

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador. Economista. Catedrático
por la Universitat de Catalunya

EL DERECHO CONTABLE DE FUSIONES Y ESCISIONES

(2.^a edición ajustada al nuevo
Plan General de Contabilidad)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	7
A MODO DE PRÓLOGO	9

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO CONTABLE DE FUSIONES Y LA CATEGORÍA CONTABLE DE LAS «COMBINACIONES DE NEGOCIOS»

1. EL CONTENIDO DEL DERECHO CONTABLE DE FUSIONES.....	13
2. LA CALIFICACIÓN CONTABLE DE LA FUSIÓN O ESCISIÓN. LAS «COMBINACIONES DE NEGOCIOS»	15
A. La categoría contable de las «combinaciones de negocios»	15
B. Una cuestión previa. La existencia de diversos métodos alternati- vos para contabilizar la fusión o escisión.....	23
C. Armonización contable internacional en el área de las «combina- ciones de negocios». La NIIF 3 del IASB.....	29
D. Nuestro Derecho societario y contable de fusiones.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO

LA EFICACIA CONTABLE DE LA FUSIÓN O ESCISIÓN. LA DENOMINADA «RETROACTIVIDAD CONTABLE»

1. LAS DISTINTAS FECHAS DE EFICACIA DE LA FUSIÓN.....	45
2. LA «FECHA DE EFICACIA CONTABLE» DE LA FUSIÓN EN DE- RECHO POSITIVO EUROPEO Y ESPAÑOL	48

	Pág.
3. EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CLÁUSULA DE RETROACTIVIDAD CONTABLE. EL PACTO DE RETROACTIVIDAD CONTABLE	50
4. EFICACIA JURÍDICA Y EFICACIA CONTABLE. EL PROBLEMA DE LOS «RIESGOS DE FUSIÓN»	55
5. EL RIESGO DE FUSIÓN Y LAS PÉRDIDAS SOBREVENIDAS	58
6. EN CONCLUSIÓN SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA FECHA DE EFECTIVIDAD CONTABLE	61

CAPÍTULO TERCERO

LA INFORMACIÓN CONTABLE EN LA FASE PREPARATORIA DE LA FUSION

1. LA FUNCIÓN INFORMATIVA DE LA CONTABILIDAD. CONTABILIDAD Y RELACIÓN DE CANJE.....	63
2. EL MALHADADO «BALANCE DE FUSIÓN» (ART. 239 LSA).....	69
A. La información contable previa en Derecho español	69
B. El «balance de fusión» en Derecho europeo	72
C. La naturaleza y función del «balance de fusión»	74
D. El contenido material y formal del «balance de fusión».....	78
E. La sorprendente aprobación y verificación del balance de fusión...	85
F. Un apunte sobre la impugnación del balance de fusión (art. 239.3 LSA).....	86
3. LA CARENCIA INFORMATIVA SOBRE EL MÉTODO DE CONTABILIZAR LA FUSIÓN (ESCISIÓN) EN LA FASE PREPARATORIA DE LA MISMA. LA OPORTUNIDAD DE LA REFORMA LEGAL PARA LA INCLUSIÓN DE UNA NUEVA MENCIÓN PRECEPTIVA EN EL PROYECTO DE FUSIÓN	92

CAPÍTULO CUARTO

EL CIERRE CONTABLE EN LA EXTINGUIDA E IMPUTACIÓN DE RESULTADOS EN LA ABSORBENTE/BENEFICIARIA O RESULTANTE

1. EL CIERRE CONTABLE DE LAS ENTIDADES EXTINGUIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN O ESCISIÓN.....	97
2. LA IMPUTACIÓN (A LA ABSORBENTE/BENEFICIARIA/NUEVA SOCIEDAD) DE LOS RESULTADOS PRODUCIDOS EN LA FASE DE PENDENCIA DE LA FUSIÓN. ART. 235.C) <i>IN FINE</i> LSA	103

