

LA FUSIÓN Y ESCISIÓN SIMULTÁNEA DE EMPRESAS: SUPUESTOS Y PLANTEAMIENTOS PRÁCTICOS



María Antonia Pérez.

Departamento Mercantil de Araoz & Rueda

SUMARIO

1. Introducción y régimen aplicable
2. Motivos a los que obedece la fusión y escisión simultánea de entidades mercantiles
3. Supuesto de hecho
 - a) El proyecto común de fusión y escisión
 - b) Acuerdos sociales de fusión y escisión
 - c) Reparto de participaciones tras las modificaciones estructurales: viabilidad en los ámbitos mercantil y fiscal

En el ámbito mercantil, la Ley 3/2009 de 4 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME) recoge el marco jurídico de las modificaciones estructurales en todas sus formas (ya sea escisión, fusión, segregación o cesión global de activo y pasivo).

No obstante, la LME no prevé un régimen específico para aquellas modificaciones estructurales que tienen lugar de forma simultánea y conjunta. Ello no implica, ni mucho menos, que no puedan llevarse a cabo, sino que debe prestarse especial atención a los requisitos y formalidades previstos en la LME para todas las modificaciones estructurales que se pretenden acometer.

Ahora bien, ¿cuáles son los motivos que pueden llevar a un grupo de empresas a realizar no una, sino varias modificaciones estructurales al mismo tiempo? ¿Los acuerdos sociales han de tomarse de una manera determinada? ¿En qué grado afecta la simultaneidad a los balances de fusión y/o escisión? ¿Pueden ostentar los socios un porcentaje de capital social diferente tras la concurrencia de dichas transformaciones?

Nos centraremos en los aspectos sustantivos, a enunciar que, para la sustanciación de los procesos contenciosos de modificación de medidas definitivas, a tenor del 775.2 LEC, se seguirán los trámites del juicio verbal, con sujeción a lo establecido en los arts. 748 a 755 y a las reglas 1ª a 6ª del art. 770 de la LEC.

INTRODUCCIÓN Y RÉGIMEN APLICABLE

Partiendo de un supuesto de hecho ilustrativo y dejando a un lado cuestiones procedimentales como la publicación del anuncio, el depósito del proyecto, la oposición de acreedores y la correspondiente escritura pública, las siguientes líneas pretenden responder a las cuestiones anteriores desde un punto de vista práctico, comenzando por los principales motivos aducidos por las entidades para llevar a cabo varias modificaciones estructurales con carácter simultáneo, siguiendo con las particularidades legales de cada modificación estructural pretendida, su potencial impacto fiscal y principales conclusiones.

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. (Marginal : 89882). Arts.: 34, 36, 49,
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. (Marginal : 6923949). Arts: 76.2, 96.2

“Es recomendable que los órganos sociales de las sociedades intervinientes aprueben la fusión y la escisión mediante acuerdos separados dentro del mismo Acta”

“La finalidad del régimen especial reside en el hecho de que la fiscalidad no suponga un freno ni estímulo para las empresas en toma de decisiones sobre operaciones de reorganización, sino que juegue un papel neutral”

RESOLUCIONES

www.casosreales.es

- Consulta de la Dirección General de Tributos V2071-14 de 30 de julio de 2017. (Marginal: 70705833)



MOTIVOS A LOS QUE OBEDECE LA FUSIÓN Y ESCISIÓN SIMULTÁNEA DE ENTIDADES MERCANTILES

De conformidad con los supuestos que han tenido lugar en la práctica, puede concluirse que los principales motivos invocados por las sociedades que optan por una reestructuración mercantil de estas características son, entre otros, la racionalización y simplificación de la estructura societaria relativa a una o varias ramas de negocio o la reorganización de la proporción accionarial o dotar de mayor eficiencia y conseguir una gestión más eficaz y armónica de la actividad empresarial.

Asimismo, la posibilidad de llevar a cabo los anteriores supuestos bajo el marco de protección del régimen fiscal especial previsto en el capítulo VIII del título VII de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (LIS), se constituye como factor relevante a la hora de decantarse por este tipo de operaciones de reestructuración mercantil.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que, si la causa que motiva la realización de modificaciones estructurales simultáneas es meramente fiscal, es decir, únicamente se pretende la aplicación de una ventaja fiscal sin tener en cuenta cualquier otra razón mercantil, no podrá aplicarse el régimen especial mencionado, ya que las modificaciones estructurales pretendidas no responderían a un motivo económico válido (artículo 96.2 LIS).

