

# *Legal Status*

Junio 2022

1. M&A
2. Tax
3. Laboral
4. IP/Media

# Saneamiento por vicios ocultos en operaciones de M&A



**GERARD LLEBOT**

Asociado Senior

[glllebot@bartolomebriones.com](mailto:glllebot@bartolomebriones.com)

La Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia número 118/2020 de fecha 3 de junio de 2020, en la que analiza el saneamiento por vicios ocultos y la suficiencia de documentación entregada en el marco de una *Due Diligence* previa a la compraventa de una sociedad.

## Antecedentes

Mutua Universal Mugenat, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 10 ("**Mutua Universal**") promovió un proceso de venta de la totalidad de las participaciones de la sociedad Universal Prevención y Salud, Sociedad de Prevención, S.L.U. ("**Unipresalud**") a la mercantil IDCQ Prevención de Riesgos Laborales, S.L.U. ("**IDCQ**").

A tal efecto, se inició un proceso de *due diligence* a fin de obtener un conocimiento de la situación general de Unipresalud. Dicho proceso se inició con la solicitud de una serie de información a la parte vendedora en relación con la sociedad Unipresalud relativa a sus aspectos legales y financieros más relevantes. Tras la realización del proceso de

*due diligence*, IDCQ cursó nueva comunicación a Mutua Universal en la que se reiteraba su interés en la operación de compra, si bien, al haber adquirido un mayor conocimiento sobre la situación de Unipresalud, se matizaban ciertos aspectos, especialmente en relación con la valoración inicial de la sociedad.

El 30 de marzo de 2015, se firmó entre las partes el contrato de compraventa de participaciones sociales de Unipresalud (el "**SPA**"), el cual fue objeto de elevación a público en esa misma fecha. Para el cálculo del precio de la compraventa, se partió del valor de la sociedad (*enterprise value*), del que se detrajo la deuda neta total ajustada y otros ajustes acordados por las partes en reconocimiento de determinadas contingencias detectadas en el marco de la *due diligences*, de modo que, tras dichos ajustes, el precio quedó fijado en 14.038.182 Euros. En este sentido, tiene especial trascendencia a los efectos del Fallo de la sentencia que nos ocupa, que el SPA establecía que en ningún caso serían considerados vicios ocultos susceptibles de indemnización, todas aquellas contingencias o pasivos detectados por el comprador en el proceso de *due diligence*, las cuales eran conocidas y asumidas por el comprador, al haber sido debidamente valorados para la determinación del precio de la operación.

A partir de abril de 2016, IDCQ tuvo conocimiento de que desde el 31 de diciembre de 2011, Unipresalud había dejado de actualizar los multiplicadores correspondientes al complemento por experiencia de sus empleados, así como que

la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, mediante sentencia de 20 de enero de 2014 (que fue confirmada por sentencia posterior de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2015), había reconocido, en el seno de un conflicto colectivo planteado por los sindicatos del sector, la ultraactividad del referido convenio más allá de su fecha de expiración y la consiguiente subsistencia del deber de actualizar los multiplicadores del complemento por experiencia. Por este motivo, IDCQ demandó a Mutua Universal.

### **Alegaciones de las partes**

IDCQ afirmaba en la demanda que la contingencia relacionada con la actualización del multiplicador del complemento por experiencia se configura como un vicio oculto de la sociedad target objeto de compraventa del que en ningún momento se informó a la compradora y que tampoco fue reflejado en las cuentas anuales de Unipresalud. Según informe pericial económico presentado por la demandante, la repercusión económica de la referida contingencia ascendía a 11.081.884 Euros, por lo que el precio de la compraventa debía quedar reducido a 2.956.298 Euros.

Por su parte, Mutua Universal alegó que la demandante tuvo acceso a través de sus asesores legales y financieros a toda la información de Unipresalud que consideraron oportuna solicitar y que, a través de la misma, se podía identificar perfectamente el pretendido vicio oculto. Manifiesta, asimismo, que proporcionó sin límite alguno los datos y documentación solicitados por los asesores financieros,

laborales y fiscales de IDCQ, entre la que se encontraba el acuerdo de 2009 suscrito entre Unipresalud y sus trabajadores sobre la congelación de los incrementos salariales, incluido el complemento por experiencia del cual deriva la contingencia objeto de la *litis*. En definitiva, no solo no existía un vicio oculto preexistente a la venta, sino que, de haber existido, la compradora, a través de sus asesores legales y financieros, estaba en disposición de detectarlo mediante el empleo de una mínima diligencia.

El Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, estimó que la obligación de pago del complemento por experiencia constituía un vicio oculto a cuyo saneamiento resultaba obligada Mutua Universal, declarando en consecuencia que el precio de la compraventa pactado, esto es, 14.038.182 Euros, debía reducirse en la suma de 856.283 Euros.

### **Recurso de Apelación**

Ambas partes presentaron recurso de apelación contra la anterior sentencia y la Audiencia Provincial Barcelona estimó el recurso de apelación formulado por la vendedora y desestimó el de la demandante. Los razonamientos expuestos en la sentencia que nos ocupa y que justifican la inviabilidad de la acción de saneamiento por vicios ocultos promovida por IDCQ son los siguientes:

- (a) Bajo la premisa de que la redacción del acuerdo que en 2009 suscribieron Unipresalud y sus empleados (acuerdo del que eran plenamente conocedores los asesores de IDCQ) suscitaba alguna

incertidumbre acerca de los conceptos salariales concretos que quedarían sometidos a congelación, debe entenderse que no se presentaba razón alguna que impidiera a los asesores de la compradora (que habían identificado la congelación de conceptos salariales o beneficios sociales de un moderado impacto económico) asegurarse si, entre los complementos que no se habían actualizado, se incluía el discutido complemento por experiencia.

(b) La documentación entregada por Mutua Universal a IDCQ era suficiente y apta para verificar dicho extremo, de modo que, o los asesores no se percataron de la incorporación de tales documentos, o infravaloraron su contenido o alcance.

(c) La Audiencia Provincial considera asimismo como un extremo relevante el hecho de que, IDCQ, ya había adquirido con anterioridad a otras dos sociedades de prevención y que en el proceso de *due diligences* y de negociación del SPA, había contado con el asesoramiento de firmas de abogados y de asesoramiento financiero de primer nivel. Lo anterior, según el entender de la AP, se traduce en la consideración de IDCQ de experta o perito, en el sentido empleado por el artículo 1484 CC, cuyo apartado primero exceptúa del deber de saneamiento de los vicios ocultos al perito o experto que por razón de su oficio debía fácilmente conocerlos.

(d) Sentado lo anterior, concluye la AP que lo relevante a los efectos que se discuten es que la contingencia se detectó, o al menos pudo haberse detectado, ya que la compradora y sus asesores se encontraban indiscutiblemente en predisposición para identificarla, tanto por la documentación facilitada por la vendedora, como por la experiencia y cualificación profesional de los asesores, lo cual, consiguientemente, cierra la vía de la acción del saneamiento por vicios ocultos.

Junio 2022

# ¿Puede una filial ser establecimiento permanente de su casa matriz a efectos del impuesto sobre el valor añadido (IVA)?

STC de 7 de abril de 2022  
emitida por el Tribunal de  
Justicia de la UE – ASUNTO BERLÍN  
CHEMIE A. MENARINI SRL C-333/20



**ALEJANDRO PUYO**

Socio

[apuyo@bartolomebriones.com](mailto:apuyo@bartolomebriones.com)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el 7 de abril de 2020, dicta sentencia relativa al concepto de establecimiento permanente (EP), a través de filiales, para los efectos del IVA.

El caso se encuentra relacionado con una sociedad cuya sede social se encuentra en Alemania y que se dedica -entre otras cosas- a la comercialización de productos farmacéuticos en Rumanía.

Es importante mencionar, que la entidad alemana posee indirectamente el 95% de una sociedad rumana que forma parte del mismo grupo empresarial. La entidad participada se dedica, principalmente, al asesoramiento para la gestión de relaciones públicas y de la comunicación, asimismo se dedica a actividades secundarias de comercio al por mayor de productos farmacéuticos, de

asesoramiento para la gestión en materia de relaciones públicas, de comunicación y análisis de mercado.

Las dos entidades celebraron un contrato de prestación de servicios por medio del cual la sociedad participada (sociedad rumana) se obligó a prestar diversos servicios en favor de la sociedad alemana que incluyen promoción, mercadotecnia, publicidad y representación, así como apoyo en la venta de los productos farmacéuticos que comercializa la sociedad matriz.

Atendiendo a las operaciones celebradas en virtud del contrato, ambas sociedades consideraron que los servicios se localizaban en la sede la sociedad alemana (sociedad matriz) y, por tanto, las facturas que amparaban la prestación de servicios se emitieron sin el IVA correspondiente.