CAPÍTULO QUINTO

**EL REGISTRO CONTABLE DE LA FUSIÓN
EN LA ABSORBENTE/BENEFICIARIA O RESULTANTE
(PRIMERA PARTE)**

1.	LAS OPERACIONES DE REGISTRO CONTABLE DE LA FUSIÓN EN LA ABSORBENTE/BENEFICIARIA. INTRODUCCIÓN	111
	A. El registro contable del traspaso patrimonial. Los «ajustes contables»	111
	B. Información contable sobre la fusión o escisión en las primeras cuentas anuales posteriores a la misma	119
2.	CRITERIOS CONTABLES PARA VALORAR EL TRASPASO PATRIMONIAL. UN ESBOZO DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES COMPARADO.....	123
3.	EL PROBLEMA DE LA SELECCIÓN DEL CRITERIO PARA CONTABILIZAR LA FUSION EN NUESTRO DERECHO CONTABLE	134
	A. La práctica contable tradicional	134
	B. El Derecho contable anterior a la Reforma Contable de 2007	140
	C. Derecho contable de fusiones tras la Reforma	145

CAPÍTULO SEXTO

**LA REESTRUCTURACIÓN DEL NETO PATRIMONIAL
EN FUSIONES Y ESCISIONES. CAPITAL, PRIMAS
Y DEMÁS AJUSTES DE FUSIÓN (ESCISIÓN)**

1.	LA DETERMINACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL « <i>POST</i> FUSIÓN (ESCISIÓN)»	161
	A. Introducción.....	161
	B. Cuestión previa. El inexistente deber de «reconstitución» de la estructura de capital (de la «transmitente/s») en las fusiones y escisiones	162
	C. El respeto del requisito de la eventual integración de socios como condición del ajuste en el neto patrimonial. Innecesariedad del aumento de capital en las «fusiones simplificadas» (nuevo art. 250 LSA)	169
	D. Operaciones de fusión o escisión entre entidades participantes previamente vinculadas. La prohibición de canje de acciones propias ...	174
	a) Absorbente tenedora de acciones propias	175
	b) Absorbente tenedora de acciones de la absorbida	177
	c) Absorbida tenedora de acciones de la absorbente.....	179
	d) Absorbida tenedora de acciones propias	180
	e) Absorbente y absorbida participadas recíprocamente	181

	Pág.
<i>f)</i> La aplicación del art. 249 LSA en otras modificaciones estructurales distintas de la fusión	182
<i>g)</i> Otras inversiones en sociedades vinculadas: la titularidad de valores negociables	184
E. La fijación del capital social y la protección de la integridad del mismo en el marco de la fusión o escisión.....	186
F. El margen residual de libre reestructuración del capital social en sede de fusiones y escisiones	191
2. LAS DIFERENCIAS DE FUSIÓN (ESCISIÓN): LA PRIMA Y LAS PLUSVALÍAS Y MINUSVALÍAS DE FUSIÓN (ESCISIÓN).....	201
A. Concepto de prima de fusión/escisión. Su atipicidad en Derecho español.....	201
B. La naturaleza y el estatuto contable de la reserva por prima de fusión o escisión	206
C. Otra vez sobre el requisito de la defensa de la integridad del capital en el marco de los procesos de fusión y de escisión. La paradoja de la «prima negativa» de fusión/escisión	212
D. Las «otras diferencias»: las «plusvalías» y «minusvalías» de fusión y de escisión	219
<i>a)</i> Concepto de las «plusvalías» y «minusvalías» de fusión. Su diferente origen según el método de contabilización.....	219
<i>b)</i> El tratamiento de estas diferencias de fusión (escisión) en Derecho comparado y en los estándares contables internacionales.....	225
<i>c)</i> Tratamiento contable propuesto de las diferencias de fusión y escisión en Derecho español	228
ANEXOS	231
Anexo I. Extractos relevantes del Plan Contable. Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad	231
Anexo II. Borrador de Normas de Contabilidad aplicables a las Fusiones y Escisiones de Sociedades.....	251
Anexo III. Norma Internacional de Información Financiera núm. 3 (NIIF 3)	264
Anexo IV. Circular núm. 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España	280

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Tras un larguísimo proceso de elaboración y a las puertas de su próxima entrada en vigor e inmediata aplicación, la reforma contable ha visto por fin la luz a través de dos textos normativos fundamentales y otro más, de importancia anecdótica. Me refiero, como es notorio, a la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea y a sendos Planes contables: el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007. Este último no merece mayor atención; posiblemente prescindible como instrumento de normalización contable simplificada, no trata del tema que nos ocupa en este libro y para bien poco sirve sino para complicar innecesariamente nuestro panorama contable. Panorama contable muy complejo, que conoce de hasta tres sistemas distintos que coexisten en nuestro territorio: el de las NIIF propiamente dichas, aplicables en su integridad a las cuentas consolidadas de grupos cotizados; el «sistema contable nacional general» recogido en el Plan, inspirado en las NIIF pero no enteramente ajustado a las mismas y, por fin, el sistema contable «simplificado» de las pequeñas y microempresas recogido en «su» Plan y que a su vez se inspira en los anteriores. Resta por ver si todo ello redundará en beneficio de todos y en particular favorece la comparabilidad de la información.