Así pues, de conformidad con la Dirección General de Tributos (DGT V2071-14 de 30 de julio de 2017), la finalidad del régimen especial reside en el hecho de que la fiscalidad no suponga un freno ni estímulo para las empresas en toma

de decisiones sobre operaciones de reorganización, sino que juegue un papel neutral. Es decir, no puede constituirse como eje principal de la transformación mercantil, sino que debe justificarse que su papel es meramente accesorio.

En conclusión, cualquier transformación mercantil que pretenda acogerse al régimen especial, debe obedecer a motivos económicos y/o mercantiles similares a los enumerados al comienzo del presente apartado, no pudiendo aludir de forma exclusiva a fundamentos fiscales.

SUPUESTO DE HECHO

X es una sociedad de responsabilidad limitada que se dedica fundamentalmente a la actividad textil y, adicionalmente, gestiona activos inmobiliarios. W, Z, F y V son sociedades íntegramente participadas por X que desarrollan su misma actividad. El capital social de la sociedad X se encuentra participado mayoritariamente por cuatro personas físicas que poseen cada una, una proporción equivalente al 25% del capital social de X.

Los órganos sociales de X han decidido que, con el principal objetivo de racionalizar y simplificar la organización de la estructura empresarial y optimizar la gestión y funcionamiento del grupo societario, lo más conveniente para sus intereses es que X se fusione y absorba a sus sociedades filiales y, posteriormente, se escinda totalmente en dos entidades diferenciadas de nueva creación: (A) textil y (B)inmobiliaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a analizar cada uno de los documentos que deberán ser elaborados en el marco de las modificaciones estructurales pretendidas, así como la situación accionarial posterior a la escisión total de X.

“En el caso de la fusión y escisión simultánea, deberá elaborarse un único informe de administradores que englobe, como en el caso del proyecto, la fusión y la simultánea escisión, incluyendo los datos enumerados en el apartado anterior para el proyecto”



El proyecto común de fusión y escisión

De conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la LME y, al no existir imperativo legal que indique lo contrario, los administradores de todas las sociedades participantes en las modificaciones estructurales deberán redactar un proyecto común que englobará tanto (i) la fusión de X, como sociedad absorbente y W, Z, F y V como sociedades absorbidas, como (ii) la escisión total de X en (A)textil y (B)inmobiliaria.

Fase I: Fusión de X, como sociedad absorbente y W, Z, F y V como sociedades absorbidas.

En esta fase, como en cualquier fusión aislada, el proyecto deberá incluir los datos mercantiles de todas las sociedades involucradas en el proceso de fusión, incorporar los balances de fusión aprobados (precisando si, de conformidad con lo previsto en el artículo 36 de la LME, éstos deben ser auditados o no), incluir la fecha de retroacción de los efectos contables de la fusión, la eventual modificación de los órganos sociales, el potencial impacto sobre el empleo, así como determinar el tipo de canje, de ser legalmente necesario.

De resultar de aplicación, deberá incluirse mención a la concurrencia de los supuestos de exoneración enumerados en el artículo 49 LME y fundamentarse correctamente la aplicación de cada uno de los puntos de dicho artículo.

En consecuencia, mediante la fusión, X sucederá universalmente a W, Z, F y V en todos sus derechos y obligaciones, quedando transmitidos en bloque a X todos los elementos incorporados en los balances de fusión de cada una de las sociedades implicadas, por lo que deberá proporcionarse detalle de los

activos y pasivos que cada sociedad transfiera a la absorbente.

Asimismo, sobre la base del supuesto de hecho planteado y dado que X es titular de la totalidad de las participaciones de las sociedades absorbidas, la fusión por absorción no traerá consigo un aumento directo de capital en X, pudiendo realizarse el traspaso de los activos y pasivos con cargo a reservas. En caso contrario, deberá aumentarse el capital de X en la proporción correspondiente.

Fase II: Escisión total de X, como sociedad escindida en (A)textil y (B)inmobiliaria, como sociedades beneficiarias.

En la segunda fase, además de relacionarse los activos y pasivos que se aportarán a cada una de las sociedades beneficiarias, deberá replicarse lo previsto en el apartado anterior para la fusión, es decir, incluirse de nuevo los datos de la sociedad escindida, así como los de las sociedades beneficiarias, incorporar los balances de escisión aprobados (en el caso de X, el balance de escisión coincidirá con el balance tras la fusión, por lo que, deberá incluir los asientos debidamente contabilizados), la fecha de retroacción de los efectos contables de la escisión, el impacto sobre el empleo, afectación de los órganos sociales y el tipo de canje, de ser éste requerido.