La Agencia Tributaria rumana concluyó 1º) que los servicios prestados se localizaban en sede de la sociedad participada (Rumanía) y 2º) que la entidad con sede social en Alemania tenía un establecimiento permanente en Rumanía, al disponer de diversos medios técnicos y humanos, que, si bien pertenecían a la sociedad rumana, eran aprovechados por la entidad alemana para prestar servicios y realizar entregas sujetas al IVA.

Al existir discrepancias de criterios, el Tribunal de instancia acudió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objetivo de dilucidar si una sociedad con domicilio en un Estado miembro dispone de un establecimiento permanente en otro estado

miembro por el solo hecho de que se tenga en este último una filial que pone a su disposición medios humanos y técnicos en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios.

### **Aspectos relevantes de la Sentencia del TJUE**

Para poder dirimir la controversia, el TJUE interpretó el contenido del artículo 44 de la Directiva de IVA y el artículo 11 del Reglamento de Ejecución 282/2011.

A grandes rasgos, -como regla general- se considerará que el lugar de prestación de servicios en favor de un sujeto pasivo será el lugar en el que tenga su sede de actividad económica.

Asimismo, como excepción a la norma, se establece que si los servicios se prestan en un establecimiento permanente del sujeto pasivo que esté localizado en un sitio distinto a aquel en el que tenga establecida su sede de actividad económica entonces se considerará que el lugar de realización de los servicios será el lugar donde esté situado ese establecimiento permanente.

Por otro lado, se afirmó que lo que caracteriza a un establecimiento permanente es que además de ubicarse en un lugar distinto de la sede de la actividad económica se deberá contar con un grado suficiente de permanencia y una estructura adecuada de medios humanos y técnicos. Por tanto, es claro que no podrá considerarse que existe un EP si no se tiene una estructura aparente que justifique la existencia de esos medios o

si la estructura es de carácter eventual o aislada.

En este sentido, el TJUE sostenía que, de conformidad con lo comentado, el hecho de que una sociedad matriz ubicada en un Estado miembro tenga una filial en otro estado miembro, no supone la existencia de un establecimiento permanente en este último, pues aunque no se obliga a que los elementos humanos y técnicos sean propios para considerar que se tiene un EP en otro país miembro sí que debe existir una disposición de esos elementos como si fuesen propios, en virtud de los contratos de servicios o arrendamiento por los que pongan a su disposición.

Por esas razones, el TJUE concluye que, en el caso sometido a su consideración, únicamente se podrá configurar un establecimiento permanente, si la sociedad con sede en Alemania dispuso de los medios materiales y humanos de su sociedad filial ubicada en Rumanía como si se tratasen de elementos propios, situación que debe ser comprobada mediante el análisis de las cláusulas de los contratos que vinculaban a ambas sociedades.

Por otro lado, el Tribunal de instancia acudió ante el TJUE para dilucidar si la incidencia directa de los servicios prestados por la participada (sociedad rumana) en el resultado de la actividad económica de la sociedad matriz (sociedad alemana) era un criterio para apreciar si existía un establecimiento permanente.

Referente a este punto, los integrantes del Tribunal establecieron que los servicios que la sociedad participada prestó a su matriz no suponían de forma alguna que existiera una participación directa en la enajenación de los productos farmacéuticos así tampoco que se adquirieran compromisos frente a terceros en nombre de su matriz.

Adicionalmente, se estableció que el personal proporcionado por la filial rumana y que ponía a disposición de su sociedad matriz, se trata del mismo personal que la sociedad participada utilizaba para prestar los servicios amparados en los contratos en favor de la sociedad alemana, por tanto, a criterio del TJUE los mismos medios humanos y materiales no pueden utilizarse de forma simultánea para prestar y recibir los mismos servicios.

Finalmente, dentro de la sentencia en análisis, el TJUE destacó una diferencia relevante en el caso que se trata de la diferencia existente en los servicios prestados por la sociedad participada (sociedad rumana) y su sociedad matriz respecto de los bienes que la sociedad alemana enajena en Rumanía.

El Tribunal destaca que las prestaciones de servicios y la entrega de bienes en las que se ven involucradas ambas sociedades son distintas y que incluso se encuentran sometidos a regímenes tributarios de distinta índole.

