



**Emilio Prieto y
Leticia Domínguez,**
Socios de Écija

LA ACTUALIDAD DEL EARN OUT

En una situación económica como la que nos afecta, definida, entre otros rasgos, por la incertidumbre, adquieren especial importancia aquellas figuras jurídicas que permiten, en la medida de lo posible, mitigarla. Una de ellas es el earn out, cláusula habitual en los contratos de compraventa que posibilita al comprador y al vendedor establecer como precio de la transacción una cantidad acorde con el valor de la sociedad objeto de venta.

El acuerdo que prevea la inclusión de un earn out dispondrá una parte fija del precio, que se pagaría en la fecha de firma del contrato de compraventa, y una parte variable (o earn out), que se abonaría en uno o varios pagos futuros, calculada en base a los criterios acordados por las partes (siendo el más común la vinculación del earn out a magnitudes como el EBITDA o el EBIT, que en algunas ocasiones se encuentran corregidas por otros factores, como los objetivos de negocio fijados para la sociedad adquirida en los contratos de transmisión).

El earn out es una figura de gran flexibilidad en lo que respecta a su elaboración contractual, pues su anclaje jurídico se limita principalmente al artículo 1447 del CC, el cual indica que el precio podrá serlo con referencia a otra cosa cierta, admitiendo la posibilidad de que se deje su fijación al arbitrio de una persona determinada, que deberá señalarlo pues, en caso contrario, el contrato quedará ineficaz, y al artículo 1255 del CC, que establece el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Como consecuencia precisamente de la importancia que la libre voluntad de las partes tiene en la configuración del earn out, es especialmente relevante la regulación detallada en los contratos de adquisición de los elementos determinantes de dicha figura, entre los cuales podrían destacarse, sin ánimo de proporcionar un listado exhaustivo, los siguientes:

- La fórmula del earn out, que ha de ser exhaustiva, y por tanto comprensiva de todos los criterios para el cálculo del mismo. La consecuencia jurídica de la omisión de algún criterio será que el criterio omitido no se tendrá en cuenta para el cálculo del earn out – de este modo, ha de incorporarse expresamente el impacto que sobre el precio tendrían, por ejemplo, provisiones, WIP o backlog, principalmente en aquellos supuestos en los que pueda existir una disociación entre la realidad contable de la sociedad y las bases de cálculo del precio variable – .
- La gestión de la sociedad objeto de compraventa durante el plazo transcurrido entre la fecha de la compraventa y el momento de pago del earn out. Dicha gestión podrá corresponder al vendedor (en el caso de que así fuera pactado en los acuerdos de compraventa) o a quien designe el comprador.
- El proceso de determinación del cálculo del earn out producto de la aplicación de la fórmula. La determinación del precio podrá ser liderada por el vendedor (si mantuviera la gestión de la sociedad) o por el comprador. Tanto en un supuesto como en otro, un experto independiente, designado de conformidad con el procedimiento establecido contractualmente por las partes, sería el encargado de determinar el precio en caso de discrepancias sobre el mismo.
- Las garantías, ya fueran reales o bancarias, que deban ser otorgadas por el comprador en relación con el pago del precio del earn out.

Así pues, si bien es cierto que la flexibilidad del earn out se adapta plenamente a las necesidades actuales del mercado, no es menos acertado afirmar que exige de su acomodo detallado a las especificidades de la transacción correspondiente al objeto de aprovechar sus oportunidades.



Javier Prieto
Socio de Araoz & Rueda

¿ES MOMENTO DE REVISITAR LA RESERVA DE NIVELACIÓN PARA AFRONTAR LA CRISIS?

En cualquier escenario de crisis económica la política fiscal debe ser uno de los vectores de la reactivación de la actividad y de los mercados. Como ocurrió en la anterior crisis de 2008, las actuales circunstancias derivadas de la crisis sanitaria del Covid-19, exigirán un importante esfuerzo de recaudación de ingresos para sufragar la inevitable inversión pública y el sostenimiento de gasto que lleva aparejado el empeoramiento de la situación económica.

Pero, además de esta faceta recaudadora, se debe tener en cuenta el papel dinamizador de la actividad económica de aquellas medidas fiscales dirigidas a aliviar la carga de las empresas como generadoras de puestos de trabajo, factor clave para el impulso de la recuperación económica.

En el marco de estas bonificaciones de apoyo al tejido empresarial se incardina el incentivo denominado "Reserva de nivelación de bases imponibles", previsto en el artículo 105 de la Ley La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que establece un mecanismo para deducir pérdidas futuras cuando éstas sean previsibles, es decir, que permitiría deducir en el ejercicio fiscal 2019, las potenciales pérdidas que se podrían generar en ejercicios posteriores, en concreto, en este ejercicio 2020.

En nuestra opinión, se trata de un incentivo que podría ser ya utilizado por las empresas en la declaración del Impuesto sobre Sociedades reduciendo el importe a ingresar en julio de 2020, por las potenciales pérdidas que se podrían generar en ejercicios posteriores, (o aumentar el importe a devolver por la Administración) por su Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2019 mediante la aplicación de este beneficio fiscal.

Para ello, la Ley establece que las empresas que quieran beneficiarse de este incentivo deberán reunir los requisitos previstos en su artículo 101, que constriñe la aplicación de este incentivo a aquellas compañías con un importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior inferior a 10 millones de euros y sometidas al tipo general de gravamen del 25% del Impuesto sobre Sociedades. Quedan excluidas las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas y apliquen durante el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente el tipo del 15%.

No obstante, no debe descartarse que sea el momento oportuno para introducir una modificación legislativa del ámbito de aplicación de este beneficio fiscal a compañías de mayor tamaño, es decir, también a aquellas que superen el citado volumen de facturación de 10 millones de euros, dando un pequeño respiro a nuestras empresas, muchas de ellas en situación crítica.

En concreto, las principales características de este incentivo fiscal son las siguientes:

- Doble límite: hasta un máximo del 10 por ciento del importe de la base imponible positiva, que nunca podrá ser superior a 1 millón de euros.
- Adición de la cantidad deducida a la base imponible negativa, y hasta el importe de la misma, en los periodos impositivos que concluyan en los 5 años inmediatos y sucesivos al periodo impositivo en que se realice la minoración. El importe no aplicado se adicionará a la base imponible del periodo impositivo en que concluya dicho plazo (quinto año).
- Dotación de una reserva, con cargo a los resultados positivos del ejercicio en que se realice la minoración en la base imponible, por el importe de la minoración. Esta reserva tendrá carácter indisponible (con ciertas excepciones) hasta la finalización del plazo de adición, es decir, durante los cinco años siguientes. No obstante, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, establece una suspensión del plazo para la formulación de cuentas anuales hasta que finalice el estado de alarma, que se reanudará de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha, por lo que resulta factible la dotación de esta reserva para el ejercicio 2019..

La reserva de nivelación se perfila, por tanto, como un beneficio fiscal que adquiere un especial atractivo en unas circunstancias en las que se prevé que muchas empresas españolas van a obtener resultados negativos en el ejercicio 2020, atendiendo a las actuales circunstancias en las que se hacen más que nunca especialmente necesarias las medidas dirigidas a estimular el crecimiento y la protección del empleo.