La Ley, por lo demás, en tema estrictamente contable—una parte gruesa de la regulación se destina a la materia fiscal— es ciertamente parca: el anclaje del sistema contable español en el Código de Comercio queda reducido a su esqueleto. Apenas algo más que el marco conceptual y la descripción de los grandes principios contables (amén de las reglas bási-

cas de formulación de las cuentas consolidadas) tienen cabida en la Ley y en los artículos destinados a reformar nuestro venerable Código. Más aún, podría haberse aprovechado la ocasión (como se hace en materia de aplicación de resultados, autocartera, reducción de capital y liquidación de sociedades) para que las normas sustantivas alojadas en la LSA en materia de fusiones y escisiones hubiesen quedado ajustadas a las nuevas reglas contables. Nos hubiera gustado, por ejemplo, que desapareciera de la Ley mercantil el canon del «valor real» en la fijación del canje de fusión por el del «valor razonable»; que la pésima regulación sustantiva del balance de fusión hubiese sido severamente corregida; que el contenido del proyecto de fusión fuese más informativo del sistema contable aplicable a la operación; que, en fin, la propia categoría contable de las «combinaciones de negocios» tuviera algún respaldo en la Ley...

La cosa es que nuestro Derecho contable de fusiones se asienta casi exclusivamente en normas reglamentarias: las contenidas en el Plan General. De hecho, la misma categoría de «combinaciones de negocios» queda descrita en una Norma de Valoración de la II Parte del Plan General de Contabilidad y los diferentes sistemas o «métodos» de contabilización se describen muy someramente, por cierto, en dos de las Normas de Valoración según las operaciones merezcan o no aquella consideración. Así las cosas, hubiera sido preferible haber hecho como el redactor francés del Plan General de Contabilidad del país vecino, que destina todo un anexo del Plan francés al tratamiento ordenado de las normas de fusiones, escisiones y operaciones análogas. De hecho, la anterior Lex artis de prácticos y auditores seguía las orientaciones del famoso Borrador de Normas Contables de Fusiones y Escisiones, uno de cuyos méritos más evidentes era el de su elocuente simplicidad y la pedagógica exposición de la materia objeto de su regulación.

De cualquier manera, promulgada la reforma, se hacía imprescindible revisar lo escrito en la primera edición del libro al objeto de actualizarlo. Desde aquí aprovecho la ocasión para agradecer a los lectores, los antiguos y los nuevos, todas las sugerencias que quieran hacerme llegar para corregir los errores previsibles que pueda contener el trabajo.

Barcelona, 8 de enero de 2008

lfernandez@registradores.org

A MODO DE PRÓLOGO

En el proyecto de Ley que el gobierno ha remitido a las Cortes, de Reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, se contiene una muy interesante Exposición de Motivos en donde podemos leer que *«(…/…) se ha ido configurando un auténtico Derecho contable en España, incardinado en el Derecho mercantil, y caracterizado por la existencia de unos principios generales reconocidos en dichas normas legales, que a su vez han dotado a este Derecho de una sustantividad propia»*.

Así las cosas, lo cierto es que con independencia de la (presunta) autonomía del Derecho contable en relación con el Derecho mercantil, nuestra doctrina mercantilista no se ha prodigado en el análisis científico de estas materias (las de la denominada «Contabilidad material»). No abundan precisamente las monografías sobre Derecho contable y los docentes suelen huir de su exposición académica como siempre ocurre con todas esas cuestiones que quedan en lo que sería «tierra de nadie» si hubiere quienes, economistas o juristas, se las disputasen.