De acuerdo con lo anterior, se afirma que existe una prestación de servicios por parte de la sociedad participada en favor de la

sociedad matriz, pero de ninguna forma existe una posterior prestación de servicios o entrega de bienes con esos mismos medios a los clientes situados en Rumanía.

Por estas razones, se concluye que tampoco existe un establecimiento permanente, ya que esos servicios realizados en favor de la sociedad alemana no son usados para realizar su entrega o prestación de servicios a los clientes de Rumanía, sino que ésta última utiliza sus propios elementos materiales y humanos los cuales están situados en Alemania, para realizar su actividad.

### **Comentarios Finales**

Por tanto, del análisis a la sentencia emitida el 7 de abril de 2022, por el TJUE podemos extraer -a modo de conclusiones- los siguientes puntos:

- El TJUE señaló que se está en presencia de un establecimiento permanente cuando existe una estructura adecuada y un grado suficiente de medios humanos y técnicos, que le faculten recibir, disponer y utilizar cualesquiera servicios que se presten con el único objetivo de atender las necesidades propias del establecimiento.
- El TJUE estableció que los medios humanos y técnicos pueden pertenecer a una entidad filial siempre y cuando la sociedad matriz (perteneciente al mismo grupo) pueda disponer y utilizarlos como si se tratasen suyos.

- El TJUE concluye que no puede considerarse que existe un establecimiento permanente en otro Estado, por el hecho de que una entidad con domicilio en un Estado miembro tiene una sociedad filial ponga a su disposición elementos técnicos y humanos para la prestación exclusiva de diversos servicios.
- El TJUE considera que -contrario a los criterios sostenidos por la Agencia Tributaria rumana- pese a que los medios humanos y técnicos eran puestos a disposición de la sociedad alemana, tal situación no podía considerarse de ninguna forma que existiera un establecimiento permanente ya que los mismos medios eran los utilizados por la sociedad rumana para prestar los servicios en favor de su sociedad matriz.

Junio 2022



# ¿Es obligatorio el protocolo de acoso para todas las empresas? Sanciones que puede suponer no implementarlo



**BEATRIZ CORRAL**

Asociada

[bcorral@bartolomebriones.com](mailto:bcorral@bartolomebriones.com)

¿Es un requisito obligatorio contar con un mínimo de empleados para que la empresa implemente el Protocolo de acoso? No, todas las empresas, independientemente del tamaño de su plantilla, están obligadas a poner en marcha un Protocolo de acoso laboral que articule no solo medidas para prevenirlo, sino también el procedimiento a seguir en caso de existencia de acoso laboral.

En este sentido, a pesar de que las empresas con menos de cincuenta empleados no tienen la obligación legal de implementar el Plan de Igualdad, el artículo 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres sí establece la obligatoriedad de implementar el Protocolo de acoso laboral sea cual sea el número de personas empleadas en la empresa. Por ello, resulta de aplicación a toda la plantilla de la empresa incluyendo incluso a aquellos autónomos con trabajadores a su cargo.

Por lo que respecta a su negociación y periodo de vigencia, en caso de que la empresa cuente con un Plan de Igualdad, el Protocolo de acoso deberá ser negociado por la Comisión Negociadora y tendrá una duración máxima de 4 años; mientras que en aquellas empresas que, por su número de empleados, no tengan la obligación de implementar el Plan de Igualdad, será la empresa y la representación legal de los trabajadores o en su caso, la representación sindical, quienes lo negocien y cuyo seguimiento y evaluación se realizará de forma periódica por la Comisión de seguimiento creada a tal efecto.

No contar con el Protocolo de acoso puede suponer graves perjuicios para las empresas más allá de la infracción muy grave del artículo 8.13 y 13 bis de la LISOS que pueden ocasionar multas de Euro 7.501 a 225.018. A estas sanciones se le añaden indemnizaciones por daños y perjuicios que las víctimas pueden reclamar e incluso sanciones a las empresas impidiéndoles percibir en un período de entre 2 a 6 años de cualquier ayuda o bonificación de programas de empleo, quedando también excluidas para acceder a ellos.

Asimismo, la ausencia o insuficiencia del Protocolo de acoso, puede llevar a la empresa a ser responsable de recargos sobre prestaciones de la Seguridad Social como consecuencia de enfermedades profesionales y/o accidentes de trabajo de empleados por inadecuación de medidas de seguridad.