Como consecuencia de la escisión total de X, (A)textil y (B)inmobiliaria se subrogarán en todos los derechos y obligaciones respecto de la parte del patrimonio universal de la sociedad escindida que reciban. En consecuencia, y dado que, tras la escisión, X dejará de existir, el balance de (A)textil y (B)inmobiliaria deberá ser correlativo a la proporción de activos y pasivos que, desde la sociedad escindida, se aportan a cada una de ellas.

Acuerdos sociales de fusión y escisión

Órgano de administración e informe de administradores

El papel del órgano de administración en el marco de las modificaciones estructurales se encuentra fundamentalmente relacionado con la redacción del informe de administradores en aquellos casos en los que éste sea legalmente exigible (es decir, todos aquellos no amparados por el régimen previsto en el artículo 49 LME).

En el caso de la fusión y escisión simultánea, deberá elaborarse un único informe de administradores que englobe, como en el caso del proyecto, la fusión y la simultánea escisión, incluyendo los datos enumerados en el apartado anterior para el proyecto.

El informe de los administradores y el proyecto se sujetarán a la aprobación del órgano de administración, conjuntamente con el proyecto de fusión, y ambos se incluirán como anexos al acta del consejo aprobando las operaciones de modificación estructural.

Informe de experto independiente

En el caso de ser necesario y, de conformidad con el artículo 34 LME, los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan o escinden deberán solicitar del registrador mercantil correspondiente al domicilio social el nombramiento de uno o varios expertos independientes y distintos, para que, por separado, emitan informe sobre el proyecto.

No obstante, en el supuesto de hecho descrito no resulta necesario recabar informe de administradores al (i) tra-

tarse de sociedades de responsabilidad limitada y (ii) encontrarse exoneradas de dicha obligación al concurrir los requisitos enunciados en el artículo 49 LME.

Junta General

A pesar de no regularse expresamente, resulta recomendable que los órganos sociales de las sociedades intervinientes aprueben la fusión y la escisión mediante acuerdos separados dentro del mismo Acta.

La Junta General deberá tomar su decisión sobre la base del proyecto y del informe de administradores y de expertos independientes, en el caso de ser necesarios. Estos documentos deberán constar como anexo al acta de la junta general aprobando las modificaciones estructurales.

En el supuesto de que se trate de sociedades íntegramente participadas, como en el caso planteado, los acuerdos únicamente deberán ser adoptados por la junta general de la sociedad absorbente y escindida, ya que, de conformidad con lo previsto en el artículo 49.4 LME, la

operación de fusión podrá realizarse sin necesidad de aprobación por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas cuanto la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones en las que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas.

Reparto de participaciones tras las modificaciones estructurales: viabilidad en los ámbitos mercantil y fiscal

Este punto reviste especial importancia ya que, la manera en la que se efectúe el reparto de acciones/participaciones de los accionistas/socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias, podrá afectar a la efectiva aplicación del régimen especial recogido en el artículo 96.2 LIS.

Desde un punto de vista meramente mercantil, el reparto de acciones/participaciones tras la escisión total de una sociedad puede efectuarse de la manera que se considere más conveniente para los intereses de los accionistas/socios, siendo, como ya adelantábamos al comienzo del presente artículo, uno de

los motivos que llevan a los grupos de sociedades a embarcarse en este tipo de modificaciones estructurales. No obstante, desde la órbita fiscal, no se alcanza la misma conclusión en todos los supuestos.

En este sentido, de conformidad con lo previsto en el artículo 76.2 LIS, en los supuestos de escisión en los que existan dos o más sociedades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad escindida de una proporción distinta a la que tenían en ésta, únicamente podrá realizarse si los patrimonios adquiridos por las beneficiarias constituyen ramas de actividad, tanto en sede de la adquirente como en sede de la transmitente.

A los efectos de lo previsto en el artículo 76.4 LIS, se considera como rama de actividad aquel conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

Por tanto, a la vista de las previsiones legales anteriores, únicamente

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- DAVID SIURANETA PÉREZ. *Operaciones societarias más frecuentes en la S.A. y en la S.L.* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L
- JORGE PINTÓ SALA, FRANCESC TORRELLA CABELL. *Worker contratación civil mercantil* Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- RAFAEL LLORENS LLOBET. *La escisión de Sociedades Mercantiles.* Mayo 2007. *Economist&Jurist* N° 110 (www.economistjurist.es)
- PAISAN, PABLO. *Nueva regulación de las Sociedades Mercantiles.* Julio/agosto 2009. *Economist&Jurist* N° 132 (www.economistjurist.es)