Mucho de osadía debe parecer al lector que quien escribe estas líneas vaya incluso más lejos y pretenda algo así como la construcción de un supuesto y hasta ahora inédito Derecho contable de fusiones. Sin embargo, aunque es el lector quien debe juzgarlo, déjese al menos expresar mi opinión de que merece la pena el esfuerzo de agrupar, bajo un cómodo epígrafe, y sin mayores pretensiones de sistematización o de construcción de otra rama autónoma más del Derecho, una serie de temas muy deficientemente tratados entre nosotros y que son relativos a la comprensión jurídica de la contabilización de las operaciones no sólo de fusión sino también de la escisión de sociedades (y demás asimilables a ellas).

Nuestro Derecho material de fusiones y escisiones contiene pocas normas con relevancia contable y, en mi modesta opinión, en general, muy poco afortunadas. Parece dársenos a entender que la contabilidad es determinante a la hora de la fijación de la relación de canje y todo se centra en torno a esa lamentable pieza informativa que es el «balance de fusión» y la llamada «retroactividad contable». Por otra parte, se ignora absolutamente todo lo que atañe a la problemática referida a los distintos métodos de contabilización de esa emergente categoría internacional que son las «combinaciones de empresas». En este punto, otra vez más, nuestro Derecho mercantil de fusiones ha quedado radicalmente obsoleto, muy necesitado de una «lectura» a la luz de la armonización contable internacional en la que estamos inmersos, nos guste o no.

Lo primero debe ser tratar de encajar las operaciones típicas de «modificación estructural» que son las fusiones y escisiones dentro de la categoría, jurídico-contable, de las «combinaciones de negocios» o «combinaciones de empresas». Ni toda fusión o escisión es calificable de tal, ni sólo las fusiones y las escisiones merecen dicho trato contable. El principio de prevalencia del fondo sobre la forma es un principio jurídico por más que nos lleve a primar la realidad económica subyacente sobre la vestidura jurídica que se adopta, y en aplicación de ese mismo principio se nos obliga a tratar contablemente de la misma forma operaciones muy heterogéneas. De hecho, lo más paradójico es que la mayoría de las operaciones de fusión o escisión que se inscriben en nuestros registros son del tipo de las «simplificadas» que desde la perspectiva contable son «impropias».

Supuesta esa calificación contable previa (la fusión o escisión pueden o no instrumentar un cambio de control), es necesario admitir la existencia de una «eficacia contable» específica de las correspondientes operaciones —distinta de la eficacia jurídica en sentido estricto— y que es lo que justifica un tratamiento relativamente autónomo de todas las cuestiones que se examinan en esta monografía. Como es lógico, debo reconocer que la selección de los temas tratados puede merecer críticas. Quizás hubiera debido estudiar con más detalle el tratamiento contable del fondo de comercio, por ejemplo, lo que constituye un tema central en la NIIF 3. No obstante, no se me podrá reprochar, creo, el detallado tratamiento de los ajustes patrimoniales en neto por la relevante trascendencia jurídico-mercantil que tales ajustes reportan: en capital social, en reservas, en autocartera, etc.

He primado el comparatismo por razones obvias. Falta en nuestra doctrina un bagaje doctrinal sólido que proporcione una base cómoda de discusión, como ocurre en Italia con los «*bilanci straordinari*», en Alemania a propósito de la difícil interpretación del § 24 de la *UmwBerG* o en Fran-

cia, en donde se acaba de promulgar una normativa completa sobre la cuestión que suministra referencia positiva segura para la construcción de un *Droit comptable des fusions*. Por lo demás, tampoco nuestros prácticos de la contabilidad han trabajado tanto tiempo como los británicos o norteamericanos en las técnicas específicas de contabilización de las «combinaciones». De cualquier modo, y a reservas de lo que nos pueda venir, he tratado siempre de dar una solución en Derecho español a los temas que he tratado. Me gustaría, como es obvio, que el legislador tuviera en consideración las sugerencias que me he atrevido a formular. Sería deseable que nuestro Derecho contable de fusiones encontrara algún suficiente anclaje normativo en el nuevo Derecho positivo de la reforma contable. Además de la imprescindible modificación de algunos preceptos de la LSA (los relativos al balance de fusión cuanto menos, la necesidad de incorporar una mención relativa al método de contabilización preferido en el proyecto de fusión), probablemente sea insuficiente una regulación alojada, por ejemplo, entre las normas de valoración del Nuevo Plan General de Contabilidad que se nos ha anunciado y cuya elaboración, por lo demás, aplaudo.