Por ende, contar con un Protocolo de acoso laboral muestra claras ventajas para las empresas, entre otras, les facilita una defensa frente a reclamaciones de nulidad por supuestos de acoso laboral de empleados, puesto que, la inexistencia de denuncias en el canal de denuncias de dichos empleados demostrará y acreditará una actuación prudente y adecuada por parte de la empresa.

Además de ser obligatorias la adopción de medidas para evitar el acoso, contar con un Protocolo de acoso laboral garantiza y se configura como una vía interna, confidencial y rápida de resolución y reacción frente a conductas de acoso laboral, sexual o por razón de sexo que puedan producirse en el entorno laboral.

Junio 2022

# ¿Cuándo queda obligado el consumidor al pago al realizar un pedido online?



**FLORENCIA ARRÉBOLA**

Asociada Senior

[farrebola@bartolomebriones.com](mailto:farrebola@bartolomebriones.com)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) estableció en su sentencia del 7 de abril de 2022, qué circunstancias deben tenerse en cuenta para considerar que el consumidor queda obligado al pago al realizar un pedido online.

En virtud del artículo 8.2.2º párrafo de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (“Directiva sobre los Derechos de los Consumidores”), traspuesto en el artículo 98.2.2º párrafo del el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“TRLGDCU”) el empresario tiene la obligación de *velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación correspondiente no ambigua*

*que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. En caso contrario, se entiende que el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.*

En el asunto de referencia, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán relativa a si lo único determinante para considerar al consumidor vinculado por un contrato online, y, por tanto, obligado al pago, es el texto del botón o función similar. En el caso litigioso un consumidor utilizó una plataforma de reserva de alojamientos en línea y clicó sobre un hotel determinado, visualizando imágenes e información relativa a las habitaciones disponibles, las instalaciones y el precio ofrecido por el hotel en un periodo determinado.

El consumidor quiso reservar cuatro habitaciones de dicho hotel y, tras clicar en el botón “Reservo” introdujo sus datos personales y los nombres del resto de huéspedes. Finalmente, el consumidor clicó en un botón con el texto “Finalizar la reserva”. El consumidor no se presentó en el hotel el día de la reserva y el hotel le reclamó los gastos de cancelación. Por lo tanto, el TJUE debía clarificar al clicar el botón con el texto “Finalizar la reserva” se considera suficiente para entender que se celebró un contrato entre las partes y, en consecuencia, el hotel tenía derecho a reclamar la indemnización por cancelación.

El TJUE entiende que es el tribunal remitente quien debe comprobar si, la formulación “Finalizar la reserva” puede considerarse, en

alemán, análoga a la expresión *“Pedido con obligación de pago”* según dispone el artículo 8.2.2º párrafo de la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores. Es decir, que los tribunales nacionales deben valorar, en cada caso concreto, si la expresión utilizada en el botón o función similar mediante el cual se confirma la contratación, tanto en el lenguaje corriente como para el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, está asociada necesaria y sistemáticamente al nacimiento de una obligación de pago.

En el caso de que la legislación nacional que transponga el artículo 8.2.2º párrafo de la Directiva sobre los derechos de los consumidores, no contenga ejemplos concretos de formulaciones correspondientes a la expresión *“pedido con obligación de pago”*, como es el caso de la legislación española, el TJUE indica que los empresarios podrán escoger cualquier expresión, siempre que de la misma *“resulte inequívocamente que el consumidor está sujeto a una obligación de pago desde el momento en el que active el botón de pedido o la función similar”*.

Asimismo, el TJUE también considera oportuno aclarar que los tribunales nacionales deben valorar únicamente el texto del botón en cuestión, y no en base al contexto ni las circunstancias del proceso de contratación. De esta forma, señala el TJUE, el consumidor puede determinar con precisión el momento en el que asume una obligación de pago.

En conclusión, debe tenerse en cuenta que el texto del botón o función similar en los procesos de contratación online, debe expresar de forma evidente al consumidor el mensaje que a partir de ese momento se ha contraído una obligación de pago. Los empresarios pueden utilizar la expresión *“pedido con obligación de pago”* o una *“formulación análoga no ambigua”*, como señala el artículo 98.2.2º TRLGDCU, que indique al consumidor que la realización del pedido implica la obligación de realizar un pago al empresario. Solo entonces el proceso de contratación implicará que el consumidor consiente quedar vinculado no dolo por el contrato a distancia, sino también por dicha obligación de pago.

Junio 2022

# Legal State

[www.bartolomebriones.com](http://www.bartolomebriones.com)

\*Estos artículos no constituyen asesoramiento legal.