sucesión universal el patrimonio de la sociedad absorbida. Por consiguiente, tanto los contratos como los derechos y obligaciones correspondientes a A S.L. se transmitirán a G S.L. que se subrogará en la posición que correspondiese a la sociedad absorbida. No obstante, los acreedores, siempre que concurren determinadas circunstancias, podrán ejercitar el derecho de oposición previsto en el artículo 44 LME con el fin de que se les garantice el pago de sus créditos.

Por otro lado, la fusión deberá ser aprobada por la junta general de socios de cada una de las sociedades, para ello, será necesario el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, ya que así lo dispone el artículo 199. b) LSC para el caso de sociedades de responsabilidad limitada.

Como consecuencia de la fusión, los socios de A S.L. se integrarán en la sociedad resultante de la fusión, cuyo capital social será repartido atendiendo al valor real del patrimonio transmitido en relación con el valor real de la sociedad resultante. Por consiguiente, a los socios de A S.L les corresponderá el 53.59% del capital social de la sociedad resultante, mientras que a los socios de G S.L les corresponderá el 46.41% del mismo.

Por último, a efectos fiscales, se podrá aplicar el régimen especial de reestructuraciones empresariales contemplado en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Impuesto de Sociedades, que permite realizar la fusión a coste fiscal cero, dado que, como se ha expuesto anteriormente, se dan los requisitos necesarios para su aplicación.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital*. Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2016.

ÁVILA DE LA TORRE, A.: “La fianza mercantil”, en AA VV, *Contratos mercantiles*, T. I (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 1474-1504.

CARRASCO PERERA, A.: “Fianza en garantía de deudas de sociedad fusionada o escindida”, en *Análisis GA&P*, mayo 2018, pp. 1-6; disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/Fianza-en-garantia-de-deudas-de-sociedad-fusionada-o-escindida.pdf> (consultado el 12 de junio de 2018).

CORTÉS, L.J.: “Los contratos bancarios (I)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. II (MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.), Ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 225-243.

CORTÉS, L.J.: “Los contratos bancarios (II)”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. II (MENÉNDEZ, A. Y ROJO, A., Dir.), Ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 245-261.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L.: “El contrato de “leasing” o arrendamiento financiero”, en AA VV, *Contratos Mercantiles*, T. I. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 1220-1275.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. e IGLESIAS PRADA, J.L.: “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en AA VV, *Lecciones de Derecho Mercantil*, T. I. (MENÉNDEZ, A. y ROJO, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 561-586.

GIL Y GIL, J. L. y DEL VALLE VILLAR, J.M.: “La tutela de los trabajadores en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en AA VV, *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, (ROJO, A., CAMPUZANO, A.B., CORTÉS, L.J. y PÉREZ TROYA, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 675-712.

GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S.: “La fusión”, en AA VV, *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., Dir.), Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 125-312.

MERCADER UGUINA, J.R.: “Comentario al artículo 44 ET”, en AA VV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, (CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Dir.), Ed. Lex Nova, Cizur Menor, 2016, p. 550-561.

MAGIDE HERRERO, M.: “Consideraciones-jurídico administrativas en relación con las fusiones y adquisiciones de empresas: sectores regulados y condicionantes generales”, en AA VV, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (SEBASTIÁN QUETGLAS, R., Dir.), Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, pp. 1077-1110.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: “¿Cuándo se produce una sucesión de empresas? Distintos orígenes y distintos alcances”, en AA VV, *La sucesión de empresa*, (MARTÍNEZ SALDAÑA, D., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 61-89.

MENÉNDEZ GARCÍA, G.: “El régimen tributario de la fusión y de la escisión” en AA VV, *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, (ROJO, A., CORTÉS, L.J., CAMPUZANO, A.B., PÉREZ TROYA, A., Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 971-1109.

MIRANDA TERCEÑO, J.C. y MÉNDEZ CORTEJANO, I.: “Las modificaciones estructurales”, en AA VV, *Guía de sociedades de capital 2017*, (CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., Dir.), Ed. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2017, p. 435-491.

MONGE GIL, A. L.: “Apertura de crédito ordinario de cuenta corriente”, en AA VV, *Contratos Mercantiles*, T.I (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 1198-1219.

PÉREZ ROYO, I.: “El Impuesto sobre Sociedades (II). Los Regímenes Especiales.”, en AA VV. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, (PÉREZ ROYO, F., Dir.) Ed. Tecnos, Madrid, 2017, pp. 499-538.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “Los contratos bancarios (II)”, en AA VV, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II (SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., Dir.), Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 433-465.

SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 (BIB 2014/90), pp. 1-12.

VIVES RUIZ, F.: “La fusión de sociedades”, en AA VV, *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, (SEBASTIÁN QUETGLAS, R., Dir.), Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, pp. 721-749.

## 9. LEGISLACIÓN CITADA

- **Normativa de la Unión Europea**

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*, DOUE L de 22.3.2001, p. 16.

Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro*, DOUE L de 25.11.2009, p. 34.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 *relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, DOUE L 94 de 28.3.2014, p.1

- **Normativa de España**

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, *del Impuesto de Sociedades*, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

Ley 3/2009, de 3 de abril, *sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

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*, BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*, BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

## **10. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

- **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA c. Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais*, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718.

- **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 50/2011, de 14 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:50

- **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS de 30 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7450]  
STS de 22 de junio de 1993 [RJ 1993\4775]  
STS de 24 de julio de 1995 [RJ 1995\6331]  
STS de 15 de diciembre de 2004 [RJ 2005\1595]  
STS 13 de noviembre de 2013 [RJ 2014\500]  
STS de 12 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8688]  
STS de 20 de enero de 1997 [RJ 1997\618]  
STS 22 de marzo de 2002 [RJ 2002\5994]  
STS de 28 de enero de 2002 [RJ 2003\614]  
STS de 8 de febrero de 2007 [RJ 2007\560]  
STS de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\4578]  
STS de 30 de mayo de 2016 RJ [2016\2649]

- **Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 2004 [AS 2004\3362]

- **Sentencias de la Audiencia Nacional**

SAN de 16 de febrero de 2011 [JUR 2011\77310]  
SAN de 22 de septiembre de 2011 [JUR 2011\362420]

- **Sentencias de las Audiencias Provinciales**

SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2016 [JUR 2017\56529]  
SAP de Madrid de 5 de octubre de 2016 [JUR 2016\250709]