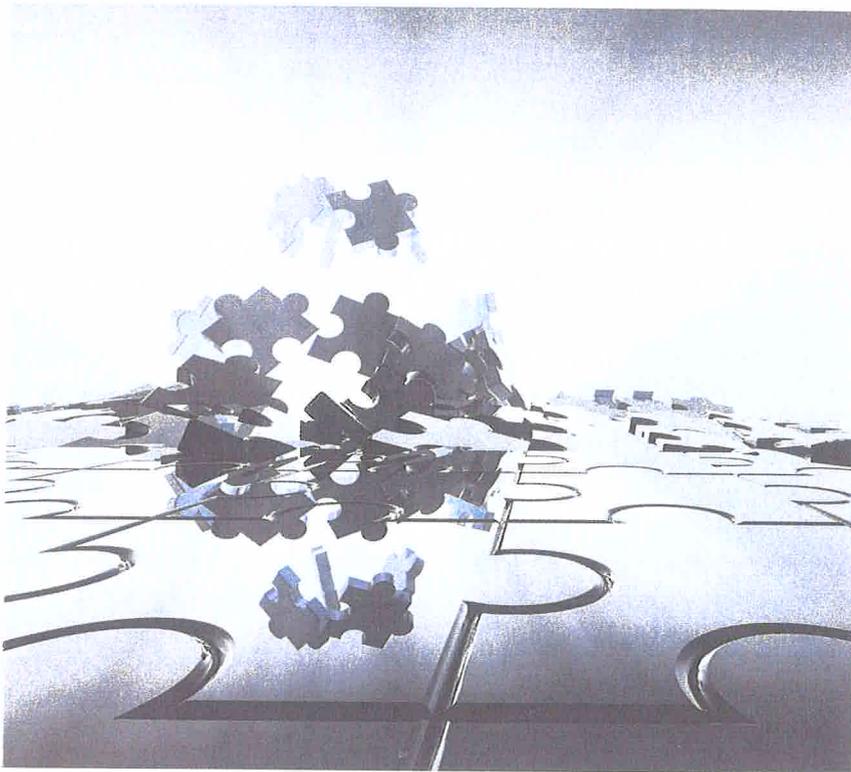
podrán acogerse al régimen fiscal especial aquellas operaciones de escisión en las que el patrimonio escindido se constituya como una unidad económica diferenciada para cada conjunto patrimonial.

Ello encuentra respaldo en la LME por cuanto el artículo 76 establece que será necesario recabar el consentimiento de los socios afectados en los casos de escisión total o parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias,

siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, dejando por tanto la puerta abierta a la posibilidad de que el reparto de participaciones o acciones se realice de forma asimétrica en las sociedades beneficiarias.

Trasladando dichas precisiones legales al supuesto de hecho planteado, teóricamente y dado que el motivo de la reorganización del grupo es la división de ramas de actividad, textil e inmobiliaria, mientras sea recabado el consentimiento de los socios afectados, tanto en (A) textil como en (B) inmobiliaria, la participación de los socios de X podrá repartirse de forma desigual.

Sin embargo, en el caso de que no se trate de auténticas ramas de actividad, para que la fusión y posterior escisión simultánea puedan acogerse al régimen fiscal especial, deberá respetarse la proporcionalidad de la participación de cada uno de los socios de la sociedad absorbente y escindida. ■



CONCLUSIONES

- Tal y como ha quedado reflejado, la fusión y escisión simultánea de sociedades no reviste mayor complejidad dentro del marco mercantil, ya que no existe norma que limite el contenido de las previsiones recogidas en la LME para la fusión y escisión común. Los documentos necesarios para llevar a cabo ambas transformaciones deberán reunir los requisitos enunciados para cada una de ellas en la LME, es decir, tratarlas como operaciones individuales pero indivisibles a efectos mercantiles. Asimismo, es legalmente posible alcanzar el objetivo de reorganización de la proporción accionarial mediante este tipo de modificaciones estructurales
- No obstante, el verdadero impacto que puede tener la fusión y escisión simultánea es de carácter fiscal, no el hecho de la simultaneidad o concurrencia de las operaciones
- En el supuesto de una escisión donde no existan verdaderas ramas de actividad y en la que se pretenda una distribución accionarial asimétrica en las sociedades beneficiarias, dicha operación no podría, en principio, acogerse al régimen de neutralidad fiscal
- En conclusión, cualquier entidad o grupo de entidades que desee llevar a cabo una fusión y escisión simultánea con el objetivo de reorganizar la proporción accionarial, deberá plantear una estructura mercantil que le permita acogerse al régimen fiscal especial y así evitar consecuencias no deseables una vez perfeccionadas las modificaciones estructurales